



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

La Situación de los Hijos en los Casos de las
Fracciones II, VI, IX y XVI del Artículo 267
del Código Civil, Después de Decretado el
Divorcio.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FILIBERTO MENDEZ GUTIERREZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES:

ANTONIO MENDEZ

Y

MA. DE JESUS GUTIERREZ

CON ADMIRACION Y RESPETO

CON GRATITUD, AL LICENCIADO

EDUARDO VILLALPANDO NAVA

AL LICENCIADO

JOSE BARROSO FIGUEROA

POR SU VALIOSA ORIENTACION EN LA
ELABORACION DE ESTE TRABAJO.

I N D I C E

CAPITULO I

EL MATRIMONIO

A.- CONCEPTO DE MATRIMONIO

Celebración del Matrimonio

El consentimiento como elemento de existencia

El objeto

La Solemnidad como elemento existencial

Los elementos de validez

De la capacidad

De la Ausencia de Vicios

De la licitud en el objeto, motivo o fin de acto

De las formalidades

Impedimentos para contraer matrimonio.

B.- EFECTOS DEL MATRIMONIO

1.- Efectos entre consortes

Deber de cohabitación

Relación Sexual

Fidelidad de los cónyuges

Deber de socorro y ayuda mutua

2.- La situación de los cónyuges dentro del matrimonio

3.- Efectos del matrimonio respecto de los hijos.

4.- Efectos del matrimonio respecto de los bienes.

De la sociedad conyugal

Del régimen de separación de bienes

CAPITULO 11

LA PATRIA POTESTAD

A.- CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

Notas características de la Patria Potestad

B.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

C.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LAS PERSONAS DE LOS HIJOS.

D.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LOS BIENES DE LOS HIJOS

E.- CONCLUSION, SUSPENSION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTES-- TAD.

CAPITULO III

EL DIVORCIO

A.- CONCEPTO DE DIVORCIO

B.- POLEMICA ACERCA DE SU CONVENIENCIA

C.- PROYECCION HISTORICA DEL DIVORCIO

D.- EL DIVORCIO REMEDIO Y EL DIVORCIO NECESIDAD

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

A.- CLASES DE DIVORCIO.

La separación de cuerpos.-

a).- El divorcio voluntario de tipo administrativo.

b).- El divorcio voluntario de tipo judicial.

B.- EL DIVORCIO NECESARIO

CAPITULO V

LA SITUACION DE LOS HIJOS UNA VEZ QUE HA SIDO DECRETADO EL DIVORCIO, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR NUESTRO CODIGO CIVIL VIGENTE.

A.- LA DISPOSICION DEL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL .

B.- CRITICA A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL, EN RELACION CON LAS FRACCIONES II, VI, IX y XVI DEL ARTICULO 267 DEL MISMO ORDENAMIENTO.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

C A P I T U L O I

EL MATRIMONIO

A.- CONCEPTO DE MATRIMONIO.

Ha resultado muy difícil para los tratadistas de Derecho, ponerse de acuerdo en relación a la conceptuación y naturaleza jurídica del matrimonio. Para un gran sector de juristas al matrimonio no es más que un contrato, otro tanto se afirma en nuestras legislaciones. El artículo 130 de la Constitución General de la República, establece categóricamente que el matrimonio es un contrato civil, en igual sentido se pronuncia en algunos de sus preceptos el Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Para el Derecho Canónico el matrimonio es un contrato (canon 1081). Al respecto afirma Jémolo: "El matrimonio es eminentemente un contrato, regido por consiguiente, en lo que toca a la formación del vínculo, por los principios comunes a la formación de los otros contratos. Por lo demás una vez surgido el vínculo las partes no sólo pueden ya disolverlo, sino que están sumamente restringidas, más que en el derecho estatal, en lo que atañe a los derechos y deberes que de él nacen..." (1)

(1) JEMOLO, A. Carlo, El matrimonio, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1945, pags 215 y 216

Dice el maestro Galindo Garfias (2), que para el Derecho Canónico el matrimonio es un sacramento, en el cual los esposos son los ministros del acto y el sacerdote interviene como testigo de la celebración. Citando a Magallón Ibarra, agrega que independientemente que el matrimonio según el Derecho Canónico es de naturaleza sacramental, para el Derecho de la Iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble que los cónyuges celebran por su propia voluntad.

Para Planiol (3) ,El matrimonio "Es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí - una unión que la ley sanciona y que los cónyuges no pueden disolver a su gusto."

Contra la tesis contractualista del matrimonio se han desatado diversidad de crítica, que de ninguna manera son infundadas, tanto en lo que se refiere a la -- formación y efectos como a la disolución del vínculo matrimonial.

Ruggiero, citado por Rojina Villegas (4), sostiene que el matrimonio, en contra de lo que sucede con los demás contratos se encuentra sustraído de la voluntad de las partes, las cuales dicen no pueden estipular condiciones, establecer términos, ni regular las relaciones familiares de tal forma que vayan en contra de las disposiciones legales; la libertad sólo opera y aun así de manera limitada, en los convenios relativos a las relaciones patrimoniales. Por otro lado añade, la voluntad de -- los contratantes no es suficiente para que el vínculo conyugal se forme, pues es indispensable la intervención -- del Oficial del Registro Civil. Que así también resultan

inaplicables las normas que regulan los contratos por lo que se refiere al objeto: no pueden ser objeto de un contrato el conjunto de relaciones familiares.

Para el autor citado, el matrimonio es un negocio jurídico complejo, formado mediante el concurso de voluntades de los particulares y el Estado; así no es un acto meramente privado ni meramente público. En igual sentido se pronuncia Bonnecase (5), para quien el matrimonio es una institución jurídica y no un contrato, la autonomía de la voluntad de las partes que en los contratos domina sin excepción, no tiene ninguna eficacia tratándose del matrimonio.

Galindo Garfias (6), considera que el matrimonio no es un contrato, por que como tal carece de objeto, por que el objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio, y que la entrega recíproca de los esposos en el matrimonio no puede ser objeto de un contrato.

(4) ROJINA VILLEGAS Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo, Vol. I, Antigua Librería Robredo, México, -- D.F. 19, pags. 337 a 339.

(5) BONNECASE JULIAN, Filosofía del Código de Napoleón -- aplicada al Derecho De Familia, traducción del Lic. -- José Ma. Cajica Jr., Edit. José Ma. Cajica Jr. Puebla Pue. págs. 184

(6) GALINDO GARFIOS, op. cit. pág. 446.

Como ya lo mencionamos, la Constitución de -- 1917, en su artículo 130 establece que el matrimonio es -- un contrato civil, y por otro lado el Código Civil vigente en el Distrito Federal, en diversos artículos se refiere al matrimonio, aunque sin dar una definición del mismo como a un contrato, principalmente en los artículos 156 y 178. El primero se refiere a los impedimentos para celebrar el matrimonio diciendo: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio..." el segundo alude a -- los regímenes matrimoniales y dice: "El contrato de matrimonio debe celebrarse..." Sobre esta cuestión el maestro Rojina Villegas (7), considera que el legislador mexicano al tratar el matrimonio como un contrato tuvo por objeto separar de una manera terminante el matrimonio civil del religioso, negando carácter sacramental a éste último y negando también a la iglesia toda injerencia en la celebración del mismo, sin que ello signifique que haya querido equiparlo ni en sus efectos, ni en lo que se refiere a su disolución a los contratos, es decir sujetarlo al régimen jurídico contractual.

No son de desestimarse de ninguna manera las fuertes argumentaciones vertidas en contra de la tesis -- contractual del matrimonio, sobre todo las de Ruggiero y Bonnacase, tanto en lo que se refiere al objeto, formación, efectos y disolución del mismo, y aunque Carlo Jémo lo (8), por ejemplo, sostiene que contra la tesis contractual del matrimonio se han invocado textos antiguos, los cuales bien interpretados sólo nos indican que se excluía que el matrimonio fuera un contrato equiparable a los con

(7) ROJINA VILLEGAS, op. Cit. Pág 345

tratos de tipo económico, pero sólo en lo que se refiere a la inderogabilidad de las normas que lo rigen por la voluntad de las partes, pero no excluyen de modo alguno que el matrimonio entre en una más vasta categoría de convenciones de tipo económico. F. Vassalli, dice el autor citado, aunque mostrándose contrario a la concepción contractualista del matrimonio, reconoce que la declaración de los pretendientes de quererse tomar como marido y mujer, sigue siendo un acuerdo de voluntades no diferente al que constituye los contratos.

De la tesis anterior parece desprenderse que el matrimonio tiene de común con los contratos, el consentimiento formado por la voluntad de los consortes, expresada en el sentido de quererse unir en matrimonio, pero - debe hacerse notar que la sólo voluntad de los contrayentes no es suficiente para la formación del vínculo, es indispensable la declaración del Juez del Registro Civil, - en ausencia de la cual el matrimonio no existiría.

Por lo que se refiere a los efectos que el matrimonio produce, debe decirse que en los contratos los - contratantes por regla general establecen las cláusulas - que antes discuten y analizan para que produzcan los efectos que ellos quieren. Contra esta idea podría oponerse - el caso de los llamados contratos de adhesión, en los cuales las partes no discuten el establecimiento de las - - cláusulas, sino que éstas ya están establecidas y las partes se adhieren a ellas sin discusión, pero aun en estos casos por lo menos uno de las partes sí las establece y - la otra las acepta. Es cierto además que en ocasiones en la celebración de algunos contratos se producen efectos que

las partes no se proponían por que quizá ni siquiera conocían tales efectos, pero lo importante es que querían obligarse en determinado sentido y así lo hacen, aunque no estén en condiciones de conocer precisamente todas las consecuencias que sus actos jurídicos producen. Esto no sucede en la celebración del matrimonio, en el que los contrayentes no pueden establecer nada que vaya en contra de las disposiciones legales, las condiciones que imperarán y bajo las cuales se regirán las relaciones matrimoniales ya están establecidas por la Ley y no hay ninguna libertad para que los cónyuges pacten algo que a ellos les parezca conveniente, excepto pues como dice Ruggiero, en lo que se refiere a las relaciones patrimoniales.

Por lo que se refiere a la disolución del matrimonio, contrariamente a lo que sucede en los contratos en los que las partes pueden por su sólo voluntad dejarlos sin efecto, en el momento que lo quieran, esta regla no opera en tratándose del matrimonio, en el que para su disolución si bien es cierto que en ocasiones las partes pueden ponerse de acuerdo al respecto, es necesaria la declaración judicial, o por lo menos la declaración del Juez del Registro Civil, en los casos del divorcio administrativo previsto por el artículo 272 del código Civil.

Entre otras formas, se ha tratado de explicar el matrimonio considerándolo como un acto jurídico mixto, lo cual no parece carecer de razón por las partes que en él intervienen. En la formación del matrimonio sabemos pues que no basta la voluntad de los contrayentes, sino que es indispensable la intervención del Juez del Registro Civil, y si los actos jurídicos privados son aquellos que se realizan con la sólo intervención de los particulares y los actos jurídicos públicos con la interven-

las partes no se proponían por que quizá ni siquiera con-
o-
o-
cían tales efectos, pero lo importante es que querían obli-
garse en determinado sentido y así lo hacen, aunque no
estén en condiciones de conocer precisamente todas las -
consecuencias que sus actos jurídicos producen. Esto no -
sucede en la celebración del matrimonio, en el que los --
contrayentes no pueden establecer nada que vaya en contra
de las disposiciones legales, las condiciones que impera-
rán y bajo las cuales se regirán las relaciones matrimo-
niales ya están establecidas por la Ley y no hay ninguna
libertad para que los cónyuges pacten algo que a ellos --
les parezca conveniente, excepto pues como dice Ruggiero,
en lo que se refiere a las relaciones patrimoniales.

Por lo que se refiere a la disolución del ma-
trimonio, contrariamente a lo que sucede en los contratos
en los que las partes pueden por su sólo voluntad dejar -
los sin efecto, en el momento que lo quieran, esta regla
no opera en tratándose del matrimonio, en el que para su
disolución si bien es cierto que en ocasiones las partes
pueden ponerse de acuerdo al respecto, es necesaria la --
declaración judicial, o por lo menos la declaración del -
Juez del Registro Civil, en los casos del divorcio admi-
nistrativo previsto por el artículo 272 del código Civil.

Entre otras formas, se ha tratado de explicar
el matrimonio considerándolo como un acto jurídico mixto,
lo cual no parece carecer de razón por las partes que en
él intervienen. En la formación del matrimonio sabemos --
pues que no basta la voluntad de los contrayentes, sino -
que es indispensable la intervención del Juez del Regis-
tro Civil, y si los actos jurídicos privados son aquellos
que se realizan con la sólo intervención de los particula-
res y los actos jurídicos públicos con la interven---

vención de los órganos del Estado, es pues aceptable la tesis de que el matrimonio es un acto jurídico mixto, por la combinación que en él se da de actos de particulares - por un lado, en este caso de los contrayentes y del Juez del Registro Civil como órgano del Estado, ya que éste último al decir del maestro Rojina Villegas (9), desempeña un papel constitutivo y no meramente declarativo.

La intervención pues del Juez del Registro Civil, ante el que se celebra el matrimonio, constituye un elemento esencial en la formación del mismo.

Nuestro Código Civil vigente, no contiene una definición de matrimonio, no obstante que el Código Civil de 1884, en su artículo 155 lo definía diciendo: "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre con una - sólo mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"

A partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, la definición anterior ya no funcionó debido a que el vínculo del matrimonio se volvió disoluble; el artículo 13 de la Ley mencionada decía: "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En este trabajo se ha aceptado la siguiente definición: El matrimonio es la unión de un sólo hombre con una sólo mujer para perpetuar la especie y prestarse ayuda mutua.

(9) ROJINA VILLEGAS Rafael, op. cit, pag. 344.

CELEBRACION DEL MATRIMONIO.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1859 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a otros actos jurídicos en cuanto no se opongan a la naturaleza de éstos y a las disposiciones especiales que la Ley establezca para su regulación. Por este motivo en la celebración del matrimonio como en los demás actos jurídicos se habla de elementos de existencia y de elementos de validez.

Como elementos de existencia, además de los comunes a todo acto jurídico, como son el objeto y el consentimiento, en el matrimonio encontramos un tercero: la solemnidad con que éste debe celebrarse.

Los elementos existenciales son aquellos sin los cuales no puede existir el acto jurídico; los de validez aquellos cuya inobservancia produce la nulidad del acto, que puede ser absoluta o relativa.

EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA

El consentimiento en la celebración del matrimonio se manifiesta a través de la declaración que hacen los contratantes en el sentido de que es su voluntad unirse en matrimonio; de conformidad con lo dispuesto por el artículo 102 del código Civil, dicha manifestación debe hacerse ante el Juez del Registro Civil, quien los declarará unidos en nombre de la Ley y de la sociedad. Según algunos autores la declaración del Juez del Registro Civil también -- forma parte del consentimiento.

El OBJETO.- Según las reglas generales del Acto Jurídico, éste requiere para su existencia de un objeto que sea física y Jurídicamente posible. En un contrato

ordinario, de compra-venta por ejemplo, encontramos dos - clases de objetos: un objeto directo y otro indirecto; el primero lo constituyen el conjunto de obligaciones con- - traídas por los contratantes, el segundo consiste en la - cosa materia de la Compra Venta. En el matrimonio el obje - to directo lo forman el conjunto de obligaciones y dere-- chos derivados del mismo, primero entre los cónyuges y -- luego entre éstos y los hijos. El objeto indirecto sólo - existe cuando los derechos y obligaciones tienen relación con los bienes por que serán éstos los que los constituyan (10)

LA SOLEMNIDAD COMO ELEMENTO EXISTENCIAL.- El matrimonio debe celebrarse de conformidad con las solemnidades que establecen los artículos 102 y 103 del Código - Civil; como es el hecho de que tiene lugar ante el Juez - del Registro Civil, quien levantará un acta de tal acto, en la que se harán constar las voluntades de los contra- yentes de unirse en matrimonio, así como la manifestación que haga dicho funcionario declarándolos unidos en matri- monio a nombre de la Ley y de la sociedad.

LOS ELEMENTOS DE VALIDEZ.- Los requisitos o - elementos de validez en el matrimonio, al igual que en la celebración de cualquier acto jurídico, son la capacidad de los contrayentes, la ausencia de vicios de la voluntad; la licitud en el objeto, motivo o fin y las formalidades que la Ley establece.

DE LA CAPACIDAD .- Debe distinguirse la capa-

(10) ROJINA VILLEGAS, op. cit. pág 360

dad de goce y la capacidad de ejercicio de los contrayentes. La primera dice el maestro Galindo Garfias (11), se refiere a la aptitud de los mismos para la cópula. El artículo 148 del código Civil, fija la edad requerida para contraer matrimonio en 16 años para el hombre y 14 para la mujer. La capacidad de ejercicio se refiere a que los contrayentes pueden válidamente contraer matrimonio si -- son mayores de edad, es decir si han cumplido 18 años; -- si son menores de edad o sea de 18 años, pero mayores de 14 y 16 la mujer y el hombre respectivamente, para que el matrimonio sea válido, se requiere el consentimiento de las personas que ejercen la patria potestad sobre los -- contrayentes o de los tutores en su caso.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del código Civil, el Juez de lo Familiar suplirá el consentimiento a falta de las personas que deben darlo. También pueden los interesados ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los delegados de éste, cuando los ascendientes o tutores, nieguen el consentimiento o revoquen el que hubieren dado, según dice el artículo 151.

DE LA AUSENCIA DE VICIOS.- La voluntad de los contrayentes debe manifestarse libremente, sin error, dolo o vilencia de ninguna especie, bajo pena de nulidad -- del matrimonio.

En cuanto al error no es aplicable en el caso la disposición del artículo 1813, según la cual un acto -

(11) GALINDO GARFIAS, op. cit. pág 458

jurídico puede resultar invalidado cuando quien manifieste su voluntad en el mismo sufra error sobre el motivo de terminante que lo impele a la celebración de dicho acto. De acuerdo con el artículo 235 fracción I del mismo ordenamiento Legal, el error sólo es causa de nulidad del matrimonio cuando se da acerca de la persona con quien se contrae, esto es, en el supuesto de que "... entendido un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra ", con la especial circunstancia de que según lo prescribe el artículo 236 la acción de nulidad resultante sólo puede deducirse por el cónyuge engañado, lo cual deberá hacer inmediatamente que advierta su error, pues de lo contrario se tiene por ratificado el consentimiento y convalidado el matrimonio.

También da lugar a la nulidad del matrimonio el que medie violencia a su celebración, cuando se satisfacen los extremos del artículo 245 que expresa: "El miedo o la violencia serán causa de nulidad del matrimonio - si concurren las siguientes circunstancias:

I.- Que uno y otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de sus bienes;

II.- Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio;

III.- Que uno u otra hayan subsistido al tiem
po de celebrarse el matrimonio.

La acción que hace de estas causas de nulidad continua diciendo el precepto de referencia, sólo puede de
ducirse por el cónyuge agraviado, dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación.

DE LA LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN DEL ACTO.- El artículo 147 del Código Civil, considera como no
puestas cualquier condición contraria a la perpetuación - de la especie o ayuda mutua que los cónyuges deben darse. El artículo 162 expresamente dispone la obligación para - los cónyuges de contribuir cada uno por su parte a los fi
nes del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Se debe con
siderar esta disposición como de orden público, pues se - refiere al funcionamiento y fines de la familia que constituye la célula social por excelencia, por lo tanto su contravención, en los términos del artículo 1830 da lugar a ilicitud; por esta razón de conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 2225, la consecuencia final no puede ser otra que la prevista en el artículo 182 bajo - cuyo tenor: "son nulos los pactos que los esposos hicie--
ren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio.

DE LAS FORMALIDADES.- Además de las solemnidade
s con que debe celebrarse el matrimonio, la ley establece ciertas formalidades para la validez del mismo (artículo 102 y 103), tales como la solicitud que por escrito deben presentar los contrayentes, el contenido del acta de matrimonio, en la que se hacen constar el nombre, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de

los contrayentes; si son mayores o menores de edad; los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres; el consentimiento de los padres, abuelos o tutores o de las autoridades que deban suplirlo, etc.

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.- El artículo 156 del Código Civil, señala una serie de impedimentos para contraer matrimonio; el precepto citado dice: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio; I.- La falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada; II.- La falta del consentimiento del que o de los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos; III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa; IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna; V.- El adulterio habido entre las personas que pretenda contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado; VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad; VIII.- La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias; IX.- el idiotismo y la inbecilidad; X.- El matri

monio subsistente con personas distintas de aquellas con quien se pretenda contraer. "De estos impedimentos, agrega en su parte final el precepto transcrito, sólo son -- dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

Si el matrimonio se celebra sin atender a esa serie de impedimentos, será nulo, cuya nulidad, como ya -- se ha mencionado, será absoluta o relativa según lo disponga la Ley.

En relación con la serie de impedimentos establecida por el artículo mencionado, es de anotarse lo -- establecido por el artículo 264 que habla también de impedimentos para contraer matrimonio, que al no observarse, éste no queda afectado de nulidad, sino que simplemente -- lo declara ilícito. Dice el precepto citado; "Es ilícito pero no nulo el matrimonio:

I.- Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa: II.- Cuando no se ha otorgado la previa dispensa -- que requiere el artículo 159, cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos -- 158 y 289". ¿Pero qué ocurre cuando el matrimonio se celebra mediando la ilicitud a que se refiere el artículo 264 transcrito?, nada, absolutamente nada. Ciertamente el artículo 265 previene que los infractores del artículo 264 incurrir en las penas que señale el Código de la materia; que no es otro que el Código Penal, si revisamos cuidadosamente éste ordenamiento punitivo, no existe ninguna disposición que sancione las conductas de que se trata, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo tercero

del artículo 14 constitucional a ningun pena se hacen -- acreedores tales infractores.

Los impedimentos para contraer matrimonio establecidos por nuestro Código Civil, tienen su explicación en la importancia que para la sociedad representa el matrimonio, que al decir de Agustín Verdugo (12), no sólo es un cambio recíproco de derechos y obligaciones entre los cónyuges, sino también la causa de grandes sacrificios impuestos a nuestras pasiones, que es como una escuela donde deben aprenderse todas las virtudes públicas y privadas. De esta forma el matrimonio cuya celebración sea precedida de un hecho delictivo, de un acto inmoral o de la violación de una disposición legal, debe recibir una sanción, la que será tan fuerte como grave sea el hecho o el acto indebidos.

B.- EFECTOS DEL MATRIMONIO.- El matrimonio -- produce una diversidad de efectos; tanto en relación con los cónyuges entre sí, en relación con los cónyuges dentro del matrimonio, en relación con los hijos, así como en relación con las bienes que los cónyuges tengan al celebrarse el matrimonio o los que adquieran durante éste.

I.- EFECTOS ENTRE CONSORTES.- En virtud de la celebración del matrimonio, como acto jurídico que de -- éste se derivan una serie de obligaciones y derechos para los cónyuges.

(12) VERDUGO AGUSTIN, Principios de Derecho Civil Mexicano. Tomo II, Edit. Tipográfica de Alejandro Marcue, México, D.F. 1886, pags. 156 y 157

Como ya lo hemos mencionado, el Código Civil vigente en el Distrito Federal, no da una definición de matrimonio, tampoco determina expresamente los fines que con el se persiguen, pero en diversos de sus artículos -- los encontramos señalados. Así podemos mencionar como fines propios del matrimonio y que contienen la serie de deberes y derechos correlativos: la cohabitación, la relación sexual, la fidelidad y la ayuda mutua.

DEBER DE COHABITACION.- El término cohabitar significa habitar juntamente; es para los cónyuges a la vez que un derecho una obligación, por que la cohabitación como efecto del matrimonio consiste en la vida en común que deben llevar los cónyuges, lo cual resulta indispensable para satisfacer los fines del matrimonio. El artículo 163 del Código Civil vigente, establece: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, los tribunales con conocimiento de causa podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso".

De la transcripción del precepto anterior se desprende que no queda como facultad exclusiva de uno de los cónyuges fijar el domicilio conyugal, sino que debe hacerse de común acuerdo.

La violación al deber de cohabitación es sancionada en nuestro derecho como una causal de divorcio, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada -- así lo establece la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil, al decir: son causas de divorcio: fracción

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

RELACION SEXUAL.- La relación sexual constituye también un deber y un derecho para cada uno de los -- cónyuges, ya que en la definición de matrimonio que hemos aceptado, lo mismo en la doctrina que en el derecho vigente, la procreación, se menciona como uno de los fines -- esenciales del matrimonio.

En el Código Civil no se menciona expresamente el deber carnal; éste se desprende de los establecido por los artículos 147, 162 y 182. El artículo 147 establece que: "Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie y la ayuda mutua que se deben dar los cónyuges, se tendrá por no puesta."

El artículo 162 expresa que: "los cónyuges es^u tán obligados a contribuir cada uno por su parte a los - fines del matrimonio..."y si uno de los fines del matrimonio es la procreación de la especie, se entiende pues el deber carnal correspondiente entre los consortes.

Por su parte el artículo 182 establece: "Son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las le-- yes y los naturales fines del matrimonio."

Por otra parte la doctrina sostiene que la ne^g gativa injustificada de uno de los cónyuges a tener relación sexuales con el otro, constituye una injuria grave, que nuestro Código Civil establece como causal de divor-- cio, en la fracción XI del artículo 267.

FIDELIDAD DE LOS CONYUGES.- Por virtud del matrimonio los cónyuges deben guardarse fidelidad; cada uno de ellos puede exigirla del otro, pero también está obligado a guardarla por su parte, La violación a ese deber - es sancionada jurídicamente; por un lado la ley civil establece en su artículo 267, que el adulterio debidamente probado constituye una causal de divorcio. El Adulterio - es la forma máxima de violación al deber de fidelidad.

Artículo 267 son causas de divorcio: fracción I.- "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges".

Por otra parte, desde el punto de vista penal el adulterio constituye un delito. El artículo 275 del Código Penal para el Distrito Federal establece que sólo -- será castigado el adulterio consumado, requisito indispensable también para que constituya la causal de divorcio - que la fracción I del artículo 267 establece, la diferencia consiste en que en el primer caso, para que el adulterio sea punible debe cometerse en el domicilio conyugal - o con escándalo.

DEBER DE SOCORRO Y AYUDA MUTUA.- De la definición de matrimonio aceptada en este trabajo, se desprende que por virtud de éste los cónyuges se unen entre otras - cosas, con la finalidad de ayudarse mutuamente a sobrellevar las cargas de la vida.

El artículo 162 del Código Civil, establece - como ya se mencionó que "Los cónyuges están obligados a - contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimo-

nio y a socorrerse mutuamente..." por su parte el artículo 164 establece que "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación, a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para éste efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está -- obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro -- atenderá íntegramente a esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales -- para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

El artículo 302 establece que "Los cónyuges -- deben darse alimentos..." a su vez el artículo 147 habla de ayuda mutua.

2.- LA SITUACION DE LOS CONYUGES DENTRO DEL -- MATRIMONIO.- La situación de la mujer casada no a sido -- siempre la misma. En el Derecho Romano, sobre todo en -- los primeros tiempos, en virtud de la manus quedaba sujeta a la potestad marital, que era una serie de prerrogativas que el marido tenía sobre su mujer, por virtud de las cuales la mujer casada quedaba sujeta a la autoridad del marido.

En México, el Código Civil de 1884, en su artículo 192 decía: "El marido debe proteger a su mujer, está debe obedecer a aquél, así en los domésticos como en -- la educación de los hijos", El marido era pues la autoridad

única en el hogar y en el matrimonio.

El artículo 196 establecía: "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio...."

El artículo 197 añadía: "El marido es el representante legítimo de su mujer. Esta no puede sin licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio ni por sí o por procurador, ni aun para la procección de los pleitos comenzados antes del matrimonio y pendientes en cualquier instancia al contraerse éste..."

El artículo 198 preceptuaba: "Tampoco puede la mujer sin licencia de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo o enajenar sus bienes ni obligarse sino en los casos especificados por la ley".

A partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, la mujer fue equiparada al marido en cuanto a autoridad en el hogar. El artículo 43 de la Ley mencionada decía: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo mismo de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos, la administración de los bienes que a éstos pertenezcan..."; agregaba el precepto citado que en caso de no ponerse de acuerdo, el Juez de Primera Instancia resolverá lo que fuere más conveniente al interés de los hijos.

El código Civil vigente, ha suprimido por completo la desigualdad existente entre el hombre y la mujer.

El artículo 2 empieza por borrar las desigualdades entre el hombre y la mujer al decir: "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

El artículo 168 dice: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenecan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente".

El artículo 169 expresa: "Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañan la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de los Familiar resolverá sobre la oposición".

Por su parte el artículo 172 dice: "El marido y la mujer mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejecutar, las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo lo que se estipule en las capitulaciones sobre administración de los bienes".

Como se ve, de la transcripción de los preceptos anteriores se deduce que la potestad marital ya no --

existe; el marido ya no es el representante legal de su -
mujer; la ley civil actual, los situa en un plano de --
igualdad.

Los artículos 174 y 175, del Código Civil, es-
tablecían una especie de protección a la mujer respecto -
del marido, estableciendo la necesidad de la autorización
judicial para que la primera pudiera contratar con el se-
gundo, excepto cuando se tratara del contrato de mandato;
también necesitaba de dicha autorización la mujer para ser
fiadora del marido u obligarse solidariamente con éste en
asuntos de interés exclusivo de él. Dicha autorización po-
día ser negada si los intereses de la mujer resultaban no
toriamente perjudicados.

Con las reformas hechas al Código Civil, pú-
blicas en el Diario Oficial de la Federación, el 31 de
diciembre de 1974, los preceptos mencionados fueron modi-
ficados en cuanto a la protección que en forma exclusiva
establecían en torno a la mujer, dándoles un cariz iguali-
tario en cuanto al requisito de la autorización judicial
para contratar; ahora la necesidad de la misma se estable-
ce para ambos cónyuges, y será negada cuando resulten per-
judicados los intereses de la familia o de cualquiera de
ellos.

De lo anterior se desprende que la igualdad -
de los cónyuges dentro del matrimonio jurídicamente es --
completa.

3.- EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LOS --
HIJOS.- En virtud del matrimonio se presumen hijos de los
cónyuges los nacidos después de 180 días de la celebra- -

ción del mismo, así como los que nazcan dentro de los 300 días siguientes a la disolución de dicho matrimonio, no -- importando el origen de ésta. Artículo 324 del Código Civil.

La presunción de que habla el artículo antes mencionado, sólo será destruida si se prueba que fue físicamente imposible para el marido tener acceso carnal con su mujer, los primeros 180 días de los 300 que han precedido al nacimiento. Artículo 325.

Para probar la filiación de los hijos del matrimonio, dice el artículo 340, basta la partida de su nacimiento y el acta de matrimonio de los padres.

Por otro lado, en caso de que el marido desconozca al hijo nacido después de los 300 días de que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional establecida para los casos de divorcio o nulidad, facultad que le concede el artículo 327, la madre, el hijo o el tutor, pueden sustentar la paternidad de aquél, según lo establece el mismo precepto.

Por su parte el artículo 354 del Código Civil establece que el subsecuente matrimonio de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio, a los hijos -- habidos antes de su celebración.

4.- EFECTOS DEL MATRIMONIO RESPECTO DE LOS BIENES.- El artículo 98 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, exige que a la solicitud de matrimonio que los pretendientes deben presentar al juez del Regis--

tro Civil, se acompañe el convenio celebrado con relación a sus bienes, tanto de los que sean dueños en ese momento como de los que adquieran después de celebrado el matrimonio. En dicho convenio se expresará si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes

El artículo 178 por su parte establece que el matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el régimen de separación de bienes.

No obstante la disposición mencionada, además de los dos regímenes indicados en la misma, de los artículos 189 fracciones IV y V, y 208 del propio Código Civil, se desprende la posibilidad de un régimen mixto. El primero de los preceptos mencionados al hablar de las capitulaciones matrimoniales, dice: "Las capitulaciones matrimoniales deben contener...; Fracción IV.- La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en éste último caso cuales son los bienes que han de entrar a la sociedad; fracción V.- La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o sólo los productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes y en los productos corresponda a cada cónyuge".

El Artículo 208, establece que: "la separación de bienes puede ser absoluta o parcial, En el segundo caso los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos".

DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.- Los convenios que los contrayentes celebran con sus bienes reciben el nombre de capitulaciones matrimoniales. La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante el mismo y puede comprender no sólo los bienes con que cuentan los contrayentes en ese momento, sino también los que adquieran en el futuro. Artículo 184 del Código Civil.

Puede pues pactarse en las capitulaciones matrimoniales, que la sociedad conyugal comprenda todos los bienes de los contrayentes o consortes, tanto los que adquieran al constituirse la sociedad como los adquieran -- después; también puede pactarse que sólo comprenderá parte de ellos o bien sólo los productos; puede pactarse también que los bienes futuros pertenecen exclusivamente al cónyuge que los adquiera o a ambos y en qué proporción en su caso.

Debe declararse en las capitulaciones quien será el administrador y las facultades del mismo; deben además establecerse los liniamientos conforme a los cuales se regirá la sociedad, y en lo que no se prevea se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad; -- también deben hacerse constar las bases para su liquida--ción.

Al constituirse la sociedad, debe hacerse un inventario detallado de los bienes que vayan a formarla, -- así como nota pormenorizada de las deudas que tengan los cónyuges, expresándose si la sociedad va a responder por ellas o sólo por las que adquieran con posterioridad uno o ambos cónyuges.

Las cláusulas leoninas que se establezcan, según se desprende del artículo 190 del Código Civil, serán nulas.

La sociedad conyugal termina bien durante -- el matrimonio por voluntad de los cónyuges, o a solicitud de uno de éstos por negligencia o torpe administración -- del socio administrador, o cuando éste hace cesión de sus bienes a sus acreedores o es declarado en quiebra; o bien como consecuencia del divorcio que disuelve el vínculo matrimonial; también por nulidad del matrimonio, por muerte de uno de los cónyuges y por sentencia que declare -- la presunción de muerte de uno de éstos.

La sentencia que declare la ausencia de uno -- de los cónyuges de conformidad con lo dispuesto por el artículo 195 del Código Civil, modifica o suspende la sociedad. El abandono del domicilio conyugal por alguno de los cónyuges hace cesar para éste los efectos de la sociedad. Artículo 196 del Código Civil.

Disuelta la sociedad, de conformidad con lo -- dispuesto por los artículos 203 y 204, se procederá a formular el inventario, terminado el cual, se pagarán los -- créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, dividiéndose el sobrante entre ambos en la forma convenida; si hubiere pérdidas el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debieren -- corresponderles, y si uno sólo llevó el capital, de éste se deducirá la totalidad de la pérdida.

DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES.- Este régimen puede establecerse antes de la celebración del ma--
trimonio, en escrito privado o durante el matrimonio, pero
en éste caso deben observarse las formalidades exigidas -
para la transmisión de los bienes de que se trate, si en
la sociedad bajo la cual se entiende que se casaron los -
cónyuges hay bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios,
(entonces la separación debe constar en escritura -
pública. Artículo 210 del código civil)

Se practicará un inventario de los bienes de--
cada cónyuge y se especificarán las deudas que tengan al
celebrarse el matrimonio.

Bajo éste régimen cada consorte conserva el -
dominio exclusivo de los bienes que le pertenezcan, lo --
mismo de los frutos y accesorios.

Como ya se mencionó al hablar de la posibili--
dad del régimen mixto, la separación puede ser total o --
parcial, artículo 208. Los bienes que no se encuentren ba--
jo el régimen de separación, serán objeto de la sociedad
conyugal que necesariamente tendrá que constituirse de --
conformidad con las normas establecidas para tal finali--
dad.

C A P I T U L O I I

LA PATRIA POTESTAD

A).- CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.-

El concepto de patria potestad ha evolucionado mucho a través del tiempo, El concepto que de esta institución se tiene actualmente, es muy diferente de aquel que se tenía en el antiguo Derecho Romano, en el cual en virtud de la patria potestad el pater familias ejercía, - sostienen Colín y Capitant(13), durante su vida entera y - sobre todos sus descendientes, cualquiera que fuera la -- edad de éstos, un poder casi tan absoluto como el que -- ejercería sobre los esclavos de la familia, la personalidad jurídica de los hijos era absorbida enteramente por la -- del padre, a tal grado que no tenían patrimonio propio y todo lo que adquirirían iba a engrosar los bienes de éste.

Para Castán Vázquez (14), la patria potestad es: "El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno - de los hijos no emancipados, como medio de realizar la -- función natural que les incumbe de proteger y educar a - la prole".

Para Colín y Capitant (15), la patria potestad es; "el conjunto de derechos y deberes que la Ley con

(13) COLIN Y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil - tomo segundo traducción de Emófilo de buen, Instituto Editorial Reus. Madrid, 1942 pagé 19 y 20

(14) CASTAN VAZQUEZ José María, La Patria Potestad, Edit.- Revistes de Derecho Privado, Madrid, 1960, pags. 9 y 10

cede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos en tanto que son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de sus deberes de alimentación y educación que pesan sobre ellos".

Para Felipe Clemente de Diego, citado por Castán Vázquez (16), "patria potestad es el deber y derecho - que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de la persona y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos".

Por su parte Planiol, define la patria potestad como "El conjunto de deberes y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de los hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".(17)

Desde hace tiempo la doctrina ha venido señalando que el nombre de patria potestad para la institución que nos ocupa, ya no responde al contenido de la misma, y citando a Dakkers, Castán Vázquez, sostiene que la patria potestad hoy más que un poder es una protección; y que no es específicamente paternal, puesto que ésta es -- ejercida tanto por el padre como por la madre.(18)

(15) COLIN Y CAPITANT, op. cit. pág. 18

(16) CASTAN VAZQUEZ, op, cit. pág 9

(17) PLANIOL, op. cit. pág 251.

(18) CASTAN VAZQUEZ, op. cit. pág 5

Por su parte Planiol, se expresa en igual sentido, al decir que la expresión patria potestad nunca ha sido exacta en el derecho Francés, y menos en la actualidad, que lo que corresponde a los padres es más bien una tutela, o sea que es más bien una carga que una potestad, además de que no pertenece sólo al padre como en la potestad romana, sino que es también ejercida por la madre. -- (19)

Colín y Capitant (20) opinan que la patria potestad constituye un poder de protección y que las prerrogativas conferidas a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, no son más que el reverso de los deberes y de las responsabilidades que el hecho de la protección les impone.

De las opiniones vertidas sobre el concepto y el proceso evolutivo de la patria potestad, ya en el Derecho Moderno, partiendo del primitivo Derecho Romano, se puede concluir que en la actualidad por patria potestad no se entiende un poder absoluto e ilimitado que en forma vitalicia tiene el padre sobre las personas y bienes de sus hijos; es más bien una obligación que tienen los padres, no únicamente el padre, de protección, educación y alimentación en favor de los hijos.

Por otra parte, si bien los padres tienen ciertas facultades sobre los hijos y éstos a su vez tienen obligaciones para con los padres, deben considerarse

(19) PLANIOL, op, cit. págs 251 y 252

(20) COLIN Y CAPITANT, op. cit. pág 19

más bien como medios que la ley establece, sin los cuales no sería posible llevar a cabo el debido cumplimiento de la serie de derechos y deberes que la naturaleza de la -- institución impone.

Por otro lado, la patria potestad es sólo temporal, dura hasta que los hijos alcanza la mayoría de --- edad o son emancipados. La mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años; la emancipación con la celebración - del matrimonio por parte de los menores.

La patria potestad es pues una institución establecida en favor de los hijos y no de los padres como - acontecía en el antiguo Derecho Romano. En el Derecho Mo-derno, dice el maestro Rojina Villegas (21), en la regula-ción de la patria potestad y de la tutela se ha tomado en cuenta que la autoridad que se concede a los padres, abue-los o tutores, no es para beneficio propio de éstos, ni - mucho menos para convertirlos en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales; por lo contrario , dichas instituciones se han convertido en verdaderas instituciones sociales, que más que dere- - chos impone obligaciones.

NOTAS CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.-

Como notas características de la patria potestad se señalan las siguientes: la irreuniciabilidad, la intransmisibilidad y la imprescriptibilidad.

(21) ROJINA VILLEGAS, op. pág 127 y 128

El carácter irrenunciable de la patria potestad, se debe a que, como ya se ha visto en los conceptos anotados, ésta implica una serie de derechos y obligaciones, y más que nada obligaciones, y si se permitiera que las personas que tienen a su cargo la patria potestad sobre los menores renunciaran a ella, sería permitirles el incumplimiento de los deberes que tienen encomendados. -- Por otra parte diversos autores, así como la doctrina y jurisprudencia de diversos países, consideran la patria potestad como una institución de orden público. (22).

El artículo 338 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece que la patria potestad no es renunciable, pero señala la posibilidad de excusarse de su ejercicio, cuando aquellos a quienes corresponde -- ejercerla tengan 60 años cumplidos de edad o cuando por su mal estado de salud no puedan atender debidamente su desempeño.

Si la patria potestad es una institución de orden público, es pues evidente que no es renunciable, -- puesto que el artículo 6 del propio Código Civil, establece que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no afecte los derechos de tercero, con lo que queda confirmada la tesis de la irrenunciabilidad de la patria potestad.

La patria potestad es también intrasmisible -- La doctrina admite generalmente que la patria potestad es

(22) CASTAN VAZQUEZ, op. cit. pags. 37 y 38

tá fuera del comercio, por lo que no puede cederse ni total ni parcialmente, dice Castán Vázquez (23), y si bien en ocasiones sostiene el autor citado, el padre delega en un --tercero derechos concretos derivados de la patria potestad, por ejemplo cuando el menor es internado en un colegio, ésto no significa la transmisión de la misma, en contra de lo que sostienen algunos autores de que en esos --casos hay un quebrantamiento práctico aunque no jurídico. No hay razón para considerar la transmisibilidad de la patria potestad, porque la delegación que de hecho se aprecia en casos como el del ejemplo citado, no significa que el padre o las personas encargadas de su ejercicio, estén liberándose o eludiendo su obligación u obligaciones.

La patria potestad es imprescriptible, puesto que es un derecho familiar y éstos como tales no son prescriptibles. Nuestro Código Civil Vigente, define la prescripción como el medio de adquirir bienes o de liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la Ley. Como --puede verse, no es posible concebir la adquisición de la patria potestad por prescripción y mucho menos que pueda liberarse de la serie de obligaciones que su ejercicio --impone a quienes corresponde.

B.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.-

El Derecho Romano no conoció una potestad de los padres, sino una potestad del padre. La madre se hallaba equipara-

(23) CASTAN VAZQUEZ, op. cit. pág 42

da a los hijos en la cuasi patria potestad. (24).

En el Derecho Francés, dice Planiol (25), la patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre, pero en lo que se refiere a la madre es más bien una atribución nominal, en virtud de que dicha potestad es delegada exclusivamente al padre, ya que sólo éste la ejerce durante el matrimonio. Esa preponderancia es necesaria para resolver las cuestiones que se provocan; mientras el padre viva y sea capaz, el derecho de la madre duerme; solamente a falta del padre, la madre ejerce la patria potestad, convirtiéndose ésta en una potestad materna.

En algunas otras legislaciones, en la española por ejemplo, el Código Civil en su artículo 154, parágrafo primero, establece que : "El padre y en su defecto la madre tienen potestad sobre los hijos legítimos no -- emancipados". (26)

(24) ENECCERUS, KIPP Y WOLFF, Derecho de Familia, Tomo - Cuarto vol. Segundo, Relaciones Paternofiliales y Parantales. Tutela, traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas. BOSCH, Casa Editorial, - Barcelona 1952, pág 43

(25) PLANIOL, op. cit. pags 255 y 256

(26) CASTAN VAZQUEZ, op. cit. pág 71

De lo anterior se desprende que aunque tanto el padre como la madre tienen capacidad para ejercer la patria potestad, la madre la ejerce sólo en defecto del padre, es decir por incapacidad o muerte de éste.

En la doctrina se nota que en varias legislaciones se ha otorgado el ejercicio de la patria potestad a ambos cónyuges, pero sólo es ejercida por el padre; esto, al decir de diversos tratadistas, se debe a la unidad de mando que debe existir en todos los matrimonios.

En México, el Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece en su artículo 414 el ejercicio simultáneo de ambos padres. Dice el precepto citado: "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".

Sobre los hijos naturales la patria potestad será ejercida por ambos progenitores si los dos los han reconocido y viven juntos; si viven separados y el reconocimiento se efectuó en el mismo acto, se pondrá de acuerdo quien de los dos ejercerá la custodia, si el reconocimiento fue sucesivo la custodia la ejercerá quien primeramente lo haya hecho, salvo convenio en contrario de los padres. Todo lo anterior sin perjuicio de que el Juez de lo Familiar decida en caso de que no se pongan de acuerdo o concidere necesario modificar dicho acuerdo. Artículo - 415.

Sobre los hijos adoptivos la patria potestad será ejercida por el adoptante o los adoptantes, en caso de que la adopción sea hecha por un matrimonio. Art. 419.

C.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LAS PERSONAS DE LOS HIJOS.- Los hijos cualquiera que sea su edad, estado o condición, deben honrar y respetar a sus padres, prescribe el artículo 411 del Código Civil.

Por su parte el artículo 303 impone a los ascendientes que ejercen la patria potestad, la obligación de suministrar alimentos a quienes están sometidos a ella.

El artículo 32 en su fracción I, establece como domicilio de los menores no emancipados, el de la persona a cuya patria potestad están sujetos, y no podrán dejarlo establece por su parte el artículo 421, sin el permiso de éstos o decreto de autoridad competente, mientras dure la patria potestad.

El artículo 422 establece que las personas -- que tienen al menor bajo su patria potestad, tienen obligación de educarlo convenientemente, para cuyo efecto el artículo 423 otorga facultades para corregirlo, debiendo por otro lado observar buena conducta, para que sirva de ejemplo a los menores.

El artículo 425 establece que quienes ejercen la patria potestad serán los legítimos representantes de los menores que están sujetos a ella, puesto que de -- acuerdo con lo establecido por el artículo 424, las personas sujetas a patria potestad no pueden comparecer a juicio ni contraer obligaciones sin el expreso consentimiento de quienes la ejercen.

De todo lo anterior se desprende que los meno

res sujetos a la patria potestad de los ascendientes, se encuentran en una situación de subordinación respecto de éstos, lo cual resulta necesario para el debido cumplimiento de la serie de obligaciones inherentes a la institución analizada, puesto que además, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1919 del Código Civil, los ascendientes son responsables de los daños y perjuicios que causen los menores que están sujetos a la patria potestad de ellos.

D.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LOS BIENES DE LOS HIJOS.- La patria potestad no sólo produce efectos sobre las personas de los hijos, también los produce sobre los bienes que a éstos pertenezcan. Lo anterior tiene sus antecedentes en los peculios del Derecho Romano según Castán Vazquez (27), en donde como ya hemos mencionado en un principio todo lo que los hijos adquirían pertenecía al padre, pero ésta situación fue cambiando con el establecimiento de la figura indicada. Los peculios eran pequeños patrimonios que los hijos podían tener con separación del patrimonio de los padres.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad sobre los menores no emancipados, como ya se mencionó, son los legítimos representantes de éstos. En tal virtud cuando los hijos tienen bienes como no pueden celebrar actos jurídicos por su estado de minoridad, dicha incapacidad es suplida por las personas que sobre ellos ejercen la patria potestad; de ahí pues que el ejercicio de dicha

(27) CASTAN VAZQUEZ, op. cit. pags. 254 y 255

figura por las personas a quienes le corresponde, produce efectos sobre los bienes de los menores, quienes mientras no alcancen la mayoría de edad no pueden disponer libremente sobre los mismos, por no darse el supuesto que establece el artículo 647 del Código Civil,

Los ascendientes que ejercen la patria potestad sobre los menores, son los administradores legales de los bienes de éstos, según lo dispone el artículo 425. Pero no todos los bienes del menor quedan comprendidos en la situación que establece el precepto citado.

En efecto, el artículo 428 clasifica los bienes de los menores sujetos a patria potestad en dos clases; primera, bienes que adquieren por su trabajo y, segunda, bienes que adquieren por cualquier otro título.

Por su parte el artículo 429 dispone que los bienes de la primera clase, es decir los que el menor adquiere por su trabajo, pertenecen en propiedad, administración y usufructo a éste. Por consiguiente dichos bienes quedan fuera de la administración de los ascendientes que ejercen la patria potestad.

De los bienes de la segunda clase, es decir los que adquiere el menor por cualquier otro título, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 430, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al menor; la administración y la otra mitad pertenecen a las personas que ejercen la patria potestad. No obstante la disposición anterior, existe todavía una salvedad a la misma, para el caso de que los menores adquieran bienes por heren

cia, legado o donación y el tesador o donante disponga -- que el usufructo pertenece al menor o a un fin determinado, en cuyo caso debe estarse a dicha disposición.

La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen la facultad de disponer libremente de los mismos, por que los actos de administración al decir de Valverde y Valverde (28), son aquellos que tienen como finalidad la conservación del patrimonio y la -- percepción de los frutos según la natural destinación de las cosas que forman parte de dicho patrimonio.

Pero hay ocasiones en que en bien de los intereses del menor se hace necesario que quienes ejercen la patria potestad sobre éste dispongan de ciertos bienes, -- bien por necesidad o bien por que ello represente un evidente beneficio. Para tal efecto deberá obtenerse autorización del juez competente, tal como lo dispone el artículo 436, que debe ser un Juez Familiar.

Una vez concedida la licencia por el Juez, éste deberá cuidar, para cuyo efecto tomará las medidas necesarias que el producto de la venta se dedique el objeto a que se destinó y el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor, según lo dispone el artículo 437 del Código Ci

(28) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español. Tomo Cuarto, Parte Especial derecho de -- Familia, Tercera Edición, Talleres Topográficos, "Cues--ta", Valladolid, Esp. 1926, pags. 506 y 507.

vil. Al efecto establece el precepto mencionado, que el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial.

Por otra parte, el ya citado artículo 436 establece otras limitaciones a las personas que ejercen la patria potestad, por lo que no podrán; celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años; recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes del hijo, remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

Como ya se hizo mención, en virtud de la administración de los bienes que los menores sujetos a patria potestad, adquieran por cualquier título que no sea por su trabajo, los ascendientes que la ejercen tienen de recho a la mitad del usufructo. Este derecho se extingue según lo dispone el artículo 436; I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos; -- II.- Por la pérdida de la patria potestad; III.- Por la renuncia.

Pueden pues las personas que ejercen la patria potestad, renunciar al derecho del usufructo, renuncia que tendrá que hacerse por escrito. Artículo 431.

La renuncia hecha en favor del hijo se considera como donación. Artículo 432.

El artículo 441 concede a los jueces facilidades para tomar las medidas necesarias para impedir que - por la mala administración de quienes ejercen la patria - potestad, los bienes de los menores se derrochen o disminuyan. Medidas que serán tomadas a instancia de cualquier interesado, de los propios menores cuando hubieren cumplido 14 años o del Ministerio Público.

E. CONCLUSION, SUSPENSION y PERDIDO DE LA PATRIA POTESTAD.-Ya se hizo notar que la patria potestad es irrenunciable y así lo dispone el Código Civil, pero como también se anotó, el mismo ordenamiento legal en su artículo 448 admite dos supuestos bajo los cuales pueden excusarse de su ejercicio quienes la tienen a su cargo; pero si se acaba, se suspende o se pierde por las causas que - la propia ley señala

La patria potestad concluye según lo establece el Código Civil en su artículo 443:

I.- Con la muerte del que la ejerce, si no -- hay otras personas en quien recaiga.

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.

III.- Por la mayor edad del hijo.

La patria potestad se suspende, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 447.

I.- Por la incapacidad declarada judicialmente.

II.- Por la ausencia declarada en forma

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

La patria potestad se pierde, artículo 444:

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, tomando en cuenta lo que dispone el artículo 283.

III.- Cuando por las costumbres deparadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

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

CAPITULO III

EL DIVORCIO

A.- CONCEPTO DE DIVORCIO.-

La concepción del divorcio no ha sido siempre la misma, ha variado a través del tiempo con el proceso evolutivo que esta figura ha tenido; así se ha hablado -- del divorcio repudio, del divorcio por voluntad unilate-- ral, del divorcio por mutuo consentimiento, del divorcio remedio y del divorcio sanción (29)

En el divorcio repudio sólo el marido tenía -- el derecho de romper el vínculo conyugal arrojando de sí a su mujer. Este poder en un principio tan amplio y arbitrario, se fue limitando hasta reducirse sólo a la posibilidad de divorciarse únicamente por causas justificadas. Dicho sistema tuvo lugar cuando la potestad marital era -- ejercida plenamente.

En el divorcio por voluntad unilateral, el de -- recho de disolver el vínculo conyugal ya no fue exclusivo del marido; también la mujer podía disolverlo; bastaba -- pues la declaración de cualquiera de los cónyuges.

En el divorcio por mutuo consentimiento el -- vínculo conyugal se rompe por voluntad de ambos consortes

(29) MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho -- Civil, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Primera, Vol. IV, Ediciones Jurídicas Europa -- América, Buenos Aires, 1959, págs 376 y 377.

En el divorcio remedio, lo mismo en el divorcio sanción se ve al matrimonio como una institución, por tanto, su disolución no puede quedar a la libre voluntad de los consortes, y si bien es cierto que en todo tipo de divorcio se requiere de la voluntad por lo menos de uno - de los cónyuges, sólo puede pedirse por un número limitado de causas motivadas por culpas graves o más o menos graves de uno de los consortes, o que sin haber culpa de ninguno de éstos se hace imposible la vida en común.

"El divorcio es la ruptura del vínculo conyugal pronunciada por los tribunales en vida de los esposos a petición de uno de ellos o de ambos". (30)

Planiol y Ripert (31) definen el divorcio como: "La disolución en vida de los esposos de un matrimonio válido".

"El divorcio es la ruptura del matrimonio en vida de los esposos, bien por su común voluntad, bien por voluntad de uno sólo que repudie al otro". (32)

(30) MAZEAUD, op. cit. pag. 375

(31) PLANIOL Y RIPERT, tratado Práctico de Derecho Civil Frances, traducción del Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo - II, la Familia, Edit. Cultural Habana, S.A. 1946 pag 368.

(32) JOSSE RAND Louis, Derecho Civil, Tomo I, Vol, II. La Familia, traducción de Santiago Cunchillas y Montero, Ediciones Jurídicas Europa América, Busch y - Cía Editores, Buenos Aires, 1952 pag. 139

"El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto en relación a los cónyuges como respecto de terceros." (33)

Con las definiciones que se han anotado se entiende claramente que el divorcio rompe el vínculo conyugal y deja en libertad a los cónyuges de contraer un nuevo matrimonio. Pero debe distinguirse el divorcio en el concepto mencionado, o sea como la figura o institución que rompe o pone fin al vínculo conyugal o divorcio pleno como también se le llamaba, de la separación de cuerpos - también llamada divorcio relativo o no pleno; ésta última no rompe el vínculo conyugal, es sólo una causa de suspensión de la vida en común dictada por un tribunal.

"La separación de cuerpos es el estado de los esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos". (34)

También existe la separación de hecho que los cónyuges adoptan sin que medie la intervención judicial; lo hacen de común acuerdo o por voluntad de uno de ellos, pero estas separaciones no producen la disolución del vínculo y tampoco relevan a los miembros de la pareja de sus obligaciones, son ilícitas.

(33) PALLARES Eduardo, El Divorcio en México, Edit. Porrúa, S.A. México 1968. pág 36

(34) PLANIOL Y RIPERT. op, cit. paga 368

B.- POLEMICA ACERCA DE SU CONVENIENCIA.- El divorcio ha sido una cuestión muy debatida en cuanto a su aceptación, por los tratadistas y escritores de Derecho Civil.

El divorcio presupone, naturalmente, el matrimonio, de tal manera que para que haya divorcio tiene necesariamente que haber matrimonio, ya que el divorcio se entiende como la disolución del vínculo conyugal.

Como ya se hizo mención en este trabajo, ha sido muy discutida la naturaleza jurídica del matrimonio; para algunos autores el matrimonio es un verdadero contrato, para otros es una institución, para el Derecho Canónico es un sacramento, etc. Así pues depende en mucho del punto de vista que se tenga sobre tal naturaleza jurídica, para tomar posición en torno a la discusión de si es o no disoluble a través del divorcio.

Si el matrimonio es un contrato, éste será disoluble, puesto que las partes intervienen para obligarse libremente. Si los cónyuges se han unido libremente, debe ser libres para separarse; así razonaban los revolucionarios franceses que se mostraban partidarios del divorcio.

(35)

Mientras la institución del divorcio sea consecuencia legítima de la índole contractual del matrimonio, no contradice en nada el oficio de función ni de institución social que éste representa, Cambeli. (35)

D'Aguanno , a pesar de que ve en el matrimonio una institución social y por consiguiente no es admisible que pueda ser roto el vínculo formado por éste, por voluntad de las partes, considera que en ciertas circunstancias muy especiales puede disolverse, porque toda sociedad en determinadas circunstancias puede ser disuelta, (37).

Josserand (38), considera que el divorcio es una institución útil y hasta necesaria; el matrimonio debe ser considerado como una unión perpetua, pero no indispensablemente indisoluble, la perpetuidad sólo debe entenderse en principio, pero no debe descartarse la posibilidad de disolver el matrimonio por medio del divorcio en los casos extremos; lo único que debe cuidarse es que no se abuse de su práctica, delimitando cuidadosamente las causas por las cuales puede pedirse.

(35) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, Parte Especial, Derecho de Familia, Tercera Edición, Edit. Talleres Gráficos "Cuesta", Valladolid, 1926, pag. 166

(37) VALVERDE Y VALVERDE, op cit. pagas. 166 y 167

(38) JOSSEERAND, op. cit. pág 144

Treillard concejero francés, al referirse a la polémica entre los enemigos y los partidarios del divorcio, decía que toda persona sin preocupaciones ni pasión debía confesar que el divorcio rompiendo el lazo conyugal deja la posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio preferible a la separación, la que del antiguo contrato no conserva más que el nombre, entregando a los esposos a combates perpetuos de los cuales es tan difícil que salgan con ventaja y honor, El divorcio aunque es en sí un mal debe incluirse en las legislaciones para evitar males mayores. (39).

Puffendor, sostiene que si el matrimonio es formado por consentimiento de los cónyuges, puede ser disuelto de la misma forma. (40)

Planiol y Ripert, al referirse a los "apolo-gistas" de la Ley de 1884 que restableció el divorcio en Francia después de que había sido abolido al restaurarse la monarquía en 1816, dicen que éstos razonaban en el sentido de que el matrimonio se contraía para toda la vida y por una unión a perpetuidad, pero perpetuidad no es sinónimo de indisolubilidad. A veces la vida en común se vuelve imposible, convirtiendo el hogar en un foco de desorden y de frecuentes escándalos a causa de las pasiones y debilidades humanas.

Esta situación no puede ser ignorada por el legislador, que está obligado a sentar las bases del or--

(39) VALVERDE Y VALVERDE, op. cit. pág. 168

(40) VALVERDE Y VALVERDE, op. cit. ppag. 169

den y de las buenas costumbres; por tanto debe buscar un remedio, remedio que para algunos será la separación de cuerpos; pero ésto es insuficiente, por que si bien con ella desaparecen los inconvenientes de la vida en común -- al desaparecer el hogar conyugal, puesto que queda subsistente el matrimonio los esposos, aún viviendo separados, quedan casados; por consiguiente no pueden volver a casarse sino que son condenados a vivir un celibato forzoso -- que los obligará a vivir un concubinato adúltero.

Después de la separación los esposos pueden hacerse tanto mal como antes aunque sea de otro modo, por tanto si el matrimonio es la causa del mal, éste es el -- que debe romperse, siendo el divorcio el único remedio -- eficaz. (41)

Al divorcio se han opuesto diversidad de objeciones. Valverde y Valverde sostiene que no debe admitirse el divorcio absoluto, es decir aquel que pone fin al -- vínculo del matrimonio, porque éste fomenta la inmoralidad en las costumbres. Admitido el divorcio cada uno de los cónyuges pensará de inmediato si puede encontrar un -- mejor partido que su consorte.

Con la disolubilidad del matrimonio se da al cónyuge más fuerte la disposición de maltratar al más débil, con la finalidad de obligarlo a otorgar su consentimiento y obtener así el divorcio; por eso es necesario po

(41) PLANIOL Y RIPERT, op. cit. pág. 372.

(42) VALVERDE Y VALVERDE, op cit. pág. 172 y 173

ner fin a la disolubilidad para evitar la corrupción moral. (42).

Carin Nisas, sostiene que las separaciones le gales evitan el escándalo y la publicidad, satisfaciendo el orden en el presente y procurándolo en el futuro, por que no desaparece la esperanza ni de la sociedad ni de -- los esposos, sino que existe la posibilidad de conciliar-- se; posibilidad que sería destruida por el divorcio. (43)

A. Boistel, sostiene que las causas alegadas en favor del divorcio son las uniones desgraciadas y la -- mala conducta de los esposos separados y no vueltos a ca-- sar, pero dichos argumentos no son decisivos para aceptar lo, porque si bien existen motivos para que los esposos -- no vivan juntos, nadie puede asegurar que éstos no pueden reconciliarse. (44)

Por su parte Massol, citado por José Arias -- (45), sostiene que la experiencia de todos los días prueba que un nuevo matrimonio altera la afectación de los pa dres hacia los hijos del primer matrimonio, y que los me-- nores hijos viéndose abandonados y sacrificados, no con-- servarán para sus padres, ese amor y respeto que les ha-- bían prodigado, sino que los celos y la desconfianza reem-- plazarán los nobles sentimientos naturales.

(42) VALVERDE Y VALVERDE, op. cit. págs. 172 y 173

(43) VALVERDE Y VALVERDE, op. cit. págs. 172

(44) VALVERDE Y VALVERDE, op. cit. págs. 172

(45) ARIAS, José, Derecho de Familia, Editorial Guillermo Kriaf, Buenos Aires, Segunda Edición 1952 pág. 245

Colín y Capitant (46), sostiene que nadie puede negar que lo que constituye el honor y la dignidad de los sexos en el matrimonio es la idea de su perpetuidad. Por otra parte no puede dudarse que la estabilidad en el hogar proporciona las mejores condiciones para la educación de los hijos, que es uno de los fines del matrimonio que debe ser mayormente atendido por el legislador.

Las argumentaciones vertidas en contra del divorcio son demasiado fuertes y obligan a pensar seriamente en ellas, sobre todo cuando se opone el interés de los hijos. Pero quizá sean más poderosas las razones que han tenido que tomar en cuenta los legisladores de los diversos países que lo han admitido en sus legislaciones; porque sería más desastroso para los esposos lo mismo que para los hijos, el tener que vivir atados los primeros cuando han perdido todo interés de seguir viviendo juntos, -- cuando uno al otro se repudian, Resulta pues difícil para el legislador dejar de lado esas situaciones de hecho que se presentan en los matrimonios, obligando a los cónyuges a vivir unidos en esas condiciones totalmente desfavorables para cumplir con los fines de la unión. En cuanto -- a los hijos si bien es cierto que son sacrificados en el divorcio, porque o bien ninguno de los padres los quieren al considerarlos un obstáculo para rehacer su vida libremente, o bien tienen que vivir al lado de un padrastro o de una madrastra que difícilmente les proporcionarán el calor y las atenciones de los padres; pero quizá esta situación sea menos peor para los hijos que cuando tienen -- que vivir en un hogar en donde hay pleitos constantes entre los padres y escenas entre éstos que crean un ambien-

(46) COLINN Y CAPITANT, op. cit. pág. 433

te de degradación. El divorcio en sí no es nada plausible pero en ocasiones resulta necesario.

C.- PROYECCION HISTORICA DEL DIVORCIO.- En la antigüedad las legislaciones consagraban una fuerte potestad marital; el marido tenía un amplio poder para repudiar a su mujer, practicándose por consiguiente el divorcio repudio. Este tipo de divorcio se encontraba en el Derecho Hebreo, en el Derecho Islámico y en las Antiguas Costumbres Germánicas. (47)

En Roma se practicó también el divorcio; en el antiguo Derecho Romano existió el divorcio repudio. Después ya se divorciaban los cónyuges por mutuo consentimiento, llegándose a hacer una práctica abusiva de él por las clases poderosas.

Contra esta situación el cristianismo reaccionó fuertemente y se esforzó por establecer como un dogma la indisolubilidad del matrimonio. No obstante la iglesia tuvo que reconocer las debilidades humanas y se vio obligada a establecer excepciones a la regla de la indisolubilidad. Amitió primero la separación de cuerpos, que como ya dijimos no rompe el vínculo conyugal, sólo se debilita; luego se elaboró toda una teoría de las nulidades, dando lugar en ocasiones a verdaderos casos de divorcio, en virtud de que en algunos casos se admitían como causas de nulidad circunstancias aparecidas después de celebrado el matrimonio. (48)

(47) MAZEAUD, op. cit. pág 376

(48) JOSSERAND, op. cit. pág 139

Decía por ejemplo el canon 1129; "Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper aún para siempre la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido".

Por su parte el canon 1131 establecía otras - causas por las que podía pedirse la separación, aunque -- por ser menos graves sólo era temporal; "Si uno de los -- cónyuges da su nombre a una secta acatólica; educa acatólicamente a sus hijos, si lleva una vida de vituperio o - de ignominia, si es causa de peligro para el alma o para el cuerpo. Si con sus sevicias hace la vida en común dema- ciado difícil. Esto y otras causas semejantes son todas - ellas causas legítimas para que el otro cónyuge pueda se- pararse con autorización del Ordinario Local, y hasta por autoridad propia, si le consta con certeza y hay peligro en la tardanza.

En todos estos casos, al cesar la causa de la separación debe restaurarse la comunión de la vida; pero si la separación fue decretada por el Ordinario para un - tiempo determinado o indeterminado, el cónyuge inocente - no está obligado a ella, a no ser que medie un decreto - del Ordinario o que haya pasado el tiempo". (49).

En el antiguo Derecho Francés no se habló de la indisolubilidad del matrimonio; fue hasta muchos si- - glos después debido a los esfuerzos de la iglesia por es- tablecer dicha doctrina. (50)

(49) PALLARES Eduardo, op. cit. pags. 22 y 23

(50) MAZEAUD, op. cit. pág 377

Al triunfo de la Revolución Francesa y ante la rigidez de la iglesia en el sostenimiento de la indisolubilidad del matrimonio, se empezó a atacar fuertemente esa posición estableciéndose el divorcio por la Ley del 20 de septiembre de 1792, y no sólo el divorcio por causas justificadas sino también por mutuo consentimiento e incluso por incompatibilidad de caracteres.

En virtud del restablecimiento del divorcio -- que disuelve el vínculo del matrimonio, se llegó a hacer un uso immoderado del mismo, por lo que los redactores -- del Código Napoleón tuvieron mucho cuidado en su reglamentación, rodeándolo de una serie de requisitos, y si bien subsistió en sus dos formas, es decir por mutuo acuerdo -- de los cónyuges y por voluntad de uno sólo de ellos, o -- sea por causas determinadas, el divorcio por mutuo consentimiento se rodeó de una serie de obstáculos que lo hizo difícil de obtener. (51)

Con la restauración de la monarquía en 1816, el divorcio fue abolido en Francia, situación que duró -- hasta 1884 en que volvió a establecerse, reglamentándose sólo el divorcio sanción, es decir por voluntad de uno de los cónyuges, que podía pedirlo exclusivamente por culpas graves del otro.

En México, como lo veremos en el siguiente -- capítulo, los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 no regulaban el divorcio vincular, sólo la separación de cuerpos o divorcio no pleno.

(51) JOSSERAND, op. cit. pág. 140

Fue hasta 1914 cuando se admitió por primera vez el divorcio vincular, reglamentándose debidamente en 1917 por la Ley sobre Relaciones Familiares; estos dos ordenamientos fueron expedidos por Don Venustiano Carranza, aunque el primero no estuvo realmente en vigor debido al estado de revolución que prevalecía en esos momentos. El Código Civil vigente expedido en 1928, regula ampliamente el divorcio vincular.

Actualmente existen legislaciones sobre el Divorcio en la mayoría de los países occidentales: En Europa, sólo España e Irlanda no lo regulan por la arraigada tradición cristiana de estos países; en América sólo en Argentina, Brasil, Colombia y Chile no existen legislaciones sobre el divorcio. (52)

D.- EL DIVORCIO REMEDIO Y EL DIVORCIO NECESIDAD.

El divorcio remedio al igual que el divorcio necesario disuelve el vínculo conyugal; sólo se hace esa clasificación por la doctrina con el fin de distinguir el divorcio cuando se establece como un remedio o como una sanción.

El divorcio remedio se funda en causas que hacen imposible o al menos difícil la vida en común, sin que sea necesario que dichas causas sean originadas por faltas cuya culpa sea atribuible a alguno de los cónyuges. La finalidad de este divorcio es buscar un remedio a la

(52) GALLON GIRALDO Carlos, Divorcio, Familia y Matrimonio Edit. Gráfica Venus, Bogotá, Colombia 1974 págs 42 y 43

imposibilidad o a la dificultad para realizar la vida con yugal por parte de los consortes.

Nuestro Código Civil, señala como causas de divorcio remedio; el hecho de que cualquiera de los cónyuges padezca sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, así como la impotencia incurable sobrevenida después de celebrado el matrimonio y la enajenación mental incurable.

El divorcio necesidad, se funda en causas originadas por culpas graves de alguno de los cónyuges, y se establece como una sanción en contra del cónyuge culpable, no pudiéndose por tanto demandar al inocente. El artículo 278 del Código Civil, establece que el divorcio sólo puede ser demandado por el Cónyuge que no haya dado causa a él.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

A.- CLASES DE DIVORCIO

Los Códigos Civiles anteriores al vigente en el Distrito Federal no admitieron el divorcio vincular, o sea el divorcio entendido como la institución que rompe - o pone fin al vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en libertad de contraer nuevas nupcias.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884, sólo se permitió la separación de cuerpos, que como ya dijimos no rompe el vínculo, pues suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, quedando subsistente el lazo conyugal.- Así lo expresan respectivamente los artículos 239 y 226 - de los ordenamientos indicados, que a la letra dicen: -- "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; sus-- pende sólo algunas de las obligaciones civiles que se ex-- presarán en los artículos relativos de este Código". Am-- bos preceptos tenían redacción idéntica.

En la Ley de 1914, expedida por Don Venustia-- no Carranza, se admitió por primera vez en México el di-- vorcio vincular, aunque como ya dijimos nunca estuvo real-- mente en vigor.

Al efecto decía dicha Ley en su artículo pri-- mero: "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al víncu-- lo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyu-- ges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de cele-- brado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposi--

ble o indebida la realización de los fines del matrimonio, por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal, disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".

Con la Ley Sobre Relaciones Familiares de -- 1917, expedida por el propio Don Venustiano Carranza, quedó debidamente regulado el divorcio vincular; el artículo 75 de esta Ley disponía al respecto: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, acogió íntegra la disposición anterior en su artículo 266.

En la Legislación Civil vigente, se encuentran reguladas tres calses de divorcio vincular o pleno, como también se le llamaba, y el divorcio separación de cuerpos o no pleno.

Así pues tenemos: a) El divorcio voluntario - de tipo administrativo; b) El divorcio voluntario de tipo judicial y c) el divorcio necesario contencioso que puede ser demandado por alguno de los cónyuges con base en cual quiera de las causales comprendidas en el artículo 267, -- así como la comprendida en el artículo 268 del Código Civil.

LA SEPARACION DE CUERPOS.- Por ser anterior - cronológicamente hablando antes de hacer un somero análisis del divorcio vincular en sus tres clases, previamente

me referiré a la separación de cuerpos, pues como ya se anotó fue esta figura la única que regulaban los Códigos Civiles anteriores al vigente.

El Código Civil vigente, además de las tres formas de divorcio vincular mencionadas, o sea aquellas que ponen fin al vínculo conyugal dejando a los esposos en aptitud de volver a casarse; admite la separación de cuerpos prevista por el artículo 277.

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

Por su parte el artículo 267 dice: "Son causas de divorcio:... VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. -- VII.- Padecer enajenación mental incurable".

Respecto de la fracción VI, es de considerarse razonable a todas luces y además humano por parte del cónyuge sano, el pedir la separación y no el divorcio, para evitar el contagio de las enfermedades mencionadas ya sea por él o por los hijos, que de ser además hereditarias -- pueden nacer enfermos. En cuanto a la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, --

creo que debe tomarse en cuenta la edad de los consortes.

El divorcio voluntario sea de tipo administrativo o de tipo judicial, puede solicitarse por acuerdo mutuo de los cónyuges, tengan o no un motivo diferente a su mutuo disenso. Basta sólo conque se pongan de acuerdo en disolver su matrimonio y cumplan con los requisitos que la Ley señala.

a).- EL DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO ADMINISTRATIVO.- El artículo 272 del Código Civil, dispone que: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del Lugar de su domicilio, comprobará con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo las anotaciones correspondientes en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal,

y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia...."

Como puede verse, este tipo de divorcio no -- plantea ningún problema en cuanto a su tramitación, se -- trata de un procedimiento sencillo, permitiendo a los cón -- yuges que así lo hayan acordado y se encuentren en la si -- tuación prevista por el precepto citado, obtener la diso -- lución de su matrimonio con mucha facilidad, Esta facili -- dad ha sido calificada de indebida por el Maestro Rojina Villegas (53), pero debe decirse que si en nuestra legis -- lación se ha admitido el divorcio propiamente dicho o sea el divorcio vincular, tanto por acuerdo mutuo de los cón -- yuges como por causas justificadas, sean cuales fueron -- las razones que tuvo el legislador para admitirlo, cuando en un matrimonio no existen hijos ni conflictos de tipo -- patrimonial, no parece haber fundamento al interés que -- tanto el Estado como la sociedad pudieran tener en el man -- tenimiento del vínculo conyugal cuando los consortes ya -- no tienen interés en su subsistencia y quieren por consi -- guiente que desaparezca. Puede ser más grave y de hecho -- lo es, el divorcio voluntario aunque sea de tipo judicial y se siga un procedimiento diferente, cuando hay hijos de por medio, no importa que medidas se tomen respecto de és -- tos. El divorcio entre los cónyuges es lamentable de cual -- quier forma.

(53) ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil I, Introducción Personas y Familia, Séptima Edición Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1972, pág 351

b).- EL DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.-

Los cónyuges que de común acuerdo pretendan divorciarse, pero no reúnan los requisitos indicados en el artículo 272, a fin de que proceda el divorcio voluntario de tipo administrativo, es decir si son menores de edad, existen hijos en el matrimonio o se encuentran casados bajo el régimen de sociedad conyugal, deben ocurrir ante un juez familiar a solicitar el divorcio, acompañando el convenio a que obliga el artículo 273 del Código Civil, y una vez aprobado éste el juez dictará sentencia declarando disuelto el matrimonio, así como la sociedad conyugal si la hubiere.

En efecto dispone el artículo 273, que los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo 272, es decir que no reúnan los requisitos necesarios para que proceda el divorcio de tipo administrativo, están obligados a presentar un convenio en el que se fijarán los siguientes puntos:

"I.- Designación de la persona a quienes sean confiadas los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

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

3.- La casa que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento.

4.- La cantidad que a título de alimentos un

cónyuge debe pagar el otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.

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

El representante del Ministerio Público es parte en este tipo de divorcio, para velar por los intereses de los hijos menores o incapacitados.

Debe hacerse notar también que en el divorcio voluntario de tipo judicial, no se pierde la patria potestad sobre los hijos por ninguno de los cónyuges, en virtud de que ésta se establece como una sanción en el divorcio necesario en contra del cónyuge culpable y en el divorcio voluntario no hay culpa atribuible a ninguno de los consortes; éstos se divorcian de común acuerdo.

B.- EL DIVORCIO NECESARIO.

Como ya se mencionó, en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no se permitió el divorcio vincular, sólo la separación de cuerpos que también llamaban divorcio.

Estos ordenamientos señalaban en forma específica una serie de causas con base en las cuales podía pedirse el divorcio (separación de cuerpos).

La Ley de 1914, es la primera que permitió el divorcio vincular en México, pero no hacía una enumeración específica de causas por las cuales podía demandarse sino que las enunciaba en forma general.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, sí hace una enumeración específica de causales por las cuales podía demandarse el divorcio por uno de los cónyuges.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, enumera una serie de causas por las cuales puede pedir el divorcio cualquiera de los cónyuges cuando el otro haya cometido faltas graves que hacen imposible o difícil la vida conyugal; es el caso del llamado divorcio sanción que se decreta como una sanción en contra de cónyuge culpable, por lo que no podrá decretarse en contra del con--sorte inocente.

También señala causas que no necesariamente suponen culpa de alguno de los cónyuges, pero que también hacen imposible o al menos difícil la vida en común, y se establece como un remedio para subsanar la imposibilidad o la dificultad a la que los cónyuges se enfrentan para realizar su vida conyugal; es como una protección o un remedio para evitar que el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro padece alguna enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, puedan contraerla o nazcan enfermos; es el caso de llamado divorcio remedio.

Debe decirse que el divorcio necesario sólo puede demandarse por las causales que en forma específica o limitativa señala la Ley; no deben considerarse como tales otros hechos que aunque igual o más graves, no fueron

señalados por el legislador. Los jueces no deberán tomar - en cuenta para decretar el divorcio causas diferentes por graves que sean. (54).

Así pues el artículo 267 enumera dieciseis causas de divorcio necesario, más una que contiene el artículo 268.

PRIMERA CAUSA DE DIVORCIO.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

El adulterio comprobando de cualquiera de los cónyuges constituye una causal de divorcio, no importa cual de los dos lo haya cometido. Esto no acontecía así en las legislaciones anteriores; el artículo 228 del Código Civil de 1884, disponía que el adulterio de la mujer era siempre causa de divorcio; el del marido lo era sólomente que concurrieran en él las siguientes circunstancias: que hubiera habido concubinato entre los adúlteros , dentro o fuera de la casa conyugal; que el adulterio hubiera sido cometido - en la casa común; que hubiera habido escándalo o insulto - público hecho por el marido a la mujer legítima; que la -- adúltera hubiera maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima. El artículo 77 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, establecía los mismos requisitos. El Código Civil vigente, equipara el adulterio del hombre y de la mu--jer.

El Código Penal establece que sólo se castiga-

(54) COUTO Ricardo, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, de - la Personas, Editorial "La Vasconia", México 1919 - pág 309.

rá el adulterio consumado, ésto se entiende necesario para que se constituya la causal de divorcio; pero en la jurisdicción penal se apreciarán por el juez elementos distintos de los que considere el juez familiar. Así pues -- no hace falta que el juez penal declare por medio de una sentencia que cause ejecutoria si hubo o no adulterio, para que el juez familiar pueda encontrar probada debidamente la causal de divorcio. Este último puede apreciar con libertad las pruebas que le aporten para acreditar el a--adulterio y decretar o no el divorcio, puesto que por otro lado el artículo 274 del Código Penal, establece que sólo puede procederse en contra del adúltero a petición del -icónyuge ofendido. Por lo tanto el consorte ofendido puede o no presentar querrela penal o solamente hacer valer el adulterio comocausa para obtener el divorcio.

Debe hacerse notar que el adulterio como causal de divorcio puede ser probado mediante la prueba indírecta, ante la imposibilidad de que su comprobación se ==produzca de manera directa. Así lo ha establecido la Su--prema Corte de Justicia, como puede verse en la siguiente tesis jurisprudencial:

" DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE

Para la comprobación del adulterio como cau--sal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposi--ble, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para -la comprobación de la infidelidad del cónyuge culpable.

Amparo Directo 414/1954 - Díaz Candelaria. Mayoría de 4 -
votos. Tomo CII, pág 695

Amparo Directo 2809/1957- Jesús Rufz Jiménez, 5 votos. --
Vol. XIV, pág 9

Amparo Directo 7803/1958- María Cristina de Borbón de Pa-
tíño. Mayoría de 4 votos. Vol -
XXX, pág. 120

Amparo Directo 2181/1959- Jesús Alcántara. Unanimidad de
5 votos. Vol. XXXIII, pág 69

Amparo Directo 7226/1960- Antonia Verde Barrón. Unanimi-
dad de 5 votos. Vol. LII, pág
10

JURISPRUDENCIA 152 (Sexta Época), Página 490, Sección Pri-
mera, Volún 3a. Sala.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917
a 1965"

SEGUNDA CAUSA DEL DIVORCIO.- El hecho de que
la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebi-
do antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente
sea declarado ilegítimo.

En el caso de esta causal, el divorcio sólo -
puede ser demandado cuando el marido haya obtenido senten-
cia ejecutoriada que declare que el hijo es ilegítimo y -
no antes, por que es con base en esa sentencia como nace
su derecho para demandarlo, y por otro lado el artículo -

31 de Código de Procedimientos Civiles, establecè que no pueden acumularse en la misma demanda dos acciones cuando una depende del resultado de la otra.

TERCERA CAUSA DE DIVORCIO.- 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 carnales con su mujer.

El artículo 207 del Código Penal, establece - que comete el delito de lenocinio: toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera; el que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución y el que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos. Existe relación entre la disposición penal y la causa de divorcio mencionadas, pero no hay identidad entre ambas, por lo que no se hace necesario que el juez familiar tenga que ver que se acrediten todos los elementos que la ley penal exige para que se constituya el delito de lenocinio, o tenga que esperar que un juez penal lo declare por medio de una setencia, para que a su vez pueda declarar probada la acción de divorcio ejercitada; es posible que ésta sea acreditada sin que se constituya el delito de lenocinio, o pueden también darse los dos.

CUARTA CAUSA DE DIVORCIO.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito, aun que no sea de incontinencia carnal.

De la redacción de esta fracción no se entiende que necesariamente el delito deba cometerse para que se constituya la causal de divorcio; simplemente dice que un cónyuge incite al otro a la violencia para cometer un delito.

QUINTA CAUSA DE DIVORCIO.- Los actos inmora-- les ejecutados por el marido o por la mujer con fin de -- corromper a los hijos, así como la tolerancia en su co-- rrupción.

La Ley exige que se ejecuten actos por cual-- quiera de los cónyuges tendientes a corromper a los hijos no importa si son menores o mayores de edad, por lo que no necesariamente tienen que ser menores de edad, en cuyo caso se cometería además el delito de corrupción de meno-- res previsto por el artículo 201 del Código Penal.

En cuanto a la tolerancia en la corrupción, -- de conformidad con lo dispuesto por el artículo 270 del -- Código Civil, debe consistir en actos positivos y no en -- simples omisiones. De lo anterior debe entenderse que no basta simplemente la falta de carácter de los padres, si-- no que es necesario un proceder de éstos que no deje lu-- gar a duda sobre la intención de corromper a los hijos.

SEXTA Y SEPTIMA CAUSAS DE DIVORCIO.- La fracción sexta del artículo 267 dice: "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." La fracción VII dice: "Padecer enajenación mental - incurable."

Estas causales se han establecido como un remedio para subsanar la imposibilidad o dificultad a que se enfrentan los consortes para hacer vida en común, para el caso de que cualquiera de ellos se encuentre en las situaciones previstas por éstas fracciones.

La acción de divorcio sólo puede ejercitarse si el cónyuge enfermo contra el cual se deduce padece sífilis o tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad que -- reuna las características siguientes: crónica y contagiosa, o crónica y hereditaria, o incurable y contagiosa, o incurable y hereiditaria; así se desprende del análisis de la fracción VI. En cuanto a la imptencia incurable que so brevenga después de celebrado el matrimonio, en vista de que la Ley no distingue si ésta sobreviene como consecuencia de una enfermedad y no por la edad avanzada, nuevamente repetimos nuestro punto de vista manifestado en relación con la separación de cuerpos, en el sentido de que el juez debe tomar en cuenta la edad de los cónyuges, ya que podría suceder que la mujer solicitara el divorcio cuando después de muchos años de casada y de haber tenido hijos se presentara el caso de la impotencia en el marido por los muchos años de vida, pero no como una enfermedad que impida la relación sexual, puesto que por otro lado - la Ley no señala límites de edad para contraer matrimonio

por lo que es perfectamente válido el matrimonio entre an
cianos. (55)

En cuanto a la enajenación mental incurable -
estatuída como causal de divorcio por la fracción VII, --
el artículo 271 establece que para que pueda pedirse el -
divorcio invocándola, es necesario que hayan transcurrido
dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad, pe-
ro no exige declaración judicial previa del estado de in-
terdicción del cónyuge contra quien se promueve el divor-
cio.

OCTAVA CAUSA DE DIVORCIO.- La separación de -
la casa conyugal por más de seis meses sin causa justifi-
cada.

La separación a que se refiere esta fracción de
be entenderse como el hecho de salir de la casa conyugal
y no volver a ella por un término mayor de seis meses sin
tener causa que lo justifique, puesto que con ella se in-
cumple una de las obligaciones más importantes derivadas
del matrimonio, que el maestro Rojina Villegas (56), con-
sidera como fundante, de donde derivan las demás obliga-
ciones del matrimonio y la posibilidad de satisfacerlas,-
como es la obligación de la cohabitación que pesa sobre -
los cónyuges, ya que sólo llevando una vida en común es -
posible cumplir debidamente los fines del matrimonio. Por
lo demás queda a cargo del juez calificar la causa para -

(55) ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil
I, Séptima Edición, pág. 383

(56) ROJINA VILLEGAS, Compendio, pág. 380

ver si es o no justificada.

NOVENA CAUSA DE DIVORCIO.- 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 entalbe la demanda de divorcio.

Del estudio de esta fracción se entiende que uno de los cónyuges se separó del hogar conyugal por una causa suficiente para demandarle el divorcio al otro, y - que dicha separación se prolongó por más de un año sin -- que la demanda se haya entablado, en cuyo caso se trans--fiere el derecho para demandar el rompimiento del lazo -- conyugal al consorte que originó la causa de separación.

Pero no debe entenderse que el cónyuge que se separó con justa causa tiene derecho a presentar su demanda en cualquier momento mientras no transcurra el año que se menciona, como lo entienden la mayoría de los escritores de Derecho Civil; la causa justificada sólo dura seis meses contados a partir del momento en que surgió el motivo de separación, por lo tanto sólo tiene derecho a deducir su acción de divorcio durante ese tiempo, después su separación se torna injustificada.

Si el cónyuge que se separó no presenta su demanda dentro de los seis meses siguientes a su separación, después ya no podrá hacerlo, por que su derecho habrá ca--ducado en virtud de que el artículo 278 del código Civil dispone que el divorcio sólo puede ser demandado dentro - de los seis meses siguientes al día en que se haya tenido noticia de los hechos en que se funda la demanda. A par--

tir de entonces empezará a correr el término de la separación sin justa causa, transfiriéndose el derecho al consorte que originalmente dio motivo a la separación, para que sea éste quien pueda deducir la acción de divorcio pero sólo podrá hacerlo hasta que hayan transcurrido los - -sies meses de separación sin justa causa, es decir hasta que se haya configurado la hipótesis prevista por la fracción VIII que establece como causal de divorcio; "la separa----ción de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada". Así pues el año a que se refiere la fracción IX que se examina, se integra por la suma de los dos se----mestres, el primero con cuyo transcurso se pierde el derecho de demandar el divorcio, el segundo que hace nacer para el cónyuge que antiguamente podía considerarse culpa----ble, el derecho a demandar la disolución del vínculo del presuntamente inocente que ha abandonado el hogar conyu----gal en este último período en forma injustificada.

DECIMA CAUSA DE DIVORCIO.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, - en los casos de excepción en que se necesita para que proceda la declaración de ausencia.

En el caso de esta causal basta pues la declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, para que procede la acción de divorcio; la excep----ción a que se refiere el precepto consiste en la hipóte----sis prevista en el artículo 705, que dice que cuando los individuos hayan desaparecido al tomar parte en una gue----rra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inunda----ción u otro siniestro semejante, bastará que hayan trans----currido dos años contados desde su desaparición, para que

pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que sea necesario en esos casos que previamente se declare su ausencia.

DECIMA PRIMERA CAUSA DE DIVORCIO.- La sevicia, las amenazas o injurias graves de un cónyuge para el otro.

La sevicia la constituyen malos tratos de -- obra que revelan crueldad en quien los ejecuta, aunque no impliquen un peligro para la persona. Las amenazas son actos en virtud de los cuales se hace nacer en un individuo el temor de una mal inminente sobre su persona, sus bie-- nes o sobre la persona o bienes de sus seres queridos. Injuria es la expresión o acción proferida o ejecutada con la intención de manifestar desprecio a otro con el fin -- de hacerle una ofensa (57).

La gravedad de la sevicia, amenazas e inju-- rias, debe ser calificada por el juez en función de si -- hacen o no imposible la vida en común.

DECIMA SEGUNDA CAUSA DE DIVORCIO.- 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.

Como ya mencionamos, por virtud del matrimo-- nio los cónyuges están obligados a contribuir económica--

(57) COUTO Ricardo, op. cit. pág. 322

mente al sostenimiento del hogar y a su alimentación, así como a la alimentación de los hijos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 164 del Código Civil; el incumplimiento injustificado a esa obligación es sancionado como causal de divorcio.

DECIMA TERCERA CAUSA DE DIVORCIO.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

En el caso de esta causal para que proceda el juicio de divorcio, será indispensable que se dicte por un juez penal sentencia ejecutoriada que declare inocente al cónyuge víctima de la calumnia.

DECIMA CUARTA CAUSA DE DIVORCIO.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, - pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

Que un delito sea infamante significa que causa descrédito, deshonor, vileza, etc. para quien lo comete, situación que su consorte no está obligado a compartir, por eso la Ley concede a éste la acción de divorcio, sólo que para que ésta proceda deberá dictarse previamente por el Juez penal, sentencia que cause ejecutoria, imponiendo al cónyuge culpable una pena que pase de dos años de prisión.

DECIMA QUINTA CAUSA DE DIVORCIO.- 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.

Es cierto que el juego y la embriaguez, así como el uso continuo de drogas enervantes, cuando se han apoderado de un individuo, lo degeneran y lo vuelven irresponsable e incapaz de cumplir con las obligaciones derivadas del matrimonio y por consiguiente en situación de encaminar hacia a ruina a la familia, ésto, naturalmente será un motivo de desavenencia constante entre los cónyuges.

Quizá cabe preguntarse en lo que se refiere a los hábitos de juego, si por éstos debe entenderse sólo los llamados juegos de azar, puesto que como observa el maestro Eduardo Pallares (59), los deportes cuando se vuelven un verdadero vicio también causan frecuentes y fuertes desavenencias conyugales, así como la ruina de la familia.

DECIMA SEXTA CAUSA DE DIVORCIO.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

(59) PALLARES Eduardo, op. cit. pag. 93

Esta fracción se refiere a ciertos actos delictivos que no son punibles entre cónyuges, por lo que tienen que verse por el lado de que quien los cometa sea un extraño, y si tales actos en este último supuesto tienen señalada en la ley una pena mayor a un año de prisión y son cometidos por alguno de los cónyuges en contra de la persona o los bienes del otro, entonces constituyen la causal de divorcio.

Por último, el artículo 268 señala una causal más de divorcio necesario al decir: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

El divorcio necesario se tramita mediante un procedimiento ordinario que culmina con una sentencia que debe causar ejecutoria; el Ministerio Público no tiene ninguna intervención en el mismo, lo que resulta inexplicable, toda vez que al igual que en el divorcio voluntario de tipo judicial en la mayoría de los casos hay hijos menores de por medio.

CAPITULO V

LA SITUACION DE LOS HIJOS UNA VEZ QUE HA SIDO DECRETADO EL DIVORCIO, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR NUESTRO CODIGO CIVIL VICENTE.

A.-LA DISPOSICION DEL ARTICULO 283 del CODIGO CIVIL.

El artículo 283 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece tres reglas conforme a las cuales se fijará la situación de los hijos, por la sentencia que declare la disolución del vínculo conyugal.

Al efecto dispone el precepto citado, en su primera regla, que cuando el divorcio se decrete con base en las causales establecidas por las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV, y XV Del Artículo 267, que en seguida se transcribirán, 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 hubiere se les nombrará tutor.

Las causales de divorcio establecidas en las fracciones indicadas son las siguientes:

- I El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
- II El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado - - ilegítimo.

- III La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o -- cualquiera remuneración con el objeto expreso de -- permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.
- IV La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea -- de incontinencia carnal.
- V Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.
- VIII La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.
- XIV Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el -- cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor -- de dos años
- XV Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando -- amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Quando el divorcio se decrete con base en -- cualquiera de esta causales, el cónyuge culpable pierde -- definitivamente la patria potestad; jamás la recupera, ni

aun cuando muera el inocente.

La segunda regla contenida en el artículo de referencia, establece que cuando el divorcio se decreta con base en alguna de las causales comprendidas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267 que también se transcribirán en seguida, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable la recuperará. Si los dos fueren culpables se les suspenderá en su ejercicio hasta la muerte de uno de ellos, recuperándola el que quede vivo. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere se les nombrará tutor.

Las fracciones indicadas contienen las siguientes 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 presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia.

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un conyuge 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 setencia 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 persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión.

Cuando el divorcio se decreta con base en alguna de las causales que se acaban de mencionar, el cónyuge culpable es suspendido en el ejercicio de la patria potestad; no la pierde definitivamente, sino que la recobra a la muerte del cónyuge inocente.

Por último, la tercera regla establece que cuando el divorcio sea decretado con base en las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder el cónyuge sano, pero el cónyuge enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos.

Las dos fracciones anteriores establecen como causales de divorcio los siguientes hechos:

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

VII.- Padecer enajenación mental incurable.

Quando el divorcio se decreta con base en -- cualquiera de estas dos causales, el cónyuge enfermo no pierde la patria potestad sobre los hijos , sólo la custo dia de éstos, la cual se establece en favor del cónyuge sano.

B.- CRITICA A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO -- 283 DEL CODIGO CIVIL, EN RELACION CON LAS FRACCIONES II, VI, IX y XVI del ARTICULO 267 DEL MISMO ORDENAMIENTO.-

El legislador considera la pérdida de la patria potestad en el divorcio como una sanción en contra del cónyuge culpable, y así lo establece el Código Civil. Pero quizá no sea infundada la idea de hacer notar que resulta dudoso que en todos los casos de divorcio necesario la pérdida de la patria potestad por parte del cónyuge que dio causa a la disolución del matrimonio, sea realmente una sanción para éste, dado que como ya se mencionó en el capítulo segundo de este trabajo, la patria potestad actualmente no es una institución establecida en favor del padre, como acontecía por ejemplo en el antiguo derecho Romano, sino que se establece en interés de los hijos.

Desde este punto de vista, si al decretarse --

el divorcio se priva de la patria potestad sobre los hijos al cónyuge que con su conducta ha provocado la desintegración de su matrimonio, es muy fácil que en algunos - casos, lejos de constituir una sanción dicha privación re presenta un favor para éste, al dejarlo libre de todo obs tículo para contraer un nuevo matrimonio o vivir en concu^u binato con otra persona. Por desgracia no son excepcionales los casos en que los hijos no les interesan a los padres que se divorcian, al constituir para éstos un estorbo para "rehacer" su vida.

De cualquier forma, la situación de los hijos es la que más importa en el divorcio, debiendo ser resuelta por la sentencia que declare la disolución del matrimo nio de los padres.

Resulta indebido en términos generales, que el Código Civil en su artículo 283 establezca reglas a las - cuales tiene que sujetarse el juez para resolver sobre la situación de los hijos después de que el divorcio de los padres se decreta, y ante la imposibilidad de que la Ley regule todas las situaciones que pueden presentarse, auncon los riesgos que ello representa, debe otorgarse a los tribunales un poder discrecional para resolver con pleno conocimiento de causa, cada caso que ante ellos se presen te.

Pueden darse casos y en la realidad se dan, - de que a pesar de que uno de los cónyuges haya dado causa al divorcio, aun así resulta tener más capacidad para cum plir con mayor eficacia las facultades y obligaciones de rivadas de la patria potestad, y que debido a las reglas ya establecidas tiene que ser condenado a la pérdida de - la misma, y quizá para no recuperarla nunca en su vida.

Lo anterior resulta perjudicial para los menores, no obstante lo dispuesto por el artículo 285 del Código Civil, que establece que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las -- obligaciones que tienen para con los hijos. Esto sólo es posible en lo que se refiere a las obligaciones de carácter patrimonial o pecuniario, no así en lo que se refiere a las obligaciones de tipo moral o espiritual, las cuales al no vivir los padres con sus hijos por haber perdido la patria potestad sobre éstos, no es posible su cumplimiento.

No obstante lo anterior, parece más absurdo -- aún lo dispuesto por el artículo 283 en relación con las fracciones II, VI, IX y XVI del artículo 267 del Código -- Civil vigente en el Distrito Federal.

Dice el Artículo 267 que son causas de divorcios: ...II.- "El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo cocebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo".

Cuando el divorcio de los consortes se decreta con base en esta causal, dice la primera regla del artículo 283, 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 les nombrará tutor.

La anterior disposición se presta para que en un momento dado el Juez que decreta el divorcio disponga en la sentencia que el hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio, que sea declarado ilegítimo judicialmente

y por cuyo motivo se demandó el divorcio, quede bajo la patria potestad del marido.

Se dice lo anterior, por que cuando una pareja se casa se entiende que son solteros o por lo menos se encuentran libres de matrimonio y que normalmente no hay hijos, y si el artículo 263 dispone que cuando el divorcio se decreta con base en la causal contenida en la fracción II del artículo 267, los hijos quedarían bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, no se entiende a que hijos se refiere; si los cónyuges se acaban de casar lo normal es que el único hijo que hay entre ellos es el que dio origen al rompimiento del matrimonio. Por consiguiente resulta indebido que tal hijo vaya a quedar bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, que en este caso necesariamente tendrá que ser el marido.

La fracción VI del artículo 267 establece -- que es causa de divorcio: "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".

Ya se hizo algún comentario sobre esta causal en el capítulo anterior, El artículo 283 establece que en este caso de divorcio los hijos quedarán en poder del conyuge sano, pero que el consorte enfermo conservará los de más derechos sobre la persona y bienes de aquéllos.

Lo anterior resulta aceptable en lo que se refiere a la parte primera de la fracción que nos ocupa, ya que al privarse al consorte enfermo de tener contacto con

los hijos se evita el posible contagio de las enfermedades mencionadas que aquél padece.

Por lo que se refiere a la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, debe decirse que es indebida tal disposición, porque si bien no se condena al cónyuge impotente a la pérdida de la patria potestad, sí se le priva de la custodia de sus hijos, lo cual es totalmente injusto, porque si bien como ya dijimos en el caso de padecer algunas de las enfermedades indicadas, dicha privación se dicta como una medida de protección para los hijos, en el caso de la impotencia no se justifica, puesto que ésta no les afecta en nada al tener contacto con el padre, que es el que puede padecerla y que lo más seguro es que no tiene culpa de tal situación. Lo anterior es criticable, independientemente de que puede ser el cónyuge condenado a la pérdida de la custodia quien mayores aptitudes tenga para cumplir con ella debidamente.

La fracción IX del artículo 267 dispone que es causal de divorcio: "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."

Este caso queda comprendido dentro de la segunda regla establecida por el artículo 283, conforme a la cual, cuando el divorcio se decreta con base en la causal indicada, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente... etc.

Con la anterior disposición pueden cometerse también graves injusticias al establecer la situación de los hijos en la sentencia que declare la disolución del matrimonio.

Como ya se mencionó al analizar la causal de referencia, uno de los cónyuges se separa del hogar conyugal por una causa suficiente para demandarle el divorcio al otro, entendiéndose por causa suficiente cualquiera de los hechos establecidos por el código Civil como causales de divorcio. El cónyuge que se separó lo hizo por que fue víctima de tales hechos, realizados por el otro, por tanto la Ley le otorga acción para demandarle a éste el rompimiento del vínculo conyugal dentro del término de seis meses, pero al no hacerlo, de ofendido se convierte en ofensor transfiriéndose entonces el derecho al consorte -- que dio origen a la separación, y por consiguiente será -- éste quien pueda demandarlo, pero tendrá que esperar que transcurran otros seis meses, que son los que constituyen el termino de separación injustificada y que sumados a los anteriores integran el año a que se refiere la fracción - IX; es decir el cónyuge originalmente culpable transcurrido seis meses sin haber sido demandado se convierte en inocente y puede demandar al otro que de inocente se torna culpable, el rompimiento del lazo conyugal y como consecuencia la pérdida de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio.

Lo anterior resulta justificable en lo que se refiere a la transferencia que hace la ley del derecho -- para demandar el divorcio, en virtud de que no puede permitir que los cónyuges vivan separados indefinidamente, -- por que esto iría en contra de los fines del matrimonio --

no importan los motivos que tuvo el cónyuge que se separó justificadamente para no presentar su demanda, pero es in justificada la disposición contenida en el artículo 283, al establecer que debe condenarse al cónyuge culpable a - la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, que tal vez fueron víctimas en unión del condenado de los excesos del demandante, el cual por el sólo antecedente de haber originado con su conducta reprobable la separación de su consorte, se antoja carente de capacidad para cumplir debidamente con las obligaciones y facultades derivadas de la misma.

La fracción XVI del artículo 267 establece co mo causal de divorcio: "Cometer un cónyuge contra la perso na o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de una persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de pri sión."

Cuando el divorcio se decreta con base en esta causal, dispone la segunda regla del artículo 283 los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocen te, pero a la muerte de éste el cónyuge culpable la recu perará, etc.

En nuestra legislación penal vigente cualquier hecho que cometa un cónyuge en contra de la persona de otro se encuentra sancionado de igual forma que si lo cometería un extraño, siempre que tal hecho sea considera do por la ley como un delito, excepto aquellos que por la relación existente entre los consortes no es posible que constituyan delitos. Por lo que se refiere a los bienes, no cabe duda de que cualquier acto o hecho que cometa uno

de ellos en contra de las propiedades del otro, será igualmente punible que si lo cometiera un extraño cuando se encuentran casados bajo el régimen de separación de bienes. Pero resulta discutible que cuando tales actos se cometan por alguno de los cónyuges que se encuentran casados bajo el régimen de sociedad conyugal, constituyan un delito.

Es difícil admitir que cuando los consortes se encuentran casados en sociedad conyugal, uno de ellos pueda cometer un delito de tipo patrimonial en perjuicio de otro, como el de robo por ejemplo, el cual de conformidad con lo dispuesto por el artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal, consiste en el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la Ley, puesto que el artículo 194 del Código Civil establece que el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras dura la sociedad.

Así pues, en el caso de que cualquiera de los cónyuges disponga de un bien perteneciente a ambos, cuyo valor amerite una sanción mayor de un año de prisión resulta discutible que proceda la acción penal en virtud de la querrela que en su contra formule el otro.

Si el consorte que dispuso del bien común fuera sancionado con pena corporal a petición del otro, creo que se cometería una injusticia. Y mas aún si el valor de dicho bien lo hubiera destinado a un objeto que directa e indirectamente produzca un beneficio para su familia, y si como consecuencia de ello le fuere demandado el rompimiento del matrimonio y por tanto fuere condenado a la --

pérdida de la patria potestad sobre los hijos, la injusticia sería más grave, puesto que ni siquiera se da oportunidad al Juez que conoce del juicio, de analizar la gravedad del caso.

En tal virtud, resulta criticable lo dispuesto por el artículo 283 al establecer que debe condenarse al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, puesto que el divorcio le ha sido demandado con base en una causal que en muchos casos puede decirse no tiene razón de ser, o que por lo menos sería discutible la justicia de su existencia, ya que se funda en hechos que a juicio nuestro no alcanzan siempre el nivel de gravedad que justifique el establecimiento de semejante sanción que indefectiblemente debe aplicarse a la persona que incurra en el supuesto previsto por la fracción que se analiza, aunque se encuentre casado en sociedad conyugal, sin importar la cuantía del bien de que haya dispuesto, bastando sólo que tenga un valor suficiente para que conforme a la ley penal, tratándose de un extraño, tal hecho fuere sancionado con una pena mayor de un año de prisión.

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

- 1.- El matrimonio constituye la forma ordinaria, moral - y jurídicamente conveniente para la formación de la familia y el adecuado desarrollo y medro de ésta. Sin embargo, en ocasiones no es posible lograr estos propositos por que surgen agudas desavenencias entre -- los cónyuges que originan la disolución del vínculo, lo que se ve como un mal menor, en consideración a -- que de continuar la convivencia de la pareja ello -- podría acarrear consecuencias de gravedad mayor.

- 2.- La procreación de los hijos dentro de la familia -- constituida a través del matrimonio, conlleva am-- plias responsabilidades para ambos padres, cuyo cumplimiento hace más difícil, indiscutiblemente, la -- ruptura del lazo conyugal, por que obviamente no es lo mismo atender a la alimentación, educación y cuidado de la prole cuando se cohabita con ella y se cuenta con el concurso del otro cónyuge que cuando esta tarea debe ser cumplida separadamente por cada uno -- de los progenitores y, muchas veces , habitando en -- domicilio distinto del de los hijos.

- 3.- Lo anteriormente expresado conduce a la conclusión -- de que la determinación de a quien de los dos miem-- bros de la pareja que se separa debe corresponderle la custodia y patria potestad de los hijos, tiene -- una incuestionable trascendencia para éstos, pues en mucho su porvenir va en ello.

- 4.- Frecuentemente en la atribución de la tenencia y patria potestad de los hijos se ve el interés de los padres y no al de aquellos, o bien se procede firmemente a la aplicación de rígidas disposiciones de carácter general que no analizan las circunstancias que prevalecen en el caso concreto; el criterio más generalmente adoptado se basa en favorecer a quien obtuvo sentencia favorable en el juicio de divorcio. -- "Los hijos, en el divorcio, son el botín del vencedor" ha dicho un jurisprivatista. A nuestro modo de ver, el interés primordial que debe tener en cuenta el Juez al pronunciar su decisión es el de los hijos, al cual deben subordinarse todos los demás.

- 5.- Dentro del Código Civil en vigor, el artículo 283 establece las reglas conforme a las cuales debe fijarse la situación de los hijos al sobrevenir el divorcio. Aunque pensamos que en general no debiera existir regla alguna, sino dejarse a la discreción del juez la determinación después de evaluar las circunstancias que incidan en el caso y la mejor forma de salvaguardar los intereses de los hijos, creemos que en algunos casos tales reglas resultan especialmente absurdas.

- 6.- Regla primera del artículo 283 con relación a la fracción II del artículo 267.- Como expusimos en la glosa hecha dentro del capítulo V de este trabajo recepcional, la hipótesis de la que parte la regla enjuiciada, es que precisamente se decretó la disolución del vínculo por estimarse que el hijo dado a luz por la cónyuge tenía el carácter de ilegítimo, e incluso había sido declarado así judicialmente; sin embargo,

en estricta aplicación de la regla primera del artículo 283, la patria potestad de dicho menor pudiera corresponder al cónyuge que exactamente no es el padre. No es dable suponer la existencia de otros hijos por que se trata del primero habido en el matrimonio, pues de cierto se le estima concebido antes de celebrarse la unión. Suponemos aconsejable que el hijo declarado ilegítimo quede siempre al lado de su madre.

7.- Regla tercera del artículo 283 en relación a la fracción VI del artículo 267.- Igualmente infundada es la hipótesis condicionante de la atribución de la custodia al cónyuge vencedor en el supuesto previsto en la parte final de la fracción VI del artículo 267 del Código Civil, a que se refiere la regla tercera del artículo 283 del mismo cuerpo legal. En efecto, si bien es razonable que se permita el divorcio al cónyuge sano cuando su consorte sufre impotencia incurable si aquél está todavía en edad de generar, por que en tal caso no es humano ni justo condenarlo a un perpetuo estado de castidad, si en cambio aparece injustificado que deban quedar de su lado necesariamente los hijos habidos, pues en nada perjudica a éstos la incapacidad para la cópula sufrida por el progenitor enfermo. Creemos que debe corresponder al juez, de acuerdo con las circunstancias, determinar a quién de ambos cónyuges debe concernir la custodia de la descendencia.

8.- Regla segunda del artículo 283 en relación a la fracción IX del artículo 267.- Igualmente injustificada es la determinación sobre la patria potestad de los

hijos, en el caso de la fracción IX del artículo 267, patria potestad que la regla segunda del artículo 283 otorga ad-vitam en favor del cónyuge que la obtiene. Por hipótesis la separación del hogar conyugal efectuada por el cónyuge perdidoso se había generado de una causa suficiente para pedir el divorcio, es decir que el ahora cónyuge vencedor había incurrido en un agravio tan grave como para motivar el rompimiento del vínculo. Sin embargo, el paso del tiempo y la actuación de las caducidades, han trastocado la situación y colocan como culpable al antes inocente. Pero todo ello evidentemente no ha modificado la condición moral de cada uno de los padres, por lo que quizá sea más apto para cuidar de los hijos quien -- ahora es condenado. Debe dejarse al juez, según -- creemos, la determinación de la suerte que corresponderá la prole.

- 9.- Regla segunda del artículo 283 en relación a la fracción XVI del artículo 267.- De acuerdo con la misma regla segunda del artículo 283, también pierde de -- por vida la patria potestad de los hijos al consorte culpable en el caso de la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil. Dados los antecedentes que expresamos anteriormente, al parecer el supuesto legal sólo podría funcionar tratándose de delitos de carácter patrimonial cuando los cónyuges estuvieran casados bajo el régimen de sociedad conyugal, y no podemos imaginar que la disposición que uno de ellos hiciera de un bien común (supuestamente robo) o el daño--incluso involuntario--ocasionando al mismo (¿daño en propiedad ajena?) etc., pudiera ser causa para consecuencia tan grave como es la pérdida de la patria

potestad sobre los hijos. De proceder el divorcio, creemos que debe corresponder al juez la determinación de la titularidad de la patria potestad.

B I B L I O G R A F I A

ARIAS, José, Derecho de Familia, Edit. Guillermo Kriaf, - segunda edición, Buenos Aires, 1952.

BONNECASE, Julian, Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia, traducción del Lic. José Ma. -- Cajica Jr. Edit. José Ma. Cajica Jr., Puebla, Pue.

CASTAN VAZQUEZ, José Ma. , La Patria Potestad Edit. Revistas de Derecho Privado, Madrid, 1960.

COLIN Y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo Segundo, traducción de Emófilo de Buen, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942.

COUTO, Ricardo, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, De las -- Personas, Editorial "La Vasconia", México, 1919.

ENECCERUS, KIPP y WOLFF, Derecho de Familia, Tomo Cuarto Vol. Segundo, Relaciones Paternofiliales y Parentales. Tutela, Traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1952.

GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1973.

GALLON GIRALDO, Carlos, Divorcio, Familia y Matrimonio, - Editorial Gráfica Venus, Bogotá, Colombia, 1974.

JEMOLO, A. Carlo, El Matrimonio, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1945.

JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, Tomo I, Vol. II, La Familia, traducción de Santiago Cunchillas y Monterola, Ediciones Jurídicas Europa América, Busch y Cía. Editores, - Buenos Aires, 1952.

MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, - traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Primera Vol. IV, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1959.

PALLARES, Eduardo El Divorcio en México, Editorial Porrúa S.A. México 1968.

PLANIOL, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Vol-III, traducción del Lic. José Ma. Cajica Jr., Edit. Ma. Cajica Jr., Puebla, Pue.

PLANIOL Y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción del Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo I, La Familia, Editorial Cultural Habana, S..A., 1946.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Vol, I, Antigua Librería Robredo, México, D.F. 1949.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, séptima edición, Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1972.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil -- Español, parte Especial, Derecho de Familia, tercera edición, Edit. Talleres Gráficos "Cuesta", Valladolid, 1926.

VERDUGO, Agustín, Principios de Derecho Civil Mexicano, - Tomo II, Edit. Tipográfica de Alejandro Mercue, México, - D.F., 1886.