

183  
Zey

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

A C A T L A N .

ANALISIS JURIDICO DE LA REFORMA AL  
ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL DEL  
DISTRITO FEDERAL DE FECHA 27 DE  
DICIEMBRE DE 1983.



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO  
DE LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA  
FRANCISCO QUEVEDO ESPINOSA

DIRIGIDA POR EL LIC. RAUL PEREZ RIOS.

ACATLAN, ESTADO DE MEXICO 1987



## **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.

## "INDICES"

	Pág.
Introducción . . . . .	1
Capitulado . . . . .	3
Capítulo I	
"Naturaleza Jurídica del Divorcio" . . . . .	5
Capítulo II	
"Antecedentes Históricos del Divorcio" . . . . .	15
Capítulo III	
"El Divorcio a la Luz de la Legislación Mexicana" . . . . .	27
Capítulo IV	
"La Patria Potestad" . . . . .	38
Capítulo V	
"El Divorcio en el Derecho Mexicano Vigente" . . . . .	54
Capítulo VI	
"El Divorcio y la Reforma al Artículo 283 del <u>Código</u> Civil para el D. F. del 27 de Diciembre 1983". . . . .	77
Conclusiones . . . . .	106
Bibliografía . . . . .	110

## INTRODUCCION

Una de tantas definiciones de matrimonio es la que dice; Matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para soportar las cargas de la vida y sobre todo, para procrearse.

El matrimonio es una institución sociológica-jurídica que ha existido desde tiempos inmemoriales. En Roma nos encontramos con la figura del "Matrimonium", misma que era regulada en la Ley de las XII Tablas.

Sin embargo, cuando esta institución no funcionaba de acuerdo con sus fines, se disolvía en la Roma Antigua argumentando el varón el repudium a su mujer por causa grave.

El divorcio ha sido regulado en diversas épocas históricas hasta llegar a la modernidad en la legislación mexicana. En ésta, el artículo 283 del Código Civil de 1928, el cual permaneció invariable hasta el año de 1983, decretaba las medidas con respecto a los hijos para el caso de divorcio necesario, atendiendo a un criterio casuístico.

Señalaba este artículo los diversos supuestos fácti

cos, de acuerdo a los cuales, el cónyuge culpable se hacía merecedor a la pérdida de la patria potestad.

Contrario a este sistema la Reforma de 27 de Diciembre de 1983, impone un criterio de discrecionalidad en cuanto a las medidas que deben ser tomadas en relación a los hijos.

Estimo que la reforma aludida, no fue del todo afortunada en virtud de considerar que el legislador debió de haber adoptado un criterio mixto utilizando tanto el sistema causal como, se disponía en el artículo anterior, para aquellos supuestos graves en que incurra el cónyuge culpable; como un sistema discrecional, consistente, en establecer los supuestos fácticos en los que el juez no debía de decretar la pérdida de la patria potestad.

En los Capítulos Primero al Cuarto, desarrollo los antecedentes y el planteamiento del problema a tratar. En el Capítulo Quinto, se desarrolla la solución al problema planteado.

"ANALISIS JURIDICOS DE LA REFORMA AL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL  
DEL D. F. DE FECHA 27 DE DICIEMBRE DE 1983".

OBJETIVO: Analizar la Reforma al Artículo 283 del Código Civil del D. F., en la que se otorga al juez facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones referentes a la Patria Potestad: pérdida, suspensión o limitación.

CAPITULADO

CAPITULO I : "NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO".

- A) Concepto del Divorcio.
- B) Clases de Divorcio.
  - 1) El Divorcio Necesario.
  - 2) El Divorcio Voluntario. Administrativo y Judicial.
- C) Efectos que produce el Divorcio.

CAPITULO II : "ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN DIVERSAS LEGISLACIONES".

- A) En el Derecho Romano.
- B) En el Derecho Canónico.
- C) En el Derecho Francés.
- D) En la Legislación Española.

CAPITULO III : "ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MEXICO".

- A) El Código Civil de 1870.
- B) El Código Civil de 1884.
- C) La Ley de Relaciones Familiares de 1917.

CAPITULO IV : "LA PATRIA POTESTAD"

- A) Antecedentes Históricos.
- B) El Código Napoleónico.
- C) El Proyecto de Código Civil Español de García Goyena.
- D) Código Civil de 1870.
- E) Ley de Relaciones Familiares de 1917.
- F) Código Civil 1932.

CAPITULO V : "EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO VIGENTE".

- A) Clases de Divorcio.
- B) Causales del Divorcio.

CAPITULO VI : "EL DIVORCIO Y LA REFORMA AL ARTICULO 238 ---  
DEL CODIGO CIVIL PARA EL D. F. DEL 27 DE DI-  
CIEMBRE DE 1983".

- A) Análisis de las sanciones al cónyuge culpable en el Divorcio.
- B) Análisis de las sanciones al cónyuge culpable de acuerdo a la Reforma al Artículo 283 del Código Civil del --  
D. F. en relación al Divorcio Necesario.

CONCLUSIONES.

CAPITULO I : "NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO".

A) DEFINICION DEL DIVORCIO.

La palabra Divorcio, viene del Latín "Divortio", y es la institución jurídica que permite la separación de las personas y de los bienes de los cónyuges y la terminación de la vida en común, por decreto o sentencia de la autoridad competente". (1)

De la anterior definición, se desprende que el divorcio comprende dos formas:

LA PRIMERA se refiere a la disolución del vínculo matrimonial y LA SEGUNDA, la separación de los cuerpos, dejando existente el vínculo matrimonial.

Esta definición adolece de precisión jurídica, en vista de que actualmente, tanto la ley como la doctrina han hecho una distinción de los dos aspectos referidos, aún cuando sendos supuestos en algunas ocasiones se les ha venido denominando Divorcio.

Para el jurista francés Marcel Planiol, el divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por autoridad de la justicia y por las causas determinadas en la Ley". (2)

(1) Diccionario UTBEA, reimpresso en 1953 a la Edición de 1950, México, pág. 215 Tomo IV.

Bonnecase define al Divorcio como "la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial". (3)

Considerando las definiciones, podemos llegar a la siguiente definición de Divorcio en el Derecho Mexicano :  
DIVORCIO es la disolución del vínculo matrimonial, por alguna de las causas señaladas en la Ley y mediante una resolución judicial o administrativa de autoridad competente, según el caso de que se trate.

El Divorcio, como se asentó ha tenido dos acepciones: UNA como simple separación de cuerpos y LA OTRA, como disolución del vínculo matrimonial, ello se debe al proceso histórico que ha tenido ésta Institución a través del tiempo en las distintas legislaciones. Podemos afirmar que el divorcio es tan antiguo como el matrimonio, pues a pesar de las corrientes doctrinarias que han habido en contra, se ha visto que el matrimonio no se contrae por toda la vida, aunque esto sea la excepción y no la regla.

- (2) Planiol Mardel, "Tratado Elemental de Derecho Civil", Traducción de la 12a. Edición Francesa, pág. 13-
- (3) Bonnecase Julien, "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Editorial José M. Cajica Jr. México, 1959, pág. 552.

B) CLASES DE DIVORCIO.

El Código Civil de 1928, reglamenta tanto el divorcio necesario o contencioso, como el voluntario o mutuo consentimiento y este último en dos formas: El Judicial y El Administrativo.

Estas dos formas de divorcio las admite la Legislación Mexicana y veamos en que consiste cada una de ellas.

1) EL DIVORCIO NECESARIO.

El Divorcio Necesario como su nombre lo indica es un divorcio forzoso para uno de los cónyuges, que a pesar de ser contra su voluntad, se disuelve el vínculo matrimonial, pero para que esto se realice, es necesario que sean probadas en juicio las causales invocadas y que estén señaladas en la Ley.

De lo anotado, observamos que uno de los cónyuges manifiesta su voluntad para obtener el divorcio y si está fundada y debidamente probada la causal invocada y que establece el precepto legal, el juez tendrá que decretar el divorcio, aún en contra de la voluntad del cónyuge demandado.

2) EL DIVORCIO VOLUNTARIO.

En esta forma de divorcio como su nombre lo indica,-

debe existir el acuerdo de voluntades de los cónyuges para solicitarlo. Este tipo de divorcio es más fácil de efectuar por no tener causa determinada, sino basta el acuerdo de los esposos de expresar su voluntad para divorciarse.

El legislador mexicano ha creado dos sistemas diferentes por lo que se refiere a esta clase de divorcio, que -- son:

PRIMERO : Divorcio Administrativo, sistema especial-sumario, que se tramita ante autoridades administrativas.

SEGUNDO : Divorcio Judicial, en este sistema se sigue un procedimiento civil ante autoridades judiciales.

Estas dos formas para obtener el divorcio, se encuentran consignadas en el artículo 272 del mismo ordenamiento, que señala:

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentaran personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, compro

barán 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 Oficial 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 Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el matrimonio anterior.

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

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

De la lectura del artículo 272 del Código Civil cita-

do, podemos concluir, que se dieron grandes facilidades a los cónyuges que se hallen en las circunstancias especiales y que desean divorciarse, o sea, el divorcio administrativo y para los cónyuges que se encuentren en otros casos distintos, creó, el divorcio judicial como quedó anotado.

Cualquiera que sea la forma que se siga, para solicitar el divorcio voluntario o mutuo consentimiento, no es preciso como se indica expener una causa por lo que se desea disolver el vínculo matrimonial, esto no quiere decir que no exista, lo que sucede es que no está determinada por la Ley y por lo tanto, no es necesario probarla para obtener el divorcio.

Marcel Planiol, expresa al respecto: "El consentimiento mutuo es el signo de que el divorcio es necesario y no causa de éste, hace presumir la existencia de una causa real que los esposos desean mantener en secreto y debe dispensárseles de revelarla cubriéndose recíprocamente la vergüenza y el ridículo. (4)

Pero por lo que toca al divorcio necesario, el legislador mexicano, ha señalado como elementos esenciales, la existencia de una causal determinada por la Ley para no--

(4) Planiol Marcel, Opus cit., pág. 24.

der fundarlo. Dichas causales de divorcio se encuentran - establecidas en el artículo 267 del Código Civil del D.F. y que en capítulos subsecuentes se examinarán.

C) EFFECTOS DE DIVORCIO.

Los efectos que produce el Divorcio, los podemos dividir en dos grupos:

PRIMERO : Los efectos en cuanto a los esposos:

- a) En cuanto a su patrimonio.
- b) En cuanto a su persona, y ...

SEGUNDO : Más importante aún, en cuanto a los hijos.

Ahora bien, en cuanto a los esposos, los efectos son diferentes según la forma en que se haya contraído el matrimonio, si fué bajo el régimen de separación de bienes, diremos que no se produce ningún efecto, ya que cada cónyuge conserva su patrimonio, pero si fué bajo el régimen de sociedad conyugal, sólo se debe liquidar tal sociedad-ya sea con anterioridad o al mismo tiempo en que se tramita el divorcio. Para determinar los demás efectos que pro

duce el divorcio respecto de los cónyuges, es necesario - analizar en cada caso, según haya sido el divorcio; volun- tario o necesario, pero en general podemos decir que los- efectos principales son los siguientes:

I Pone fin al matrimonio, disolviendo el vínculo ma- trimonial, pues así lo manda el artículo 266 del Código - Civil del D. F., que dice: "El divorcio disuelve el víncu- lo matrimonial".

II Pone fin a los derechos y obligaciones nacidos -- con el matrimonio, como son las señaladas en el Título -- Quinto, Capítulo III del Código sustantivo.

III Produce un cambio en el estado civil de los cónyu- ges, al devolverles su estado de soltero.

IV Hay desaparición del hogar conyugal, o sea que -- se pierde la unidad del domicilio que existe entre los ca- sados.

V El divorcio de un menor, deja subsistente la eman- cipación que adquirió con motivo del matrimonio, pues así lo estipula el artículo 641 del Código Civil.

VI Prohibición de casarse por tiempo determinado.

VII La mujer adquiere nuevamente el apellido de sol-- tera.

VIII Podrá dar derecho a pensión alimenticia, artículo 288 del Código Civil. (5)

Pasemos ahora a ver los efectos que produce el divorcio, en relación con los hijos. En general, podemos decir que los efectos del divorcio con relación a los hijos, están consignados en los artículos 283 y 285 del Código Civil que dicen: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

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

SEGUNDA Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la Patria Potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la Patria Potestad. Si los dos cónyuges-

(5) Código Civil para el Distrito Federal; 52a. Edición - Edit. Porrúa, México, 1964, pág. 99.

fueron culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la Patria Potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la Patria Potestad del ascendiente que corresponde y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor. (6)

TERCERA En los casos 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. (7)

En los dispositivos anteriores, encontramos los efectos del divorcio en cuanto a los hijos, en los divorcios-necesarios.

En los divorcios por mutuo consentimiento o voluntario los hijos quedan a la guarda de la persona que de común acuerdo se haya designado, sin que ninguno de los cónyuges pierda la Patria Potesta.

(6) Idem, p.p. 98-99.

(7) Idem, p.p. 93-94.

CAPITULO II : "ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO".

A) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.

El antecedente más importante de nuestro estudio sobre el Divorcio es el Derecho Romano, ya que proviene de un pueblo predestinado, según sus convicciones religiosas, a hacer el Derecho no sólo para el tiempo de los grandes Juristas Romanos, sino para las generaciones que habían de adoptar como base de sus Legislaciones los sólidos principios del Derecho Romano.

La Institución del Divorcio en el Derecho Romano fue conocida y practicada desde los orígenes de Roma, tomó mayor desarrollo en la época del Imperio; tomando caracteres alarmantes al grado de que ésta situación social, preocupó a los emperadores, no con el objeto de evitarlos absolutamente, pero si tuvieron el deseo de hacerlos más difíciles, la causa fue la relajación de las costumbres primitivas; - los motivos no se encontraban relativamente determinadas en la Ley, como en las Legislaciones, entre ellas la nuestra, sino que existía una verdadera facultad de repudiación que en un principio fue unilateral, lo cual sólo el -

hombre podía ejercitarla, hasta que fue Derecho Unilateral de las dos partes, posteriormente fue consensual, es decir resultante de la voluntad común, de los esposos, cuando el Derecho Romano había adquirido un cierto grado de desarrollo, apareció una reglamentación positiva del Divorcio, y así la Ley Julia de Adulteriis determinó las condiciones a que debía someterse la repudiación, sin embargo, la necesidad práctica de que los tribunales aparecieran, el valor y fuerza de las causas, era desconocida por el Derecho Romano.

Una vez que el Cristianismo había penetrado en el Imperio Romano pregonando en su doctrina la indisclubilidad del vínculo matrimonial, siendo una nota que pugna con las costumbres y Derecho Romano, y a pesar de la aceptación del Cristianismo por el pueblo Romano, no abandonó el Divorcio, pues hemos visto que tal institución sólo fue objeto de una legislación más restringida de parte de los emperadores romanos al grado de que en las Constituciones Imperiales se sancionara con penas graves al esposo culpable que repudiara a su cónyuge sin causa justa o de haber dado lugar al divorcio por sus faltas.

Justiniano, tratando de penetrar más en la oposición-

a la existencia del divorcio; intentó abolir el divorcio por mutuo consentimiento, autorizándolo en un sólo caso - de que los dos esposos se separaran por motivo de voto de Castidad según la Novela 117., Capítulo X. Dicha disposición fue abolida por Justiniano II, su sucesor en la Novela 140.

#### B) EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO.

La aparición del Cristianismo ha sido un hecho que ha venido a marcar una huella en la Historia, en forma indeleble; no sólo por la dignidad y grandeza de su fundador, lo cual es suficiente, sino también por la pureza, - universalidad, firmeza de contenido en sus principios y - doctrina. El Cristianismo, ha traído al mundo moderno desde los orígenes de Roma, una nueva concepción del hombre, de la sociedad y del matrimonio con las notas específicas de la unidad y especialmente la indisolubilidad como esencial al mismo; modificando en sus bases las instituciones el matrimonio de poligámico que era, le dá carácter monogámico, al efecto citamos las palabras de las Sagradas Escrituras:

"Apoyándose en las Sagradas Escrituras, sosteniendo-

que Dios mismo instituyó en el paraíso terrenal el matrimonio, tal como lo confirma el Génesis, al decir que Dios mismo creó el cielo y la tierra y que mediante un proceso material fue formando los elementos del universo hasta -- que sometió a Adán a un profundo sueño, extrayéndole una costilla, aquella que fue sacada, formó una mujer y le dijo: esto es hueso de mis huesos y carne de mi carne y se-llamará hembra, porquedel hombre ha sido sacada, de mane-ra que el hombre dejará a su padre y a su madre y estará-unido a su mujer y los dos vendrán a formar una misma carne, esta expresión sirvió más tarde a Jesucristo para probar la indisolubilidad del MATRIMONIO".

El Cristianismo admitió el repudio según consta por el texto del Deuteronomio que al respecto dice:

"Si un hombre tomó una mujer y después de haber es--tado con ella viene a ser mal vista de él, por algún vi--cio notable hará una escritura de repudio y la pondrá en--manos de la mujer y despedirá de su casa, si después de --haber salido, otro marido y este concibiere averaión a --ella y le diere escritura de repudio y le despidiere de --su casa o bien, si él viene a morir, no podrá el primer --marido tomarla por su mujer pues quedó mancillada y abomi

nable delante del Señor". (8)

De disoluble el matrimonio el Cristianismo lo convierte en indisoluble, que son los ejes sobre los cuales gira la sociedad y la familia, célula ésta de los estados en que se organizan políticamente los pueblos civilizados.

En la Iglesia, existe una Legislación positiva propia, en la que se encuentran los preceptos imperativos que rigen esa institución, ese cuerpo Legislativo es el Derecho Canónico, expresión de la voluntad de la Iglesia y las enseñanzas de la eterna doctrina de su fundador; contiene la indisolubilidad del Matrimonio, criterio sostenido con ciertas divergencias en cuanto a la interpretación de los canonistas, esto fue hasta la celebración del Concilio Tridentino, celebrado en 1545, en el que se determinó claramente la interpretación de las palabras contenidas en los textos evangélicos, palabras de Jesucristo, que vienen a constituir el fundamento de la prohibición del divorcio, ya que los evangelios consignan la prohibición del divorcio en términos distintos, pero de contenido absolutamente igual y así tenemos que según los

(8) Deuteronomio, "La Santa Biblia", Capítulo XXIV, versículos 1, 2 y 3, Revisada por C. de Valera, México, -- 1980.

evangelistas: San Lucas y San Marcos coinciden aún en la forma de expresarlo.

Jesucristo prohibió todo Divorcio en vista del texto consagrado, se tiene esta expresión:

"Todo aquel que deja a su esposa y lleva otra, ha pe cado".

Y el texto de San Mateo en el Capítulo XIX, Versículo 9, se encuentra esta expresión; "Así pues os declaro - que cualquiera que despidiere a su mujer, sino en caso de adulterio. Y aún en este caso, si se casara, comete adulterio". (9)

Según parece, de la expresión del Evangelio de San - Mateo permitió al marido repudiar a su mujer sólo y en el caso de adulterio.

La Doctrina de la indisolubilidad absoluta del matri monio, fue defendida por San Agustín no una sino muchas - veces por los Concilios hasta lograr imponerse al menos - en Occidente. Nada escatimó la Iglesia por hacerla triunfar de la resistencia que le presentaban tanto los hábi-- tos y costumbres seculares, como las pasiones de los prín

(9) San Mateo, Opus cit., Capítulo XIX, versículo 9, --- pág. 896.

cipes, bástenos recordar por vía de ejemplo en la Histó--  
ria de Francia, el incidente surgido entre el papado y el  
Rey de Francia.

El Derecho Canónico, admite el divorcio al permitir--  
la separación de cuerpos, pues distingue entre Divorcio -  
Perfecto que es el verdadero divorcio, consistente en la-  
ruptura del vínculo matrimonial, capacitándolos para cele-  
brar nuevas nupcias como si nunca hubieran contraído ma--  
trimonio, y la iglesia lo admite limitativamente consigna-  
do en forma expresa en el canon 1120. El canon 1120 dice:

"El matrimonio legítimo entre bautizados, aunque ha--  
ya sido consumado, se disuelve a favor de la fé, por el -  
privilegio Paulino. Este privilegio no tiene lugar en el-  
matrimonio celebrado entre parte no bautizada con dispen-  
sa del impedimento de disparidad de cultos".

También existe, el Divorcio Imperfecto, que es la --  
separación de cuerpos en que los esposos dejan de estar -  
obligados a la cohabitación y hecho que puede ser tempo-  
ral o perfecta, según la causa, pero en ningún caso la --  
ruptura del vínculo matrimonial y como consecuencia imme-

diata no recuperan la capacidad para contraer un nuevo ma  
trimonio y en el supuesto de que contraigan ulteriores --  
nupcias, son nulas por falta de uno de los requisitos co-  
mo es la capacidad para el matrimonio, y aquí en el caso-  
son incapaces. Este segundo aspecto se justifica pues la-  
iglesia considera que los que se han unificado por el ma-  
trimonio no son seres perfectos sino por el contrario, im  
perfectos.

La única causa que disuelve plenamente el vínculo ma  
trimonial, es el hecho jurídico de la muerte de cualquie-  
ra de los esposos, capacitando al supérstite para que pue  
da contraer un nuevo matrimonio, tal causal por su misma-  
naturaleza no depende de nuestra voluntad normalmente, --  
pues no sabemos la fecha de su realización, de ahí que es  
cierta e incierta bajo diferentes aspectos.

Esta Legislación Canónica vigente, fue dada por Pío-  
X, Pontífice Máximo y ordenado por mandato de Benedicto,-  
Papa XV y con su autoridad pontificia se promulgó el 15 -  
de Septiembre de 1917.

C) EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804.

La Ley Francesa, sin lugar a duda, ha tenido gran in

fluencia en nuestras legislaciones, motivo por el cual es importante que hagamos referencia respecto al punto que venimos tratando, por lo cual transcribo los artículos de dicha ley, en la parte relativa al divorcio, según el Código Civil de Napoleón, publicado en 1804.

### CAPITULO I

ARTICULO 229 : El marido podrá pedir el divorcio por adulterio de su mujer.

ARTICULO 230 : La mujer puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido ( esta Ley se dió el 27 de julio de 1884). Aún cuando el adulterio se cometiera fuera del domicilio.

ARTICULO 231 : Los esposos podrán pedir recíprocamente el divorcio por excesos, sevicia o injurias graves de uno de ellos hacia el otro.

ARTICULO 232 : La condenación de uno de los esposos a una pena aflictiva e infamante será para el otro una -- causa de divorcio. (10)

El divorcio por mutuo consentimiento que existía, -- fue derogado en el año 1854.

(10) Saint Joseph, Anthoine, Códigos Civiles Extranjeros y Código Napoleón, 12a. Edi., Edit.Librería del Consejo del Estado, París, 1856, p. 22.

D) EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

Las Leyes Españolas son uno de los antecedentes de mayor trascendencia para nuestro estudio, pues la legislación española es el más inmediato antecedente de las Legislaciones Civiles en México.

Esta legislación, respecto al matrimonio incorporó - los preceptos canónicos, de suerte que ya sea en lo relativo a la naturaleza de ésta institución, cuanto a lo relativo a impedimentos y formalidades, la Legislación Canónica y la Civil, prácticamente son la misma cosa, y así - siguiendo la doctrina de la iglesia: el matrimonio es estrictamente monogámico e indisoluble, de acuerdo con el - texto evangélico en el que habla de la unidad e indisolubilidad.

Esta separación no fue aceptada sin oposición en un principio, pero la iglesia logró al final imponerse siendo plenamente aceptada por las Legislaciones Civiles, las Leyes Españolas hicieron suyos estos principios quedando consignada la indisolubilidad del matrimonio en el Fuero-Real Libro III, Título I, Ley VIII, que dice:

"Que ninguno sea osado de casar seyendo su mujer vi

va. Ningún home que después que fuere otorgado derecha--  
mente por marido con alguna mujer, no sea osado de casar  
con otra mientras que ella viviere: meguer no haya toma--  
do bendiciones ni moraron en uno, eso mismo mandemos de--  
la mujer que fuere otorgada con algún otro, si defende--  
mos que con tal home o mujer, como dicho es, ninguno de--  
ellos no case con ella sabiendo que tal pleyto ha con --  
otra, e quien alguna de estas cosas lo contrario ficiere,  
peche cien marvedís, la meytad al Rey e la otra meytad a  
aquel a quien fizo el tuerto; y el pleyto fizo no vala".

La Ley IX dice:

"Como ante la cópula carnal habida, el marido o la  
mujer pueden entrar en religión".

La Ley X dice:

"Como el matrimonio de futuro se deshace por el matri  
monio presente".

La Ley XI dice:

"Como ninguna mujer puede casar con otro hasta ser --  
certificado de la muerte del otro primero marido".

La Ley XII dice:

"Como ninguno puede casar con la mujer que conoció --  
viviendo la suya".

La Ley XIII dice:

"Como la mujer viuda no puede casar antes del año".

Las Siete Partidas definen descriptivamente el matrimonio donde se deduce la base canónica y así dicen:

"Es ayuntamiento de marido e mujer hecho con tal atención de vivir siempre en uno o de non se partir, — guardándose lealtad cada uno de ellos al otro e non se ayuntamiento el amo a otra mujer nin ella a otro varón— viviendo ambos a dos".

Y si la Ley Española, estando conforme y fundamentada en la Ley Canónica que sostiene la indisolubilidad del matrimonio acepta sólo el Divorcio Imperfecto que viene a ser la separación de cuerpos pero sin disolver el vínculo ya que la única causa que puede hacerlo es la muerte de uno de los cónyuges, quedando capacitado el que sobreviva para contraer nuevas nupcias. Esta legislación robustece el florecimiento de la vida familiar.

CAPITULO III : "EL DIVORCIO A LA LUZ DE LA LEGISLACION -  
MEXICANA".

A) CODIGO CIVIL DE 1870.

Al referirnos a las disposiciones relativas a la ma  
teria de divorcio en la Legislación de 1870, vemos que -  
no admite el divorcio en sentido estricto o perfecto, es  
decir disolviendo el vínculo matrimonial y capacitando a  
los contrayentes para celebrar un nuevo matrimonio, sino  
que sólo admite el Divorcio Imperfecto; es decir la sepa  
ración de cuerpos, por causas graves pero sin disolver -  
el vínculo matrimonial y consecuentemente quedan incapaci-  
tadas las partes para que puedan contraer un ulterior-  
matrimonio.

Las disposiciones legales quedan comprendidas en --  
los Artículos:

ARTICULO 239 : El divorcio no disuelve el vínculo -  
del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligacio--  
nes civiles que se expresan en los artículos relativos -  
de este código. (11)

De la simple lectura del artículo se desprende, que  
la separación de los cónyuges, es como carácter temporal  
o indefinido, pero sin que disuelva el vínculo, es decir  
(11) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la  
Baja California; ed. oficial, Tipográfica de Aguilar  
e Hijos, México, 1879, p. 32.

autoriza el Divorcio Imperfecto, en el que no se capacita a las partes para contraer válidamente un nuevo matrimonio.

El ARTICULO 240 : Determina taxativamente las causas necesarias y suficientes para obtener la separación de los cónyuges; tales causales las enumera el artículo en la siguiente forma:

- I El adulterio de uno de los cónyuges.
- II 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.
- III La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea incontinencia carnal;
- IV El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la connivencia en su corrupción;
- V El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años;
- VI La sevicia del marido con su mujer o de ésta con-

aquél;

VII La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.(12)

ARTICULO 246 : Además establece el divorcio por mutuo consentimiento con algunas modalidades especiales en el procedimiento, para obtenerlo, se tenía que acudir por escrito al Juez Competente, adjuntando el convenio también por escrito que garantice la situación en que iban a quedar los hijos, y la administración de los bienes patrimoniales, podía pedirse teniendo como mínimo dos años y máximo 20 años de casados y finalmente que la mujer no tenga más de 45 años de edad. (13)

Una vez que había sido recibida la solicitud, se dictaba el acuerdo correspondiente, fijándose la fecha y citándose a los esposos para que comparecieran a la primera junta de reconciliación, en caso de que se lograra, se daba por terminado el proceso, de lo contrario se aprobaba provisionalmente el convenio y se hacía una segunda cita con la misma finalidad, transcurrido el término y persistente el deseo de los cónyuges en obtener su separación, el juez hacía una tercera y última cita para que tres meses después y por último a promoción de alguna de las partes interesadas, se declaraba aprobado definitivamente el convenio pre-

(12) Idem. p. 32.

(13) Idem. p. 33.

sentado y se procedía a dictar la resolución, declarando la separación. Los plazos dentro del procedimiento, tenían la finalidad de que los esposos pudieran llegar a una reconciliación; debemos advertir que estas disposiciones legales adoptan plenamente la doctrina que sostiene la iglesia respecto a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, como una nota esencial al matrimonio y hace la distinción correcta evitando confusiones, entre el Divorcio Perfecto e Imperfecto. Y establece que la muerte es causa que disuelve el matrimonio y capacita para contraer un nuevo matrimonio.

B) CODIGO CIVIL DE 1884.

En el Código Civil Mexicano del Distrito Federal y -- Territorios de la Baja California de 1884, encontramos en el Capítulo V, que se refiere al divorcio. Y en el artículo 226 que dice: "El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, sólo suspende algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de este código. (14)

ARTICULO 227 : Establece cuales son las causas legítimas del divorcio y hace una enumeración de ellas.

(14) Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California; Ed. oficial, Tip. y Lit. La Europea, México, 1884. p.44.

Las subsecuentes disposiciones determinan los requisitos que hay que satisfacer para que se pueda pedir el divorcio, según las causas que dieron origen al mismo, señalan el lugar para el depósito de la mujer mientras se resuelve la protección que se debe dar a los hijos, el aseguramiento de los alimentos y determina las obligaciones del cónyuge culpable y los derechos del inocente, así como que la separación no puede pedirse antes de que transcurran dos años de haberse celebrado el matrimonio.

Artículos 228 al 236 del Código Civil del Distrito Federal de 1884. (15)

Observamos que las disposiciones legales de este código, de ninguna manera y por ninguna causa que valga, admite la disolución del vínculo que une a los cónyuges por la celebración del matrimonio, pues sólo suspende determinadas obligaciones civiles, lo asentado nos hace pensar lógicamente que el divorcio de que habla, no disuelve el vínculo, consecuentemente tampoco capacita para contraer un nuevo matrimonio; las causas que enumera el código de 1884, en forma limitativa para obtener la separación de los cuerpos, es decir el Divorcio Imperfecto son las expresadas en el Capítulo V que se refiere al divorcio, en-

su artículo 246, hay que notar que ésta legislación es más fecunda en la enumeración de causales, pues además de contener las del código de 1870, agrega las contenidas en las fracciones: II, VIII, IX, X, XI y XII. (16)

C) LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La Ley de Relaciones Familiares expedida el 17 de abril de 1917, bajo el influjo del Gobierno de Don Venustiano Carranza, Jefe del Ejército Constitucionalista, publicándose en el Diario Oficial el día 14 de la misma fecha, la mencionada Ley, radicalmente nueva, al grado de que el gobierno al expedirla creyó encontrarse en la obligación de hacer una exposición de motivos para tratar de justificar su vigencia, y al hacer la exposición reflexionó sobre las viejas ideas romanas si se quiere; pero ciertamente básicas a la familia, conservadas por el Derecho Canónico, considerándolas personalmente contrarias a las ideas modernas sobre la igualdad, defendidas con amplitud y con aceptación plena generalmente en todas las instituciones sociales.

Por otra parte habla con escaso conocimiento del problema, afirmando que el Derecho Romano consideró al matri  
(16) Idem. p.p. 44-45.

monio como una institución de tipo político; a la vez negó el influjo directo del cristianismo en la organización de la familia, hecho no sólo afirmado sino defendido y comprobado plenamente y fuera de duda y controversia.

Y todavía algo más simple y hasta curioso el siguiente argumento que transcribo literalmente: ". . . y produciéndose, además, el absurdo de que mientras la Constitución de 1857, establecía en su Artículo 5 la ineficacia - de cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida, menoscabo o irrevocable sacrificio de la Libertad del Hombre, el Código Civil por el sólo hecho de que la mujer celebrara un contrato de matrimonio, la incapacitaba por completo, hasta el grado de dejarla impedida para celebrar el convenio insignificante, pasando por alto el precepto categórico del Artículo Constitucional citado".

Es simple el argumento porque lo cierto es que por el Matrimonio Indisoluble del Código Civil de 1884 la mujer limitaba su libertad, pero en igual forma también limitaba la suya el hombre, ambos perdían parte de su libertad al menos para poder contraer válidamente otro matrimonio mientras subsistiera el primero; siendo el matrimonio fundamentalmente una mutua cesión de derechos. Sin embar-

go, fue la primera en traer reformas esenciales en el matrimonio, modificando en sus principios la organización de la sociedad familiar, pues el matrimonio, había estado hasta el Código Civil de 1870 regido totalmente por las disposiciones del Derecho Canónico, éste es claro y a la vez natural, debido a la profunda y esencial transformación que el cristianismo operó en los usos y costumbres que reinaban en el mundo pagano; tenía que hacer sentir su influjo en forma especial en lo que se refiere al matrimonio; puesto que la Iglesia Católica le dió al matrimonio el carácter de sacramento, dejando de ser un simple acuerdo de voluntades, es como se explica que su regulación pasara a depender exclusivamente del poder eclesiástico, esta situación no fue momentánea sino permanente por siglos.

Pero llegó el momento en que la autoridad civil empezó a intervenir como la hace casi siempre en todos los ámbitos, en lo que hasta entonces había estado fuera de su competencia, sin dejar de reconocer que el matrimonio fuese un sacramento; pero los efectos civiles, hasta que el estado acaparó todo lo que al matrimonio se refiere, contrariando la tradición mexicana de que la sociedad fa---

miliar habia sido materia exclusiva de la Ley Canónica, -  
pues la iglesia católica se preocupó en reglamentar el ma-  
trimonio, en su naturaleza, formas de contraerlo, requisi-  
tos de validez, impedimentos, etc.

En México desde la Legislación Española y después --  
nuestras legislaciones positivas vigentes hasta el año de  
1917, la mujer fue considerada y defendida como esposa --  
con la indisolubilidad del matrimonio sostenida en nues-  
tras leyes.

Pero había sonado el momento en el que la familia me-  
xicana, el hogar conyugal recibía el golpe mortal y más -  
duro con el fin del aniquilamiento, constituyéndose una -  
amenaza constante e inminente para la mujer, para los hi-  
jos que muchas veces sin tener culpa sufren las consecuen-  
cias del capricho de los padres y para la sociedad que --  
tiene que resolver los problemas de los hogares deshechos  
a consecuencia de la reforma en la legislación al introdu-  
cir el Divorcio Perfecto, que tiene que romper con toda -  
una tradición legislativa, creando un sistema que habían-  
rechazado con firmeza nuestros anteriores legisladores, -  
pero ahora accedieron rendirlos ante tales ideas, estable-  
ciendo dicha reglamentación en su Artículo 75: "El divor-

cio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (17), a diferencia de lo establecido en el código anterior en que no se permitía a los cónyuges el volver a contraer otro matrimonio".

El Artículo siguiente (18), nos dice cuales son las causas del divorcio enumerándolas y señalándolas. En la última fracción de este artículo, ésta legislación prevee como causal, el divorcio por mutuo consentimiento.

Diferencias de las Legislaciones 1870 y 1884 con la Ley de Relaciones Familiares de 1917 : El Código de 1870 no admite la separación de los cónyuges por MUTUO CONSENTIMIENTO? el Código de 1884, admite el MUTUO CONSENTIMIENTO, como causal de divorcio, pero señala dos juntas de reconciliación, en tanto que la Ley de Relaciones Familiares admite el divorcio por MUTUO CONSENTIMIENTO, como causal de divorcio pero fijando tres juntas de reconciliación con el objeto de que los esposos tengan tiempo de reflexionar y tomar una resolución definitiva de si es su voluntad persistente o no, en obtener su separación, pero existe una diferencia esencial de la Ley de Relaciones Familiares con las Legislaciones que le anteceden; en que ésta adopta el divorcio con disolución del vínculo matrimonial, y como efecto inmediato rehabilita a los esposos.

(17) Ley Sobre Relaciones Familiares, Ed. Oficial, Imprenta del Gobierno. México 1917, p.27.

(18) Idem., p.p. 27-28.

para contraer un nuevo matrimonio; así vemos como ha ido evolucionando el concepto del divorcio, desde los orígenes del Derecho en la Roma de los Césares, hasta que se admitió definitivamente por la Ley de Relaciones Familiares con disolución del vínculo matrimonial, es decir, admite el Divorcio Perfecto, y las causales que van aumentando en las legislaciones para obtener la separación de cuerpos o divorcio imperfecto en el que se disuelve sólo la vida conyugal, ya parcialmente en cuanto al tálamo; ya totalmente, en cuanto al lecho y a la cohabitación.

Y la tercera en el sentido que hemos dejado asentado en los párrafos que anteceden.

CAPITULO IV : "LA PATRIA POTESTAD"

A) ANTECEDENTES HISTORICOS.

La institución jurídica de la patria potestad nace - junto con las primeras manifestaciones de la vida estatal. Cuando el interés familiar fue superado por el interés de la comunidad ciudadana, la autoridad judicial y administrativa del padre vino a ser sustituida por el poder delegado o conquistado del jefe de la ciudad.

Cuando desapareció la organización del pueblo hebreo y apareció el gobierno teocrático y la legislación mosaica se esbozó entre ellos la institución jurídica natural de la patria potestad.

El cuarto mandamiento del Decálogo: " Honrarás a tu padre y a tu madre ", encierra toda una doctrina correlativa y la de la patria potestad, en efecto, el mandato de la ley presupone la existencia de deberes que los padres deben cumplir; tanto el padre como la madre puesto que el mandamiento para uno y para otra. La educación de los hijos en la sabiduría divina, en el temor de Dios y en las tradiciones de familia es cosa innata en los judíos.

La Biblia que con frecuencia repite que los hijos --

son corona y orgullo del padre, narra que uno de los sumos sacerdotes, Samuel fue castigado por Dios por haber educado mal a sus hijos.

La organización natural del patriarcado entre los hebreos no sufrió sino un sólo cambio radical. El padre perdió la decisión sobre la vida o la muerte del hijo. Desde la aparición de la ley mosaica, sólo el pueblo representado por los ancianos tenía tal derecho.

Como el hebreo, muchos pueblos, de la antigüedad, principalmente arios, conservaron la organización patriarcal con la sola variante de no tener el poder de dar muerte al hijo.

El padre siguió siendo el sumo sacerdote de la religión familiar y el supremo propietario de los bienes de todos aquellos que lo rodeaban.

La fuente natural de la patria potestad es el matrimonio o "justae nuptiae", pero puede tener otras fuentes como la adopción y la legitimación, ésta última en tiempos de los emperadores cristianos.

Las "justae nuptiae", era el matrimonio establecido y sancionado por el derecho civil.

Sólo aquél que las había contraído podía gozar de --

los derechos de la patria potestad, puesto que los hijos - que nacían del matrimonio justo estaban sometidos a su po der, eran " alieni juris".

Para contraer el matrimonio legal, que como lo define Modestino, "es una unión de hombre y mujer que trae consi-- go la comunicación de vida y de derechos humanos y divinos," se necesitaban determinadas condiciones que a continuación enumeramos: pubertad de los esposos consentimiento de los- mismos, consentimiento de los padres y "connubium".

Connubium es poder, como dice Ulpiano, de tomar espo- sa según el derecho. El Connubium es uno de los derechos - especialísimos del ciudadano romano; ni los peregrinos ni- los latinos, ni los esclavos tienen el derecho. Ello se ex plica porqué las justas nupcias tienen por fin la continua- ción de un rito jurídico-religioso creado especialmente -- por y para los ciudadanos romanos.

Así pues, aquel que tiene el connubium puede contraer justas nupcias y los hijos que nazcan de ellos estarán so- metidos a la patria potestad. Los hijos nacidos de cual--- quiera otra unión nacen "sui juris", es decir libres, y no sometidos a la potestad del padre.

El padre podía abandonar a sus hijos. Tal derecho le-

concede la ley "De infantibus expositis", del año 347.

Tenía el poder de darlos en "mancipium". Es decir, -  
derlos a un tercero para su servicio a cambio de un pre-  
cio por un tiempo determinado. Multitud de leyes y de tex-  
tos nos hablan de este derecho y de las restricciones que  
poco a poco se le fueron imponiendo.

La potestad de hacer dar muerte a su hijo también es-  
ta en manos del padre.

Bajo el imperio se abusó de tal manera de este poder  
que el gobierno superior hubo de intervenir en el de las-  
relaciones familiares para poner coto a la crueldad de --  
los padres.

Adriano castigó con la expatriación a un jefe de fa-  
milia por haber matado a su hijo culpable de adulterio -  
con su suegra.

Al final del Imperio Constantino publicó una ley que  
mandaba castigar como parricida a todo aquel que hubiera-  
dado muerte a su hijo fueren cuales fueren los motivos.

Consecuencia lógica del control absoluto sobre la --  
persona, de la absorción de la personalidad del hijo por-  
la del padre, es el dominio completo sobre los bienes de-  
aquel.

Cualquier cosa que adquiriera el hijo la adquiere para el padre porque no es sino un instrumento de adquisición; cuando hereda el hijo, lo hace a título de "heredes sui" es decir, herederos de lo suyo.

En el imperio, en ésta materia como en otras muchas, la legislación se dulcificó y permitió al hijo la libre disposición de los bienes por él adquiridos. Podía hacer todo con ellos, menos donaciones. Con todo, el peculio sigue siendo del padre y puede retirárselo al hijo en el momento que así lo quiera.

Nunca perteneció la patria potestad a la mujer, pues la esposa estaba sometida a ella, es decir, no era sino una hija más bajo la autoridad del jefe de la familia.

#### B) EL CODIGO NAPOLEONICO.

La Legislación Francesa fue el espíritu sobresaliente que animó el Código de 1870.

El título noveno del ordenamiento napoleónico decretado el tres germinal del año II (24 de marzo de 1803) y promulgado el 13 germinal del mismo año (3 de abril) trata en diecisiete artículos, del 371 al 387, lo referente a patria potestad. En los trece primeros artículos se tra

trata del poder, hablando en términos generales, de los padres sobre los hijos; en los artículos restantes de los derechos sobre los bienes de los mismos.

El artículo 372 señala: "El hijo permanece bajo la autoridad de los padres hasta la mayoría de edad o la emancipación". (19)

El artículo 374 señala: "el hijo no puede abandonar la casa paterna sin el permiso de su padre".

Artículo 375: "El padre que tenga motivos de descontento muy graves por la conducta de su hijo tendrá los medios de corrección siguientes:

Pedir encierro hasta de un mes siempre y cuando el menor haya entrado a la edad de 16 años. Pasada ésta edad la podrá pedir hasta por seis meses. (20)

En los artículos subsecuentes se ocupa el Código de Napoleón de los derechos que tienen los padres sobre los bienes de los hijos.

Artículo 384: Durante el matrimonio, el padre tendrá derecho al usufructo de los bienes de sus hijos hasta que éstos cumplan los 18 años, o bien hasta que sean emancipados, cosa que puede suceder antes de la edad mencionada.

(19) Códigos Civiles Extranjeros y el Código Napoleón, - op. cit., p. 30.

(20) Idem., p. 30.

Disuelto el matrimonio por la muerte, el sobreviviente, padre o madre gozará de tal derecho. (21)

El artículo 385 señala las cargas o las obligaciones que se imponen al padre o a la madre según sea uno u otra el usufructuario legal. El artículo 385 en la fracción I dice: "Las cargas serán las mismas que las de los usufructuarios ordinarios. (22)

El usufructo legal que pertenece al padre o a la madre, según el caso, tendrá todos los cargos de los usufructos a título universal entre las que están el inventario, el pago de las deudas y los gastos de sostenimiento de los bienes".

"El usufructo, dice el artículo 385, no será en beneficio del padre o la madre en contra del cual se haya dictado sentencia de divorcio". Y establece una causa de extinción de la patria potestad en contra exclusiva de la madre: "cesará de la madre en caso de un segundo matrimonio".

Lo que quiere decir que el padre puede contraer nuevas nupcias sin perder la patria potestad; además la separación de cuerpos dictada en contra del marido tampoco trae la pérdida de la patria potestad, porque el texto ha

(21) Idem., p. 32

(22) Idem., p. 32

bla de divorcio, es decir, de rompimiento total del vínculo matrimonial, en cambio la separación de cuerpos sólo - produce un relajamiento del mismo. ( 23 )

C) EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE GARCIA GOYENA.

En el título VII, artículo 143, trata de la patria - potestad. El primer artículo es idéntico a aquél con que empieza e. Código Napoleónico: "Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres". (24)

Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad del padre, dice el artículo 144; puesto en concordancia con el 142, que expresa: "Las personas de ambos sexos que no han cumplido 20 años, son menores de edad" nos da (25) la base para afirmar que la patria potestad, según el Código que venimos estudiando sólo alcanza hasta la edad de 20 años, pero como en el Código Francés, puede acabarse - antes de esa edad por la emancipación según lo establece el artículo 60, fracción II.

"El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores", dice el artículo 150 que sigue la tradición romana y española" (26)

(23) Idem.  
(24) García Goyena, Florencio; Concordancias del Código Civil Español. Tomo I, Imprenta Soc. Tip. Edt. Madrid 1852 P.154.  
(25) Idem. p. 155.  
(26) Idem. p. 160.

A este respecto, del artículo 150 al 159, todo el capítulo II, se trata: "De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes del hijo. "Entre otras razones de ser que tiene este capítulo estan las siguientes: la incapacidad real del hijo pequeño para la administración de los bienes, la incapacidad real o legal del hijo que está a punto de alcanzar la mayor edad; la conveniencia de que el hijo que tiene bienes propios contribuya con el fruto de ellos a sus propios gastos. (27)

El artículo 152 establece los bienes que pertenecen al hijo en propiedad y usufructo a saber: los bienes mandados o donados para seguir una carrera; los bienes que adquiere por su trabajo independiente del padre o por sueldo devengado en su empleo. (28)

En e, capítulo III habla el código "De los modos de acabarse la patria potestad", bajo este título comprende también los casos de pérdidas de patria potestad y suspensión de la misma. Se acaba naturalmente por dos causas: mayor edad del hijo y muerte. Se extingue voluntariamente por emancipación y adopción. Se pierde por condena privatoria de la patria potestad por declaración de culpabilidad en una sentencia de divorcio. (29)

(27) Idem. p.p. 160-170.

(28) Idem. p 162.

(29) Idem. p.p. 170-182.

Se suspende la patria potestad por ausencia o por incapacidad o por sentencia.

Como es lógico suponer por ausencia y por sentencia-pierde el padre el usufructo. Se lo concede, sin embargo, la ley en el caso de incapacidad mental.

Hasta aquí el estudio del proyecto de legislación española que inspiró en parte la redacción de nuestro Código Civil.

No sólo la tendencia que manifiesta el conjunto de -normas arriba analizadas, sino hasta la redacción, es lamisma de casi todas las legislaciones europeas del pasado siglo. De entonces a la fecha no han variado mucho como -no ha variado en general del Derecho Civil.

D) CODIGO CIVIL DE 1870.

Tres innovaciones en la materia que venimos tratando consideren haber hecho los autores del Código Civil de -- 1870.

LA PRIMERA consiste en conceder la patria potestad a la mujer.

LA SEGUNDA consiste en que la mujer tiene la libre - administración de los bienes del hijo. Anteriormente esta ba obligada a seguir el consejo de un consultor nombrado- por el padre.

LA TERCERA innovación consiste en extender la patria potestad a los abuelos y abuelas a los que concede la fa- cultad de poder renunciar a ella cuando, en bien de sus - descendientes crean prudente hacerlo.

El artículo 343 establece claramente, que la mujer - sólo entrará al ejercicio de la patria potestad cuando -- por cualquier motivo el padre haya dejado de ejercerla. (30)

Los demás artículos que componen este primer capítu- lo hablan de la obligación del hijo de permanecer en la - casa del padre ( 344 ). De la facultad del padre para --- (31) corregirle mesuradamente ( 346 ). Del deber de las autori (32)

(30) Código Civil D. F. y Territ. B. Calif. ep.cit. p. 42.

(31) Idem. p. 42

(32) Idem.

dades de auxiliar a los padres cuando ellos lo soliciten -  
( 397 ). (33)

E) LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, siguió el mismo programa que las dos leyes anteriores; transcribió también la mayoría de los artículos, pero introdujo las siguientes modificaciones:

Mientras que los códigos de 70 y 84, decretaban que la patria potestad se ejercería sobre los hijos legítimos y sobre los hijos naturales legitimados y reconocidos, la Ley de Relaciones Familiares, establece que se ejercerá también sobre la persona de los hijos naturales legitimados o no y de los hijos adoptivos..

La patria potestad era ejercida, según las leyes anteriores, por el padre; en defecto de él por la madre; -- por el abuelo, en defecto de él, por la abuela. En la Ley de Relaciones Familiares la patria potestad se ejerce por el padre y la madres, por el abuelo y la abuela.

La ley del 17 implantó un nuevo sistema: "La patria-potestad se ejercerá sobre las personas de los hijos legi

(33) Idem.

timos, legitimados, naturales y adoptivos". No hace distinción al enunciar a los hijos naturales, entre aquellos que han sido reconocidos y aquellos que no lo han sido; - sin embargo, se establece por la misma ley, en artículos anteriores, que cuando el padre y la madre naturales vivan separados, aquél que reconozca primero al hijo tendrá la patria potestad.

Pero la patria potestad se ejerce también sobre las personas de los hijos adoptivos.

La Ley ha querido assimilar en todo y por todo la filiación legítima con la adoptiva.

Esta innovación tiene su explicación en que la adopción fue introducida a nuestro derecho por la misma Ley de Relaciones Familiare..

La segunda gran modificación introducida por la Ley de Relaciones Familiares de 1917 consiste en que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por el padre y la madre o por el abuelo y la abuela.

La trascendencia de tal modificación es grande, porque viene a ser el reconocimiento de los derechos de la madre sobre el hijo aún en vida del esposo. Pensar que - las madres no castigaban mesuradamente a sus hijos, aún -

en vida del padre, sería no apreciar la verdad.(34)

F) CODIGO CIVIL 1932.

El Código Civil de 1932, admitió las reformas e innovaciones de la Ley de Relaciones Familiares y los demás artículos que dicha ley había copiado de los códigos de 84 y 70; pero además de esto introdujo una serie de artículos que vienen a llenar lagunas dejadas por las anteriores disposiciones.

Los artículos nuevos que introdujo el Código de 32 no tiene otro objeto que determinar claramente el modo de ejercer la patria potestad respecto de las personas de los hijos naturales reconocidos, y de los hijos adoptivos.

Ya hemos visto que la Ley de Relaciones Familiares disponía que: ejercería la patria potestad sobre los hijos naturales aquél de los padres que primero los reconociera, y si ambos padres los reconocían en el mismo acto, el juez designaría el titular de la patria potestad.

El nuevo código, considerando que cuando los padres naturales hacen vida conjunta, vida de familia, se asemejan grandemente a los padres legítimos, en el artículo -- (34) Ley Sobre Relaciones Familiares, op. cit.p.p. 238-246.

415 les concedió el ejercicio simultáneo de la patria potestad. (35)

Más adelante, en el artículo 417 resuelve la situación planteada por la separación de los padres naturales, determinando que "ejercerá la patria potestad, cuando no se pongan de acuerdo, el progenitor que designe el juez". (36)

El 418 aclara que para los hijos naturales también rige el artículo 414 que establece que: "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, etc.". (37)

El 419 establece una excepción al anterior: "La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las que lo adopten". La misma idea estaba ya expresada en el capítulo de adopción donde se decía que los derechos que nacen de ella, así como el parentesco que deriva de la misma se limitan al adoptante y al adoptado. (38)

Cuando, habiendo reconocido al hijo ambos cónyuges y viviendo separados, viene a dejar de ejercer la patria potestad, por cualquier motivo, aquél que la ejercía, entrará a ejercerla el otro, por disposición del artículo 416. (39)

Hasta aquí el estudio del desarrollo de las normas -

(35) Código Civil para el D.F., op. cit., p. 120.

(36) Idem. p. 121

(37) Idem.

(38) Idem.

(39) Idem.

que versan sobre los efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos, en capítulos subsecuentes, examinaremos con detalle los efectos de la patria potestad en los casos de disolución del vínculo matrimonial.

CAPITULO V : "EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE"

CAUSALES DEL DIVORCIO

PRIMERA CAUSAL :

La primera causal que establece nuestra Ley en la --  
fracción I, del Artículo 267, dice:(40)

El adulterio debidamente probado de uno de los cón-  
yuges.

El adulterio es causa de divorcio, cometido indis-  
tintamente, ya sea por el esposo o por la esposa, siem-  
pre con requisito de que sea debidamente probado por el-  
querellante, por consecuencia debemos decir que la parte  
ofendida debe rendir las pruebas que la misma ley admite  
para comprobar los elementos materiales del objeto de la  
prueba, la Ley Penal tipifica el adulterio como delito -  
en dos cosas: el primero cuando es cometido en el domi-  
cilio conyugal; el segundo cuando es cometido con escán-  
dalo, esto es para que constituya delito, pero en vista-  
de que en este estudio, no pretendemos analizarlo bajo -  
el aspecto penal, sino que decimos que existe adulterio-  
como causal de divorcio cuando uno de los cónyuges reali-  
ce el acto carnal idóneo con persona que no sea su -  
(40) Código Civil para el D.F. op. cit., p.p. 93-94.

consorte, independientemente de que constituya o no delito sancionado por la Ley Penal, de tal manera que pueda darse la causal sin que necesariamente constituya delito, y no al contrario si es delito existe causal de divorcio.

La realización de un acto de ésta naturaleza implica al cónyuge inocente una ofensa grave contra el honor, produciendo desconfianza por el quebramiento de uno de los principales deberes de los esposos, que es el de guardarse fidelidad recíproca, su quebramiento acarrea al hogar común consecuencias fatales: como son los rencores, odios, disgustos, que sin duda en muchos casos parecería ser la única solución posible de reparar esa ofensa moral y socialmente el divorcio pero no es necesario, ya que pueden suspenderse algunos derechos y obligaciones sin llegar a una disolución total de la sociedad conyugal; la conducta en sí es tan reprochable la del uno como la del otro, jurídicamente parece ser más grave la conducta de la mujer por sus consecuencias, ya que cometiendo el adulterio puede introducir a la familia miembros extraños, o hijos ilegítimos usurpando derechos que no le corresponderían de ninguna manera como vendrían a ser los derechos hereditarios y al de obtener la pensión alimenticia, tal cosa no sucede en el supuesto de que el

hombre sea quien cometa el adulterio, pero basta que el adulterio sea cometido para que exista el derecho en favor del cónyuge inocente, para pedir la disolución de la unión matrimonial.

¿ Qué causas influirían a que se diera el Divorcio?, para contestar a esta pregunta podemos decir que el adulterio puede ser generado por causas de diversa índole, - se podrían catalogar en:

#### CAUSAS DE TIPO ECONOMICO

Como la necesidad, la miseria, la ambición desordenada de lujo, que impulsan a la mujer a cometer tales actos con la ilusión de satisfacer por el momento la necesidad que le aqueja, de salir de su miseria aunque sea - en forma pasajera, de ostentarse socialmente con buena - reputación y apariencia de comodidad.

#### CAUSAS DE TIPO SEXUAL

Como es la insatisfacción de esa tendencia dentro - del matrimonio,, tratando de encontrar la solución fuera - de él, que la encontrará en realidad transitoriamente, - ya que seguirá sintiendo la misma inclinación y quizá -- con mayor vehemencia y en algunos otros casos el vicio - de la incontinencia aún en familias de buenas costumbres

morales, de rango social elevado, de condición económica bien colocada.

CAUSAS DE TIPO PSICOLOGICO:

Caprichos de un cónyuge hacia una tercera persona - por afecto constante, por celos, debemos tener presente que en no pocos casos será muy difícil, por no afirmar - que imposible, aportar las pruebas conducentes para probar el hecho, pero sin destacar en otros la posibilidad de aducir pruebas fehacientes con el objeto de comprobar los elementos materiales del adulterio.

Dada esta dificultad práctica de aportar las pruebas necesarias para demostrar el adulterio, pocas demandas se interpondrán tomando como base esta causal pero - sin que pierda su fuerza como causal de divorcio y mucho menos dejará de ser una amenaza constante para la vida - conyugal, pues en los casos en que sea posible y se facilite aducirlas, se haga valer con la finalidad de lograr la disolución del vínculo conyugal, prescindiendo en lo absoluto de las consecuencias terribles e irreparables - que trae consigo este acto.

SEGUNDA CAUSAL : FRACCION II.

El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contra-

to, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.(41)

De los términos del precepto se desprende que para que proceda el divorcio, en el caso de que se trata, es necesario que el parto se haya verificado dentro del matrimonio, lo cual supone el embarazo anterior al matrimonio y sea declarado ilegítimo por resolución judicial al hijo producto del parto, de tal manera, que aunque esté comprobada la preñez de la mujer desde el momento de la celebración del matrimonio, el esposo tendrá que esperar a que se verifique el alumbramiento y obtenga la sentencia declarando el estado de ilegitimidad del producto -- del parto, en ésta causal el esposo tiene que esperar a que se verifiquen las condiciones legales establecidas a pesar de que él tenga pruebas fehacientes sobre el hecho.

Lo difícil está en establecer un criterio para determinar si la concepción fué anterior o posterior al matrimonio ya que para investigar este hecho carecemos de reglas técnicas y el único medio real y legal que nos -- conduce a ello es la presunción y con base a ella nuestro Código Civil en su Artículo 324, Fracción I, establece un criterio para determinar si son hijos legítimos o-

(41) Idem. p. 93.

no, de ahí que tengamos que atender a la fecha del nacimiento relacionándola con la del matrimonio, si el nacimiento se realiza dentro de los 180 días a partir de la celebración del matrimonio existe la presunción de ser ilegítimo, de lo contrario se presume que fué concebido después de la celebración del matrimonio y por consecuencia es hijo legítimo, salvo que la esposa pruebe que el marido conocía el estado de embarazo de su consorte, que asistió al acta de nacimiento firmándola o declaró no saber hacerlo, conforme a lo que dispone el Artículo 328 del Código Civil Vigente; el que se den las condiciones del supuesto, no debe ser causa de separación que disuelva el vínculo ya que la mujer quedaría en el abandono, - pues el marido debió darse cuenta de la situación en que se encontraba la mujer al contraer el matrimonio, para obligarse pues creo difícil que el hombre contrajera ese vínculo sin tener conocimiento de una circunstancia de vital importancia.

TERCERA CAUSAL :

"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 cual-

quier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer".

Siendo el matrimonio una verdadera sociedad, en la que el varón tiene la autoridad sobre los miembros que la integran una vez que realicen los fines del matrimonio -- que es perpetuación de la especie y su educación, que viene a constituir los fines primordiales del matrimonio, -- además el marido debe protección, custodia y amparo a la esposa, faltaría al cumplimiento de sus deberes, incitando a su propia mujer a la prostitución, el hombre llegaría al máximo de degradación al constituirse en autor de deshonor y de cualquier aspecto que se considere; este -- hecho parece ser una verdadera injusticia el obligar a la mujer a continuar la vida en común con el hombre que no sólo abandona sus deberes con una conducta de omisión, si no que con actos positivos la induce a la corrupción más denigrante que puede haber, el divorcio no resuelve el -- problema, ya que vendrían otros más graves, los hijos -- quedarían en el abandono, al igual que la mujer, para no agravar la situación, la mujer debe pedir la separación de cuerpos, evitando que siga el mal.

CUARTA CAUSAL :

"La incitación o la violencia hecha por una cónyuge - al otro, para cometer algún delito, aunque no sea incontinencia carnal". (43)

El legislador ha tenido la intención de proteger al cónyuge virtuosa, ya que el matrimonio es la base de la sociedad en que deben reinar las buenas costumbres, conservar, fortalecer y acrecentar las virtudes, siendo se consecuencias perjudiciales contra las buenas costumbres, contra la sociedad, de manera que no librar al esposo de las acechanzas que tiende su compañero perverso para llevarlo a cometer crímenes, sería tanto como proteger el mal en forma legal, por tanto, según parecer para algunos el remedio y defensa es el derecho a poder separarse del culpable por medio del divorcio, pero me parece que es suficiente la separación de cuerpos para evitar ésta corrupción en el matrimonio.

QUINTA CAUSAL :

"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 corrupción". (44)

Los fines del matrimonio no se limitan a la procrea--

(43) Idem. p. 93.

(44) Idem.

ción de los hijos que es el fin primario, pero el secundario, complemento del anterior, consiste en cuidar su educación que los padres deben dar a sus hijos, fin que de ninguna manera se lograría si los mismos padres fueran los corruptores de sus propios hijos, violando su derecho natural, ya que no sólo deben ver por su desarrollo físico sino moral e intelectual pues la persona humana es un compuesto de materia y parte espiritual que especifica la naturaleza del hombre como ser racional, pero el legislador no se limitó a la conducta dirigida a pervertir a los hijos, sino que también a la tolerancia en la corrupción de sus hijos.

El divorcio no sería una medida apta, pues creo que la separación de cuerpos pondría fin a ésta situación, privando al culpable del trato con sus hijos y del ejercicio de la patria potestad.

SEXTA CAUSAL :

"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". (45)

(45) Idem.

Esta causa que el legislador consideró justificada en un principio cuanto entró en vigor la ley, pues en el fondo no tiene razón de ser, dado que la ciencia ha obtenido un desarrollo rápido logrando aplicaciones totalmente nuevas y desconocidas para nuestros antepasados, de manera que se coloca la ley en un supuesto que se destruye y por lo tanto es inútil esa disposición, al jurista no le toca decir cuando existe una enfermedad con los requisitos que fija la ley, sino al médico que viene a ser el indicado por su especialidad en la ciencia médica, para decidir cuando se han llenado el supuesto; pues la inteligencia puede conocer lo que no puede hacer, pero nunca podrá decir hasta donde va a llegar el conocimiento.- Como causal de divorcio quedaría comprendida en uno de los impedimentos para la celebración del matrimonio conforme a lo que establece el artículo 156, del mismo ordenamiento en su fracción VIII (46) y consecuentemente procedería la nulidad del matrimonio por haber sido celebrado faltando un requisito legal y no ser causal de divorcio; pero cuando sea posterior la enfermedad, en este caso el enfermo necesita más de cuidado de alguien y esa persona sería su consorte y no dejarlo en el abandono por el di-

(46) Idem. p.p. 73-74

vorcio; se dice que el cónyuge culpable infiere una ofensa grave al otro, pero este tiene medios para evitar que contraiga matrimonio en esas condiciones con los certificados médicos prenupciales acerca de éstas enfermedades y no tener la pena de andar en los tribunales después de celebrado su matrimonio para solicitar su separación por medio del divorcio.

SEPTIMA CAUSAL :

"Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyugedemente". (47)

Hay que precisar, que es requisito indispensable para que prospere el divorcio que previamente se declare judicialmente el estado de interdicción del cónyugedemente.

Recordemos que el estado de interdicción consiste en la incapacidad de ciertos sujetos, menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia afectados en sus facultades mentales, originándose estas situaciones que el derecho familiar las regule mediante la institución de la tutela.

De acuerdo a la causal en comentario, la enajenación mental incurable se refiere al cónyuge privado de inteligencia por afección en sus facultades racionales, enfermedad o padecimiento que hace imposible que se cumplan los fines del matrimonio.

Cabe el comentario que la enajenación incurable vendría a constituir un impedimento para celebrar el matrimonio, según lo dispone la ley en su artículo 156, VIII y -(48) no ser causal de divorcio, engendrando la acción para demandar la nulidad del matrimonio, pero cuando sobrevenga a la celebración del matrimonio, con el divorcio se resuelve el problema invocando la causal en comento.

OCTAVA CAUSAL :

"La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada". (49)

Una de las obligaciones de los esposos es hacer vida en común y de ayudarse mutuamente, ésta separación injustificada estaría violando éstos deberes principalmente el de la vida en común, pues la vida mutua material podría existir aunque no la moral, con el requisito indispensable de que debe ser injustificada, ya que de lo con

(48) Idem. p. 74.

(49) Idem. p. 93.

trario, no estaríamos en el supuesto, el plazo de seis - meses que fijó el legislador arbitrariamente ya que bien pudo fijar un plazo mayor o menor sin la mínima trascendencia, en realidad no se ve alguna justificación de esta causal para obtener la separación definitiva por medio del divorcio.

NOVENA CAUSAL :

"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". (50)

Tres condiciones deben darse para que se constituya la causal:

Separación por más de un año;

Debida a causa grave para pedir el divorcio;

Que la parte que se separó no haya pedido el divorcio.

Los esposos deben hacer vida en común, de tal manera que esa separación prolongada vendría a quebrantar ese deber, y hasta cierto punto olvidarse de las demás obligaciones de mayor importancia como serían la educación de los hijos, la mutua ayuda tanto económica como - (50) Idem. p.p. 93-94.

moral y si ésta fuese causal de divorcio el buscar en él la solución propia a resolver los problemas que acarrea, sería agravar la situación en lugar de resolver; ya que tratar de remediar las dificultades surgidas digamos en forma temporal, convirtiéndolas en definitivamente irresolubles, por tanto el remedio no es el divorcio sino tener un acuerdo o preferir la separación de cuerpos. Opino que deberían suprimirse las causales VIII y IX; y sobre todo ésta última, pues de una elasticidad tan peligrosa que cualquiera que tenga voluntad de obtener el divorcio tarde o temprano logrará tener esta causa para demandarle, pues depende más de la voluntad de los contrayentes que de las circunstancias de la vida real.

DECIMA CAUSAL :

"La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excención en -- que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia".(51)

La ley hace la declaración de ausencia en apoyo de una presunción juris tantum y no en base de un hecho comprobado indubitable de tal manera que aunque ésta declaración tenga algunos efectos jurídicos como la suspen--  
(51) Idem. p. 34.

sión de determinadas obligaciones y la adquisición de algunos derechos, para no ser causal de divorcio pues ¿que sucedería si se presentare el presunto ausente o muerto? Me parece que el vínculo anterior subsiste, pues el cónyuge ausente se ha presentado teniendo o recobrando la plenitud de sus derechos; y no hacerlo víctima de una injusticia, privándolo de los derechos de familia, semejante comentario se puede vertir sobre la presunción de muerte.

DECIMA PRIMERA CAUSAL :

"La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro". (52)

Por sevicia debemos entender los malos tratos de obra que indican crueldad y no compasión; amenazas, cuando con hechos se hace nacer un sentimiento de temor de que le sobrevenga un mal inminente personal o patrimonial.

Injuria, es acción o expresión, dicha con el deseo de manifestar a otro desprecio o para ofenderlo, sin embargo éstos conceptos son parecidos y sería difícil determinar taxativamente las causas de sevicias, ya que dentro de éste concepto tan amplio y tan impreciso en la (52) Idem.

Ley, dando lugar a que circunstancias mínimas se les die-  
ra ese carácter de sevicias; de injurias graves; el cali-  
ficativo de gravedad sale sobrando en ésta disposición -  
pues no existe una criterio fijo para decir cuándo una -  
injuria es grave y cuándo es leve, por tanto, injurias y  
amenazas estarían sujetas al criterio del juez especifi-  
car en qué casos y bajo qué condiciones son causales de  
divorcio, el acudir a él no soluciona el problema, pues-  
seguirían las injurias y las amenazas entonces si serían  
graves; basta con la separación de cuerpos y caución de-  
no ofender o molestar a su consorte o a sus hijos en ca-  
so de que perdiera la patria potestad.

DECIMA SEGUNDA CAUSAL :

"La negativa injustificada de los cónyuges a cum-  
plir con las obligaciones señaladas en el artículo 164,-  
sin que sea necesario agotar previamente los procedimien-  
tos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimien-  
to, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de-  
la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168".(53)

A) Es un deber mutuo el darse alimentos en las con-  
diciones que establece la ley y su quebramiento causaría  
trastornos en la organización y orden de la familia pero  
(53) Idem.

mayores serían los que traería el divorcio, pues se absolvía definitivamente de cumplir con ese deber para el cónyuge necesitado pero parece que no es la solución adecuada, ya que aunque se decreta el divorcio subsiste generalmente esa obligación con determinadas limitaciones; es de cir mientras la divorciada tenga una vida honesta y los hijos lleguen a la mayoría de edad, si el divorcio fuera la única solución no se le obligaría a cumplir con ella y así como queda obligado con el divorcio, la solución estaría en exigir judicialmente el cumplimiento de esa obligación, a pesar de que no llevasen la vida común.

B) Anteriormente, para que prosperara la acción de divorcio a que se refería ésta causal, no bastaba demonstrar la falta de ministración de los alimentos, sino que era necesario justificar que no pudieron hacerse efectivos los derechos que conceden los artículo 165 y 166 del Código Civil.

En este caso, la negativa de los cónyuges a darse alimentos, sólo podría motivar la disolución del vínculo, cuando no podían hacer efectivos sus derechos sobre los bienes del cónyuge remiso, era indispensable antes de promover la demanda de divorcio que se siguieran los procedi

mientos de la ley para hacer efectivos los alimentos en los bienes del marido y que tal forma de actuar, se comprobara en autos, para motivar legalmente el divorcio.

Actualmente, con la reforma del 27 de diciembre de 1983, ya no se requiere demandar juicio de alimentos previamente al entablamiento del divorcio, lo cual es una medida acertada que permite tramitar de inmediato el divorcio y ponerle de esta manera término a la situación irregular con respecto a la falta de ministración de alimentos.

Igualmente, por lo que hace al incumplimiento de la sentencia ejecutoria que resuelve a quién de los cónyuges corresponde lo concerniente al manejo del hogar, a la educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan, estimamos que fué de suma utilidad la reforma de referencia, ya que no es necesario arotar procedimiento previo al divorcio, sino que los cónyuges de inmediato pueden ocurrir al juez de lo familiar y ejercitar la acción de divorcio con base en ésta causal.

DECIMA TERCERA CAUSAL :

"La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión". (54)

(54) Idem. p. 94

En el caso en que un cónyuge acuse al otro falsamente de un hecho penado por más de dos años, evidentemente que causa trastornos en el hogar por los disgustos que naturalmente vendrían de esa acusación ya sea por mayor o menor; pero tratar de disolver el vínculo no es solución adecuada, pues las dificultades siempre las habrá en el hogar, hecho de dos seres incompletos y defectuosos, consecuentemente aún en las ofensas graves debe manifestarse la mutua corrección y sobre todo la recíproca comprensión, tratando de evitar mayores dificultades, -- siendo imposible la vida común, la solución propia debe ser obtener la separación de cuerpos..

DECIMA CUARTA CAUSAL :

"Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por lo cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años".(55)

La realización del supuesto de la causal, crearía una situación difícil en la mutua ayuda y comprensión de los cónyuges, convirtiendo el hogar en el que debe arder en forma permanente la llama del amor a la esposa o esposo y a los hijos, un centro de odios, rencores y faltas, hasta llegar a una vida insoportable debido a esa situación.

(55) Idem.

ción y tratar de encontrar el remedio en el divorcio, es ir en busca de mayores problemas y trastornos en el hogar, por tanto no es la solución adecuada, debemos seguir insistiendo en obtener la separación de cuerpos ya sea como medida provisional o definitiva.

DECIMA QUINTA CAUSAL :

"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". (56)

Esta causal en cuanto a la embriaguez y drogas enervantes quedarían incluidas como requisitos para contraer matrimonio según lo dispone el Artículo 156 en su fracción VIII, y podemos asemejar a éstas dos circunstancias lo del juego; pero en caso de que se sucedan después del matrimonio entonces debe procurarse la enmienda y corrección de esos vicios perjudiciales al hogar, a la familia, pero refugiarse en el divorcio para encontrar la solución propia y única es ir agravando los problemas, para los hijos y para la esposa; la solución atinada en este caso es de procurar evitarlos, de no ser posible entonces solicitar la separación de cuerpos y dejarlo que-

(56) Idem.

mantenga sus vicios que ha creado, pues no procura ir -- por el camino que conduce a la paz en el hogar.

DECIMA SEXTA CAUSAL :

"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". (57)

El cónyuge que cometa un acto llenando el supuesto de la ley, naturalmente traería disgustos, odios y contrariedades al grado de hacer una vida imposible dentro del hogar, con los daños y perjuicios en los hijos, pero el acudir al divorcio es romper el equilibrio conyugal -- definitivamente y hacer a un lado los fines superiores y sociales con preferencia a los objetivos personales. Hay que procurar la concordia y la comprensión precedidas de la reflexión, lo cual hará que la situación vuelva a la normalidad y se eviten escándalos con mayores e irreparables consecuencias.

DECIMA SEPTIMA CAUSAL :

"El mutuo consentimiento". (58)

El único comentario posible a ésta causal es de que debería suprimirse de la Legislación Positiva; pues nun-

(57) Idem.

(58) Idem.

ca llevará a tener un mejor entendimiento dentro del matrimonio, porque ya desde antes de que se celebre este, - ya tenemos un camino demasiado fácil para acabar con una institución esencial para la familia, para la sociedad, - para el fomento de buenas costumbres en perjuicio de la otra parte, de la educación de los hijos.

DECIMA OCTAVA CAUSAL :

"La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, lo cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos". (59)

El comentario que procede en relación con ésta causal, es en el sentido de que la separación de los cónyuges por un lapso prolongado, más de dos años, es una situación contraria al estado matrimonial que puede implicar actos imputables a un cónyuge; o no serlo, pero que rompen la vida matrimonial, de tal modo que al cesar esa vida en común por cierto tiempo, se permite el divorcio, no obstante que no haya una culpa o hecho imputable a uno de los cónyuges.

La obligación esencial de la que derivan otras secundarias, en relación con el matrimonio, es la de hacer  
(59) Idem.

vida en común. Con una separación de más de dos años como prevé esta causal, no se pueden cumplir los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia y en el caso de haber hijos, pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua, no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también la ayuda de carácter moral, espiritual que la ley supone entre los consortes. A su vez, la obligación de fidelidad y el débito carnal no se cumple con dicha separación; lo que justifica lo afortunada que fue la inclusión de esta causal en la ley.

CAPITULO VI : "EL DIVORCIO Y LA REFORMA AL ARTICULO 238 -  
DEL CODIGO CIVIL PARA EL D. F. DEL 27 DE -  
DICIEMBRE DE 1983".

Para dilucidar la "ratio iuris" de la reforma del 27 de diciembre de 1983, en relación con la patria potestad, en caso de que el juez decreta la disolución del vínculo matrimonial, es pertinente examinar primeramente lo que disponía el artículo 283 antes de sufrir la reforma aludida.

Establecía el artículo en comento:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforma a las reglas siguientes:

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

culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, -- recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los -- hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente -- que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se le 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. (6Q)

En el capítulo anterior, examinamos que para efectos del divorcio era menester distinguir dos tipos de efectos:

- A) Efectos provisionales, y
- B) Efectos definitivos.

En relación con los primeros, los efectos provisionales, precisamos que en el divorcio necesario, al presentarse el demandante ante el juez de lo familiar, en -- casos urgentes, puede la autoridad jurisdiccional tomar--

(6Q Código Civil del D.F., 52 Edición, Editorial Porrúa.-- México, 1984, pág. 98.

providencias para separar a los cónyuges, depositar a la mujer, confiar la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, si se pusieren de acuerdo las partes, o bien, en el caso de no haberlo, el juzgador podría determinar si concede la custodia durante el procedimiento a uno de los cónyuges o a tercera persona.

A este respecto, recordemos que el dispositivo 282- del Código Civil del D. F., dispone:

"Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si -- hubiere urgencia, se dictará 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 caso:

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

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, al cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos.

El juez, previo al procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente". (61)

Según nuestro código, primero prevé el supuesto -- del acuerdo de ambos cónyuges, para que se confie la custodia de los hijos a alguno de ellos, sin autorizar la ley al juzgador para que pueda confiarla a persona distinta del cónyuge elegido.

En defecto de un acuerdo entre los cónyuges, el juez podrá determinar la persona a quien se confíen los hijos, otorgándole la ley del cónyuge demandante la preferencia para que señale a esa persona.

También se asentó en cuanto a los efectos del divorcio, por cuanto hace a los provisionales, que en caso de que la mujer quede embarazada, en aplicación del artículo 1638 del código civil, deberá poner ésta circunstancia en conocimiento del juez que conozca del juicio dentro del término de 40 días para que lo notifique el marido.

(61) Código Civil del D. F. , Idem. p.p. 97 y 98.

A los efectos provisionales del divorcio, también se les denomina "medidas cautelares", las cuales podemos dividir las en dos clases: las que se refieren a las personas de los cónyuges y de sus hijos, y las referentes a los bienes y obligaciones de naturaleza patrimonial.

Por lo que respecta a las primeras prevé el artículo en comento, la separación de los cónyuges; y en cuanto las segundas, de acuerdo a la fracción III, está: "Se fijar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor -- alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos". Otras medidas cautelares de naturaleza económica, están: fijar el monto de los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar al otro; asegurar el pago de los alimentos.

Efectuando este repaso de los efectos provisionales que produce el divorcio, en el siguiente subtítulo analizaremos los efectos definitivos.

#### A) EFECTOS DEFINITIVOS DE LA SENTENCIA QUE DECRETA EL DIVORCIO SOBRE LOS HIJOS.

Los efectos definitivos que produce la sentencia de divorcio necesario, se refieren a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos así como sus bienes.

En virtud de que el objeto de ésta tesis consiste en el análisis de la reforma del 27 de diciembre de 1983, en relación con el artículo 283 del Código Civil del D. F.,- analizaremos los efectos definitivos de la sentencia que decreta el divorcio sobre los hijos, antes de la reforma- referida para entrar posteriormente al análisis lógico ju- rídico del artículo 205 del Código Civil.

B) ANÁLISIS DE LAS SANCIONES AL CONYUGE CULPABLE EN EL DIVORCIO.

En el artículo 283 del Código Civil de 1929, que ad- mite el divorcio vincular, es el de privar al cónyuge cul- pable de la patria potestad sobre los hijos y concederla- al cónyuge inocente.

Ahora bien, tratándose del divorcio decretado por -- alguna enfermedad crónica e incurable, que sea además con- tagiosa o hereditaria, nuestra ley otorga la custodia de- los hijos menores al cónyuge sano y restringen el conjun- to de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge - enfermo, con el objeto de evitar el posible contagio de - sus hijos. Sin embargo, en este caso como la patria potes- tad es una suma de obligaciones y responsabilidades, se - mantienen éstas para el cónyuge enfermo.

En nuestro sistema jurídico es un derecho del cónyuge-

ge inocente que se le otorgue la patria potestad sobre los hijos, y es una sanción que se le impone al culpable para privarlo de la misma, de modo que nunca estará en la facultad discrecional del juez, ni en razón de las circunstancias que considere justificadas, para alterar esta situación.

En nuestro sistema, una vez decretado el divorcio, forma parte de la sentencia el punto referente a la patria potestad, y ya es inmodificable, por que la resolución ha causado estado.

El código civil de 1929, disponía en su artículo 263:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

1 Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se le nombrará tutor". (63)

De lo anterior se desprende, que no se da la posibilidad de que el cónyuge culpable recobre la patria potestad (63) Idem. p. 98.

tad ante la muerte del inocente.

Se explica la sanción impuesta al cónyuge culpable — de privársele definitivamente de la patria potestad, inclusive si muriere el cónyuge inocente, en virtud de que la causa de divorcio implica para los hijos un peligro — grave, que impide que el culpable pueda recobrar la potestad sobre ellos.

Por lo que respecta a la fracción V del artículo 267 del Código Civil, que establece:(64)

"Son las causas de divorcio: . . . los actos inmorales ejecutados por el marido e por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción". Es justificable, que se prive definitivamente de la patria potestad al cónyuge culpable, porque aquí si la causa fué en función de pervertir a los hijos, y por esto, aunque muriera el inocente, no podrá el culpable ejercer la patria potestad.

Cuando la causa de divorcio sea la prevista en la fracción XV, del mismo artículo; " 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 —

(64) Idem. 93.

conyugal", es igualmente evidente que el padre o la madre no se encuentran en condiciones de ejercer la patria potestad, porque el vicio, sea del juego, del alcohol o de las drogas, enajena a tal grado la voluntad del sujeto, que está impedido para educar al hijo.

La causal prevista en la fracción III del artículo en comento, prevé:(66)

"La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido le 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".

Esta causal de divorcio es igualmente grave, ya que la propuesta del marido para prostituir a su mujer, es lógico el pensar que pudiera hacer lo mismo con los hijos. Existe el peligro latente de que el cónyuge inmoral que trata de prostituir a su esposa, pueda hacer semejante inmoralidad con los hijos.

Por lo que respecta a la fracción VIII, que dispone:  
(67)

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

(65) Idem. p. 94.

(66) Idem. p. 93.

(67) Idem.

A este respecto, el autor Rojina Villegas, en su obra - Derecho Civil Mexicano, expresa:

"Se advierte desde luego que en el caso de acusación - calumniosa, de amenazas, de injurias graves o de que un cónyuge cometa contra el otro un delito que tenga una pena mayor de un año de prisión, existen las mismas razones que -- las que tomó en cuenta el legislador en la fracción XIV, para privar definitivamente al cónyuge de la patria potestad, o sea, cuando se comete un delito contra terceros. Más aún-- para el ejercicio de la patria potestad tiene mayor trascen-- dencia que el delito se cometa de un cónyuge contra el otro y no contra terceros. Desde el punto de vista humano, puede ser mejor padre o madre para educar a sus hijos, para pro-- tegerlos, el que cometió un delito contra terceros, y no el que cometió un delito contra el otro cónyuge. . . " (68)

Con relación a este punto, el legislador sanciona al - cónyuge con la pérdida de la patria potestad sobre los hi-- jes, sin embargo, las fracciones del artículo 267, antedi-- chas, no las estima del todo graves, como para prohibir que el culpable tenga la posibilidad de recobrar la patria po-- testad a la muerte del cónyuge inocente.

(68) Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano. -- -- 6a. Edición. Edit. Porrúa, México, 1983, pág. 553.

En ésta causal el legislador hace perder al cónyuge culpable la patria potestad de manera definitiva. El motivo de la sanción, obedece al hecho de que la separación del domicilio sin causa justificada deja en el total abandono tanto al cónyuge como a los hijos, incumpliendo con las obligaciones inherentes a la patria potestad con respecto a éstos últimos.

Los casos que se mencionan en las fracciones del artículo 267 del Código Civil, el legislador estatuye que los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si ambos cónyuges fueron culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere, se nombrará tutor. Los casos que se mencionen en las fracciones transcritas, implican de parte del cónyuge culpable gran inmoralidad, por lo cual el legislador lo despoja de la patria potestad y encomienda el cuidado de los hijos al cónyuge inocente, pero como pudiera darse el caso de que los dos cónyuges fuesen culpables y se demandaran mutuamente el divorcio, la ley ha previsto ésta posibilidad y para tal caso, ordena que los hijos quedarán al cuidado del ascendiente que en defecto de los padres deba ejercer la patria po-

testad de ascendientes, se les nombrará tutor.

La fracción segunda del artículo 283 del Código Civil de 1929, ordena a su vez:(69)

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

Las causas de divorcio previstas en esta fracción, suponen de parte del cónyuge culpable una inmoralidad menor que la implícita en las fracciones que menciona la fracción primera. Por esta razón, el legislador quiso dar al cónyuge culpable la posibilidad de volver a ejercer la patria potestad después de que muriera el cónyuge inocente.

Las fracciones IX, XI, XII, XIII, y XVI del artículo (69) Idem. p. 98.

lo 267, dispone: (70)

"Artículo 267 SON CAUSAS DE DIVORCIO:"

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;

X La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

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

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.

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

XVI Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible, si se tratara de-

(70) Idem. p.p. 93-94.

persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

La fracción III, del artículo 383, establece:

"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. (71)

Examinemos lo que disponen las fracciones VI y VII del artículo 267. (72)

"SON CAUSAS DE DIVORCIO:"

VI Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además contagio sa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII Padecer enajenación mental incurable.

Lo previsto en ésta fracción tercera, es lógico que el cónyuge enfermo no pierda la patria potestad, pero el cuidado de los hijos se reservará al cónyuge sano para evitar un contagio posible y en algunos casos muy difícil de alejar.

Si el enfermo continúa con la patria potestad, deberán los esposos ponerse de acuerdo en la manera de ejer-

(71) Idem. p. 115.

(72) Idem. p. 93.

cerla, y en caso de que no se logre esto último, podrán acudir al juez de primera instancia para que en la vía sumariísima, se resuelva lo más conveniente a los hijos, con fundamento en la fracción VIII de los artículos 430- y 432.

El artículo 284 complementa el sistema del código en ésta materia y apunta a lo que pudiera llamarse la intervención de un consejo de familia, al establecer: "Antes de que 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..." (73)

Este precepto no nos dice categóricamente que el juez pueda desentenderse de la regla imperativa del artículo 283, para privar al cónyuge inocente de la patria potestad o para incluso llegar a concederla al culpable. Sino que, los tribunales podrán acordar a petición de los abuelos, de los tíos o de los hermanos mayores. Es pertinente precisar, que ésta facultad no debe llegar al grado de modificar los efectos de la patria potestad, sino que, sólo concede a los abuelos, a los tíos o a los hermanos mayores, alguna intervención que contribuya, (73) Idem. p.p. 98-99

junto con el que ejerce la patria potestad o en su caso - la tutela, a la mejor educación y protección del hijo.

Es importante destacar, que de conformidad con el artículo 285 del Código, se dispone que el padre y la madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. De aquí, que el perder la patria potestad no quiere decir - perder la obligación de dar alimentos, ni dejar de tener las responsabilidades inherentes. (74)

Este dispositivo, debemos entenderlo dirigido sobre todo al deber de tipo patrimonial para suministrar alimentos a los hijos; a la obligación jurídica de representarlo en todos los actos en que conforme a la ley deban los padres asistirlos o representarlos y al ejercicio de las acciones conducentes para la defensa de los derechos y los intereses patrimoniales de los hijos.

Realizando nuestro exámen de los efectos de la sentencia que decreta el divorcio sobre la situación de los hijos, de conformidad con lo establecido por el artículo 283 del Código Civil, antes de la Reforma del 27 de diciembre de 1983 a continuación y a manera de antecedentes, analizaremos el concepto de características de la figura jurídica.

(74) Idem. p. 99.

rídica "patria potestad" y la relación que guarda con el divorcio. Posteriormente, entraremos de lleno al estudio lógico-jurídico de la reforma aludida y sus probables -- consecuencias en el ámbito jurídico.

Para el profesor Eduardo Pallás en su Obra Diccionario de Derecho Procesal Civil, manifiesta en relación a la patria potestad:

"Dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre las personas o sobre una cosa, y así se dice patria potestad, potestad marital, etc... Carnelutti define la potestad como la facultad de mandar para la tutela de un interés ajeno. Insiste en que no debe confundirse con el Derecho Subjetivo, que es la facultad otorgada a la voluntad para desenvolver un interés propio.

La potestad puede ser libre, obligada, discrecional o regulada. Es libre cuando su ejercicio depende de la voluntad del que la tiene. Por ejemplo, el caso de la potestad marital. Obligada cuando se impone por la norma a quien tiene la obligación de ejercerla, como sucede en el caso de los jueces y magistrados. Discrecional, cuando su ejercicio no está sometido a ninguna norma y depende de la apreciación justa y racional de quien la lleva-

a cabo. Regulada en caso contrario". (75)

Veámos lo que dispone el Código Civil en relación con la patria potestad:

Artículo 411 Los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. (76)

Artículo 414 La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I Por el padre y la madre;
- II Por el abuelo y la abuela paternos;
- III Por el abuelo y la abuela maternos. (77)

Artículo 422 A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente..." (78)

Y en relación con los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, el Código Civil del D. F., dispone:

Artículo 443 La patria potestad se acaba:

- I Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona, en quien recaiga;
- II Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III Por la mayor edad del hijo. (79)

(75) Pallás E., Diccionario de Derecho Procesal Civil, -- 9 Ed., Edit. Porrúa, México, 1976, págs. 605 y 606.

(76) Código Civil para el D.F., op. cit. p. 120.

(77) Idem.

(78) Idem. p. 121. (79) Idem. p. 125.

Artículo 444 La patria potestad se pierde:

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

II En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283. (80)

Artículo 447 La patria potestad se suspende:

I Por incapacidad declarada judicialmente.

II Por la ausencia declarada en forma.

III Por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión. (81)

De lo expresado, vemos que el artículo 444, fracción II, dispone la pérdida de la patria potestad en los actos de divorcio, de conformidad con el artículo 283 del Código Civil. A este respecto, como quedó acotado supra, antes de la reforma de 27 de diciembre de 1983, al artículo 283, disponía el legislador en forma casuística las causas o motivos, según el artículo 267 del código, por lo que el cónyuge culpable se hacía acreedor a la pérdida de la patria potestad sobre los hijos. Sobre este punto, el autor Rafael Rojina Villegas distinguía:

"El divorcio ha sido considerado como una sanción es-

(80) Idem.

(81) Idem. p. 126.

pecífica del derecho familiar, pero sólo en todos aquellos casos que supongan un hecho ilícito entre los cónyuges, en relación con los hijos o respecto de terceras personas, -- que la ley ha tipificado como bastante para originar la -- ruptura del vínculo conyugal. Independientemente de ésta -- sanción existe el divorcio llamado remedio que se concede -- en los casos de ciertas enfermedades, enajenación mental -- incurable o impotencia. Tomando en cuenta la distinción -- que antecede se distinguen dos formas fundamentales de divorcio: A) El divorcio sanción y b) el divorcio remedio.

Podemos considerar que las fracciones I, V, VIII a -- XVI del artículo 267 enumeran distintas causas en el di-- divorcio sanción; en cambio las fracciones VI y VII se re-- fieren al divorcio remedio" (82)

Hemos efectuado un exámen del artículo 283 del código antes de sufrir la reforma y cómo se prevenía en nuestra legislación, así como en opinión de la doctrina. Toca ahora analizar el texto de este dispositivo, conforme a la re forma multicitada.

El artículo 283 del Código Civil vigente, dispone: --

(82) Rojina Villegas, R., Opus Cit., pág. 116.

"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 caso, o de designar tutor".(83)

Se desprende de este artículo, que el legislador está otorgando al juzgador las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad: pérdida, suspensión o limitación, según el caso.

De la primera parte del artículo, es digno hacer las siguientes observaciones: el espíritu del legislador está otorgando al juzgador una facultad discrecional para resolver todo lo referente a la patria potestad sobre los hijos en los casos de divorcio contenciosos o necesarios.

Como quedó asentado con atelación, el dispositivo anterior a la reforma no autorizaba al juzgador a que resolviera de acuerdo a su discreto juicio sobre la pérdida de

(83) Código Civil para el D. F. op. cit., p. 98.

la patria potestad, sino que, por el contrario; lo obligaba a anejarse a determinadas hipótesis legales para -- que determinase tal medida.

Examinémos la distinción que existe entre facultades regladas y facultades discrecionales, según opinión de varios autores.

En la Enciclopedia Jurídica Omeba, con respecto a -- los puntos aquí tratados, expresa:

"Facultades regladas y discrecionales. Cuando las -- facultades o poderes de que se encuentra investido el órgano administrativo se hayan preestablecido en la ley, -- no sólo entrañando la autoridad competente para obrar, -- sino también su obligación para obrar y cómo debe de -- obrar, en forma que no deja margen alguno para la operación del agente sobre la circunstancia del acto, decimos que nos hayamos frente a facultades o poderes totalmente reglados, vinculados o ligados a la ley...(84)

En cambio, cuando el órgano administrativo se encuentra investido de facultades o poderes para obrar o -- no obrar, para obrar en una o en otra forma, para obrar cuando lo crea oportuno, o para obrar según su discreto -- leal saber y entender para la mejor satisfacción de las

(84) Enciclopedia Jurídica Omeba, Edit. Bibliográfica -- Argentina, Tomo XI, Buenos Aires 1967, pág. 808.

necesidades colectivas que constituyen la razón de su obrar, por cuanto la ley le otorga cualquiera de esas posibilidades en forma expresa o tácita, entonces decimos- que nos hayamos frente al ejercicio de facultades discrecionales..." (85)

En este orden de ideas, la reforma en comento incluye como novedad la facultad discrecional que se le dá al juzgador para que resuelva: si se pierde o nó; si se suspende o nó se suspende; o bien, si se limita o nó se limita la patria potestad, con la única condición de que el juzgador deba obtener los elementos de juicio necesarios para ello.

La inclusión de la facultad discrecional en el punto en comento, nos induce a pensar en que si el juez ante un hecho determinado que le sea sometido a su consideración, en virtud de la facultad que le otorga el legislador, "para obrar según su discreto leal saber y entender", como establece la doctrina, resuelve el asunto excediéndose en dicha facultad tornándose ilegal su resolución a juicio del litigante que pierda la potestad sobre sus hijos. Nos encontramos ante el siguiente problema: -

(85) Enciclopedia Jurídica Omeba, Edit. Bibliográfica -- Argentina, Tomo XI, Buenos Aires, 1967, pág. 808.

¿Cómo sabremos si el juez está obrando con discreción? -

Probablemente, el legislador haya pretendido contestar ésta interrogante con la condición prevista en la misma norma que prevé: "... debiendo obtener los elementos necesarios de juicio para resolver un caso dado. Pero nos preguntamos en relación con lo antedicho: ¿ En qué consisten dichos elementos de juicio? ?

La norma no establece el supuesto o supuestos facticos, que deban considerarse como elementos de juicio,, -- simplemente con la reforma, se le están otorgando al juez poderes o facultades amplias para que en base a su discreción determine los elementos suficientes para que decrete la pérdida de la patria potestad, entre otras -- resoluciones que puede emitir.

Insistiendo sobre el punto que nos ocupa, sabemos -- que el legislador otorga al juez facultades discrecionales para resolver algún caso que ha sido sometido a su -- consideración para que resuelva en determinada dirección. Pero la norma no prevé únicamente facultades discrecionales, sino que expresa la ley: las más amplias facultades. No obstante, que la facultad discrecional debe estar debidamente fundada y motivada, además de establecer

ciertos márgenes legales que orienten el actuar del juzgador.

De lo anotado, deducimos que si una facultad discrecional se excede puede caer en la arbitrariedad y ser — conculcatoria de garantías individuales.

Retomando la norma objeto de nuestro análisis, cabe la pregunta: ¿En base a qué criterios jurídicos o normas va la autoridad a resolver sobre la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad?

Estimamos que el espíritu del legislador al reformar la norma en comento, pretendió que el juez con apoyo en los elementos probatorios que se aporten en el juicio y a su discreto leal saber y entender, califique los hechos argumentados como causales de divorcio desde dos — parámetros:

- a) Si los hechos base de la acción de divorcio son a — juicio del juez calificados como graves, decreta entonces la pérdida de la patria potestad,
- b) Si los hechos base de la acción, no son a su juicio calificados como graves, decreta la pérdida de la potestad, o bien la suspensión o limitación de la misma.

Consideramos que el espíritu de la ley, debió de —

circunscribir el poder o facultad del juez a un límite inferior y a uno superior para que determine las medidas inherentes a la patria potestad en los casos de divorcio..

Abundando, con la reforma se conceden al juez "las más amplias facultades", significando esto que la autoridad no tiene limitación legal alguna para emitir una resolución.

Por otra parte, si bien algunos autores, como Eduardo Pallás al comentar el artículo 283 del código, anterior a la reforma manifestaba:

¿"Debe privarse siempre al cónyuge culpable de la patria potestad? Aunque los jurisconsultos consideran que hay dos clases de divorcio, y a una de ellas la denominan "divorcio sanción", porque en la misma se imponen al cónyuge culpable diversas penas, entre las que figuran - la pérdida de la patria potestad, ésta no es siempre conveniente con relación a los hijos, porque puede suceder, y acontece con frecuencia que a pesar de que uno de los cónyuges haya incurrido en determinada causa de divorcio, sin embargo de ello puede tener la capacidad necesaria - para ejercer debidamente las facultades que dimanar de -

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

Teniendo en cuenta, continúa Pallás, las razones anteriores, es lógico llegar a las siguientes conclusiones:

- a) No debe establecerse como regla general obligatoria para los tribunales la de que, en todo caso, deberá perder la patria potestad el cónyuge culpable;
- b) Es evidente que hay causas de divorcio como las mencionadas en las fracciones III, IV y V del artículo 267 del Código Civil, que suponen tal inmoralidad en el cónyuge que incurre en ellas, que es necesaria la pérdida de la patria potestad, no sólo impuesta como sanción, si no también para proteger a los hijos de un progenitor que se envilece de tal manera. En éstos casos los tribunales están obligados a decretar la pérdida de la patria potestad;
- c) En cambio, en otros casos, es más provechoso otorgar-

a los tribunales un poder discrecional para decretar la mencionada sanción;

d) Hay que tener en cuenta también que cuando la causa de divorcio priva al cónyuge de su libertad personal, la prisión que sufre le impide el ejercicio de la patria potestad, por lo cual, en este caso por lo menos deberá suspenderse en el ejercicio de la misma, pero sin perderla forzosamente" (86)

Ahora veamos lo que opina otro distinguido jurista, el Profr. Rafael Rojina Villegas, en relación al tema que nos ocupa:

"No hay por consiguiente, congruencia alguna en el sistema seguido en nuestra ley para privar definitivamente de la patria potestad al cónyuge culpable. Por esto pensamos que en realidad fuera de los casos de corrupción de hijos de intento de prostituir a la esposa, y de vicios incorregibles no debe privarse para siempre de la patria potestad al cónyuge culpable, sino que debe recobrarla a la muerte del inocente" (87)

(86) Pallás, E., El Divorcio en México, 4 Ed., Edit. Porrúa, México, 1984, págs. 106 y 107.

(87) Rojina Villegas, R., Opus Cit., pág. 553.

Hecha ésta exposición doctrinal, estimamos que nuestro Código Civil vigente, no debió reformarse en el sentido en el que lo hizo el legislador, ya que hubiera sido afortunada la reforma, si en lugar de haberse creado la facultad discrecional para resolver temas tan importantes en el derecho como lo referente a la patria potestad, se hubiera creado un sistema mixto similar al que recomendaba el autor Eduardo Pallás, instituyendo por ejemplo los siguientes criterios:

- a) Decretar la pérdida de la patria potestad en caso de presentarse causales del todo graves, visto desde el punto de vista humano y moral, y
- b) Decretar las medidas referentes a la pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad, en los casos en que se presenten causales que no sean graves desde los mismos puntos de vista.

En este orden de ideas, el legislador debió de regular el tema objeto de ésta tesis de la siguiente forma:

- a) SISTEMA CASUÍSTICO cuando la causal estuviere comprendida en las fracciones III, V? IX, XII y XV del artículo relativo, decretar definitivamente la pérdida de la patria potestad, y . . .

b) SISTEMA DISCRECIONAL; cuando la causal estuviere comprendida en las fracciones I, II, IV, VII, VIII, X, no decretar en éstos casos la pérdida definitiva de la patria potestad, sino autorizar al juez para que discrecionalmente resuelva lo conducente, pudiendo resolver: pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad.

Con lo anterior damos por terminado el presente análisis, contribuyendo con un grano de arena a la exégesis del Derecho.

CONCLUSIONES

- 1.- El objeto de la presente tesis consistió en efectuar un estudio comparativo del artículo 283 del Código - Civil de 1929, y la reforma a dicho dispositivo, de fecha 27 de diciembre de 1983.
- 2.- El Código primeramente aludido, disponía los supuestos fácticos en los cuales, debidamente probados en juicio, la parte procesal que resultaba condenado, - se hacía merecedor entre otras medidas, a la pérdida de la patria potestad sobre los hijos.
- 3.- El artículo 283 de 1929, disponía:  
"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

PRIMERA

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

SEGUNDA

Quando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueron culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, - recobrándola el otro al acaecer ésta.

Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

### 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".

4.- Por su parte, el artículo 283 reformado establece:

"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 pérdi

da, 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, e designar tutor".

5.- Con la reforma de fecha 27 de Diciembre de 1983, el legislador abandona el sistema casuístico suplantándolo por un sistema discrecional, en todo lo referente a la patria potestad, en el supuesto de divorcio necesario de los cónyuges, tratándose de los hijos precreados en el matrimonio.

6.- Por lo expresado, prepongo en la presente tesis, en virtud de que no debe darse al juez, "las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad..."; sino que por el contrario, el legislador debió de determinar aquéllos supuestos de tal manera graves en que haya incurrido el cónyuge culpable, que ameritaran la pérdida de la patria potestad sobre los hijos y por lo que se refiere a ----

aquellos supuestos que el legislador estimara como no graves, darle al juzgador la facultad discrecional de acuerdo a la reforma, de decretar la pérdida de la patria potestad.

7.- Propongo que sea reformado nuevamente el artículo - 283 del Código Civil, a efecto de que adopte un sistema mixto que pudiera consistir en lo siguiente:

a) SISTEMA CASUISTICO

Cuando la causal de divorcio estuviere comprendida en las fracciones III, V, IX y XV del artículo relativo, decretar definitivamente la pérdida de la patria potestad sobre los hijos.

b) SISTEMA DISCRECIONAL

Cuando la causal estuviere comprendida en las fracciones I, II, IV, VI, VII, VIII y IX del artículo - que comento, no decretar la pérdida de la patria potestad, sino autorizar al juez para que discrecionalmente resuelva lo conducente, pudiendo resolver sobre la pérdida de la patria potestad como sigue:  
A) Pérdida, B) Suspensión, ó C) Limitación.