

96
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



EL ESTADO MEXICANO FRENTE AL MATRIMONIO COMO NUCLEO FAMILIAR Y SU DISOLUCION

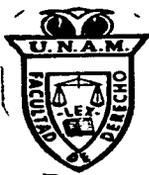
T E S I S

Que para obtener el título de:

Licenciado en Derecho

Presenta:

Domingo Baylon Hernández



MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE OREGON



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL ESTADO MEXICANO FRENTE AL MATRIMONIO
COMO NUCLEO FAMILIAR Y SU DISOLUCION.

	PAGINA
I.- ORIGEN Y DESARROLLO DEL MATRIMONIO COMO UNIDAD FAMILIAR.	1
1.1 Teoría acerca del origen familiar del Estado.....	4
1.2 El matrimonio en la antigüedad.....	7
1.3 Grecia.....	15
1.4 Roma.....	17
1.5 Francia.- Código napoleónico.....	22
1.6 México.....	30
II.- LA LEGISLACION DE LOS ESTADOS.....	36
2.1 Primeros Estados Mexicanos que regulan el matrimo-- nio.....	37
2.2 Causales de disolución del vínculo matrimonial en - diversas Entidades Federales.....	39
2.3 Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Fede- ral.- Causales de divorcio.....	45
2.4 Similitud de algunos códigos civiles de las Entida- des Federales con el del Distrito Federal.....	83
III.- LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EL PATRIMONIO DE FAMILIA.....	85
3.1 Sociedad conyugal.- Definición, Tesis, Jurispruden- cia.....	86
3.2 Separación de bienes.....	99
3.3 Patrimonio de familia.....	107
3.4 Protección legal del patrimonio de familia.....	117

IV.- SITUACION SOCIAL Y ECONOMICA DE LOS HIJOS EN LOS CASOS DE DIVORCIO.....	125
4.1 Divorcio.....	127
4.2 Obligaciones alimentarias que surgen del <u>di</u> <u>vorcio</u>	136
4.3 Formas de asegurar el pago de la pensión - alimenticia.....	143
4.4 Situación de los hijos en el divorcio.- - Guarda, Custodia y Patria Potestad.....	157
Conclusiones.....	173
Bibliografía General.....	175

ORIGEN Y DESARROLLO DEL MATRIMONIO
COMO UNIDAD FAMILIAR.

La sociedad en todas partes se encuentra constituida por la familia, que está formada por diferentes aspectos; religioso, educativo, judicial, - es decir, la familia se compone de un altar, de una escuela y de un tribunal. Sobre ella van apareciendo estudios más complicados de organización - social como el clan, la tribu, nómada o sedentaria, cazadora o pescadora, - agrícola o pastoril. Se nota claramente que con la familia, y por tanto - también con el hombre en sí mismo, es que nace el derecho, siendo desde sus inicios un producto exclusivamente humano.

El derecho en esta época primitiva, además de las apuntadas, presenta las siguientes características generales: primero; todo es el derecho - de familia, porque en aquellos tiempos antiguos lo era íntegro, predominaba completamente el conjunto, como se podría sostener que ahora primordialmente lo es el individuo; segundo, como lo ha dicho Fustel de Coulanges, la - religión de esa familia es un punto esencial en la vida y desenvolvimiento de la misma, ya que sin ella nos sería difícil concebir la unidad de esa fa milia primitiva; y tercero, que el derecho es sobrio, ceremonioso y sobre todo simbólico, puesto que, como ha afirmado Michelet, en aquella época del desarrollo jurídico. "la mano trasmite, la boca confirma, el oído atestigua, el beso sella, el pié toma posesión".

En consecuencia, se puede asegurar que en esta edad primitiva existe en embrión todas las instituciones jurídicas, y se nota que el derecho es ca si todo el derecho de familia; además, el elemento social o de grupo prevalece en mucho sobre el elemento individual, al contrario de lo que hoy acontece en las culturas occidentales.

La dificultad de encontrar un concepto unitario de matrimonio y expresar su definición es enorme. Estrictamente es del todo imposible hallar una definición única o un concepto absoluto del matrimonio, válido para todas las épocas y lugares. Precisamente porque el matrimonio es tan variado como la cultura en que se dá, y porque los criterios doctrinales y legislativos ponen el acento en diversos aspectos de esa figura.

Se le ha definido desde el punto de vista biológico, sociológico, - histórico, ético, espiritual, económico, religioso y legal, entre otros. - El matrimonio efectivamente, puede contemplarse desde esa pluralidad de ángulos. Pero, aún desde el simple punto de vista legal, no hay unidad de - criterio, pues es al mismo tiempo un acto jurídico, que, una vez realizado, produce un estado, el cual es regido por un conjunto de normas que armónicamente organizadas constituyen una institución. ¿Cual de los tres conceptos; acto jurídico, estado o institución se va a elegir para definir el matrimonio? La mayoría de los autores optan por el primero por ser la fuente y el origen de los otros dos. El matrimonio es, indiscutiblemente, un acto jurídico.

Por ser el matrimonio la forma casi universal de constituir la familia, el panorama histórico del mismo coincide con el de la familia.

El estudio de la evolución del matrimonio a través de la historia nos proporciona también el conocimiento de la situación ancestral de desigualdad de trato entre personas de ambos sexos, el predominio del varón y el sojuzgamiento de la mujer. Si esto ha sido patente en todo tipo de relaciones, en el matrimonio asume su forma más aguda.

Los estudios antropológicos y sociológicos entre otros, con respecto a la evolución del matrimonio y de las sociedades mismas no presentan de ninguna manera unidad de criterio. En buena parte porque no es posible remontarse con veracidad en la historia sin datos auténticos verdaderamente comprobables; por otra parte, porque la evolución de las sociedades humanas ha presentado características diferentes en los diversos lugares de la tierra y en las distintas etapas históricas.

La teoría tradicional acerca del comportamiento sexual de los primeros humanos nos habla de una total promiscuidad en la que los hombres no se dejan guiar más que por su instinto, el que satisfacen cuando surge y con la pareja que esté a mano. Y al hablar de promiscuidad los estudiosos emplean ya expresiones discriminatorias "el macho se satisface en cualquier hembra". Estas y otras expresiones acerca de la relación sexual suponen un solo sujeto con instinto que satisface "en" y no dos sujetos que satisfacen reciprocamente su instinto sexual. Y a lo largo de toda evolución de la figura del matrimonio vamos a encontrar la misma actitud, real o figurada por los que la estudian: el varón viola, rapta, compra, se disputa, cambia, persigue, repudia, posee, se apropia de la mujer. Conductas activas y dominantes del macho contra la supuesta o real pasividad de la hembra. ¿Deriva pues, la dominación masculina del primitivo instinto sexual que era brutalmente satisfecho sin importar la voluntad de la hembra? Oscuros son los orígenes de la prepotencia masculina, pero la misma ha impregnado la historia de la humanidad hasta el presente siglo en que, incipientemente, dispersa y desorganizadamente, empieza a despertar la conciencia femenina. El matrimonio ha sido, en su forma tradicional, la institución más falazmente opresora de la condición femenina, revestido con todos los ropajes culturales de seducción (la tradición, la moral, los con

vencionalismos, la gloria de la maternidad, la protección del fuerte al débil, el amor romántico, la dulzura del servicio a los demás, el ser el ángel del hogar, etc.); a él aspiran consciente o inconscientemente casi todas las jóvenes mujeres, y el resultado final en la inmensa mayoría es la frustración en la vida de las parejas. Mas no es el matrimonio en sí el que frustra tanto a hombres como a mujeres, sino el matrimonio en su forma tradicional, en el que existe desigualdad de condiciones, en el que las dama se supedita y se pone al servicio de todos los miembros de la familia.

Un matrimonio en condiciones de igualdad, en que ambos cónyuges colaboren en todos los aspectos de la vida en común es, por el contrario, fuente permanente de satisfacciones. A éste tipo de matrimonio tienden las legislaciones modernas al establecer la igualdad de derechos.

La teoría tradicional sobre la evolución del matrimonio distingue diversa etapas, no coincidentes en el tiempo en todos los lugares, pero que estuvieron presente en muchas culturas: La primitiva promiscuidad sexual, el matrimonio por grupos que asume a su vez variantes, el matrimonio por raptó, el matrimonio por compra, el matrimonio consensual, el matrimonio solemne, el matrimonio canónico y el matrimonio civil.

1.1 TEORIA ACERCA DEL ORIGEN FAMILIAR DEL ESTADO.

Al hablar del matrimonio como núcleo familiar es necesario recordar el problema correspondiente al origen del Estado precisando, ante todo, los diversos puntos de vista desde los cuales puede estudiarse esta cuestión, toda vez que puede examinarse tanto en el aspecto histórico o en el racional.

El punto de vista histórico es el que trata de determinar cuando surgió el Estado, cuándo apareció una sociedad humana con los caracteres que conocemos de la comunidad política. La historia es un conocimiento limitado, por cuanto se apoya en las fuentes que le aporten los datos que dan vida a sus elaboraciones, y en consecuencia, el problema histórico del origen del Estado se encuentra, igualmente, limitado por los datos que puedan obtenerse para tratar de fijarlo.

El problema de saber como surgió el Estado es puramente histórico u objetivo. Consiste en determinar el proceso que lo originó. La cuestión del origen del Estado está íntimamente ligado con el nacimiento de toda sociedad humana. Así, encontramos que Adolfo Posada considera que se pueden agrupar en tres categorías las doctrinas que tratan de explicar el origen del Estado: la teológica, la del pacto social y la histórica.

La doctrina teológica afirma que el Estado es creado por Dios. El principio del Estado es, entonces, sobrenatural. La doctrina del pacto social dice que el Estado es una creación humana, es obra de la voluntad del hombre y su origen se encuentra en el pacto social. Una tercera corriente de doctrina asegura que el Estado es un fenómeno natural; que tiene un origen histórico, derivado de la vida misma de los hombres, a consecuencia de un proceso real y positivo.

Teoría Histórica o Sociológica del origen del Estado.- Según esta teoría, el Estado es un fenómeno natural, originado por el libre juego de las leyes naturales, entendiéndose por éstas no únicamente las estrictamente consideradas como tales, o sean, las leyes físicas, sino las derivadas de las funciones espirituales del hombre, considerándolas también como fenómenos naturales.

El estudio de cuando se originó el Estado, tiene, en efecto, que apoyarse en los datos que proporcione el conocimiento histórico y tienen que utilizarse, igualmente, las conclusiones que aporte la sociología. El origen histórico del Estado es un problema sociológico, pues el Estado surge precisamente de la especial estructuración de una sociedad humana, y desentrañar ese problema consiste en establecer qué fenómenos dieron vida a la estructura estatal.

Existen tres corrientes sociológicas en la posible forma social primitiva: a.- El patriarcado que es una organización social caracterizada por la preponderancia del padre sobre los otros miembros de la familia; b.- El matriarcado que se distingue por ser un sistema social en el que predomina la autoridad de la mujer, de la madre; c.- Las teorías que buscan la explicación de los lazos de cohesión social en la existencia de los vínculos primitivos de factores aglutinantes que existen, además de los simples lazos de parentesco sanguíneo, que sabemos son las bases de la teoría patriarcal y matriarcal del origen de la sociedad primitiva.

La sociedad y la familia tuvieron su origen en la humanidad primitiva, de un modo paralelo. Aparecieron confundidos e indiferenciados ambos grupos, para satisfacer las necesidades características ineludibles de conservación, reproducción y de la vida de relación de los hombres. Los lazos que unían a los hombres en las formas sociales más rudimentarias no se derivaban únicamente de los vínculos de parentesco sanguíneo, sino que había otros factores de sociabilidad. Por esto, aparte de surgir el grupo familiar como resultado de ese parentesco sanguíneo, de una manera concomitante aparecieron otros grupos sociales de mayor extensión, cuyo aglutinante no era el lazo de la sangre, sino otros factores derivados de la vida de relación entre los hombres.

En un principio, estos grupos permanecían indefinidos; no existía una característica que los separara, sino que todos los hombres aparecían simplemente agrupados. Posteriormente hubo factores de diferenciación que fueron perfeccionando esos grupos sociales rudimentarios, que más tarde se transformaron hasta llegar al Estado.

En la sociedad primitiva es común observar que las funciones políticas están indeferenciadas; no se ven órganos a quienes atribuir esas funciones. A medida que esas funciones se van diferenciando, van apareciendo esos órganos. En esa diferenciación influyen diversos factores, entre ellos la consanguinidad, o sean los lazos creados por el parentesco. De ahí se derivan las teorías del patriarcado y matriarcado que conocemos.

En la sociedad primitiva, los hombres se unen, en primer término, por la consanguinidad. El parentesco es el primer factor aglutinante de los grupos sociales, los aproxima el nacimiento. Y, en segundo lugar, se unen por las relaciones que surgen entre sí, las que tienen lugar por la convivencia. El ambiente geográfico, o sea la residencia en un mismo espacio, resultado de la convivencia, es también un factor aglutinante que opera al transformarse el nomadismo de las sociedades primitivas en vida sedentaria. La vida en común en un mismo espacio geográfico, origina la sociedad política, que en un principio se confunde con la familia.

1.2 EL MATRIMONIO EN LA ANTIGUEDAD.

La familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer.

Todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos como seres vivos y bi sexuales, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello a la familia, la célula social. De la unión sexual de hombre-mujer surge la procreación, los hijos. Consecuentemente, son dos los factores de carácter biológico que crean la familia, a saber: la unión sexual y la procreación. El hombre vive en sociedad, es un ser social. Quizá no sea, a la manera Aristotélica, un ser social desde el punto de vista ontológico. Quizá sea más profundamente individualista y egofista que social.

Con todas las características de irracionalidad que imperan en las relaciones humanas, el hombre vive irremediamente en sociedad. Porque solamente se puede surgir a la vida y permanecer en ella a través de la asociación de dos seres humanos: hombre y mujer que procrean y padres e hijos o cuando menos madre e hijo, para que éste sobreviva. A esta primaria y ne cesaria asociación humana se le llama familia.

No toda unión sexual constituye familia. La unión sexual esporádica y pasajera no crea familia, excepto en el caso de que a través de ella surja la procreación que entabla relaciones entre madre e hijo solamente. - Para que la pareja humana pueda considerarse por sí sola como familia, se requieren dos elementos añadidos a la unión sexual: la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación. Aunque de su unión no resulte la procreación, la mujer y el hombre que cohabitan en forma permanente configuran la familia. El concepto de familia es unívoco. Históricamente y sociológicamente se conocen con este nombre agrupaciones varias de extensión y de características diversas, si bien todas parten de los datos biológicos primarios: la unión sexual y la procreación.

La organización familiar primitiva.- Aunque los historiadores y los investigadores no se han puesto de acuerdo, pueden resumirse en dos grandes corrientes las ideas sobre los orígenes remontísimos de la familia: la de los que aceptan y la de los que rechazan un primer estudio en la vida humana en la que imperaba una absoluta promiscuidad sexual. Los sostenedores de una u otra postura basan sus argumentos en simples hipótesis.

Los que afirman la existencia de una primitiva promiscuidad sexual basan sus razonamientos en la condición humana anterior a toda civilización como un primate guiado más por sus instintos que por otras condiciones de raciocinio, de ética u otro tipo de limitaciones a la libertad de su conducta. Antes de que existiera ninguna organización social, el humano convivía gregariamente con los de su especie a semejanza de los demás componentes del reino animal.

Los integrantes de la horda primitiva satisfacían sus naturales instintos de supervivencia y procreación en forma tan espontánea e inocente como los demás animales que poblaban la tierra. Se desconocía con toda seguridad, el papel del macho en la procreación, de allí que la única relación certera entre dos sujetos era la materno-filial. Promiscuidad sexual y matrilinaje son paralelos en este orden de ideas.

Los que rechazan la posibilidad de una originaria promiscuidad sexual basan sus argumentos más en consideraciones éticas, que en la negación de vestigios que de aquella pudieran encontrarse. El mundo contemporáneo, llamado de cultura occidental (Europa y América) al que pertenecemos es heredero a más de la cultura helénica transmitida a través del Imperio Romano, de la cultura medieval cristiana con todos sus arraigados tabúes de moral sexual.

Matrimonio por grupos.- Lo que sí es un hecho comprobado y no una simple hipótesis, es la forma de organización familiar que seguramente existió en diversos lugares del mundo y de la que persisten vestigios de la Polinesia. Es el llamado matrimonio por grupos. La familia formada a través de la unión sexual por grupos obedece ya a una primera restricción a la relación totalmente libre, si es que esta forma alguna vez existió. Se le han dado denominaciones diversas a la familia en razón de la clase de tabú o limitación que se ponía en las tribus al comercio sexual. Familia consanguínea se llama aquélla en la que el grupo interrelacionado sexualmente estaba formado por los sujetos pertenecientes a una misma generación. Se prohibía en esa forma, la unión de ascendientes con descendientes.

Un segundo tabú registrado en las culturas pertenecientes a la época de la barbarie, consistió en la prohibición de cohabitar entre hermanos y hermanas uterinos, posteriormente entre hermanos de cualquier origen medios hermanos y aún entre primos. Característica de esta familia es la llamada punulúa (hermanos íntimos). Este tipo de matrimonio se establecía entre un grupo de hermanas que comparten maridos comunes o un grupo de hermanas (punulúas) con mujeres compartidas. El parentesco con los hijos se establece por línea materna por desconocerse cuál pueda ser el padre. Todos los hijos son hijos comunes del grupo, aunque siempre se establece un lazo más estrecho entre la madre y el hijo propio de ella.

Una siguiente forma tal vez evolutiva del grupo familiar, se hace consistir en la llamada familia sindiásmica. En estos grupos de maridos y mujeres primitivamente comunes, empieza a darse una personal selección de parejas de manera temporal. Un hombre y una mujer se escogen y mantienen relaciones exclusivas entre sí en forma mas o menos permanete. La perma

nencia se establece sobre todo en función de la procreación. Hasta que nace o se desteta al hijo, el hombre permanece al lado de la mujer, proveyendo en común a la protección del crío. La restricción de exclusividad es sobre todo para la mujer, pudiendo el hombre con frecuencia relacionarse con varias mujeres. Estas uniones se deshacen voluntariamente sin mayores problemas, pero ya significa un primer paso hacia la monogamia imperante en la mayor parte del mundo en el estadio llamado civilización.

La Poligamia es otra forma históricamente comprobada en la formación de la familia. Asume la misma dos formas: la poliandra, en la que una mujer cohabita con varios hombres, y la poligenia en la que varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre.

Las razones que motivaron a la poliandra son diversas sin existir acuerdo sobre cuáles serían las determinantes. Se atribuye a causas de carácter económico derivadas de la escasez de satisfactores que hacían urgente la disminución o el no crecimiento de la población. En estas condiciones se sacrificaban a las mujeres mediante el infanticidio de las niñas, de tal manera que en la edad adulta existían más hombres que mujeres. Esto, aunado a la necesidad de la mayor fuerza de trabajo dentro de un núcleo familiar, permitió la admisión de dos o más hombres compartiendo una sola mujer. La poliandra es un tipo de familia que implica o lleva al matriarcado; la mujer ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo de los descendientes. Esto explica que el parentesco se determine por la línea femenina al no existir la certeza de la paternidad.

Pocos datos científicos se tienen de esta forma peculiar de organización de la familia matriarcal y polifándrica. Lo que sí se conoce es la existencia de culturas en las que abundaba el infanticidio femenino. La historia de la China antigua ofrece testimonio de ello. Es de preguntarse ¿porqué, si alguna vez existió el matriarcado, no dejó la menor huella en la organización familiar y política de las sociedades? ¿Qué causas determinaron que la mujer abdicara o que le fuera arrebatado el poder tan radicalmente, que la historia de la mujer es la de un ser totalmente sojuzgado, minimizado a tal grado que llegó a ignorarse o ponerse en duda su condición humana, relegándose al papel de servidora del grupo familiar y en calidad de incapacitada? Es de suponer que nunca existió el matriarcado y que, desde sus orígenes, la historia humana registra el dominio del varón sobre la mujer, determinado por sus diferentes constituciones físicas y papeles fisiológicos a cumplir.

La poligenia es la forma de constitución familiar en que un solo varón es marido de varias esposas. Las causas que llevaron a esta forma de relación sexual son múltiples. Entre ellas se cita el predominio del poder masculino, su interés sexual más constante, la reducción del número de varones adultos frente al de mujeres debido al desempeño por el primero de actividades peligrosas como la guerra y la caza y otras causas más, como la tolerancia de la sociedad frente a la actividad promiscua del varón. La poligenia existió en casi todos los pueblos de la antigüedad, aunque parece reservada a las clases poderosas sigue existiendo en la sociedad contemporánea, como entre los mormones y en los pueblos mahometanos, en que el matrimonio poligámico es legal ante las leyes del hombre y las leyes religiosas, pues se haya previsto en el Corán, que permite al hombre tener hasta cuatro esposas legítimas y un mayor número de concubinas. Depende de la

fortuna del varón el número de mujeres que pueda tener. Por eso la poligenia no es muy común entre las clases populares.

Formas específicas de la poligenia son el hermanazgo, el levirato y el sororato. El primero consiste en el derecho de contraer matrimonio con las hermanas menores de la primera esposa. El levirato fué la práctica por la cual el hombre tenía el deber de casarse con la viuda de su hermano. El sororato a su vez, consistía en el derecho del marido de casarse con la hermana de su mujer cuando ésta era estéril.

· La Monogamia.- Consiste en la forma de constituirse la familia mediante la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer. La monogamia parece ser la forma más usual y extendida de creación de la familia entre la mayor parte de los pueblos. La monogamia surgió concomitante a la civilización y ha demostrado un gran arraigo como la forma que conlleva a la igualdad de derechos entre los dos miembros de la pareja. Los órdenes jurídicos en la mayor parte de los países del mundo contemporáneo registran a la monogamia como la única forma legal y moral de constitución de la familia, de manera tal, que el matrimonio que contraiga un sujeto sin haber extinguido un matrimonio anterior, es nulo absoluto, consituye conducta ilícita, y puede ser, incluso sancionada penalmente.

La familia patriarcal monogámica es no solo el antecedente de la familia moderna, sino su propio modelo. Precisamente la crisis de la familia contemporánea, no es otra cosa que la crisis del sistema patriarcal. Este sistema tuvo sus más profundas características en la cultura romana, tanto durante la República, así como en el esplendor del Imperio y en su decadencia. La época medieval, permeada por la influencia del Cristianismo,

no hizo, con respecto a la familia, mas que institucionalizar la organizaci3n patriarcal, de la cual somos herederos todos los pueblos tanto en Occidente como en Oriente. Característica de esta organizaci3n es la figura preponderante del padre que representa, en su forma más pura durante el Imperio Romano, el centro de las actividades económicas, religiosas políticas y jurídicas de un grupo de parientes. El pater familias era el jefe supremo de los numerosos miembros que constituían la familia: esposa, hijos, nueros, nietos, agnados, siervos, etc. Era el único sui juris o sea el representante jurídico de la gens, el sacerdote de los dioses familiares (manes, penates, almas de los antepasados), era el jefe militar, político y económico, legislador y juez supremo de todos los miembros de la familia, incluso con poder de vida y muerte sobre los mismos.

Con el transcurso del tiempo este riguroso poder paternal sufrió limitaciones, más su persistencia como forma de organizaci3n familiar con predominio del var3n sobre la mujer, llega hasta nuestros días. Tan es así, que la crisis actual de desintegraci3n familiar por ruptura de los matrimonios a través del divorcio, no es más que la manifestaci3n de la incorformidad por parte de la mujer hacia los resabios del poder marital y patriarcal.

Si la monogamia surgió historicamente paralela al sistema patriarcal, ello no significa que la derogaci3n del paternalismo signifique una regresión a sistemas poligámicos. Por el contrario, mientras más evolucionado, social, psíquica y culturalmente es el individuo, más se da su tendencia a la monogamia. Esta es la manifestaci3n patente de la madurez de los individuos y de las sociedades que la consagran.

1.3 GRECIA

Los Griegos donaron a la humanidad todos sus mitos, leyendas y filosofías, pero se convirtieron en seres míticos y legendarios. Reconocemos en ello, a simple vista, que ocupan dos puestos en el campo de la humanidad: uno preponderante en la civilización occidental por el aporte indiscutible de su cultura; y otro, situado en un aislamiento misterioso en un inmarcesible olimpo. Todo lo que realizaron se cuenta históricamente con exactitud, casi envidiable para otras culturas mas actuales.

Derecho de Familia.- Generalmente era resuelto el matrimonio por los padres o por los parientes mas cercanos, y entre los Griegos puede decirse que fué mas arreglos de conveniencias familiares, que situaciones en las que intervenía el amor. La ceremonia preliminar antes del matrimonio eran los esponsales, en cuya celebración la novia era dada al novio por su padre o pariente masculino mas cercano. La gravedad del rito en ésta solemnidad era exagerada, pues si se incumplía, formal e intrínsecamente, o la novia era entregada por un pariente que no tenía ese derecho, entonces el matrimonio era nulo y los hijos de resultas, ilegítimos. Había que entregar a la mujer una dote especial, que nunca llegaba a ser propiedad plena del marido, quién en caso de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, debía restituirla a la mujer.

Desde la época de la celebración de los esponsales hasta la propia celebración del matrimonio, el tiempo se empleaba en frecuentes ceremonias religiosas. Los Griegos pensaban que la mejor época para celebrar los matrimonios era el mes de Julio o Gamelión, sobre todo el día cuarto de la luna nueva o plenilunio.

Al contrario de Atenas, en Esparta las mujeres llevaban una vida muy semejante a la de los hombres, bastante libre y sin trabas. En Atenas en donde encontramos las instituciones que más prevalecieron en Grecia, la vida de la mujer era en si misma mas encerrada. Las jóvenes de Atenas carecían de educación, al menos en el sentido que hoy entendemos por educación. El fundamento de su instrucción era lo que su madre les enseñaba para regir y mantener una casa: cumplimiento cabal y exagerado de los deberes domésticos. La razón de que los matrimonios se preparaban por los padres era la -reclusión en la casa paterna en la que mantenía a la joven antes de su matrimonio. La ley se ocupaba poco de las mujeres, salvo en ciertas ocasiones especiales, como cuando regulaban las cuestiones de la dote, que debía ser referida por los padres o tutores. En caso de divorcio, aquella dote, como antes se dijo debía entregarse a la mujer para que la poseyera su nuevo Kurios; si no se hiciera así, entonces el marido debía pagar el 18% del valor de la dote, hasta el día de la restitución efectiva. Estas disposiciones deben haber tenido dos intenciones principales: mantener los bienes siempre dentro de la familia de la mujer, y frenar en algo la profusión de divorcios que eran muy fáciles de conseguir.

Aparte de las restricciones que en cuanto a la dote y propiedad se han dicho, lo mismo que en cuanto a las prohibiciones para declarar en juicio, las mujeres no podían intervenir en ninguna clase de contratos, salvo las pequeñas transacciones en los mercados, donde se compraban artículos para el hogar. En cuanto a los deberes de la mujer, sí existieron muchos, sobre todo de la mujer casada. Era la encargada de la vigilancia sobre todos los objetos de la casa, de ordenar a los esclavos sus tareas, tejer, bordar; de la crianza y educación de los hijos durante la infancia de éstos; de los varones hasta la época de ingreso a la escuela y de las mujeres hasta el día de su matrimonio.

Por regla general la mujer debía ocultarse lo más posible, pero en ciertas ocasiones debía aparecer en público, como en la celebración de los misterios y funciones religiosas y en ocasión de las representaciones de teatro. Paradojicamente, la mujer en Grecia gozaba de una gran libertad, con tal de que no interviniera en el círculo de libertades del marido. Aunque en Atenas se insistió por algunos, en que "el lugar más apropiado para la mujer es el hogar y su más noble papel el silencio", no se deben tomar tales expresiones muy literalmente, aunque provenga de la sabiduría popular.

1.4 ROMA

En Roma lo jurídico es primordial. Roma hace derecho de la religión y la moral, convierte en jurídico cuanto toca. En Grecia ésta norma de costumbre indeferenciada tiende a ser moral, con predominio en toda su cultura de lo moral sobre lo jurídico y religioso. La obra más importante de los romanos, tanto si se conserva por sus propios méritos intrínsecos como por su influencia en la historia del mundo, es, sin duda, su derecho. No hay problema de Jurisprudencia del que no trate.

En efecto, para los romanos la fuente principal de la patria potestad fué el matrimonio o justa nuptiae. Los hijos nacidos forman parte de la familia civil del padre.

Se llama justae nuptiae o justum matrimonium al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho Civil de Roma. En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o gens, por los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De ahí la importancia del matrimonio, cuyo fin principal

era la procreación de los hijos. Y de ahí también la consideración de que gozaba la esposa en la casa del marido y en la ciudad. Por el sólo efecto del matrimonio participaba en el rango social del marido, de los honores de que estaba investido, y en su culto privado. La unión entre los esposos - llegaba a ser más estrecha, si a la *justae nuptiae* la acompañaba la *manus*, lo que ocurría con mayor frecuencia en los primeros siglos. La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, que tenía sobre ella la potestad, como un padre sobre una hija, y devenía propietaria de todos sus bienes.

Ahora bien, cuatro condiciones son necesarias para que el matrimonio fuera válido:

Pubertad: Es la edad en que las facultades físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para permitirles el principal objeto del matrimonio, tener hijos que perpetuen la familia.

Consentimiento de los Esposos: Las personas que se casaban debían consentir en ello libremente.

Consentimiento del Jefe de Familia: Si los que se casan son *Sui juris*, no tienen necesidad del consentimiento de alguien. Pero los hijos bajo potestad deben obtener el consentimiento del jefe de familia.

Connubium: Es la aptitud legal para contraer la *justae nuptiae*. - Lo primero que se necesita para disfrutarla es ser ciudadano romano. Por lo tanto, en el derecho antiguo estaban privados del *connubium* los esclavos los latinos, salvo los latinos veteranos, y los peregrinos, excepto concesio-

nes especiales. Bajo Justiniano, y con la extensión del derecho de ciudadanía, los únicos que no tuvieron *connubium* fueron los esclavos y los bárbaros.

Pero puede ocurrir que alguna persona, teniendo en absoluto el derecho de casarse, no lo puede hacer válidamente con otra persona determinada. El Derecho Romano, en efecto, admite ciertas causas de incapacidad relativas, fundadas, las unas como el parentesco y la afinidad, sobre razones de moral y de conveniencias necesarias para que la *justae nuptiae* fuesen válidas.

El derecho civil no exigía ni solemnidades de forma ni ceremonias religiosas. ¿Quiere esto decir que el matrimonio sea en el derecho romano un contrato puramente consensual, que se perfeccione por el sólo consentimiento de las partes, suponiendo desde luego que satisfagan las condiciones requeridas? Tal se ha pretendido, pero los textos rechazan ésta solución. Sin duda, no hace falta que no haya habido cohabitación efectiva de los esposos, y como decían nuestros antiguos autores, *matrimonium consummatum*. - Pero es necesario que la mujer esté a disposición del marido, que esté *intalada* como *uxor* en su casa; por ello se hace imposible el matrimonio con una mujer ausente; mientras que el hombre puede casarse aunque esté alejado de su domicilio, si la mujer está presente en él. El matrimonio así - contraído, sin verdadera celebración ante un oficial público, carecía de - prueba legal. Es verdad que a veces se redactaba una acta escrita, *tabulae nuptiales*, y que el testimonio, de vecinos y otras personas en conocimiento del matrimonio, podían aportar también un medio de prueba. En su defecto se aceptaba una presunción: la cohabitación de personas honorables y -

de igual condición, hacían presumir el matrimonio.

Efectos del matrimonio: Respecto de los esposos, tienen el título de vir y de uxor, participando la mujer, según ya hemos visto, de la condición social del marido. Además, el matrimonio no hace entrar a la mujer en la familia civil del marido; éste efecto sólo es producido por la manus. - Los esposos se deben fidelidad, pero el adulterio de la mujer está castigado con más severidad que el del marido, ya que ella puede introducir en la familia hijos de sangre extraña.

En cuanto a los bienes de los esposos, el matrimonio en los primeros siglos ha estado frecuentemente acompañado de la manus. Esta potestad pone a la mujer en la condición de una hija de familia en relación con el marido, que se hace entonces propietario de todos sus bienes. Pero en caso de matrimonio sin manus, cada esposo conserva su propio patrimonio. Desde luego, es justo que la mujer contribuya a las cargas de la familia que gravitan sobre el marido; de aquí la costumbre de una dote constituida al marido, por la mujer o por un tercero. Esta práctica se generalizó cuando la manus cayó en desuso. El régimen de la manus y la constitución de dote que forma el régimen dotal no eran posibles sino en las justae nuptiae.

Respecto de los hijos: Los hijos nacidos ex justis nuptis son hijos legítimos, liberi justí. Forman parte de la familia civil del padre a título de agnados. Toman su nombre y su condición social. Sin embargo, entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural. Sólo la manus puede modificar ésta relación.

La filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de -

establecer. Respecto al padre, siendo incierta la paternidad, se recurría a una presunción el marido de la madre se presume que es el padre. Esta presunción no se le impone de manera absoluta, cae si el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si la ausencia o enfermedad del marido han hecho imposible toda cohabitación con la mujer durante el período de la concepción. Para facilitar la solución de estas cuestiones, el Derecho Romano ha fijado en trescientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en ciento ochenta; de suerte que el hijo es justus, si nace, cuando más pronto, a los ciento ochenta y un días de celebrado el matrimonio, comprendido el de la celebración, o, cuando más tarde, a los trescientos y un día después, comprendido el de la disolución de las justae nuptiae. La filiación se hacía constar en los registros públicos. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos en un término de treinta días.

Quando faltaba una de las condiciones indicadas anteriormente para la validez del matrimonio, éste era nulo, no produciendo por lo tanto, ningún efecto. No había vir ni uxor, y podían recaer sobre los esposos penas bastantes severas en caso de incesto, es decir, de matrimonio entre parientes en grado prohibido para casarse. Se comprendía que la buena fé de los esposos, o de uno de ellos, haría excusable la falta cometida contrayendo un matrimonio nulo. Pero el Derecho Romano no admitió sobre éste particular ninguna teoría general. Unicamente se encuentran ciertas hipótesis, donde se toma en consideración la buena fé para atenuar las consecuencias de la nulidad de matrimonio.

Entre los romanos existían otras uniones lícitas como el Concubinato ó Concubinatus, dando éste nombre a una unión de orden inferior pero dura, y que así se diferenciaba de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas. Esta especie de matrimonio, frecuente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad de condiciones de las personas. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer que no había sido honorable hacerla su esposa tal como una manumitida o ingenua de baja extracción. Asimismo, existía el Matrimonio Sine Conubio, que era la unión entre dos personas que no tienen, o una de ellas no tiene, el conubium; por ejemplo, entre un ciudadano romano y una peregrina o una latina, o entre dos peregrinos. Esta unión nada tenía de ilícita; constituía un matrimonio válido, pero sin producir los efectos civiles de las justae nuptiae. También, a la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo los romanos le llamaron Contubernio. Este es un simple hecho destituido de todo efecto civil en donde el hijo sigue la condición de la madre.

1.5 FRANCIA.- CODIGO NAPOLEONICO.

El derecho de familia tiene necesariamente dos aspectos: la organización de las relaciones entre esposos y la de las relaciones entre parientes, especialmente entre ascendientes y descendientes. Si se nos permitiera establecer una comparación entre estas dos categorías de relaciones, desde el punto de vista de la importancia, diríamos que las existentes entre esposos representan la esencia de la organización de la familia en Francia, porque constituye la base de ésta, y porque su falta de solidez implica la ruina de la familia.

Ahora bien, si examinamos las soluciones positivas del Código de Napoleón, nos vemos obligados a reconocer, por una parte, que el lazo entre los esposos se ha hecho tan frágil y relajado como es posible, y por la otra, que lejos de establecer una igualdad entre los esposos, el código ha sacrificado los intereses de la mujer a los del marido; no es ésto todo; el código tiende a agravar, en el dominio de las sanciones de los deberes entre esposos, los defectos de su sistema, a costa, por lo demás, de la moral y de la dignidad de la mujer.

No es difícil demostrar que los lazos entre los esposos se han relajado en el sistema del código civil napoleónico. El artículo 233 basta por sí solo, para demostrarlo: "El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos, expresado en la forma prescrita por la ley, bajo las condiciones y según las pruebas que determina, probará plenamente que la vida en común les es insostenible, y que existe con relación a ellos una causa perentoria de divorcio". Es verdad que éste género de divorcio estaba rodeado de ciertas garantías, susceptibles de atenuar sus inconvenientes: tales eran la necesidad de la autorización de los padres, la imposibilidad de obtener el divorcio antes de dos años a partir de la celebración del matrimonio, o después de veinte años de haberse celebrado, la necesidad de manifestar cuatro veces en un año la intención de divorciarse, la prohibición para los esposos de contraer segundas nupcias antes de tres años después de haberse pronunciado el divorcio, la obligación impuesta a los esposos de ceder, respectivamente, la mitad de sus bienes en favor de los hijos nacidos del matrimonio.

No obstante, el principio se había planteado; el matrimonio adquiría todas las apariencias de un contrato ordinario, aunque en la mente de los redactores no se haya asimilado a éste. Nada, en efecto, puede prevalecer contra la fórmula del artículo 233: El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos es una causa perentoria de divorcio. Sin embargo, es perfectamente comprensible en un legislador que consideraba al matrimonio, sobre todo, como un lazo temporal y artificial, fruto de la autonomía de la voluntad, y consecuencia de haber aceptado los esposos sacrificar su sagrada libertad para unirse. A su muerte, el legislador se encargaba de restablecer la verdad declarándolos, en cierta forma, extraños uno a otro.

Por lo demás, indiferente para el cónyuge superviviente con relación a la obligación alimenticia; el artículo 212 consagraba la obligación alimenticia en vida de los esposos; empero mas bien se trataba de una declaración de principios; fué necesaria la ley del 13 de Julio de 1907 para establecer una sanción eficaz a ésta obligación. Por otra parte, el código de napoleón no se ocupa del deber de socorro despues de la muerte de uno de los esposos. La ley de 9 de Marzo de 1891 remedió ésta situación obligando a la sucesión de uno de los esposos a suministrar alimentos al superviviente.

Grave era ya para el Código Francés haber tenido un concepto del vínculo matrimonial tan arbitrario, o si se prefiere, tan exclusivamente individualista. En éste ordenamiento la mujer se haya limitada por todas partes. Considerado desde el punto de vista del Derecho de Familia, el código civil ante la historia merece el nombre de Código de Napoleón.

El matrimonio tal como lo comprendieron los redactores del Código de Napoleón; la noción del matrimonio-contrato. El error fundamental que constituye ha dominado todo el siglo XIX y continúa gravitando sobre la época contemporánea. Establece la base de la mayoría de las leyes que con posterioridad al Código Civil Francés han contribuido a disociar más aún la familia.

Los redactores del Código napoleónico consideraron al matrimonio como un contrato, pero no lo es. Precizaron que el matrimonio difiere de los otros contratos, pero lo consideraron como un contrato. La influencia del contrato social de Rousseau fué decisiva en ésta materia. Si los redactores del citado ordenamiento civil concibieron en su mente al matrimonio en la forma de un contrato, posteriormente al reglamentar el casamiento, repudiaron esta noción.

Siendo fácil su demostración, basta partir de la idea de contrato tal como ha sido comprendida por el Código Civil y compararla con el matrimonio tal como también a sido concebido por éste. El artículo 1101 que define el contrato, confirma ésta impresión: "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras, a dar, a hacer o no hacer alguna cosa". Por otra parte, el artículo 1147 importantí simo en ésta materia, precisa: "Los contratos tengan o no una denominación propia, están sometidos a las reglas generales que establece el presente tí tulo. Las reglas particulares a cada contrato son establecidas en los tí tu los relativos a cada uno de ellos y las reglas particulares a las transac-- ciones mercantiles en las leyes relativas al comercio". En otras palabras, todo contrato obedece a las reglas de orden general establecidas en el tí tu lo III del libro III: De los Contratos o de las Obligaciones Convencionaa-- les en General. A éstas reglas generales vienen a superponerse otras en -

cada contrato, en razón del fin especial perseguido por éste. Desde luego se impone otra observación capital, como implícitamente resulta del artículo 1101, la reglamentación del contrato está absolutamente dominada por la regla de la autonomía de la voluntad.

En la formación del contrato se revela la filosofía espiritualista del Código Civil. Según el artículo 1008 el consentimiento constituye la esencia del contrato, y esto aún cuando el contrato pertenezca a la categoría de los solemnes. El Oficial Público Hace constar y registrar el consentimiento de las partes en las formas apropiadas, y nada más. Tiene el papel de un registrador. Para ser así soberano, el consentimiento de las partes debe expresarse libremente y con pleno conocimiento de causa, de aquí el artículo 1109: "No existe consentimiento válido, si se ha dado por error, o si se ha obtenido por medio de la violencia, sorpresa o dolo".

El matrimonio, se dice, es un contrato solemne. Ahora bien, con anterioridad hemos recordado que la esencia del contrato solemne es la misma que la de los demás contratos, el consentimiento de las partes es absolutamente decisivo y predominante, la función del oficial público se reduce a comprobar y a hacer constar como tal, dicho consentimiento. En forma distinta sucede tratándose del matrimonio; el Oficial del Estado Civil desempeña un papel activo; no solamente recibe y consigna en los registros ad hoc el consentimiento que los esposos le expresarán por sí mismos, su papel es otro. Por lo demás el artículo 75 del Código de Napoleón es expreso sobre este punto: "El día designado por las partes, después de haber transcurrido los plazos de publicaciones, el Oficial del Estado Civil, el Ayuntamiento, y en presencia de cuatro testigos, sean o no parientes de las partes

leerá a éstos los documentos mencionados en los artículos anteriores, relativos a su estado y a las formalidades del matrimonio, del capítulo VI del Título del Matrimonio, sobre los Derechos y Deberes Respectivos de los Esposos. Recibirá sucesivamente de cada uno de los contrayentes, la declaración de que quieren recibirse mutuamente por marido y mujer. Declarará, en nombre de la ley, que están unidos en matrimonio y redactará a continuación el acta".

En oposición al contrato en general, el matrimonio no puede celebrarse en cualquier lugar, sino en aquel donde, por lo menos, uno de los esposos sea conocido. "El matrimonio, dice el artículo 74, se celebrará en la municipalidad en que tenga su domicilio uno de los contrayentes. Este domicilio, en cuanto al matrimonio, se establecerá por seis meses de habitación continua en el mismo lugar". Además, el matrimonio debe anunciarse públicamente. Según el artículo 63, "antes de la celebración del matrimonio, el Oficial del Estado Civil hará dos publicaciones del mismo, con ocho días de intervalo, el domingo, en las puertas del Ayuntamiento". No bastaba esto, pues el artículo 165 ordena que "el matrimonio se celebrará públicamente ante el Oficial del Estado Civil del domicilio de una de las partes". La sanción de publicidad de la celebración del matrimonio es muy rigurosa, puesto que según el artículo 191 "todo matrimonio que no se haya contraído públicamente y que no se haya celebrado ante el Oficial Público competente, puede ser impugnado por los esposos mismos, por los padres, por los ascendientes y por todos los que tengan en ello un interés actual, así como por el minsiterio público".

¿Que significa, pues, ésta publicidad exigida alrededor del matrimonio, cuando por lo general los contratos requieren más bien la sombra y el

misterio en muchos casos para realizar su objetivo?

En resumen, no es exagerado afirmar que desde el punto de vista de su formación, el matrimonio nada tiene de común con el contrato. La misma observación ha de hacerse en lo que se refiere a su objeto. El matrimonio no tiende ni a la apropiación de las riquezas, ni al aprovechamiento de los servicios susceptibles de valoración pecuniaria. El matrimonio es la unión de las personas en su más alta expresión. En el fondo, al igual que los redactores del Código Civil, los grandes comentaristas advirtieron que el matrimonio es distinto del contrato; pero no se atrevieron a decirlo, - en todo caso no supieron hacerlo.

El matrimonio según el derecho Francés, es la unión de dos personas de sexo diferente contraído con ciertas solemnidades. El matrimonio es una institución jurídica y no un contrato. Por una parte, sabemos que el matrimonio, considerado desde el punto de vista jurídico, traduce un hecho natural: la unión de los sexos y la familia que se deriva de él.

Por lo tanto, el matrimonio es una institución formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho. En consecuencia se comprende que de una institución jurídica tan compleja, se derive una situación jurídica no menos compleja: el estado de esposos, y no solamente simples relaciones de derecho más o menos coordinadas entre sí.

Los redactores del Código Civil Napoleónico supieron deducir la situación jurídica que constituye la contrapartida del matrimonio, es decir, el estado de esposos, pero ignoraron la institución jurídica constitutiva del matrimonio. La institución jurídica es un compuesto de reglas de derecho, que constituye un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones, derivadas todas de un hecho fundamental, considerado como punto de partida y como base.

En efecto, el matrimonio considerado desde el punto de vista del derecho, está destinado a dar su significado individual, moral y social a ese organismo de orden esencialmente natural que es la familia, al mismo tiempo que a la unión de los sexos que constituye su base. Acéptese o no, la familia es un todo orgánico cuyos datos fundamentales escapan a nuestro espíritu porque se trata de los datos mismos de la especie humana; en su base se encuentra la diferencia de sexos que implica una diferencia de aptitudes, y una diferencia de funciones. El derecho no crea a la familia; simplemente la organiza con el nombre de matrimonio basado en una estructura orgánica natural, revelada por la biología humana.

La familia es un organismo social de orden natural, basada en la diferencia de sexo y en la diferenciación correlativa de las funciones, y cuya misión consiste en asegurar no solamente la perpetuidad de la especie humana, sino también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y a sus caracteres específicos.

1.6 MEXICO

Entre los Aztecas se efectuaba primero la ceremonia civil, el cual se confirmaba después, según algunos, ante los sacerdotes. El matrimonio podía ser condicional o temporal, conforme se contrajeran las nupcias condicionándolas al acaecimiento de un hecho determinado, o fijándoles plazo para su terminación.

En las tribus que componían el conglomerado azteca, cuando los hombres llegaban a cierta edad, se efectuaba una reunión de parientes; dictaminaban si el joven estaba o no en condiciones de casarse; si aconsejaban que contrajera matrimonio, dejaban al mancebo en casa de sus padres y encargaban a los ancianos de la familia buscarle mujer. Los ancianos nombraban una comisión de su seno para llevar la noticia a los padres de la presunta futura novia, los cuales se hacían rogar por tres veces pero a la cuarta aceptaban el ofrecimiento y señalaban fecha para la ceremonia. Esta se verificaba en medio de grandes festivales de índole netamente familiar.

El matrimonio era, pues, en algunas tribus una institución familiar por excelencia, en la que a juzgar por algunos historiadores no intervenía la autoridad estatal para consolidar el vínculo. Pero no era así en todas las tribus, puesto que otras, quizá más adelantadas en el orden del derecho de familia, el matrimonio había ya superado la etapa netamente familiar, y participaban los sacerdotes para confirmar la ceremonia. Hechos

los contratos matrimoniales en casa de la novia, los contrayentes se presentaban ante un sacerdote, quien por medio de preguntas y respuestas rituales se pronunciaba sobre la benevolencia del contrato, y tomando el velo de la esposa en una mano y en la otra el manto del marido, los anudaba y quedaba desde ese momento creado el vínculo matrimonial.

Primordialmente las prohibiciones para efectuar el matrimonio era el parentesco y la edad. Constituya impedimento entre los Aztecas el parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, lo mismo que la línea colateral hasta el segundo grado. Para la validez del vínculo, y para que el matrimonio se pudiera consumar, era indispensable el consentimiento expreso de los padres de los cónyuges, cualquiera que fuera la edad de éstos. Era absolutamente prohibido casarse a los sacerdotes ordenados.

La edad, como todas las cuestiones referentes al matrimonio cambiaban de grupo en grupo. Se producían algunos matrimonios a tan temprana edad que el marido se comprometía a cuidar de la niña de siete años o menos hasta que pudiera usar carnalmente de ella. Díaz Del Castillo cuenta que los indios que habitaban la zona del Pánuco, no se casaban hasta que tubieran cumplidos cuarenta años de edad, aunque era corriente que las mujeres perdieran la virginidad alrededor de los doce años.

Los mismos preceptos jurídicos que en España regulaban la celebración del matrimonio, basados sobre todo en las leyes canónicas, rigieron en la misma forma en la colonia de ultramar. Desde los primeros años de los descubrimientos iniciales y luego de la conquista y colonización, los matrimonios de españoles con mujeres de las distintas razas aborígenes, estuvieron perfectamente reconocidos y sancionados por las leyes; es mas, puede de

cirse que el problema de la mezcla de razas no llegó siquiera a producirse, y que al considerar a esa mujer un ser humano capaz de convertirse al cristianismo, o ya cristianizada, no había impedimento que le obstaculizara recibir el sacramento patriarcal. No es necesario citar aquí la serie inmensa de españoles que contraían matrimonio con las indias que encontraban en sus aventuras de descubridores o que simplemente las tomaban como concubinas, y luego por la presión de los sacerdotes, convertían en sus legítimas esposas. La tendencia del legislador fué encomiable pues nunca pretendió prohibir tales uniones sino al contrario mas bién las alentaba.

Como para celebrar el matrimonio era requisito del derecho castellano el consentimiento o licencia paterna, se dió el problema de que ciertos individuos o no conocían a sus padres o vivían muy lejos. En cuanto a los primeros, generalmente esclavos, se les permitió contraer matrimonio sin esa licencia previa cuando fueran mulatos, negros coyotes e individuos de castas semejantes, pero como el indio jurídicamente estaba asimilado al español, sí estaba obligado a conseguir la licencia paterna, pero con la condición de que si el padre se encontraba en territorio lejano, se podía obviar el requisito legal con la licencia que diera para el matrimonio, el nombre del padre del contaryente, el cura o el doctrinero del lugar.

En el continente existió desde el divorcio por mutuo consentimiento y el simple repudio, hasta el divorcio taxativo de la legislación azteca, declarable por tribunales especiales. Los mexicanos también usaban el divorcio por mutuo consentimiento, pero para ser válido necesitaba la aprobación de los tribunales. No era frecuente el divorcio entre los aztecas, puesto que existían penas que alcanzaban hasta la muerte, para los que, obtenido el divorcio, volvían a contraer nupcias. Disuelto el vínculo matri-

monial, los hijos varones pertenecen al padre y las hembras a la madre. - En el matrimonio a plazo o bajo condición, quedaba a voluntad del marido disolverlo o no, sin intervención del tribunal llamado a conocer los divorcios.

Al proclamarse la Independencia siguieron rigiendo las mismas leyes de la colonia; por lo que el matrimonio era considerado como un sacramento y la Iglesia católica era la autoridad competente para celebrarlo; - pero a partir de la Ley del Matrimonio Civil de 23 de Julio de 1859 se excluye a la Iglesia de la competencia del matrimonio al establecer el artículo primero que "el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil". Los que contraigan matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.

El 14 de Diciembre de 1874 el matrimonio se elevó a la categoría de Constitucional y se le dió el carácter de contrato civil, tal como lo - había hecho la legislación francesa en 1802; pues es bien sabido que el movimiento de Independencia se nutrió de las ideas revolucionarias de ese País, y en consecuencia, la corriente contractualista que había surgido entonces llegó también hasta nosotros. Esta misma ley proscribió la bigamia y la poligamia; prohibió el divorcio como disolución del vínculo matrimonial, permitiendo sólo la separación de cuerpos.

El 13 de Diciembre de 1870, por decreto número 6855 se publicó el Código Civil, el que expresamente deroga toda la legislación anterior. En

dicho ordenamiento se trata en el Título cuarto de las actas del estado civil, comprendiéndose las de matrimonio; de las publicaciones que establecía el artículo nueve de la Ley de 23 de Julio de 1859 y que no son impedimentos el parentesco en línea colateral desigual ni los esponsales legítimos en los matrimonios celebrados en artículo de muerte. Este código, siguiendo las ideas del Napoleónico, en el artículo 159 define al matrimonio como "la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En el año de 1884 aparece el segundo Código Civil mexicano como - sustituto del de 1870, el que contiene las mismas características del Derecho de Familia apuntadas en el de 84. Este ordenamiento declara al matrimonio como una sociedad legítima de condición indisoluble y establece - como regímenes económicos la sociedad conyugal y la separación de bienes, además de la sociedad legal para aquellos casos en que los cónyuges no hubieren elegido cualquiera de los dos sistemas anteriores.

Con la Revolución de 1910 se operó un cambio total en el Estado mexicano y en consecuencia en la sociedad, en su organización y también en - su legislación. En efecto, el 9 de Abril de 1917, el Primer jefe del ejército constitucionalista encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, Don Venustiano Carranza, promulga la Ley sobre Relaciones Familiares, que se considera con vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida. Esta ley derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884 y por consiguiente - viene a dar los cimientos de la nueva organización familiar, las bases sobre las que descansaría su estructura.

La Ley sobre Relaciones Familiares concede a la mujer el ejercicio de la patria potestad, la que estaba reservada exclusivamente al padre en las legislaciones anteriores, y sólo por interdicto y ausencia de éste, en traba en ejercicio la madre. También modifica el régimen de sociedad conyugal, estableciendo la separación absoluta de bienes, asimismo, otro punto que consagra ésta ley de espíritu revolucionario es el relativo al divorcio, el cual fué permitido; a partir de entonces se podía disolver el vínculo matrimonial dejando a los esposos divorciados en aptitud de contra er nuevo matrimonio.

Finalmente el Código Civil de 1928, el cual entró en vigor el primero de Octubre de 1932; abroga la anterior Ley sobre Relaciones Familiares y establece ciertas modificaciones con respecto al régimen económico - que podían adoptar los cónyuges, otorgándoles la facultad de celebrar el contrato matrimonial bajo el régimen de sociedad conyugal, el de separación de bienes, o bien, un régimen mixto, pudiendo la mujer en el segundo caso, administrar sus bienes libremente. Igualmente admite el divorcio de la misma forma que lo había hecho la ley anterior, aún cuando en éste código se reglamentan además el divorcio administrativo y le conserva a la mujer el ejercicio de la patria potestad conjuntamente con el padre.

LA LEGISLACION DE LOS ESTADOS,- CAPITULO II

El Estado Mexicano no escapó a las ideas liberales que consideraron al matrimonio como un contrato civil, y así, el 13 de Diciembre de 1870 aparece el Código Civil, mismo que en el artículo 159 define al matrimonio como "la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Posteriormente a éste Código del 70 se dicta, el 14 de Diciembre de 1874, el decreto 7329 que se refiere a las Leyes de Reforma, y el cual en su artículo 29 previene que "quedan refundidas en ésta, las Leyes de Reforma, que seguirán observándose en lo relativo al Registro Civil, mientras los Estados expidan las que deben dar conforme a la sección quinta".

Como ya se dijo, en el año de 1884 aparece el segundo Código Civil, que en el artículo 155 contiene una definición del matrimonio igual a la ya referida en el ordenamiento del 70. En ambos códigos contrasta la definición como sociedad civil, con el decreto antes mencionado que consideró al matrimonio como un contrato civil.

Ahora bien, después de la promulgación del Código Civil de 1884, la mayoría de los Estados Mexicanos al legislar en materia civil adaptaron a sus leyes éste ordenamiento, principalmente en lo que se refiere al matrimonio. Definición que literalmente vaciaron en sus textos legales.

2.1 PRIMEROS ESTADOS MEXICANOS QUE REGULAN EL MATRIMONIO:

En efecto, el C. Blas Escantría, Gobernador del Estado Libre y Soberano de SAN LUIS POTOSI, dice que en uso de la autorización concedida al ejecutivo por las leyes números 25 y 62 del 28 de Mayo de 1884 y 7 de Abril de 1885 respectivamente, decreta: Se adopta en el Estado de San Luis Potosí, el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California, promulgado por el Ejecutivo de la Unión el 31 de Marzo de 1884. Este ordenamiento en el artículo 155 dice: "el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

El C. Gobernador del Estado Libre y Soberano de TLAXCALA Próspero Cahuautzi, por decreto número 16 dado el 30 de Junio de 1885 promulga el Código Civil de ese Estado que, de los 3359 artículos que contiene, el 112 afirma: "El matrimonio, que es la sociedad entre dos personas de distinto sexo, para constituirse legalmente en familia, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, si no se celebra conforme a las disposiciones de éste Código".

También, siendo Gobernador del Estado Libre y Soberano de OAXACA el C. Agustín Canseco, promulga el Código Civil de ese Estado que contiene 664 artículos, mismo que en el transitorio primero dice: se declaran vigentes en el Estado desde el 18 de Julio de 1888, los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles presentados por el Ejecutivo, y en el artículo 154 define: "que el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Asimismo, el C. Gobernador del Estado Libre y Soberano de TABASCO - Simón Saralat, por decreto número 11 expedido el primero de Agosto de 1892, - promulga el Código Civil con 3805 artículos y dos transitorios. El artículo 155 de dicho ordenamiento dice: "que el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Siendo Gobernador del Estado Libre y Soberano de QUERETARO el C. - Carlos G. de Cosío, promulgó el Código Civil de su Estado con 3767 artículos, cuyos transitorios dicen: 1.- Este Código comenzará a regir el día 15 de Abril de 1894; 2.- Desde la misma fecha quedará derogado el Código Civil que se adoptó por la ley número 115, promulgada en 15 de Junio de 1872, así como toda la legislación anterior al presente. El artículo 155 del presente Código afirma: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

El C. Teodoro A. Dehesa, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de VERACRUZ Llave decreta: Se aprueba los proyectos de Código - Civil, de Procedimientos Civiles, Código Penal y de Procedimientos Penales, formulados por las comisiones nombradas por la H. Legislatura y el H. Tribunal Superior de Justicia del Estado, en cumplimiento de los acuerdos dictados por el Poder Legislativo en 27 y 30 de Junio de 1893, y que los nuevos Códigos comenzarán a regir en el Estado el día 2 de Abril de 1897.

El Código Civil de la fecha antes mencionada, consta de 3679 artículos y uno transitorio que a la letra dice: queda derogado el Código Civil de 5 de Mayo de 1869, así como todas las leyes que hayan sido expedidas so-

bre la materia en que se ocupa el presente Código. Asimismo, el artículo - 158 del Ordenamiento Civil mencionado afirma: "El matrimonio es la socie-- dad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen por medio de - un contrato solemne, con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y - ayudarse a llevar el peso de la vida. La declaración de los contrayentes - de tomarse respectivamente por esposos, no puede someterse a condición algu - na".

2.2. CAUSALES DE DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL EN DIVERSAS ENTIDADES FEDERALES.

El artículo 253 del CODIGO CIVIL para el Estado Libre y Soberano de MEXICO, textualmente dice que son causas de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges:

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

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

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro pa - ra 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 corrup - ción;

VI.- Padecer sífiles, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad - crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impoten - cia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

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

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

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

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

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo - con lo dispuesto en el artículo 150, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 151 y 152;

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea polí - tico, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de pri - sión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y per - sistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la fami - lia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra persona o bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto - tenga señalada una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento.

En el Capítulo X perteneciente al Título Quinto del CODIGO CIVIL - del Estado de MORELOS, el artículo 360 señala que son causas de divorcio:

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 el mismo, con persona distinta al cónyuge y que judicialmente así sea declarado;

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

IV.- La incitación a la violencia o éste mismo hecho 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;

VI.- Padecer cualquier enfermedad de tipo crónico e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, - así como las alteraciones conductuales en la práctica sexual que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

VIII.- La separación injustificada de la casa conyugal por mas de seis meses, con abandono absoluto de las obligaciones inherentes a la familia.

IX.- La separación de los cónyuges por desavenencias entre los mismos, cuando esta separación se prolongue por mas de un año. En este caso, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges, pero si la invoca el que se separó deberá acreditar haber cumplido con sus obligaciones alimentarias.

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha o la presunción de muerte, en los caso de excepción en que no se necesita para que se haga, - que proceda la declaratoria de ausencia;

XI.- La sevicia, los malos tratos, las amenazas, o las injurias - graves de un cónyuge para otro, siempre que tales actos hagan imposible la vida conyugal.

XII.- La negativa injustificada de cumplir la obligación alimentaria respecto al otro cónyuge y a los hijos. Para hacer valer esta causa de divorcio no es necesario que previamente se haya exigido tal cumplimiento - en juicio. El juicio de divorcio se sobreeserá si el deudor comprueba el - monto de sus ingresos y se aviene a aseguramiento que podrá consistir en - cualquiera de los medios que establece el artículo 418, o por oficio que se gire a quien cubre sus sueldos para que entregue al acreedor la cantidad - que se le asigne.

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito intencional que no se 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 no terapéutico de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otro producto derivado o preparado que contenga sustancias de las prohibidas por el código Sanitario y disposiciones conexas; que amenacen la estabilidad moral o económica de la familia, o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

XVI.- Haber cometido uno de los cónyuges contra la persona o bienes del otro, un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de un año.

XVII.- (Derogada)

XVIII.- La prevista en el artículo 361;

XIX.- El mutuo consentimiento.

Artículo 361.- 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 esos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

El artículo 289 del CODIGO CIVIL para el Estado Libre y Soberano de AGUASCALIENTES afirma que, son causas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges;

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

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

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

V.- Los actos inmorales efectuados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean de ambos o bien de uno solo de ellos, así como la tolerancia en su corrupción;

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, idiotismo o imbecilidad incurable;

VIII.- La separación del domicilio conyugal por más de seis meses consecutivos sin causa justificada;

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 presunción de muerte, en los caso de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;

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

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 160, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 161 y 162;

XIII.- La acusación hecha por un cónyuge contra el otro, si resultare calumniosa;

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el que 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 amenazan causar ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

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;

XVII.- El mutuo consentimiento.

2.3 ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL.- CAUSALES DE DIVORCIO.

La muerte de cualquiera de los cónyuges, el divorcio y la nulidad del acto, son las causas que producen la disolución del matrimonio, de acuerdo con la legislación civil vigente. Por causa debemos entender, la razón o motivo que nos inclina a hacer alguna cosa y es el antecedente inmediato de la palabra causal que debe, invariablemente, referirse al tiempo pasado.

Podemos clasificar a las causas en naturales y civiles. La causa natural es única: la muerte de cualquiera de los cónyuges; el divorcio y la nulidad del matrimonio se consideran como causas civiles. La palabra divorcio, en el lenguaje popular tiene un significado de separación; en el sentido jurídico denota la extinción de la vida conyugal declarada por la autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 266 del Código Civil vigente "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro", y el artículo 289 del mismo Ordenamiento dice que "en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio". Creemos que el legislador de 1928 no debió de utilizar en esos numerales el vocablo "cónyuges", en virtud de que se estaba refiriendo a personas ya divorciadas y en todo caso lo apropiado sería ex-cónyuges ó divorciantes.

Nuestro Código Civil reconoce dos aspectos de divorcio: el vincu-
lar y el de separación de cuerpos, autorizando prácticamente éste último co
mo excepción, en sus artículos 268, 275, 277 y 282 fracción II. Sin embar-
go, la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues me-
diante ella se crea una situación que supone un relajamiento del vínculo ma-
trimonial sin destruirlo, ya que subsisten todas las obligaciones deriva-
das del matrimonio con exclusión de la vida en común.

Divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial en vida de
los esposos, como consecuencia de una decisión judicial dictada a petición
de uno de ellos ó de ambos, por las causas establecidas en la ley. Separación
de cuerpos, es el estado de los esposos que han sido dispensados de vi
vir juntos, por una declaración judicial.

Existen en nuestra legislación civil vigente tres procedimientos pa
ra el divorcio: dos de dichos procedimientos se aplican al divorcio por mu
tuo disenso y el otro se funda en las causales que enumera el artículo 267
de nuestro Código Civil:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

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

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo
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;

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;

VI.- Padecer sífiles, 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, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

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

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 la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;

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

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

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

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 indevido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

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.

XVII.- El mutuo consentimiento.

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

Al efecto me permito transcribir la siguiente Jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "La enumeración de las causales de divorcio que hace el Código Civil para el Distrito Federal, y - los Códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón".

I.- EL ADULTERIO DEBIDAMENTE PROBADO DE UNO DE LOS CONYUGES:

Por adulterio se entiende la relación sexual de los cónyuges fuera del matrimonio. En los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como en la Ley de Relaciones Familiares, se estableció simplemente como causal de divorcio; el Código actual agrega "debidamente probado" lo que constituye una barrera que hace más difícil obtener el divorcio por medio de ésta causal.

Esta causal ha motivado amplia doctrina jurídica en la que unos autores están en favor y otros en contra del hecho de considerar el adulterio como delito; algunos tratadistas consideran el adulterio como delito contra la honestidad, calificación que ha sido duramente objetada. Creemos que - puede ser un delito contra los deberes de familia, de aquí su enorme trascendencia.

Reforzando lo anterior, Vicente Tejeda, partiendo de la base de que todos los actos de la vida familiar pertenecen al orden privado, entiende que el adulterio debe ser objeto de sanciones civiles y no sanciones penales. - El adulterio, dice, ataca en muchos casos la institución privada de la familia, por lo que todas las consecuencias son también privadas y deben ser - tratadas dentro del derecho privado general.

Contra la tendencia de parte de la doctrina que niega el carácter ilícito del adulterio, nuestro Código Penal vigente conserva esta figura delictiva, pero dentro de límites muy restringidos ya que, para que un acto sea calificado como adulterio se requiere que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo. Ante la amplitud de la palabra escándalo, que sería la hipótesis más común en la mayoría de los casos, resulta aventurado por el Juez para tener por tipificado este delito, y por ello la Suprema Corte de Justicia a sostenido esta Ejecutoria: "Para tener por comprobado el escándalo, que para la existencia del delito de adulterio exige el artículo 273 del Código Penal vigente es bastante que se justifique que la adúltera abandonó el domicilio conyugal y se fué a vivir con su coacusado haciendo vida marital con él públicamente".

El artículo 269 del Código Civil vigente, expresa: "cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge..." Con esta redacción se rompió la diferencia que hacían los códigos anteriores, que en forma marcada consagraban dicha causal en favor del marido.

En el adulterio existen dos elementos: uno material consistente en las relaciones sexuales con una persona distinta al cónyuge y uno intencional: la libre voluntad de ejecutar el acto. Cuando uno de estos elementos falta, no puede haber delito ni causal de divorcio.

El acto adulterino debe afectar los dos fines primordiales del matrimonio; a la fidelidad conyugal y a la perpetuación de la especie, de aquí que solamente sea adulterio el acto que lesiona ambos fines, es decir, que no solamente se viole la fe conyugal sino que además afecte la descendencia legítima y, desde el punto de vista natural, el único acto susceptible de afectar ambos fines es la cópula carnal.

Al decir la fracción I del artículo 267 del Código Civil vigente - "adulterio debidamente probado" indudablemente que deja al cónyuge demandante en una situación difícil, pues la prueba directa es casi imposible. En efecto, la Suprema Corte de Justicia a sostenido que "para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es communmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración - de la infidelidad conyugal culpable".

La anterior tesis fué ratificada con posterioridad por el mismo Tribunal Judicial al establecer "que para los efectos del divorcio no es necesaria la comprobación de todos y cada uno de los elementos constitutivos - del adulterio, pues basta que de las constancias de autos se desprendan - presunciones acerca de la certidumbre, para estimar suficientemente probada la causal de divorcio de que se trata".

El adulterio cometido por el marido puede ser conducto de serios males para la salud mental y física de la esposa; y por lo que se refiere al cometido por la mujer, las consecuencias, además de las anteriores es la posible pérdida de la filiación paterna. Por eso el adulterio se justifica como causal de divorcio; destruye la paz del hogar, engendra odios y rencores, que en muchas ocasiones provoca reacciones violentas y trágicas.

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 ILEGITIMO:

Esta causal, que por su naturaleza sólo puede ser ejercitada por el marido, existe en nuestras legislaciones desde el Código Civil de 1884 que

la mencionaba en la fracción II del artículo 227, siendo idéntica a la señalada por el artículo 76 de la Ley de Relaciones Familiares, de donde posteriormente pasó al Código actual.

La causal que comentamos se presta a contradicciones, ya que los hechos que la ley a convertido en causas de divorcio se refieren a faltas de los esposos y por consiguiente, posteriores a la celebración del matrimonio, por lo que creemos que no debe ser tomada como causal, pues se ha hecho consistir en el hecho de que la mujer haya concebido un hijo que no es del marido y antes del matrimonio, ya que la ley supone violación de los deberes que el matrimonio impone.

Podemos preguntar: ¿la mujer que todavía no es casada falta a sus compromisos matrimoniales? evidentemente que no, pues para que haya divorcio es necesario la violación de un deber conyugal, ya que un hecho anterior al matrimonio no puede ser causa de divorcio.

Consideramos que la justificación de ésta causal está en la injuria hecha al marido por la mujer que se encuentra en cinta y que antes de casarse guarda silencio sobre su estado. La injuria no consiste en las relaciones sexuales que esa mujer, célibe hasta entonces, haya tenido con otro hombre hasta antes del matrimonio. La injuria se configura por la reticencia, en la culpable y dolosa disimulación de su gravidez.

Ahora bien, la ley exige no sólo el parto prematuro respecto a la fecha del matrimonio, sino que también el fruto de ese alumbramiento sea declarado judicialmente ilegítimo.

De lo anterior se colige que por muy sospechoso que sea el embarazo para el marido, y aún cuando pueda ser probado de manera indubitable, no basta por sí solo para fundar la causal de divorcio, ya que el hijo nacido ha de ser declarado judicialmente ilegítimo. La ley de acuerdo con la ciencia ha establecido que no pudiendo durar el estado de preñez, ni menos de 180 ni más de 300 días, deben presumirse legítimos los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y los nacidos dentro de los 300 siguientes a la disolución del mismo, ya provenga ésta de nulidad o de muerte del marido. Dichos términos se contarán, en los casos de nulidad o divorcio, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

En caso de comprobarse la concepción del hijo antes del matrimonio y el nacimiento fuera de los plazos previstos, seguido de un juicio de contradicción de la paternidad y obtenida la declaración judicial de ser ilegítimo el hijo, nuestro derecho otorga al marido la facultad de pedir el divorcio como medio de defensa contra la falsa paternidad y como una sanción al engaño que sufrió, ya que la naturaleza se encargó de establecer principios normales de tiempo en cuanto a gestación y nacimiento.

Sin embargo, el Código Civil restringe el uso de ésta causal de divorcio estableciendo en su artículo 328 que el marido no podrá desconocer - que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio en los casos siguientes: a) Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura esposa, para esto se requiere un principio de prueba por escrito; b) Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fué firmada por él, o contiene su declaración de no sa

ber firmar; c) Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer y; d) Si el hijo no nació capaz de vivir. A su vez el artículo 325 dispone que contra la presunción relativa a los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, no se admitirá otra prueba que la de haber sido imposible físicamente al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Explicando lo anterior, podemos observar que la causal de divorcio referida trata de un caso eminentemente teórico, por lo que en la práctica nunca o casi nunca se invoca, ya que más bien debería estar considerada dentro de una concepción amplia de injuria grave.

III.- LA PROPUESTA DEL MARIDO PARA PROSTITUIR A SU MUJER, NO SOLO CUANDO EL MISMO MARIDO LA HAYA HECHO DIRECTAMENTE, SINO CUANDO SE PRUEBE QUE HA RECIBIDO DINERO O CUALQUIERA REMUNERACION CON EL OBJETO EXPRESO DE PERMITIR QUE OTRO TENGA RELACIONES CARNALES CON SU MUJER:

Esta causal es casi idéntica a la preceptuada por el artículo 240 del Código de 1870 y a la fracción III del artículo 227 del Código de 1884; en lo único que varía es que en dichos ordenamientos civiles se hablaba de "relaciones ilícitas", tomándose en cuenta en nuestro actual Código que hay relaciones ilícitas que no tienen nada de carnal, redacción que nos parece más acertada. Si se tratara de clasificar las causales de divorcio por razón de su gravedad ésta causal ocuparía el primer lugar, pues aparte de constituir una gravísima injuria por el ultraje intolerable de que es objeto la mujer, tal actitud del marido, impide a ésta continuar a su lado, pues de hacerlo, tan indigna sería la conducta del uno como del otro.

Esta causal nace de la simple propuesta del marido, sin que sea necesario que la mujer caiga en la prostitución, pues en caso de hacerlo en forma voluntaria, creo que no podría invocar la causal que comentamos para obtener el divorcio, toda vez que la misma está concebida para dar amparo al honor y dignidad de la mujer.

La causal permite a la mujer invocar la disolución del vínculo matrimonial, justificando por los medios ordinarios de prueba, que su marido ha tratado de prostituirla o que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otra persona tenga cópula carnal con ella. Algunos tratadistas al referirse a ésta tercera causal de divorcio la consideran como una incitación al adulterio, olvidando el otro aspecto de ésta fracción que supone el caso en que el marido hubiera recibido alguna retribución para permitir a otro tener relaciones carnales con su mujer.

Podemos equiparar el significado de la palabra prostitución como el de comercio sexual. Por lo tanto, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, debe ir encaminada a que la mujer prodigue sus favores sexuales a cambio de dinero. Pero, ¿que sucede cuando la propuesta del marido es para que su mujer ejecute actos sexuales gratuitamente? Si nos apegamos estrictamente al texto de la fracción que comentamos no se integraría esta causal, lo cual sería un absurdo, pues al marido que induzca a cometer actos de esta naturaleza, en forma gratuita o retribuida, quebrantará en todas sus partes los fines del matrimonio y los deberes impuestos en el mismo.

Por relación carnal se entiende la cópula y cualquier otro acto sexual ejecutado por precio o promesa remuneratoria. Nuestro Código Penal en su artículo 207 nos indica que cometen el delito de lenocinio: a) Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de éste comercio u obtenga de él un lucro cualquiera; b) Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución.

El marido que se coloca en el presupuesto de ésta causal denota una conducta moral corrompida hasta el extremo, que hace imposible la convivencia a la esposa ofendida y de una manera o de otra viola los deberes mas que ridos del matrimonio como son el respeto y consideración mutuos.

IV.- LA INCITACION A LA VIOLENCIA HECHA POR UN CONYUGE A OTRO PARA COMETER ALGUN DELITO, AUNQUE NO SEA DE INCONTINENCIA CARNAL:

En los Códigos de 1870, 1884 y la Ley de Relaciones Familiares esta ba contenida esta causal de divorcio, que protege a uno de los cónyuges de la influencia delictuosa del otro. La palabra incitar puede significar: mover, alentar, animar, inducir, estimular, inferir, exitar, instigar etc., lo que quiere decir que cualquiera de los cónyuges puede hacer valer esta causal, cuando el otro lo haya inducido a cometer un delito. que pueda consistir en actos u omisiones que tengan tal carácter, de los que pueda resul tar algún provecho o saciar un instinto de venganza, utilizando los recursos de un falso amor o su persuasión para con el otro cónyuge.

Entendemos que la causal consiste en la ejecución por parte del cónyuge instigador, de actos tendientes a obligarlo a cometer un delito, es decir actos que llevan en sí la violencia física o moral. Al no especificar la ley la gravedad o la magnitud de "algún delito", se comprende que el legislador se refiere a la totalidad de ellos, y por lo tanto resulta ocioso incluir a los de incontinencia carnal (lujuria, desenfreno), terminología - que otra parte no es usual en Derecho Penal.

El derecho no puede disimular ninguna forma de incitación para la comisión de un delito, ni razonable es pretender que una persona honrada, unida en matrimonio con otra que carece de honestidad, continúe viviendo - con el cónyuge que hace lo posible por convertirlo en un delincuente.

V.- LOS ACTOS INMORALES EJECUTADOS POR EL MARIDO O POR LA MUJER -
CON EL FIN DE CORROMPER A LOS HIJOS, ASI COMO LA TOLERANCIA EN SU CORRUPCION:

El Código Civil de 1870 decía al respecto: "el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción" El Código Civil de 1884 cambió la palabra "convivencia" por la de tolerancia y la Ley de Relaciones Familiares agregó a lo ya expuesto "o por algún hecho tan grave como los anteriores".

Independientemente de estar contenida esta causal en la fracción V del artículo 267, se encuentra también consignada y con mayor amplitud en - el artículo 270 de nuestro Código Civil, que a la letra dice: "Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean estos de ambos, ya de uno de ellos,

La tolerancia en la corrupción que dá derecho a pedir el divorcio, debe consistir en actos positivos, y no en simples omisiones".

Esta fracción como puede observarse, tiende a proteger la integridad del hogar, en vista de que la ley no puede consentir de ninguna manera que se pervierta a los hijos, y menos aún, que dicha corrupción provenga de sus propios padres. Si un cónyuge trata de corromper a los hijos, nace para el otro cónyuge la facultad de pedir el divorcio; el Juez deberá condenar al culpable a la disolución de su matrimonio y a la pérdida de la patria potestad. La ley prevé también el caso de la simple tolerancia, es decir que terceras personas corrompan a los hijos a través de actos positivos y no de simples omisiones; se justifica la causal como una sanción enérgica para el progenitor que tolera la corrupción, por no defender a sus hijos que están bajo su responsabilidad en el orden material y moral.

VI.- PADECER SIFILES, TUBERCULOSIS O CUALQUIER OTRA ENFERMEDAD CRÓNICA O INCURABLE QUE SEA, ADEMÁS, CONTAGIOSA O HEREDITARIA, Y LA IMPOTENCIA INCURABLE QUE SOBREVenga DESPUES DE CELEBRADO EL MATRIMONIO:

La causal que comentamos estuvo incluida en la Ley de Relaciones Familiares y en el Código de 1884 aunque en términos diferentes, ya que éste último ordenamiento no consideraba enfermedades en especial sino que se refirió a todas las enfermedades contagiosas e incurables contraídas antes del matrimonio y de las cuales no hubiera tenido conocimiento el otro cónyuge. En cambio la Ley de Relaciones Familiares si consideró específicamente la sífilis y la tuberculosis, pero no mencionó si esas enfermedades fueran contraídas antes o después del matrimonio.

Consideramos que la redacción de la causal en el Código de 1884 era mejor que la actual, en virtud de que, para que procediera el divorcio por causa de enfermedad de uno de los consortes, ésta debería ser anterior al matrimonio, y de la cual no hubiera tenido conocimiento el otro cónyuge. El espíritu de esta ley suponía que el novio o la novia que padeciera una enfermedad con los caracteres enumerados en la propia causal, y se casaba ocultando a su consorte el padecimiento que lo aquejaba, cometía una injuria grave, toda vez que la ocultación de ese padecimiento revelaba falta de consideración hacia la persona con quien iba a unir sus destinos.

Esta causal no hace sino contravenir la idea del matrimonio, ya que si bien es cierto que una enfermedad puede desvirtuar o hacer nugatorios sus fines de perpetuación de la especie, de ayuda mutua y de sacrificio que se deben los esposos, el hecho de que a uno de ellos el destino le depara sufrimientos o enfermedades, no quiere decir que el cónyuge sano deba romper el vínculo matrimonial, sino por el contrario y apoyado en sus valores morales y humanos, debe estar más unido con el compañero que cayó en desgracia, independientemente de la culpa que haya tenido para contraer la enfermedad, claro está evitando el contagio de sus hijos y el propio, hasta donde sea posible.

En efecto, en la actualidad y dado los adelantos de la ciencia médica no es difícil precisar cuando una enfermedad es crónica e incurable, contagiosa o hereditaria, sorprendiéndonos con frecuencia que algunas de las enfermedades que se tenían como tales, pueden hoy fácilmente curarse.

Asimismo, no obstante que las enfermedades venéreas, el contraerlas supone culpa o vida desordenada del enfermo, ni aún así consideramos que de de ba ser motivo de divorcio. Nuestro legislador nos señala la norma a seguir, partiendo del enunciado del artículo 277 del Código actual, que establece que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en esta causal, podrá, sin embargo, solicitar se suspenda la obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo; quedando subsistentes las demas obligaciones.

La segunda parte de ésta fracción se refiere a la "impotencia incurable", que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. Debemos afirmar que la impotencia a de ser posterior a la celebración del matrimonio, por el carácter de impedimento que existe para contraerlo; pero puede suceder que esa impotencia incurable a que hacemos mérito ocurriera cuando ya se hubiera cumplido con una de las finalidades del mismo, como es la procreación de los hijos. ¿los esposos promoverían el divorcio basado en ésta causal? seguramente que no, porque en el matrimonio la perpetuación de la especie no es el fin último del mismo; ¿que puede interesarle a una esposa con solvencia moral, si su marido está o no impotente? a ella le atrae el marido por las demás virtudes que posee, le convienen sus hijos, el hogar y su posición de esposa ante la sociedad.

Ahora bien, ésta fracción no considera como causal de divorcio a la esterilidad permanente, que impide cumplir con uno de los fines del matrimonio. Vemos la conveniencia de establecer como posibilidad para que no se disuelva el vínculo la llamada autoinseminación artificial en seres humanos. Esta materia que poco ha sido tratada en nuestro País, pudiera salvar esos matrimonios en donde al esposo le llegue la impotencia incurable, pero su esperma es apto para fecundar a su cónyuge.

VII.- PADECER ENAJENACION MENTAL INCURABLE PREVIA DECLARACION DE INTERDICCION QUE SE HAGA AL RESPECTO DEL CONYUGE DEMENTE;

El artículo 271 del Código Civil decía: "Para que pueda pedirse - el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad". Sin embargo, éste artículo fué derogado en el año de 1983, estableciendo nuestra legislación actual que la enajenación mental tendrá que ser declarada en un juicio de interdicción que se le siga al enfermo, en cuya sentencia debidamente ejecutoriada se declare que el cónyuge queda incapacitado, previo nombramiento de un tutor. Es decir, no es necesario esperar el transcurso de dos años para poder solicitar el divorcio por ésta causal.

El artículo 277 del Código Civil vigente textualmente establece: "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 me dio de éste ordenamiento legal se le dá la opción al cónyuge sano para solicitar el divorcio-separación. En cambio, si opta por el divorcio vincular, podrá pedir la separación judicial provisional mientras se sigue el - juicio de interdicción y durante el procedimiento de divorcio, de conformi dad con lo establecido por los artículos 275 y 282 del Código Civil actual.

Con un criterio diferente al nuestro, otras legislaciones no fijan como causa de divorcio padecer enajenación mental, principalmente la Francesa, en donde se dice que en caso de la enfermedad aludida, es donde real mente debe mostrarse con mas eficacia el principio de ayuda mutua que se - deben los esposos.

VIII.- LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES - SIN CAUSA JUSTIFICADA:

En los Códigos anteriores, así como en la Ley de Relaciones Familiares era causa de divorcio el "abandono del domicilio conyugal sin causa justificada". El Código Civil vigente substituye la palabra "abandono" por separación en ésta causal. El motivo del cambio tendió a evitar los problemas que pudiera dar lugar la acepción jurídica de la palabra "abandono" según se tratara simplemente de la separación de la persona y del incumplimiento de la obligación de convivencia o de la falta de ministraciones para el sostenimiento del hogar.

Para la procedencia de ésta causal se requiere, en primer lugar, - que el abandono haya sido sin causa justificada, pues si el cónyuge está - en condiciones de justificar su ausencia de seis meses no podrá el Juez disolver el vínculo matrimonial. En segundo término el abandono debe ser material, o sea la ausencia del domicilio conyugal y el incumplimiento de - los deberes matrimoniales.

La fracción se refiere a la separación de la casa conyugal, esto es, para que proceda la causal, es necesario que exista el hogar conyugal, por lo que no podrá invocarla el marido, si previamente no ha cumplido con la obligación de instalar a su esposa y por lo mismo no pude afirmar que la mujer se haya ausentado de un domicilio que no existe. El artículo 163 del Código Civil vigente manifiesta que "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaban de autoridad propia y consideraciones iguales"

El sentido jurídico de la palabra "separación" se manifiesta cuando de los hechos precedentes y los siguientes se demuestre la firme intención de romper la vida en común, no bastando por lo tanto las simples ausencias, ya que en ellas existe la posibilidad de que el cónyuge vuelva al hogar.

Creemos que si interpretamos literalmente el artículo 29 de nuestro Código Civil, para aplicarlo a la fracción VIII del artículo 267, sería muy difícil probar ésta causal pues bastaría al cónyuge demandado decir que ha estado durante los seis meses en el centro principal de sus negocios, para hacer improcedente la causal invocada por el actor.

La Suprema Corte de Justicia ha sentado Jurisprudencia al respecto en los términos siguientes: "la ley al hablar del domicilio familiar, que no debe confundirse con otro domicilio, esto es, a la casa habitación donde los esposos residen habitualmente, hacen vida en común, y cumplen las formalidades del matrimonio".

Por otra parte, la palabra abandono no se refiere exclusivamente a la materialidad de la casa que se habita, sino que se refiere al abandono de las personas, de cosas y obligaciones; a un acto voluntario por el cual uno de los cónyuges deje de prestar al otro y a los hijos, la protección y auxilio que está obligado a brindarles.

Con el abandono del hogar y el incumplimiento de las demás obligaciones inherentes al matrimonio puede tipificarse el delito de abandono de

personas. En efecto, el artículo 336 del Código Penal vigente textualmente manifiesta: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicará de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado".

Asimismo, el artículo 337 del mismo ordenamiento dice que "el delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de parte agraviada. El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio..."

IX.- LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE PARA PEDIR EL DIVORCIO, SI SE PROLONGA POR MAS DE UN AÑO SIN QUE EL CONYUGE QUE SE SEPARO ENTABLE LA DEMANDA DE DIVORCIO;

En ésta causal el legislador marca el camino a seguir del cónyuge culpable, ya que le concede la facultad de pedir el divorcio por la inercia del cónyuge inocente.

La fracción VI del artículo 227 del Código Civil de 1884 contenía esta causal de la siguiente manera: "el abandono del domicilio conyugal - sin justa causa, o cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio". La diferencia entre aquel ordenamiento civil y el actual, por lo que se refiere a esta fracción, se lo caliza en el término "abandono" toda vez que el Código de 1928 emplea la pa labra "separación"; abandono implica el ejercicio de un acto voluntario, mientras que separación se refiere más bien a la situación de hecho que guardan los cónyuges, por lo que creemos que estaba mejor redactada la cau sal en el Código de 1884.

Tenemos la impresión que la mayor parte de las causales para pedir el divorcio tienen en sí la idea de culpa de parte de uno de los cónyuges; esta causal presenta aspectos muy diferentes, ya que, partiendo de la hipótesis de que uno de los cónyuges se encuentra separado del domicilio conyugal por más de un año sin que el otro cónyuge entable la demanda de divorcio; de acuerdo con la ley nace al otro esposo, el derecho de promover la disolución del matrimonio.

Suponemos que el cónyuge que se separó lo hizo porque tenía justificación, mas lo que la ley sanciona en este caso es su negligencia, el abandono de un derecho que le corresponde. Tal parece que la ley está exigiendo al cónyuge inocente que a toda costa debe solicitar el divorcio, le apremia que actúe porque si no lo hace se convierte en presunto demandado.

Nos parece que esta fracción está en contradicción y destruye el contenido del artículo 278 del Código Civil vigente: "el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que funde la demanda". Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido la siguiente tesis jurisprudencial: "el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio es un término de caducidad y no de prescripción. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, pero se diferencian, fundamentalmente, en que la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio, la segunda sólo puede analizarse -

efecto, la separación de la casa conyugal no puede ser justificada e injustificada al mismo tiempo ; pero la irregularidad de alegar estas dos causas de divorcio no producen su anulación procesal, sino que da lugar, aplicando por evidente analogía la tésis adoptada por la Suprema Corte de Justicia sobre acciones contrarias o contradictorias, a que el Juez requiera al actor para que manifieste cuál de las causales es la que prefiere seguir sosteneiendo, y cuando ello no sucede determinar la causal en que los contendientes concentraron el debate".

X.- LA DECLARACION DE AUSENCIA LEGALMENTE HECHA, O LA DE PRESUNCION DE MUERTE, EN LOS CASOS DE EXCEPCION EN QUE NO SE NECESITA PARA QUE SE HAGÁ ESTA QUE PROCEDA LA DECLARACION DE AUSENCIA:

Creemos que ésta causal puede desaparecer de nuestro Código como motivo de divorcio, ya que en realidad fué concebida para regular la situación patrimonial del ausente con relación a sus herederos. En la práctica es de muy difícil aplicación, pues para obtener una sentencia en que se declare la ausencia o la presunción de muerte, se necesita el transcurso de varios años, y la costumbre es invocar el lapso señalado en la fracción VIII del ordenamiento civil de referencia.

XI.- LA SEVICIA, LAS AMENAZAS O LAS INJURIAS GRAVES DE UN CONYUGE PARA EL OTRO:

El Código de 1870 sólo enumeraba en la fracción VI del artículo 240, "las sevicias de un cónyuge al otro". En el Código de 1884 ésta causal estuvo incluida y expresada en los mismos términos al Código vigente, no así la Ley de Relaciones Familiares que expresaba: "las sevicias, las amenazas o las injurias graves", adicionando "los malos tratamientos de un

cónyuge para el otro, siempre que estas y aquellos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común".

Algunos tratadistas consideran estos hechos como causas autónomas que entrañan determinadas infracciones de los deberes de mutua estimación y asistencia. Autores como Planiol abservan que no existen diferencias entre los términos "exceso" y "sevicia"; por esta última entienden "todos los malos tratos materiales, desde los golpes simples en vías de hecho, hasta la tentativa de homicidio, a condición de que se trate de actos voluntarios".

Existe una corriente entre algunos autores modernos que quieren introducir el término "exceso" para llamar así a los actos que son considerados de mayor gravedad, como son los que ponen en peligro la vida humana, y "sevicia" a los actos violentos que no amenazan la vida ni ponen en peligro la salud de la persona. Se critica lo anterior y en eso estamos de acuerdo, en que tal clasificación es ilógica pues "exceso" supone salirse de lo permitido, en cambio "sevicia" denota crueldad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido la sevicia como la crueldad excesiva de un cónyuge hacia el otro, con el propósito de hacerlo sufrir, siendo necesario un estado de inferioridad física o jerárquica en la víctima para configurar la sevicia. La sevicia, como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados.

Por amenaza podemos entender la promesa, traducida en palabras o - actos de un mal que puede lesionar cualquier bien jurídicamente tutelado - del cónyuge amenazado relativo a su persona, la vida, la integridad corporal, la salud, etc. La amenaza constituye un ataque a la tranquilidad personal sumiendo en un estado de incertidumbre al cónyuge a quien va dirigida, ocasionándole trastornos de incalculable trascendencia.

Injuria es la expresión proferida o acción ejecutada con el propósito de ofender. La injuria se integra con dos elementos; uno objetivo ó sea la expresión o la acción, y otro subjetivo; la intención de ofender, - ambos deben concurrir.

La Suprema Corte a definido que "para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de - ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, - lo cual deberá hacer el Juez al dictar la sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impli- que vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condi- ción social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron - las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impli- que tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se - deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intensión con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al - ofendido".

El carácter de gravedad de que habla esta causal es relativo; en realidad depende del grado de educación de las personas en virtud de poder observar que las ideas, la instrucción, la educación y la moral son muy distintos en los individuos dentro de la sociedad. Existen personas bas-tantes sensibles y otras acostumbradas a un lenguaje brutal. A éstas últi-mas las honran las injurias que sean, no le hieren en lo mas mínimo, mien-tras que a las primeras el sólo tono de voz las puede lastimar debido a su delicadeza.

Dadas tantas diferencias, será muy difícil al juzgador apreciar en cada caso si de los hechos que exponga el cónyuge ofendido se configura la injuria. Sin embargo, la Corte sigue sosteniendo que "la gravedad de las injurias como causa de divorcio establecida por la fracción XI del artícu-lo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, debe ser calificada por el juzgador, pues sería contrario a los más elementales principios de la -técnica jurídica, que quedaran a la apreciación de los interesados".

Planiol define la injuria en la forma siguiente: "Es un acto que no supone atentado material al cuerpo o a la salud, sino que es toda ofen-sa o ultraje cualquiera que sea su forma, verbal o escrita".

Para que la injuria sea causal de divorcio, algunos tratadistas - opinan que las injurias no sean compensadas y además, que sean de tal natu-raleza que perturben la convivencia familiar.

La causal que comentamos es de las más utilizadas para disolver el vínculo matrimonial, por el profundo relajamiento de los sentimientos de - los esposos; enjendra odios que cada vez se van acumulando hasta que ya - no se pueden soportar y se opta por el divorcio.

XII.- LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 164, SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR - PREVIAMENTE LOS PROCEDIMIENTOS TENDIENTES A SU CUMPLIMIENTO, ASI COMO EL INCUMPLIMIENTO, SIN JUSTA CAUSA, POR ALGUNO DE LOS CONYUGES, DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA EN EL CASO DEL ARTICULO 168:

El artículo 164 del Código Civil vigente dice: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y 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 este 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 168 del mismo ordenamiento civil comentado reitera la igualdad jurídica de los consortes y la obligación de resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la educación de los hijos y a la administración de los bienes.

Generalmente el marido tiene obligación de alimentar a la mujer y a los hijos, quienes tienen a su favor la presunción de necesitar los alimentos, de ahí que al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, dice el artículo 282 fracción tercera del Código Civil: señalar y asegurar los

alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos. Sin embargo, el artículo 164 del mismo ordenamiento distribuye la carga económica en ambos cónyuges en los términos que particularmente pacte y solamente en caso de excepción uno de ellos atenderá íntegramente al sostenimiento del hogar.

Ahora bien, el hecho de que alguno de los cónyuges se niegue a dar alimentos al otro no debe ser motivo de divorcio. El Estado debe intervenir para que se cumpla esta obligación de los esposos, corresponde a la Nación a través de cualquier medio hacer que se cumpla esta obligación de los esposos de darse alimentos, sin esperar que la negativa de parte del obligado, haga nacer en el otro cónyuge el derecho de pedir la disolución del vínculo matrimonial.

XIII.- LA ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO, POR DELITO QUE MEREZCA PENA MAYOR DE DOS AÑOS DE PRISION:

Esta causal fué transcrita literalmente de la Ley de Relaciones Familiares. En el Código de 1884 también estaba establecida, pero sin aludir a la pena que debería tener el delito, pues tan sólo decía: "la acusación hecha por un cónyuge contra el otro". En nuestro Código Civil vigente se fija la sanción mínima de dos años para que pueda considerarse causal de divorcio, lo que pensamos que es mas justo pues por causas leves estimadas como calumnias por uno de los cónyuges se daría lugar a la disolución del vínculo matrimonial.

El Código Penal, al que necesariamente hay que recurrir por la naturaleza de la causal, se refiere a la calumnia como delito que pueden cometer los particulares entre sí, al decir la fracción I del artículo 356:

"El delito de calumnia se castigará... fracción I; Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por laley, si este hecho es falso o es inocente la persona a quien se le imputa".

Para que opere esta causal, no es necesario que exista una sentencia ejecutoriada que absuelva al acusado del delito que se le imputó. En efecto, la Suprema Corte sostiene la Jurisprudencia que afirma: "Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una -sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se -archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el Juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge a otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la -consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común".

La falsedad es la imputación de la mentira a sabiendas de que lo -es, y por lo tanto la imputación motivada por error, aún cuando a la postre resulte inexacta, no constituye calumnia.

La acusación calumniosa es en sí la mas grave e infamante de las injurias que puede proferir un cónyuge a otro, quien no ha vacilado en hacer a su consorte víctima de las humillaciones mas crueles, cuyas heridas

quizá no sicatrizan pues engendran resentimientos y odios tan profundos, - que nada puede desplazarlos. Por lo tanto, estimamos que la inculpación calumniosa es materia penal y por consiguiente debería excluirse ésta fracción como causal de divorcio de nuestra legislación civil, en obsequio a - las buenas costumbres y a la moral social.

XIV.- HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO QUE NO SEA POLITICO, PERO QUE SEA INFAMANTE, POR EL CUAL TENGA QUE SUFRIR UNA PENA DE PRISION MAYOR DE DOS AÑOS:

Esta causal no estuvo contenida en los códigos anteriores, pero si en la Ley de Relaciones Familiares, sólo que en forma deficiente, pues no especificaba la clase de delito por lo que daba lugar a que cualquiera de los cónyuges que cometiera un delito con penalidad de dos años de prisión, quedaba expuesto a que se le entablara demanda de divorcio, lo que nos parece injusto, porque hay ocasiones en que se delinque por imprudencia o - con alguna circunstancia excluyente de responsabilidad penal.

La fracción IX de la Ley de Relaciones Familiares establecía: "haber cometido un de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años. Nuestro Código Civil suprimó la palabra "destierro", aclarando que sólo procede el divorcio si el - delito es infamante y no político, o sea contra la seguridad de la nación. En cuanto a la calificación de infamante se estará forzosamente a la interpretación judicial, porque nuestra legislación penal no contempla a los delitos en infamantes ó no infamantes. En un sentido amplio, cualquier condena penal, excepto de delito político, constituye una infamia, entendida la misma como un acto vergonzoso .

El legislador al incluir esta causal, seguramente pensó en librar al cónyuge que no ha delinuido y a sus hijos de la censura popular, ya que los hechos delictuosos envuelven también a personas inocentes que ninguna responsabilidad tienen en el ilícito, y por lo tanto dan con esta causal la oportunidad al consorte de sustraerse por medio del divorcio de la influencia perniciosa que pudiera ejercer el cónyuge que ha cometido el delito.

XV.- LOS HABITOS 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:

Esta causal, en el Código de 1884, se refería a los vicios incorregibles del juego y la embriaguez, pero la Ley de Relaciones Familiares limitó esta causal a la embriaguez, suprimiendo el juego. El Código Civil de 1928 volvió a considerar los hábitos de juego adicionando el uso de drogas enervantes.

Como se vé, resulta mas atinado referirse a los hábitos de juego o de embriaguez, que a los vicios incorregibles, sin que exista en la anterior legislación, como en la actual, un criterio definido para considerar hasta que punto un vicio es incorregible.

El hábito de juego llevado al extremo, generalmente conduce a la ruina económica, pero hay casos de personas que han hecho del juego su modo de vivir, que han nacido para jugadores y que tienen ciertos dotes de malicia que los coloca en una situación ventajosa. En la primera hipótesis

el cónyuge puede invocar la causal de divorcio porque el hábito al juego - de su consorte amenaza causar la ruina; ¿pero que decimos de la segunda su posición en que el jugador habitual tiene éxito? aquí no cabe invocar la causal de divorcio, no obstante que el éxito de éste último sea el causante de la amenaza de ruina del hogar de otros jugadores. Creemos que esta causal no tiene la debida consistencia, pues premia al jugador que gana y - castiga al que pierde.

El hábito de embriaguez convierte a la persona en un irresponsable que paulatinamente va minando su salud, engendrando hijos que quizá nacen con anormalidades psíquicas y físicas que los convierte en cargas morales para su familia y la sociedad. Estos mismos argumentos valen para los que hacen uso indebido de drogas enervantes que envenenan el organismo y degeneran la raza. Es tan grave este hábito que nuestra Carta Magna en su artículo 73 fracción XVI eleva ésta materia al rango de competencia federal, - por el alto interés que se tiene en la salud de la familia y la sociedad.

Esta causal podría desaparecer de nuestra legislación civil, o al menos modificarla por imprecisa, ya que trata del uso indebido de drogas enervantes sólo cuando amenaza causar la ruina así como los hábitos de juego y embriaguez; ¿cuando estos hábitos y usos no amenazan causar la ruina de la familia son o no motivo de divorcio? ¿que acaso es permitido convivir con un vicioso cuyos hijos sufran las consecuencias al nacer con taras? Podría ponerse el remedio si a tiempo se rompe el vínculo matrimonial, antes de lamentar sus consecuencias. A esto se llama ruina y no al cambio - de situación económica, pues esta puede rehacerse, mientras que la ruina moral que provocan estos vicios quizá nunca logre recuperarse.

XVI.- COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DEL OTRO, UN ACTO QUE SERIA PUNIBLE SI SE TRATARA DE PERSONA EXTRAÑA, SIEMPRE QUE TAL ACTO TENGA SEÑALADA EN LA LEY UNA PENA QUE PASE DE UN AÑO DE PRISION:

El artículo 399 bis del Código Penal vigente señala que los delitos correspondientes a "Daño en propiedad ajena", se perseguirán por que-rella de parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad así-mismo hasta el segundo grado.

Quando el delito de esta naturaleza lo cometa un consorte contra el otro, éste puede optar por acusarlo penalmente, solicitar el divorcio, o ambas acciones. Basta que promueva éste último ante los juzgados familiares e invocar el hecho como causal, dejando al arbitrio del Juez que conozca del asunto valorar la conducta del demandado y determinar si procede o no la disolución del vínculo matrimonial.

Esta causal da seguridad y protección a la persona y bienes de los cónyuges, aunque en sí lleva implícita una sanción que en muchos casos resulta desproporcionada en relación con el delito cometido. Es suficiente para nuestro legislador que sea la primera vez que el cónyuge cometa un delito para que se coloque dentro del presupuesto legal que origina la ruptura del vínculo matrimonial. Nuestro Código es inexorable; no habla de reincidencia, no da la oportunidad a quien ha delinquirido para reconsiderar su actitud y corrija sus yerros, seguramente porque el legislador conside-ra que debe ser el propio cónyuge ofendido el que conceda esa oportunidad.

XVII.- EL MUTUO CONSENTIMIENTO:

Esta causal es válida en todos aquellos sistemas jurídicos que como el nuestro consideran el matrimonio como un contrato que puede terminarse por la voluntad de las partes, expresada ante el Juez de lo Familiar y de acuerdo con el procedimiento establecido al efecto.

Hay quien piensa que estando al alcance la posibilidad legal de - que el matrimonio sea disuelto de esta manera, conduce a graves problemas sociales dándole al matrimonio un toque de frivolidad y le resta seriedad como institución. Los que así piensan son personas que no aceptan la realidad, ya porque permanecen célibes y entonces sus observaciones las hacen superficialmente entre los seres que los rodean, o bien, siendo casados, - se han formado un concepto equivocado propiciado muchas veces por sus - creencias.

Por otra parte, afirman que esta causal de divorcio por mutuo consentimiento propicia el encubrimiento de auténticas causales, y esto es - cierto, ya que con ello se logra que los motivos reales para disolver el - vínculo matrimonial no trasciendan, por la necesidad o conveniencia para - los cónyuges, la de los hijos y aún para la de la misma sociedad.

Esta forma de divorcio ha sido y será la que promoverán las personas prudentes ya que tiene en su favor, que previa la disolución del vínculo matrimonial y de común acuerdo, se liquide la sociedad conyugal y se resuelva la situación de los hijos menores o incapacitados por medio de - un convenio que deberá ser aprobado por el Ministerio Público, quien tiene

la facultad de modificarlo cuando considere que los derechos de los hijos y del otro cónyuge no queden debidamente garantizados así como la liquidación de la sociedad conyugal en caso de que se hubieren aportado bienes de consideración. Si el convenio de referencia fuere inaceptable, entonces no será aprobado y por consiguiente tampoco se decretará la disolución del matrimonio.

En esta causal, en principio, es la voluntad de los esposos la única que está facultada para decidir y resolver sobre su condición matrimonial, la liquidación de la sociedad conyugal y la situación de los hijos. Por eso estimamos, que si fué la voluntad de los consortes la que determinó que umieran sus destinos, debe ser esa misma voluntad la que en última instancia determine la disolución del vínculo matrimonial.

XVIII.- LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION, LA CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALQUIERA DE ELLOS:

Cuando se demanda el divorcio, significa que el matrimonio se ha dañado de tal manera que ya no existe entre los consortes la affectio maritalis que mencionaban los romanos. A veces la demanda de divorcio es la expresión de un deterioro en la relaciones conyugales que puede ser reparado mediante el desistimiento de la demanda, la reconciliación y el perdón, volviendo las cosas a su estado inicial.

Esta causal, jurídicamente no es muy precisa en virtud de los efectos que puede producir la sentencia de divorcio en las personas de los cónyuges. En efecto, el artículo 288 de nuestro Código Civil manifiesta:

"En los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de los alimentos en favor del inocente. En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. - Mismo derecho que tendrá el cónyuge varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, en las mismas circunstancias que la cónyuge".

Ahora bien, la fracción que comentamos no encaja dentro del mutuo consentimiento y por eso no se obtendrán los alimentos en las circunstancias señaladas en el artículo antes mencionado. En tal virtud esta causal solamente se podrá promover en un juicio de divorcio necesario, pero, sin que en la sentencia se hable de cónyuge inocente ni culpable y tampoco se tendrá derecho a recibir alimentos. Es decir, si durante la separación por mas de dos años el marido ha cumplido o no con la pensión alimenticia, al cumplirse ese término, podrá solicitar el divorcio basado en la causal XVIII del artículo 267 del Ordenamiento citado, y en la resolución no se le podrá condenar a cubrir alimentos a su esposa que no tenga ingresos suficientes.

Creemos que a esta fracción se le debe adicionar con el derecho a alimentos que tendrá, a juicio del juzgador, el cónyuge que los necesite - como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial obtenido por la causal de separación de hecho que dure mas de dos años.

EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE, COMO CAUSAL DE DIVORCIO:

El artículo 79 de la Ley de Relaciones Familiares, es el antecedente inmediato de la norma que comentamos de la ley actual. Son casi idénticas, pues la única variación que encontramos es que en la primera de las leyes decía: "durante estos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido", mientras que, el ordenamiento civil que nos rige dice: "durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

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

Observamos que el artículo 268 se opone al espíritu del artículo - 281 del Código Civil que dispone: "El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; mas en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio". El desistimiento de la solicitud de divorcio, tacitamente se entiende como el perdón de la causal en que se fundó la demanda.

Creemos que al texto de esta causal, que el legislador reguló en forma autónoma, se le podría adicionar "la caducidad de la instancia que operará, dice el artículo 137 bis del Código de Procedimientos Civiles, de pleno derecho cualquiera que sea el estado del juicio desde el emplazamiento hasta antes de que concluya la audiencia de pruebas, alegatos, y sentencia, si transcurridos cientos ochenta días hábiles contados a partir de la notificación de la última determinación judicial no hubiere promoción de cualquiera de las partes.....II.- La caducidad extingue el proceso, pero no la acción; en consecuencia se puede iniciar un nuevo juicio".

Sin embargo, esta causal se presta a que se cometan injusticias con el cónyuge inocente, porque puede suceder que éste demande a su consorte teniendo pruebas suficientes y que el Juez no les atribuya el valor probatorio que tienen o bien que haya falta de atención en el procedimiento y se venzan términos u ocurran circunstancias que traigan como consecuencia que no se pruebe la acción en el juicio. En estos casos el litigio se perdería y el cónyuge pasaría de demandante a demandado si el otro cónyuge aprovecha la oportunidad que le brinda la causa contenida en el artículo 268 que comentamos, ya que existe a su favor una prueba instrumental irrefutable que es el expediente en que fué demandado y por consiguiente el Juez dictaría la sentencia de divorcio en contra del demandado, por el sólo hecho de no haber probado su acción en el primer juicio en el que fué actor.

2.4 SIMILITUD DE ALGUNOS CODIGOS CIVILES DE LAS ENTIDADES
FEDERALES CON EL DEL DISTRITO FEDERAL.

Si bien es cierto que en el Código Civil vigente podría ser justificable la forma en que se elaboró, pues fué en un plazo perentorio de escasos dos años, de donde resultaba materialmente imposible que las Instituciones Civiles fueran tratadas con sistema, orden y técnica jurídica, estimando desde luego que este Código de 1928 es una obra legislativa de las más avanzadas en cuanto a las Doctrinas Sociales que incluye en su contenido; - también lo es que en algunos códigos civiles, como los de Chiapas, Michoacán, San Luis Potosí, Nuevo Leon, Sonora, Estado de México, Tabasco, etc., resulta incomprensible que los legisladores se ubieran concretado únicamente a copiar el texto del Código Civil para el Distrito Federal, en demérito de los grandes juristas que han existido en muchas de las Entidades Federales de nuestro País.

Por tal motivo, existe mucha similitud entre los códigos civiles de los Estados con el nuestro, principalmente en lo que se refiere al matrimonio y al divorcio en virtud de que sus textos ya no contemplan una definición del matrimonio tal como lo hacía el de 1884. También, se dan algunas diferencias motivadas principalmente por las aproximadamente veintiocho modificaciones que ha sufrido nuestro ordenamiento legal a partir de 1938. - Por ejemplo, en la causal de divorcio que se refiere a la enajenación mental incurable, la mayoría de las Entidades omite la "previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente".

En la causal de divorcio que se refiere a la negativa de los cónyuges a darse alimentos, el código civil de 1928 afirma que no es necesario -

agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento y el ordenamiento civil del Estado de Morelos dice en el artículo 360 fracción XII que "para hacer valer esta causal es necesario que previamente se haya exigido tal cumplimiento en juicio. Que el juicio de divorcio se sobreseará si el deudor comprueba el monto de sus ingresos y se aviene a aseguramiento - que podrá consistir en cualquiera de los medios que establece el artículo 418 del mismo ordenamiento (hipoteca, prenda, fianza, fideicomiso o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos), o por oficio que se gire a quien cubre sus sueldos para que entregue al acreedor la cantidad que se le asigne".

Asimismo, la fracción XVIII del artículo 267 de nuestra ley civil, que se refiere a la separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos, no la contiene ningún código civil de las Entidades Federales, quizá por ser una causal relativamente nueva y cuyos comentarios hicimos anteriormente en el presente trabajo.

Por otra parte, tanto en nuestro código civil como en el del Estado de Tabasco, se reglamentan en los mismos Libros, Títulos y Capítulos, teniendo igual numeración del artículo primero al 1179 y, en ambos ordenamientos, el capítulo X que se refiere al divorcio, se encuentra reglamentado por los artículos 266 al 291 pudiéndose hacer los mismos comentarios de los artículos 267 fracción II y V, 270, 272, 273, 275, 285 fracciones III y IV, 283, 284, 285 y 287 pues incurrir en la misma falta de usar sustantivos masculinos como comunes de dos, al contener sus textos las palabras "hijos" y "abuelos" en vez de descendientes y ascendientes paternos o ascendientes en segundo grado.

LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EL PATRIMONIO DE FAMILIA. CAPITULO III.

La celebración del contrato de matrimonio da lugar a una serie de efectos de carácter legal, tanto personales como patrimoniales. Por tal motivo, presenta extrema importancia la regulación jurídica que habrá de regular las relaciones de contenido patrimonial que surgen entre los cónyuges en razón del vínculo matrimonial, y en su caso, la disolución del mismo.

Los futuros consortes, de acuerdo con nuestro ordenamiento civil vigente, habrán de elegir de común acuerdo el régimen matrimonial que mas convenga a los intereses de su hogar; tratamiento que regulará las relaciones de órden económico que nacen del casamiento, así como las que dispongan entre los esposos y terceros.

Los que han optado por el régimen de sociedad conyugal pensando en constituir en el porvenir algún patrimonio familiar, pueden tener bienes en el momento de la celebración o bien carecer de ellos. Pueden comprender no sólo de los que sean dueños los cónyuges al formarla sino también los bienes futuros que adquieran los consortes.

Asimismo, se ha hecho imprescindible, cada vez más, encuadrar en nuestra realidad social la Institución del Patrimonio de Familia. Así ha procedido el legislador ordinario al crear el capítulo correspondiente en nuestro Código Civil, tratando que se logre dar a la institución la importancia que tiene en nuestros días y por lo tanto se le revista de una jerarquía jurídica para que el Derecho le otorgue la protección necesaria que ésta merece.

3.1 SOCIEDAD CONYUGAL.- Definición, Tésis, Jurisprudencia.

Es necesario hacer notar que el Código Civil vigente para el Distrito Federal no contempla un concepto ni tampoco una definición de la sociedad conyugal, por lo tanto, a través de la doctrina tratamos de elaborar la siguiente: "La sociedad conyugal es un contrato civil, celebrado entre los cónyuges al momento del matrimonio o con posterioridad a éste, para acordar el dominio y administración sobre los bienes de ambos mientras subsista la sociedad, así como la forma de su liquidación, permitiéndose que formen parte de él los bienes futuros, siempre y cuando satisfagan la posibilidad de ser física, jurídica y comercialmente adecuados".

En nuestro régimen legal, la sociedad conyugal, se origina desde el momento en que los futuros cónyuges manifiestan ante el Juez del Registro Civil su voluntad de unirse en matrimonio; siendo consecuencia de éste la constitución de la sociedad conyugal, separación de bienes o un régimen mixto que combine a los anteriores. También, puede originarse durante la vigencia del matrimonio, y esto sucede cuando los esposos instituyen el régimen de separación de bienes por el de sociedad conyugal.

La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él ...artículo 164 del código civil vigente, y al efecto transcribimos la Tésis 225, apéndice al Semanario Judicial de la Federación (1917-1975) tercera parte. Segunda Sala. Pag. 1062. México 1975.- SOCIEDAD CONYUGAL, BIENES PROPIOS ANTERIORES AL MATRIMONIO, NO SE INCLUYEN, SALVO PACTO EN CONTRARIO. "Salvo pacto en contrario los bienes propios de cada uno de los cónyuges, que tenían antes de la celebración del matrimonio, continúan perteneciendo-

les de manera exclusiva, a pesar de que el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, porque las aportaciones, al implicar - traslación de dominio, deben ser expresas".

Sexta Epoca. Cuarta Parte:

Vol. XXXVI, Pág. 74. A.D. 2727/59.- Cármen López de Mendoza.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLIV, Pág. 152. A.D. 2685/60.- Lorenzana Martínez Pacheco.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. LXVII, Pág. 122. A.D. 5600/61.- Leopoldo Jiménez Galván. 5 votos.

Vol. LXVII, Pág. 122. A.D. 5598/61.- Marfa Guadalupe Serrano de Adán.- 5 votos.

Vol. LXXII, Pág. 97. A.D. 3747/61.- Francisco R. Jaen Molina.- Unanimidad de 4 votos.

Por lo antes expuesto, tenemos que es el acuerdo de voluntades lo que dá origen a la sociedad conyugal; pues los pretendientes o cónyuges, según sea el caso, tienen la mas absoluta libertad para establecer el régimen patrimonial de su matrimonio que mas convenga a sus intereses, de entre los tres que contempla nuestra ley civil. En efecto, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no contratos y al hacerlo obran libremente en un plano de igualdad, poniéndose de acuerdo los contratantes en los términos del contrato y determinan su objeto, sin mas limitación que el órden público en los términos del artículo 6 de la ley que nos ocupa: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

El artículo 189 del Código Civil vigente dice: Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

I.- La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;

II.- La lista especificada de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;

III.- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ellas, o únicamente de las que contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos.

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 este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad

V.- La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge;

VI.- La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en que proporción;

VII.- La declaración terminante acerca de quién debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden;

VIII.- La declaración acerca de si los bienes futuros que adquirieron los cónyuges durante el matrimonio, pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en que proporción;

IX.- Las bases para liquidar la sociedad.

Debemos señalar que en la práctica los cónyuges no cumplen con lo señalado en el anterior artículo, limitándose a mencionar el régimen bajo el cual desean se rija su matrimonio; y así es como escuetamente, encontramos anotado en las actas de matrimonio que se celebró bajo sociedad conyugal o separación de bienes, y en el caso de que sea efectuado el vínculo bajo el primer régimen, los consortes en la mayoría de los casos desconocen las consecuencias jurídicas derivadas del mismo.

En la práctica las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal se fijan en formularios impresos, en los que se declara que los contrayentes no tienen bienes presentes, y que la sociedad conyugal comprenderá todos los bienes muebles e inmuebles y sus productos que los consortes adquieran durante su vida matrimonial, incluyendo el producto del trabajo.

Las capitulaciones matrimoniales que realizan los contrayentes consisten en realidad en un contrato de adhesión, o mejor dicho un contrato de "machote", porque no es una de las dos partes quien lo elabora y la otra se limita a aceptarlo, sino que se trata de una forma o modelo impreso por el Estado que los pretendientes firman casi mecánicamente, como parte del papel que exhiben al Juez del Registro Civil para poder contraer matrimonio.

Ahora bien, a pesar de que en el citado formulario no se distingue que clase de bienes futuros entraran en la sociedad, deberá entenderse que son todos, sin embargo, consideramos que quedarán excluidos, aunque nada se pacte al respecto, aquellos bienes que uno sólo de los cónyuges adquiera por herencia, legado o donación; adquisición que se haga con la prohibición de que entrarán en la sociedad conyugal.

En relación a los premios de la Lotería encontramos la siguiente -
 Tesis: Sociedad Conyugal, bienes de la. Premios de la Lotería Nacional.-
 (Legislación de Tamaulipas). "La determinación de la responsable en el sen-
 tido de que el premio de la Lotería Nacional que obtuvo uno de los cónyuges
 se considere que pertenece a la sociedad conyugal, no viola los artículos -
 75 y 81 del Código Civil, puesto que el primero de estos artículos sólo ex-
 cluye de ingresar al patrimonio de la sociedad los bienes que durante la -
 unión matrimonial adquieren los cónyuges por herencia o donación, y el pre-
 mio de la Lotería no está en ninguno de esos dos casos porque no es una do-
 nación sino un don de la fortuna, resultado de un contrato aleatorio, así -
 que conforme al segundo de los artículos citados, al liquidarse la sociedad
 conyugal tendrá que ser dividido el importe de ese premio, por partes igua-
 les entre ambos cónyuges, ya que no se demostró la existencia de ningún pa-
 to en contrario".

Sexta Epoca, Cuarta Parte; vol. XLVII, Pág. 58. A.D. 3708/58.- Enrique Bretz-
 felder.- Unanimidad de 4 votos.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, el machote o formulario no
 es anexo al acta de matrimonio, ni firmado por los contrayentes, y como -
 ya mencionamos, los Jueces del Registro Civil se limitan únicamente a pre-
 guntar a los futuros esposos en el momento de celebrarse el casamiento, -
 cual el régimen patrimonial que adoptan. Y es así como infinidad de pare-
 jas, deciden en cuestión de segundos, y sin saber las consecuencias jurídi-
 cas de su respuesta, sobre el régimen patrimonial que habrá de regir duran-
 te su matrimonio.

Consideramos que el régimen patrimonial de un enlace es de trascen-

dental importancia, y se hace necesario que sean los mismos consortes quienes en forma clara y explícita, cumplan con las disposiciones estipuladas - en el artículo 189 en virtud de que éstas vienen a constituir los elementos esenciales del contrato de sociedad conyugal.

Por tal motivo, y como la sociedad conyugal es un contrato civil, - deben establecerse los elementos esenciales que para tal efecto señala nuestro derecho positivo; y, sin el cumplimiento de lo anterior, no debería darse curso a solicitudes de matrimonio que no especifiquen en forma clara y precisa los bienes que habrán de entrar a dicha sociedad. También, entre los requisitos que se piden a los futuros esposos para la celebración del casamiento, se encuentra el de presentar análisis médicos llamados prenupciales, ya que, sin la presentación de tales exámenes no se da trámite a la petición de enlace, misma exigencia que debería instituirse para la presentación de capitulaciones matrimoniales en las que se constituya el régimen deseado.

Asimismo, las deudas que tuvieran los futuros consortes respecto a las capitulaciones, deben ser aclaradas por el Juez del Registro Civil o el personal del mismo, debidamente capacitado para el efecto; y no seguir incurriendo en el error de preguntar solamente a los contrayentes bajo cual régimen desean que se sancione su unión; o en el mejor de los casos el de hacerles firmar el formulario elaborado por el Registro Civil, en donde de ninguna manera se cumple con lo expresamente señalado por la ley.

Nuestros artículos 98 y 99 son muy claros respecto a las funciones del Registro Civil en relación al convenio que los pretendientes deben presentar: "...y el Oficial del Registro Civil deberá tener especial cuidado -

sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado..." (artículo 98 - fracción V). "En el caso de que los pretendientes, por falta de conocimientos, no puedan redactar el convenio a que se refiere la fracción V del artículo anterior, tendrá obligación de redactarlo el Juez del Registro Civil, con los datos que los mismos pretendientes le suministren". (artículo 99).

La libertad de convenios matrimoniales. ha traído como consecuencia la mezcla o combinación de la sociedad conyugal y la separación de bienes, mediante la concertación de elementos tomados de ellos formando así un régimen mixto, tal como lo señala el artículo 208 del Código Civil vigente: - "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".

Así las partes pueden reunir las ventajas por ellas reconocidos a - los dos regímenes admitidos por nuestra legislación, o evitar tal o cual inconveniente que ofrezca la adopción pura y simple de uno sólo. Esta libertad en materia de capitulaciones la reconoce el legislador, siempre que las cláusulas que se estipulen no sean contrarias a las leyes, esto de acuerdo con el artículo 182 de nuestra legislación civil que dice: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio".

La misma ley fija la duración de la sociedad conyugal. Por un lado comienza o se origina el mismo día de la celebración del matrimonio o durante la vigencia del mismo; por el otro termina al ocurrir ciertos sucesos señalados por el legislador:

- a) Por mutuo consentimiento.
- b) Por resolución judicial a petición de alguno de los cónyuges.
- c) Por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente.
- d) Por nulidad
- e) Por disolución del matrimonio.

Por mutuo consentimiento: Como ya dijimos, es característica de todo contrato y fundamentalmente del que es objeto la sociedad conyugal, - la mas absoluta libertad para contratar. Y en el caso específico de la sociedad de bienes entre esposos, esa libertad se traduce en el establecimiento de capitulaciones matrimoniales acordes a los intereses de lo que las fijen, así como en las modificaciones que pueden hacer de las mismas en cualquier tiempo.

Por tal motivo, si sólo interviene la voluntad de los consortes para crear la sociedad conyugal, es lógico y así lo entiende el legislador - que sean esas voluntades las que la den por terminada en el momento que así lo deseen, siendo de esta manera como de conformidad con el artículo 197 la sociedad termina por voluntad de los consortes. Sin embargo, si los cónyuges son menores de edad, deberá observarse la disposición del artículo 187 del código civil: "La sociedad conyugal puede terminar antes de que se disuelva el matrimonio si así lo convienen los esposos; pero si éstos son menores de edad, deben intervenir en la disolución de la sociedad, prestando su consentimiento, las personas a que refiere el artículo 181. Esta misma regla se observará cuando la sociedad conyugal se modifique durante la menor edad de los consortes".

Por resolución judicial a petición de alguno de los cónyuges: A tenor a la disposición contenida en el artículo 188 del Código Civil que dice: "Puede también terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio, a petición de alguno de los cónyuges, por los siguientes motivos: I.- Si el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza a ruinar a su consocio o disminuir considerablemente los bienes comunes".

La finalidad social de la sociedad conyugal consiste en el aprovechamiento de los bienes aportados con objeto de destinarlos a lograr el bienestar de la familia y del hogar. Y, ante la situación de que el socio administrador actuando con torpeza o indolencia, amenaze con llevar a la ruina a la sociedad, con el consecuente peligro para la estabilidad de la familia, se ha dado el derecho al cónyuge no administrador para que promueva la disolución y liquidación de dicho convenio.

El mismo artículo en su fracción II señala: "Cuando el socio administrador, sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes perteneciente a la sociedad conyugal, a sus acreedores".

Esa fracción establece que el consorte no administrador podrá sólo citar la terminación de la sociedad, con objeto de poner la parte que a él corresponde, a salvo de los acreedores del socio administrador. Y en su libro de Derecho Mercantil, el tratadista Roberto Montilla Molina, dice: "si el comerciante está casado bajo el régimen de sociedad conyugal y no ha inscrito las capitulaciones matrimoniales, éstas no son oponibles a sus acreedores, quienes están facultados para considerar como bienes propios del comerciante todos los inmuebles que a su nombre aparezcan inscritos en el Re-

gistro Público de la Propiedad y todos los muebles que él posea. Consideramos que el cónyuge del comerciante no puede sostener que la falta de inscripción no le perjudica, porque él también es un tercero, pues como ya hemos visto, el Código de Comercio lo faculta para solicitar, él mismo, la inscripción y si fué negligente debe soportar las consecuencias de su falta de cuidado.

Por sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente: Los artículos 197 y 713 del código civil afirman, respectivamente, que "La sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en los casos previstos en el artículo 188". "La sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal".

Por nulidad: La terminación del contrato de sociedad conyugal, en el caso de nulidad, la entendemos en dos sentidos:

a).- Nulidad de matrimonio, y como consecuencia de ello termina o se disuelve la sociedad conyugal.

b).- Nulidad del contrato de sociedad conyugal, propiamente de éste y no del matrimonio, en esta hipótesis termina también la sociedad.

En ambos casos quedarán a salvo los derechos de terceros, y al respecto el maestro Rafael Rojina Villegas dice: "se entiende siempre que en beneficio de terceros, queden a salvo los derechos de éstos contra el fondo social, no obstante que se decreta la nulidad, pues ésta es una sanción que sólo debe surtir efectos entre los cónyuges".

Por disolución del matrimonio: Siendo el matrimonio un presupuesto de la sociedad conyugal, al producirse la disolución del mismo se origina - necesariamente la de la sociedad conyugal, atento a lo preceptuado por el artículo 197 del Código Civil vigente. Así el matrimonio se disuelve por dos causas, siendo la primera la muerte de alguno de los cónyuges; con la muerte de uno de los esposos al parecer no se disolvería instantáneamente - la sociedad conyugal, ya que el cónyuge superviviente continuaría en la posesión y administración del fondo social con intervención del albacea, tomándose en consideración los artículos 832 del Código de Procedimientos Civiles así como el 205 del Código Civil vigente, no obstante, parece más lógico considerar que la muerte de alguno de los cónyuges disuelve de inmediato la sociedad conyugal.

Para que pueda abrirse la sucesión del cónyuge que ha fallecido, es necesario que se proceda al inventario y partición de la sociedad; de ésta forma el esposo sobreviviente retira la parte que le corresponde, para que se inicie el juicio sucesorio de la parte que pertenece a los herederos del cónyuge muerto. Sin embargo, en la práctica el cónyuge superviviente no retira su parte y acorde con esta situación se abre el juicio hereditario de todos los bienes, frutos y productos de la pareja fallecida, sin tomar en consideración si estos formaban parte de la sociedad conyugal.

Lo correcto de acuerdo con la ley, es que se forme el caudal hereditario del cónyuge muerto con sus bienes propios y la parte que le atañe en la sociedad conyugal. Surge aquí una diferencia entre esa sociedad y la civil, consistente en la imposibilidad de que la primera continúe con los herederos del cónyuge que ha fallecido.

También, el matrimonio se disuelve por medio del divorcio; si se de manda ésta acción, al pronunciarse la sentencia que declara la disolución del matrimonio, debe manifestarse asimismo disuelta la sociedad conyugal y proceder a su liquidación. En efecto, es conveniente recordar que el abandono por mas de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso. Artículo 196 del Código Civil vigente.

Ahora bien, es conveniente para los terceros saber el régimen matrimonial bajo el cual se encuentra casado el titular del derecho inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Y si éste se encuentra casado bajo el régimen de sociedad conyugal no se puede ni debe ignorar esta circunstancia, que constituye uno de los elementos que determinan la facultad de disposición del titular inscrito.

Por supuesto, la Corte no ignora la situación de los terceros que contratan con personas casadas bajo el régimen de sociedad conyugal y es así como establece la siguiente Jurisprudencia: SOCIEDAD CONYUGAL, NECESARIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES A NOMBRE DE LA, PARA QUE SURTA EFECTOS CONTRA TERCERO. - Si el matrimonio se celebró bajo el régimen de sociedad conyugal y los bienes inmuebles se adquirieron durante su vigencia, en relación a los cónyuges, no hay duda de que tales bienes aparecen inscritos en el Registro Público de la Propiedad a nombre de uno sólo de los cónyuges, con quien contrató el tercero, y no de ambos como debía ser, porque la inscripción en el Registro Público de la Propiedad es la única forma de garantizar los intereses de quienes contra-

tan con los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, y evitar así que sean defraudados por ocultaciones o modificaciones de capitulaciones matrimoniales que sólo conocen los cónyuges.

Quinta Epoca:

Tomo CXIII, Pág. 88. A.D. 720/52.- Asunción Juárez Paniagua.- Unan
 midad de 4 votos.

Tomo CXVI, Pág. 432. A.D. 3833/49.- Matilde Cano Vda. de Islas.- U
 nanimidad de 4 votos.

Tomo CXIX, Pág. 941. A.D. 4520/53.- Berta Salgado de Cevallos.- Una
 nanimidad 4 votos.

Sexta Epoca:

Vol. LXVII, Pág. 48. A.D. 5600/61.- Leopoldo Jiménez Galván.- 5 vo-
 tos.

Vol. LXVII, Pág. 48. A.D. 5598/61.- María Guadalupe Serrano de Adón
 cinco votos.

3.2 SEPARACION DE BIENES.

La separación de bienes puede nacer:

- a) Por capitulaciones anteriores al matrimonio.
- b) Por capitulaciones posteriores al matrimonio que rescinda o modifique la sociedad existente y la transforme en separación.
- c) Por sentencia judicial dictada conforme al artículo 188 del Código Civil, con base en la mala gestión o en la declaración de quiebra del cónyuge administrador. Esta regla tripartita la establece el artículo 207 de nuestro ordenamiento civil, el cual añade que la separación de bienes puede comprender no sólo los que tenían los consortes al casarse, sino también los que adquieran después.

En tales condiciones, el simple hecho de producirse una declaración de que los cónyuges están casados bajo el régimen de separación de bienes - no basta para saber cuáles son los límites de la propiedad conyugal, pues - no es forzoso que todos los bienes de los consortes se regulen por las reglas de la separación. En otros términos, pueden coexistir la separación y la sociedad conyugal, sobre bienes diferentes.

A este respecto, el artículo 208 del Código Civil vigente dice, sin mucha técnica a nuestro parecer, que la separación de bienes puede ser absoluta o parcial, y que en esta segunda hipótesis, los no comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de sociedad conyugal que deben - constituir los esposos. En efecto, decimos poca técnica porque si los bienes que no están sujetos al régimen de separación deben formar un fon--

do común de sociedad conyugal, no es del todo correcto hablar de que exista una separación de bienes parcial, sino de que subsiste un régimen de separación coexistiendo con un régimen de sociedad, esto es, hay un tratamiento mixto. Asimismo, los términos que creemos apropiados para diferenciar uno y otro caso de separación de bienes deberían de ser los de separación universal (en vez de total) y separación de bienes determinados, determinada relativa o particular, ~~mas~~ no parcial.

En efecto, el término universal explica que todos los bienes ingresan al régimen o son motivo de él, mientras que el término absoluto queriendo explicar el concepto de universalidad real, simbra la duda sobre si en realidad puede existir una separación absoluta (en que cada cónyuge tenga la administración y dominio de los bienes) y una parcial (en que los bienes estén separados en cuanto al dominio, por ejemplo, pero no en cuanto a la administración, o existan restricciones convencionales para la enajenación o gravamen de los bienes separados de los esposos) lo que sería incompatible con la naturaleza del régimen. Todas las separaciones de bienes conyugales desde este punto de vista son absolutas, esto es, determinan la propiedad y gestión exclusiva de los bienes propios de los esposos. Pero pueden ser universales o determinados, según comprendan todos los bienes presentes y futuros de los consortes o sólo algunos de ellos. La separaciones relativas o determinadas constituirán, pues, un régimen mixto, puesto que los bienes no comprendidos en la separación (existentes o no en el momento de contratar) deberán afectarse a una sociedad conyugal, cuyas modalidades estén obligados a pactar los cónyuges en la capitulación mixta.

Ahora bien, los códigos de 1870 y 1884 así como las leyes civiles de numerosos países, y en general la doctrina, conocen varios tipos de sociedad conyugal en que existen como consecuencia o esencia del régimen pactado algunos bienes que son exclusivamente de los cónyuges; salvo la comunidad universal, todas las demás son comunidades particulares.

Nuestra ley actual, al no distinguir en el capítulo relativo a la sociedad conyugal ningún tipo específico de comunidad, nos hace admitir que habrá separación de bienes parcial (o particular, según nuestro punto de vista) en todos aquellos casos en que no exista una comunidad universal.

La forma de las capitulaciones de separación es más simple que las de comunidad. En efecto, el artículo 210 dispone que no es necesario que consten en escritura pública cuando sean anteriores al matrimonio, y por el contrario si se pactan durante el matrimonio y existe una transmisión de bienes al rescindirse la comunidad anterior, habrá necesidad de llenar en estas capitulaciones de separación la forma para que la enajenación de los bienes transmitidos exija la ley.

Ahora bien, por lo que hace a la primera hipótesis de que la separación de bienes no necesita capitularse sino en escrito privado cuando se celebra antes del matrimonio, es de interpretarse que ésta condición sólo es válida cuando se pacte una separación absoluta que también llamamos universal, pues si la capitulación conviene una separación parcial o particular dicha capitulación llevará a fortiori la constitución de una sociedad conyugal de cualquier tipo sobre los bienes no comprendidos en la separación. Y

como la sociedad conyugal cuando los cónyuges pactan hacerse coparticipes de bienes para cuya transmisión se exige la forma pública deben elevarse a escritura notarial, es muy de tomarse en cuenta esta disposición del artículo 185, pues al pactarse el régimen mixto se está creando una sociedad que puede ameritar un formalidad mayor que la de simple escrito privado.

En la práctica, las formas o machotès del Registro Civil para el modo de separación de bienes constituyen siempre un régimen de separación absoluta o universal sobre bienes futuros, pues los cónyuges declaran no poseer bienes ni reportar deudas en el momento de la capitulación. Las separaciones de tipo parcial sólo caben dentro de la muy escasa elaboración particular de convenios, porque los contrayentes casi siempre optan por firmar cualquiera de los esqueletos o formas que les presentan.

Además de los requisitos de forma que se exigen en las capitulaciones de separación, el artículo 211 del Código Civil vigente dispone que siempre contendrán un inventario de los bienes de cada esposo y nota pormenorizada de sus deudas. Esta obligación está impuesta para evitar confusión entre los bienes de los esposos, especialmente por lo que hace a los muebles, pero de hecho se elude en la práctica, pues los ya mencionados machotès del Registro Civil no consignan inventario alguno, pues contiene la declaración de que ninguno de los consortes tiene bienes presentes, ni reporta deudas.

Tal declaración, como en el caso de comunidad, suele ser falsa, pero los contrayentes incurrir en esa falsedad de buena fe porque generalmen-

te no se les explica su alcance. Claro que las consecuencias de esa mentira en el caso de separación son menores, ya que cualquier bien que aparezca haber sido adquirido antes del matrimonio seguirá siendo de su dueño.

Los efectos de la separación, además de las modalidades no contrarias al procedimiento y que pueden convenir a los consortes, son las siguientes:

1.- Los cónyuges conservan administración y propiedad de sus bienes presentes y frutos y accesiones. (artículo 212 del Código Civil)

2.- Conservan la propiedad exclusiva de sus salarios, emolumentos, ganancias, utilidades, honorarios, sueldos o retribuciones por servicios personales, ejercicio de su profesión, del comercio o de la industria, de conformidad con el artículo 213 del Código Civil Vigente.

3.- Los cónyuges no podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se prestaren, o por los consejos o asistencia que se dieran. (artículo 216 del Código Civil.)

4.- El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad sobre hijos de ambos se dividirán por partes iguales la mitad del usufructo de los bienes propios de sus hijos, (artículo 217 del Código Civil) el cual les es concedido sobre los bienes que los hijos menores adquieran por otro título diferente al trabajo, según los artículos 428, 429 y 430 de la mencionada ley.

5.- Los cónyuges se responden entre sí de los daños y perjuicios que se causen por dolo, culpa o negligencia.

Consigna el Código Civil en su artículo 215 una regla de administración para el caso de que los cónyuges adquieran bienes en común por donación, herencia, legado, por cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna. Este precepto dispone que entre tanto se hace la división, estos bienes serán administrados por ambos consortes o por uno de ellos con el consentimiento del otro, pero el administrador será considerado mandatario de su consorte.

La regla no difiere substancialmente del principio general de la administración de bienes en copropiedad a que alude el artículo 946 del Código Civil, que como se sabe está representada por el principio de acuerdo mayoritario de los partícipes para actos de administración. Los bienes comunes conyugales, en caso de separación, están sujetos a división en los mismos términos que los que adquieran en copropiedad quienes no sean consortes según se desprende del artículo 939 del Código Civil vigente.

La regla del artículo 215 de nuestro ordenamiento civil es, pues, - una regla duplicada de los principios comunes de la copropiedad y se presta a confusiones, porque estando redactada solamente para los bienes adquiridos a título gratuito, tal parecería que los adquiridos a título oneroso debían sustraerse a ella, lo cual no es exacto.

Por otra parte, la regla ha sido interpretada (aunque rige en caso de separación de bienes) como aplicable a la sociedad conyugal, por lo tanto, la Suprema Corte de Justicia con notoria ligereza, se ha apoyado en el citado artículo 215 para determinar que los bienes adquiridos por un cónyuge casado bajo el régimen de sociedad, a título gratuito (herencia, donación o fortuna) le pertenecen exclusivamente.

Como se ve la interpretación jurisprudencial no puede ser mas desafortunada. La sociedad conyugal puede o no comprender los bienes adquiridos a título gratuito por los cónyuges, según se determine en las capitulaciones y no existe un principio legal que lo impida. Si la sociedad es universal ingresan a ella aún los bienes adquiridos gratuitamente por los cónyuges.

La Corte se acordó en este precedente de los artículos 2134 y 2000 de los códigos de 1870 y 1884 respectivamente, los cuales al hablar de la sociedad legal, excluían de ella a los bienes adquiridos por uno sólo de los cónyuges a título gratuito. Estas disposiciones eran consonantes con la naturaleza de la sociedad legal que establecieron aquellos códigos, la cual era una comunidad de gananciales y adquisiciones onerosas, no formada sino por los bienes futuros que se adquiriesen a título oneroso y sus frutos.

Pero en un sistema de sociedad conyugal eminentemente comercial como lo es el vigente, en que la comunidad puede ser universal o puede no serlo, pero dependiendo siempre de lo estipulado en las capitulaciones. Así, una interpretación del comentado artículo 215 en la forma como lo hizo la Corte es totalmente contraria al régimen convencional de sociedad, ya que el numeral citado sólo es aplicable en primer lugar para adquisición de bienes en común y no para obtener a título gratuito bienes por los cónyuges en particular, y porque además sólo es aplicable al régimen de separación de bienes, ya que el propósito del legislador fué prever las reglas de administración de los bienes adquiridos por los cónyuges en común a título gratuito estando vigente un estado de separación entre los adquirentes.

Los códigos de 1870 y 1884 en sus capítulos de sociedad voluntaria, permitieron en igual forma que el actual que las sociedades conyugales no legales pudiesen comprender los bienes conseguidos por los esposos en particular a título gratuito, pues no establecieron la irreconciliabilidad de los artículos ya citados, en las capitulaciones. De esa manera, las sociedades conyugales voluntarias antiguas tampoco excluían forzosamente los bienes de esta naturaleza.

Todo ello nos estimula a ratificar el criterio de que la interpretación de la Suprema Corte de Justicia fundando en forma severa la pertenencia exclusiva de los bienes adquiridos a título gratuito por uno de los conyuges y ampliando para estos casos, sin razón, el artículo 215 de nuestro Código Civil, es completamente contraria a la naturaleza de nuestros regímenes conyugales, eminentemente convencionales.

3.3 PATRIMONIO DE FAMILIA.

Conforme a lo que se considera en la doctrina tradicional del patrimonio, éste es un conjunto de derechos y obligaciones, pertenecientes a una persona y apreciables en dinero. Notamos que el contenido del patrimonio varía y cambia de época en época, de país a país, pero no porque el concepto jurídico en sí se amplíe por razones también jurídicas. No, el contenido y el concepto de patrimonio se va modificando según lo que los gobernantes consideren de acuerdo con las conveniencias sociales que se deben proteger a través de la noción del patrimonio.

El patrimonio de familia es una institución regulada por el derecho civil de muchos países. Tiene fundamentalmente un fin social que el derecho reconoce y estimula, que consiste en la conservación de la familia por medio de la defensa de una masa de bienes económicos que son protegidos en forma especialísima por el mismo derecho, estableciéndose la característica de inalienabilidad e inembargabilidad y la prohibición de que se constituyan derechos reales sobre el mismo.

El patrimonio de familia no constituye una copropiedad común o comunidad de bienes de grupo familiar. El dueño o titular de los mismos continúa siendo la persona que ha constituido el patrimonio familiar. El concepto de éste no implica el destino de los bienes que lo constituyen a la finalidad de sustento y protección social. La noción de patrimonio familiar se haya íntimamente ligado con la obligación alimentaria de la familia.

Antecedentes Históricos del Patrimonio de Familia.- Puede considerarse como antecedente precortesiano las parcelas que se adscribían a las familias que habitaban en los barrios (Calpulli) y cuya extensión era proporcionada a las necesidades de cada una de ellas. En cuanto a nuestras raíces hispánicas cabe mencionar el Puerto Viejo de Castilla que instituyó el patrimonio familiar en favor de los campesinos y lo constituían la casa, la huerta y la era (ley 10, tit.10. Lib IV); bienes que eran inembargables, así como los arrios, el caballo y la acémila. Estas características del Puerto Viejo de Castilla son en todo semejantes a las demás del Derecho Foral Español.

Son de citarse también en otros derechos, la institución de la "ZADRUGA" en Bulgaria y el "MIR" de la Rusia Zarista, configurados por bienes familiares fuera de la potestad del jefe de la familia, que no podía vender los ni gravarlos. El "MIR" ruso, dada la organización colectivista de las tierras soviéticas, ha sido cambiado por el "KOLJAS" agrario y el "SOVJOZ" urbano, cuya naturaleza jurídica es la de un usufructo cercano a la propiedad.

Sin embargo, el antecedente inmediato del patrimonio de familia en México debe verse en el "HOMESTEAD" de los Estados Unidos, mismo a su vez que deriva de los escoceses. Está compuesto de dos tipos; el de la casa habitación y el rural.

El fundamento de este patrimonio familiar radica en la protección jurídica que al jefe de familia se le presta para que los acreedores no puedan disponer del patrimonio esencial para la persistencia de la familia.

El jefe de familia solicita de la autoridad competente la inmunidad de su casa o domicilio y que se declare a éste 'Homestead'. La autoridad - accede y se da publicidad a la constitución mediante edictos y con su correspondiente inscripción en el Registro. Desde entonces la casa familiar es inembargable, inalienable intervivos y solamente puede el jefe de familia disponer de ella por testamento, con el consentimiento del otro cónyuge si fué el fundador. El cónyuge supérstite y los hijos menores de edad suceden íntegramente en la herencia de dicha casa cuyo dominio adquieren, salvo si hay acreedores, en cuyo caso el dominio es revocable al llegar los hijos a la mayor edad o al tomar estado las hijas. La extinción se realiza también por protección jurídica o por abandono.

Ahora bien, para evitar fraude de acreedores, y para limitar el 'HOMESTEAD' a las necesidades estrictas de la familia, su valor económico está limitado. Respecto al 'Homestead' rural, está constituido por una parcela cultivable y goza de los mismos privilegios que el de la casa habitación. - En los diferentes Estados de la Unión Norteamericana la institución del 'Homestead' tiene formas diferenciales que no afectan el fondo, y que son del caso exponer: respecto a su constitución hay tres modalidades; 'Homestead - preemption law', 'Probate homestead' y 'Donation homestead'.

La primera se originó en la Ley Federal de 1862 que repartió grandes extensiones de tierras vacantes para dedicarlas a la colonización, concediendo a cada familia una extensión gratuita de 160 acres con la obligación de cultivarlas durante cinco años, y de formar ahí el hogar; los beneficiarios fueron los ciudadanos mayores de 21 años, los jefes de familia y los licenciados del ejército fuera cual fuera su estado o edad.

El "Probate homestead" es un patrimonio familiar que se concede a la viuda en el caso de que su marido no lo hubiese fundado en vida. El "Homestead Donation" se constituye por donación de 160 acres de tierra que el Estado hace a los jefes de familia carentes de patrimonio.

Por otra parte, constante fué la preocupación del constituyente de 1917 sobre la protección familiar como medida de carácter social. La Ley - sobre Relaciones Familiares expedida por Venustiano Carranza, como primer - Jefe del Ejército Constitucionalista, disponía en su artículo 284 que: "La casa en que esté establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan sean propios de uno de los cónyuges o de ambos, no podrán ser enajenados si no es con el consentimiento expreso de los dos cónyuges, y nunca - podrán ser hipotecados o de otra manera gravados, ni embargados por los acreedores del marido o de la mujer, o de ambos; siempre que dichos objetos no tengan en junto un valor mayor de diez mil pesos. Si la residencia conyugal estuviere en el campo, ella y los que le pertenezcan tampoco podrán ser enajenados, hipotecados o de otra manera gravados juntamente con los terrenos que le correspondan, si no valen en conjunto mas de diez mil pesos".

La Institución del Patrimonio Familiar implantada por el Código Civil de 1928 es aceptada por la mayoría de los códigos de los estados sin modificación alguna importante en relación con nuestra legislación, con sólo diferencias en el valor de los bienes que puedan quedar afectos a éste patrimonio. Sin embargo, antes de la Constitución de 1917 el criterio sustentado por los legisladores fué fundamentalmente individualista, tendiente a proteger una institución de derecho privado, y con posterioridad a la vigencia de nuestra Carta Magna los legisladores de las entidades federativas

que cumplieron con el mandato constitucional que ordena su creación en todo el País, continuaron con el mismo criterio, incluyendo el patrimonio de familia en sus códigos civiles, sin darle la independencia y fuerza necesaria para obtener los resultados sociales y económicos que se persiguen con su creación.

El estudio sobre la institución que nos ocupa, nos conduce a señalar el objeto del patrimonio de familia, definiendola como la masa de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero que se instituye con la tendencia a permanecer estable e indefinidamente en poder del titular, con el objeto de que produzca utilidades sin comprometer su existencia.

La anterior definición presupone que el patrimonio es un conjunto de bienes afectados entre sí, que son de naturaleza económica jurídica, que consiste en producir utilidades en beneficio de las personas que constituyan el patrimonio de familia, se cual sea la forma de constitución.

El Código Civil vigente organiza y regula el patrimonio de familia sobre las siguientes bases:

a) Sólo determinados bienes pueden ser objeto del patrimonio familiar;

Son objeto del patrimonio de familia (artículo 723 del Código Civil.)

- I.- La casa habitación de la familia,
- II.- En algunos casos, una parcela cultivable.

b) El valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia están regulados por el artículo 730 del Código Civil vigente.

- c) Los bienes que constituyen el patrimonio de familia forman parte del patrimonio de la persona que lo constituye, solamente que al constituirse el patrimonio familiar se destinan a un fin específico este conjunto de bienes; y el propósito específico es la subsistencia de la familia.
- d) De la razón de la afectación e ese fin específico se derivan - las características fundamentales de patrimonio de familia que son; inalienabilidad y la inembargabilidad (artículo 727 del Código civil vigente).
- e) La constitución del patrimonio de familia crea ciertos derechos tal como se desprende de los artículos 725 y 740 del Código Civil vigente).
- f) Cada familia sólo puede constituir un patrimonio. Los que se - constituyan subsistiendo el primero no producirá efecto legal alguno, así lo preceptúa el artículo 729 del Código Civil para el Distrito Federal.
- g) El patrimonio de familia debe constituirse con bienes sitios en el domicilio de quien lo constituyó, tal como lo afirma el artículo 728 del Código Civil vigente.
- h) Los beneficiarios del patrimonio de familia tienen la obliga- ción de habitar la casa y cultivar la parcela, y sólo por justas causas la autoridad municipal del lugar podrá autorizar excepcionalmente a los mie- - bros de la familia, para que se de en aparcería o en arrendamiento hasta - por un año. (artículo 740 del Código Civil).
- i) Cuando sin causa que lo justifique la familia deje de habitar - por un año la casa que debe servirle de morada o deje de cultivar por su - cuenta, o por dos años consecutivos la parcela anexa, el patrimonio de fami - lia queda extinguido. (artículo 741 fracción II del Código Civil vigente).
- j) El patrimonio de familia no puede constituirse en fraude de - acreedores expresa el artículo 739 de nuestro Código Civil vigente.

Los bienes que deben comprender el patrimonio de familia con el objeto de que realmente constituya una garantía para la familia, y así desempeñe su importante papel en la sociedad son de incluirse además de la casa habitación y en algunos casos la parcela cultivable, el mobiliario de uso doméstico, los asperos de labranza, animales o equipo de trabajo y utensilios propios para el ejercicio de un arte o un oficio, ya que, de otro modo resultaría inútil ésta institución. Por tal motivo, sugerimos que al artículo 723 de nuestra legislación civil se le puede adicionar la fracción III en los siguientes términos: "El mobiliario de uso doméstico, los asperos de labranza, animales, equipo de trabajo y utensilios propios para el ejercicio de un arte o de un oficio".

La Institución que comentamos se encuentra regulada en el libro primero, título duodécimo, capítulo único, artículos 723 a 746 inclusive. Y, podemos decir, que son tres especies de patrimonio de familia las que regula nuestra legislación:

- 1.- Voluntario Judicial (artículos 731 y 732 del Código Civil).
- 2.- Forsozo (artículo 734 del Código Civil). y
- 3.- Voluntario Administrativo (artículos 735 y 738 Código Civil).

La maestra Sara Montero Duality nos dice que en la exposición de motivos del ordenamiento civil citado el propio legislador determina estas tres clases de patrimonio; Una de las innovaciones más importantes que contiene el proyecto es la creación del patrimonio de familia, para lo cual se siguen tres sistemas:

I.- El patrimonio de familia constituido voluntariamente por el Jefe de familia, con sus propios bienes raíces y con el fin de constituir con ellos un hogar seguro para su familia.

II.- El patrimonio que se constituye contra la voluntad del jefe de familia y con los bienes que le pertenecen, a petición de su cónyuge, de sus hijos o del Ministerio Público, y tiene por objeto amparar a la familia contra la mala administración o despilfarros del jefe de ella, que con su mala conducta amenaza dejar a la familia en la mas absoluta miseria.

III.- El patrimonio de familia destinado especialmente a proporcionar un modesto hogar a las familias pobres y laboriosas, a las que por sus reducidos ingresos les es imposible adquirir una casa en condiciones normales de venta, y mientras tanto son víctimas de los propietarios inconsiderados y ambiciosos que absorben, por lo general, con el cobro de sus elevados alquileres, mas del cincuenta por ciento reducido presupuesto de esas familias menesterosas'.

a) Patrimonio Constituido Voluntariamente con Bienes Propios: PUE de constituirlo cualquier miembro de la familia con capacidad para ello y que tenga acredores alimentarios en ese grupo familiar. El miembro de la familia que desee constituirlo hará una declaración por escrito en éste sentido ante el Juez de su domicilio y señalará con toda precisión y claridad los bienes que pretende afectar como patrimonio familiar, para que pueda ser registrada tal afectación en el Registro Público. (artículo 731 del Código Civil vigente).

Además, deberá comprobar ante el Juez que es mayor de edad o que está emancipado. Es natural que los menores de edad no emancipados, que están bajo patria potestad o tutela y que por razón de su minoría de edad no se encuentran obligados a proporcionar alimentos, sino a recibirlos, no pueden constituir el patrimonio de familia.

La existencia de la familia en cuyo favor se constituye voluntariamente el patrimonio, se comprobará con las copias certificadas del Registro Civil. Asimismo, el solicitante deberá comprobar que es propietario de los bienes que se destinarán al patrimonio familiar y que se encuentran libres de gravámenes, excepto servidumbres.

Finalmente, deberá comprobar que el valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de familia será la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio de conformidad con lo establecido por el artículo 730 del Código Civil. Comprobado esto, el Juez deberá aprobar la constitución del patrimonio familiar, librando las ordenes necesarias para que se hagan las inscripciones correspondientes en el Registro Público, tal como lo ordena el artículo 732 de la legislación citada.

b) Patrimonio de Familia Forzoso: El artículo 734 del Código Adjetivo dice que "las personas que tienen derecho a disfrutar el patrimonio de familia señaladas en el artículo 725, así como el tutor de acreedores alimentarios incapaces, familiares del deudor o el ministerio público, pueden exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de familia hasta por los valores fijados en el artículo 730, sin necesidad de invocar causa

alguna. En la constitución de este patrimonio se observará en lo conducente lo dispuesto en los artículos 731 y 732".

c) Patrimonio de Familia Constituido Administrativamente: Este patrimonio se constituye sobre un terreno que en forma de ventas a precios accesibles para las clases económicamente débiles proporciona el Estado Mexicano, y su regulación jurídica es explícita en las normas siguientes:

"Con el objeto de favorecer la formación del patrimonio de la familia; se venderán a las personas que tengan capacidad legal para constituirlo y que quieran hacerlo, las propiedades raíces que a continuación se expresan: (artículo 735 del Código Civil).

I.- Los terrenos pertenecientes al Gobierno Federal o al Gobierno del Distrito Federal que no estén destinados a un servicio público ni sean de uso común;

II.- Los terrenos que el Gobierno adquiera por expropiación, de acuerdo con el inciso (c) del párrafo undécimo del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

III.- Los terrenos que el Gobierno adquiera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con pocos recursos".

"El precio de los terrenos a que se refiere la fracción II del artículo anterior se pagará de la manera prevenida en el inciso (d) del párrafo undécimo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo que precede, la autoridad vendedora fijará la forma y el palzo en que debe pagarse el precio de los bienes vendidos, teniendo en cuenta la capacidad económica del comprador". (artículo 736 y relativos del Código Civil.)

3.4 PROTECCION LEGAL DEL PATRIMONIO DE FAMILIA.

No debemos perder de vista en el capítulo presente, la idea fundamental que consiste en proteger jurídicamente ciertos bienes destinados a la satisfacción de las necesidades económicas fundamentales de la familia poniéndolos a salvo del riesgo del tráfico económico y jurídico común al resto de los bienes. En efecto, como garantía primaria de la Institución del patrimonio de familia, en nuestro País, se encuentra la Constitución Política Federal de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 27 fracción XVII inciso (g), y ; 123 fracción XXVIII.

El artículo 27 estatuye que "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada....La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la nación, se regirá por las siguientes prescripciones:...

XVII. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, expedirán leyes para fijar la extensión máxima de propiedad rural, y para llevar a cabo el fraccionamiento de los excedentes, de acuerdo con las siguientes bases:.....g) Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno..."

Por su parte el artículo 123 de la misma Constitución dice que "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo;...XVIII Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios."

La anterior fracción del artículo 123 constitucional, hace la misma aclaración que el 27, agregando únicamente que serán transmisibles a título de herencia, los bienes que constituyen el patrimonio de familia, pero que el juicio sucesorio que se tramite. será simplificado en sus formalidades. Es decir, con los elementos que se contienen en las disposiciones que enunciamos, se traza un cuadro general de la protección jurídica de la institución del patrimonio de familia y se fijan las bases esenciales para que los congresos locales, en cumplimiento de los preceptos constitucionales, lo reglamenten en sus respectivas jurisdicciones.

En acatamiento al mandato constitucional la mayor parte de los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana organizan y regulan el patrimonio de familia. Y, por lo que respecta al Distrito Federal, el Código Civil contiene ésta Institución en el Título Duodécimo del Libro Primero, en sus artículos 723 a 746.

Ahora bien, las características del patrimonio de familia que establece nuestra legislación civil, ponen en relieve la protección familiar - que el legislador a buscado, mediante la vinculación de los bienes que constituyen la morada familiar y una pequeña parcela rural, sobre la base de - conservación y de respeto a la propiedad individual de esos bienes, que no forman una copropiedad colectiva o comunidad de bienes. Propiamente se - trata de una comunidad de goce y disfrute entre los miembros de la familia, tanto de la casa habitación como de la parcela cultivable. El cónyuge y - los parientes beneficiarios podrán aprovecharse colectivamente de los frutos y productos, de la explotación agrícola de la parcela y del uso de la casa habitación.

Debe ponerse en relieve la obligación a cargo de los beneficiarios de habitar la morada conyugal y de cultivar la parcela, así como la naturaleza intrasmisible de ese derecho. Es decir, no cualquier casa habitación ni cualquier terreno como parcela puede ser objeto del patrimonio de familia. Asimismo, el valor de los mismos no debe exceder, en el momento de - la constitución, a la cuantía legal.

Lo anterior tiene por objeto evitar una desmesurada seguridad económica para familias que no la necesitan, sino que esto va encaminado a la protección de los núcleos sociales de escasos recursos cuyas casas habitación sean modestas y no excedan por ello la cuantía legalmente establecida al momento de la constitución del patrimonio familiar. También, se trata de evitar el fraude de acreedores al sustraer del embargo bienes de gran - valor económico.

La cuantía legal del patrimonio de familia, ha ido sufriendo alteraciones para ajustarla en cada época al cambio con motivo de la disminución de nuestra moneda. En efecto, en la primera edición oficial del Código Civil de 1928, el artículo 730 del mismo, la fijó de la siguiente manera:

- I. Seis mil pesos para la municipalidad de México;
- II. Tres mil pesos para el resto del Distrito Federal y para el Distrito norte de Baja California;
- III. Mil pesos para el Distrito sur de Baja California y para Quintana Roo.

Por decreto publicado en el Diario Oficial el día 31 de Diciembre de 1954, el valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de la familia será de veinticinco mil pesos para el Distrito y Territorios Federales, y por decreto publicado en el Diario Oficial el 23 de Diciembre de 1974 fue aumentado a cincuenta mil pesos para el Distrito y Territorios Federales, permaneciendo así hasta la reforma enviada por el Ejecutivo el 9 de Abril de 1976 y publicada en el Diario Oficial el día 29 de Junio del mismo año, decreto por el que se estableció que el valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de familia, será la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Por otra parte, el patrimonio de familia puede disminuirse cuando su reducción sea grandemente necesaria o de notoria utilidad para la familia. Igualmente, cuando por causas posteriores a su constitución el valor

de los bienes que lo forman, ha rebasado en más de un cien por ciento el valor máximo requerido para la constitución del patrimonio de familia, tal como lo dispone el artículo 744 de la legislación civil vigente, y aún cuando el código no lo establece expresamente, en ambas hipótesis la reducción ha de ser decretada por el Juez del lugar donde se encuentran ubicados los bienes, criterio que confirma el artículo 745 de la ley adjetiva al ordenar que el Ministerio Público será oído en la extinción y en la reducción del patrimonio de familia.

Ante el Juez que autorice la reducción, deberá comprobarse las causas que originan la necesidad de la familia o la notoria utilidad para ésta, para excluir determinados bienes del patrimonio familiar, y cuando el valor de los bienes que constituyen ésta Institución ha excedido en cien por ciento del valor máximo que conforme a la ley deben tener los bienes que lo constituyen, la reducción tendrá por objeto que éstos alcancen el límite señalado por el artículo 730 del ordenamiento citado.

En el primer caso de reducción, el juez deberá cuidar de que los bienes en que ha quedado reducido el patrimonio basten para cumplir la finalidad de subsistencia de la familia, ya que, no se comprende fácilmente en que casos necesita la familia que evidentemente se reduzca el patrimonio, ni como puede resultar a la familia alguna utilidad de la disminución en virtud de que los bienes que por autorización judicial queden segregados de dicha institución, vuelven al pleno dominio del propietario que la constituy6.

Por lo que toca a la extinción del patrimonio de familia, el artículo 742 del Código Civil determina que será el Juez competente el que declare que el patrimonio queda extinguido e inmediatamente ordenará al Registro Público la cancelación de la inscripción correspondiente, señalándonos el mismo ordenamiento legal las causas por las que el patrimonio de familia se extingue:

I.- Cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho de recibir alimentos;

II.- Cuando sin causa justificada la familia deje de habitar por un año la casa que debe servirle de morada, o de cultivar por su cuenta y por dos años consecutivos la parcela que le esté anexa;

III.- Cuando se demuestre que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia, de que el patrimonio quede extinguido;

IV.- Cuando por causa de utilidad pública se ~~expropien~~ los bienes que lo forman;

V.- Cuando tratándose del patrimonio formado con los bienes vendidos por las autoridades mencionadas en el artículo 735 se declare judicialmente nula o rescinda la venta de esos bienes.

Ahora bien, podemos incluir un caso de extinción no mencionado expresamente en el Código Civil, es aquel en que desaparecen por siniestro o por ruina los bienes afectos al patrimonio familiar, es evidente que en ese caso la Institución también se extingue. Pero, si los bienes estuvieran asegurados, el importe del pago del seguro deberá depositarse y respecto de él se procederá en la misma forma que la indemnización que reciba el dueño de los bienes afectos al patrimonio, en caso de expropiación.

En resumen, podemos decir que el patrimonio familiar es susceptible de disminuir cuando así convenga a las necesidades de la familia y cuando los bienes que lo forman han rebasado en un cien por ciento el valor máximo señalado por el artículo 730 del Código Civil. La reducción del patrimonio de familia, requiere de la intervención o aprobación de la autoridad judicial.

El patrimonio de familia se extingue cuando sus beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos, cuando dejen de habitar la casa por un año o de cultivar la parcela por dos años consecutivos, y cuando su extinción sea de gran utilidad pública para el Estado. En éste último caso el valor de la expropiación debe destinarse a la formación de un nuevo patrimonio familiar.

El patrimonio de familia ha sido, desde su inclusión por primera vez en nuestro sistema jurídico de 1917 hasta nuestros días, inoperante en la realidad por diversos motivos, ya que, regulado como una magnífica institución legal protectora del núcleo familiar se quedó como una buena intención del legislador. Por una parte pensamos que esto se debe al desconocimiento general que en materia jurídica predomina en la mayoría de la población de nuestro País, ocasionado por el exagerado índice demográfico que estamos viviendo y por consiguiente la falta de preparación.

También, se debe a la cuantía reducida del patrimonio que permanecía estática ante la constante devaluación de la moneda, tal como se puede apreciar en la suma de veinticinco mil pesos, que en 1954 era el valor máximo de los bienes que deberían constituir el patrimonio de familia, y aunque

en 1974 se aumentó el importe a cincuenta mil pesos, bien pudieron ser estas declaraciones el valor medio de los inmuebles para casa habitación en el Distrito Federal en esa época, pero rápidamente se convirtieron en pequeñas cantidades con el transcurso del tiempo y hasta nuestros días.

El decreto enviado por el Ejecutivo al Congreso de la unión y que fué posteriormente modificado por la comisión encargada de su estudio, proponía la siguiente redacción: "artículo 730. El valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia conforme al artículo 723, será el que fije la autoridad hacendaria para los lotes o habitaciones de interés popular o social".

La comisión aludida juzgó preferible fijar la cuantía del patrimonio de familia en proporción al salario mínimo, y la redacción ya definitiva vigente desde el 14 de Julio de 1976, del artículo 730 es la siguiente: "El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio de familia, conforme al artículo 723, será la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 - el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio".

Al mismo tiempo que ese artículo es modificado, lo fué también el 2917 del Código Civil y posteriormente, en 1988, el numeral 2317 del mismo ordenamiento. En consecuencia el segundo párrafo del último artículo citado señala que los contratos por los que el Departamento del Distrito Federal enajene terrenos o casas para la constitución del patrimonio familiar o para personas de escasos recursos, será hasta por el valor máximo referido en el artículo 730 del mismo ordenamiento. Es decir, la cantidad que -

arroje multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Se podrá otorgar en documento privado, sin testigos o ratificación de firmas.

Por último, el párrafo segundo del artículo 2917 relacionado con contratos de garantía hipotecaria, con motivo de la enajenación de terrenos o casas para el Departamento del Distrito Federal para constituir el patrimonio familiar el cual contiene la reforma citada en los artículos anteriores acerca del valor máximo conforme al salario mínimo estipulado en la Ley Federal del Trabajo.

SITUACION SOCIAL Y ECONOMICA DE LOS

HIJOS EN LOS CASOS DE DIVORCIO.

CAPITULO IV

El divorcio produce una serie de situaciones en relación a los cónyuges, los bienes y los hijos principalmente, debido a la fuerza desvinculatoria del mismo; primeramente, deja a los divorciantes en aptitud de contraer nuevo matrimonio pero sólo podrán celebrarlo después de pasado un año de la fecha en que se decretó el divorcio por mutuo consentimiento. Término, que aún cuando no lo dice la ley, es igual al plazo de viudez y tiene los mismos efectos, evitar la confusión en cuanto a la filiación.

En el divorcio contencioso, y sólo referente al cónyuge que resulte culpable, habrá un plazo de dos años para que legalmente se pueda contraer nuevas nupcias; pero el divorciante inocente podrá volver a casarse inmediatamente, salvo que se trate de la mujer que aún siendo cónyuge inocente no puede contraer matrimonio sino pasado el plazo máximo de la preñez, o sean trescientos días.

El divorcio produce los efectos que la sentencia señale en relación a los hijos y puede llegar hasta la pérdida de la patria potestad, según sea la causal invocada al demandario; en todo caso, la ley establece que los padres aún cuando pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. En efecto, los consortes tendrán obligación de contribuir a la subsistencia y educación de los hijos, hasta llegar a la mayoría de edad.

En cuanto a los bienes de los divorciantes, la ley establece que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al patrimonio; mientras que el cónyuge inocente conservará lo recibido o podrá reclamar en su caso la entrega de la cosa prometida. Asimismo, los bienes comunes se dividirán en consecuencia de la liquidación que se haga de la sociedad conyugal, pero esto se hará una vez que hayan quedado aseguradas debidamente las obligaciones que estén pendientes, ya sea entre los cónyuges o en relación a los hijos.

En cuanto a los hijos, el divorcio trae serias y graves consecuencias; pues se considera que para que un niño crezca sano física y mentalmente es necesario la existencia y permanencia armónica en el hogar de los pilares que sostienen unida a la familia, el padre y la madre. Por lo tanto, siendo tan negativas dichas consecuencias para los menores, tanto en lo intrafamiliar como en lo social, se hace necesario e imprescindible que el Estado ejerza una mayor tutela sobre los descendientes en relación a los efectos sociales en caso de divorcio.

4.1 DIVORCIO.

La palabra divorcio (del latín *divortium*), tenía un significado de de masiado amplio, ya que, comprendía lo mismo la ruptura total del vínculo matrimonial, como la separación personal de los cónyuges. Sin embargo, creemos, dada la precisión del tecnicismo, cuando se emplea la palabra divorcio, debe aludirse al pleno, al definitivo, al que pone fin al vínculo conyugal, al que rompe o disuelve el lazo matrimonial en virtud de una sen tencia firme y contra la que no se ha promovido impugnación alguna, dejando por tanto a los esposos en libertad de contraer un nuevo matrimonio.

Una de sus características es que es una situación jurídica, que tiene vida en virtud de un pronunciamiento judicial, no pudiendo existir divorcio sin que sea declarado por la autoridad del Estado. Anteriormente el divorcio se hacía por medio de la declaración de voluntad privada, con posterioridad se agregó como un requisito para contraer un nuevo matrimonio la declaración por parte de la autoridad de estar disuelto el vínculo anterior. En nuestro tiempo, el efecto disolutorio se atribuye a la de cl aración de la autoridad estatal, con excepción de Rusia, hoy Confederación de Estados Independientes, en donde se obtiene el divorcio por la simple voluntad de los particulares.

Esta declaración por parte de las autoridades estatales, disuelve el matrimonio legal y válidamente contraído. Esta es la diferencia entre el divorcio y la nulidad de matrimonio, ya que ésta supone un estado de de re cho viciosamente establecido; en el divorcio el matrimonio no adolece -

de ningún vicio, se ha celebrado con todos los requisitos de forma y fondo que las leyes exigen y es después que ha tenido vida jurídica cuando las partes provocan su disolución recurriendo a la autoridad del Estado.

Al declararse disuelto el lazo conyugal los cónyuges quedan en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. Esta es la diferencia esencial de la separación personal, ya que en ésta sólo desaparecen algunas obligaciones como es el de la cohabitación, pero el vínculo queda firme, lo que trae como consecuencia el deber de fidelidad, no pudiendo por lo tanto los cónyuges contraer nuevas nupcias.

El legislador de 1870 consideró el divorcio como separación de cuerpos y no como la disolución del vínculo matrimonial para dejar a los cónyuges en libertad de contraer nuevas nupcias. Así es como en la exposición de motivos del Código dice: "el capítulo V trata el divorcio no en cuanto al vínculo del matrimonio que es indisoluble, sino en cuanto a la separación de los cónyuges", así se establece en el artículo 239 que no se disuelve el vínculo del matrimonio por efecto del divorcio; "suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de éste Código".

Las causas que daban motivo para promover el juicio de divorcio, eran las siguientes: a)- El adulterio de uno de los cónyuges; b)- La propuesta del marido para prostituir a su mujer; c)- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito; d)- El conato de algunos de los cónyuges para corromper a los hijos; e)- El abandono sin justa causa del domicilio conyugal prolongado por mas de dos

años; f)- La sevicia de uno de los cónyuges con el otro; G)- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro

Estas siete causas que dan motivo para establecer el juicio de divorcio, cuya finalidad es la separación de cuerpos, son enumerativas y no limitativas, puesto que el legislador admitió el divorcio por mutuo consentimiento, pero dice: "al examinar esta delicada materia surgió una cuestión grave que afecta su esencia y a sus resultados, el divorcio voluntario; pues a primera vista deja tal impresión éste pensamiento que es totalmente desfavorable. Porque no sólo parece poco moral, sino contrario a los fines del matrimonio y perjudicial para los hijos y para los mismos cónyuges", que el legislador se resolvió a reglamentarlo convencido de que en muchas ocasiones no se quieren revelar las causas que motivan la separación de los cónyuges, pues tiene la ventaja de envolver hermeticamente los secretos de la familia; así pues lo resolvió, pero poniendo ciertas trabas en el curso de los juicios a fin de dar tiempo a que los cónyuges se calmasen y recapacitaran, y ya en estado de completa serenidad, alejado de toda clase de presiones, llevarlos a que realizaran el divorcio.

En efecto, el divorcio podía solicitarse después de dos años de celebrado el matrimonio, y junto con la solicitud se acompañaba el acuerdo de los cónyuges para reglamentar la situación de los hijos. Sin embargo, el divorcio voluntario no podía obtenerse si no habían transcurrido dos años de la celebración del matrimonio, ni después de veinte, y si la mujer contaba mas de 45 años de edad, tampoco era posible promover el divorcio voluntario (artículos 247 y 250).

Es de notar en los artículos citados la protección que el Código - otorgaba a la mujer y muy loable, en virtud de que en esas hipótesis la mujer necesitaba indeclinablemente del apoyo y auxilio del varón y sería una injusticia que cuando aquella estuviera despojada de sus atractivos y quizá enferma, la ley le autorizara a una separación. Así, una vez que era - presentada la solicitud ante el Juez se citaba a una junta con el único - propósito de que se desistieran intentar el divorcio, si en ella no se - llegaba a un acuerdo, como el de no divorciarse, se citaba a una nueva junta, y si aún en ésta nada acordaban, se dejaban pasar tres meses mas y al final de éste tiempo se llevaba a cabo el divorcio.

La ley de 14 de Diciembre de 1874, orgánica de las adiciones y reformas constitucionales decretadas el 25 de Septiembre de 1873, asentaba lo que se había dicho ya en el artículo segundo de las reformas aludidas; esto es, que "el matrimonio es un contrato civil", artículo 22 sección V, - agregando entre otras cosas que "no se disolverá el matrimonio mas que por la muerte de uno de los cónyuges; pero dice: las leyes pueden admitir la - separación temporal por causas graves que serán determinadas por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona", artículo 23 fracción 9.

Se resuelve, pues, por tradición y como respeto a las creencias - del pueblo mexicano; que el divorcio no disuelve el vínculo. En ésta ley y sobre todo la fracción que acabamos de comentar, la que sería objeto de una reforma radical llevada a cabo por Don Venustiano Carranza el 29 de Diciembre de 1914, lo que se pretendía era que el Estado pudiese legislar sobre el estado civil de las personas y al mismo tiempo reglamentar la independencia de la Iglesia y del Estado.

El legislador de 1884, no queriendo contravenir a la tradición jurídica o porque quizá se dió cuenta de que la nación sentía aversión por la institución del divorcio como la disolución del vínculo matrimonial; o mas bien por consideración a los sentimientos religiosos de la misma ciudad, instituyó al igual que el legislador del 70 el divorcio como separación de cuerpos. Las causas que dan motivo en éste código a la separación de cuerpos, son equiparables a las establecidas por el legislador de 70 y sólo en cuanto se refiere al divorcio voluntarios, los plazos se redujeron

Posteriormente, en Noviembre de 1886, fué presentada una iniciativa de la Cámara de Diputados con la finalidad de que al divorcio se le diera el carácter de vincular y no como simple separación de cuerpos, pero no tuvieron éxito y fué rechazada. Así las cosas, firmes en ésta situación llega el año de 1914, fecha en que se promulgó en Veracruz la ley de divorcio, en la cual se consideraba a éste como la disolución del vínculo, ley que fué dictada por Carranza quien se había levantado en Coahuila contra la usurpación de Victoriano Huerta, teniendo como bandera el Plan de Guadalupe. Al triunfo de la revolución se disgrega el grupo del General Villa, entonces Don Venustiano se traslada a Veracruz instalando el gobierno constitucionalista y es ahí donde dicta la Ley Agraria el 6 de Enero de 1915 y la de divorcio, las cuales se consideran conjuntamente con las demás que se promulgaron como partes integrantes de las adiciones y reformas al Plan de Guadalupe.

En esta ley de divorcio se hacen varias consideraciones sobre la urgente necesidad de que a ésta se le instituya como disolución del vínculo matrimonial; y entre otras cosas dice que "desgraciadamente no siempre

se alcanzan los fines para los cuales fué contraído el matrimonio, por excepcionales que sean algunos casos, La ley debe justamente remediarlos relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia, en un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas". Al referirse al matrimonio como contrato y a la disolución de éste, se asienta "que admitiendo el principio por nuestras leyes de reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado principalmente por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo o cuando existen tan causas que hagan definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias".

Al tratar sobre el tema del divorcio por mutuo consentimiento, dice "por otra parte, el divorcio por consentimiento mutuo es un medio discreto de cubrir las culpas graves de alguno de los cónyuges por medio de la voluntad de ambos para divorciarse, sin necesidad de dejar sobre las respectivas familias o sobre los hijos, la mancha de una deshonra", de todas las consideraciones que se hacen de la ley que comentamos, no encontramos en la Ley de Relaciones Familiares sino una simple referencia de ellas. Concluye la ley con dos artículos que son los que la integran y que dice: "se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley de 14 de Diciembre de 1874 reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de Diciembre de 1873, en los términos siguientes: fracción IX.- El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga mas de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer nueva unión legítima".

Artículo segundo.- Entre tanto se resuelve el orden constitucional en la República, los gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos códigos civiles las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación.

Transitorio.- Esta ley será publicada por bando y pregonada, y comenzará a surtir sus efectos desde la fecha".

Cuando ya el gobierno constitucionalista llega a establecerse en México, se dictan las leyes con respecto a las relaciones familiares, las cuales no sólo se refieren al matrimonio y al divorcio sino que en un concepto mas amplio se relacionan con la familia en su integridad. Es entonces cuando por la ley de Relaciones Familiares se reforma el libro correspondiente del código de 1884, toda vez que Don Venustiano Carranza habia fijado, tanto en las adiciones al Plan de Guadalupe como en el informe de su gestión preconstitucional, que dictaría dicha ley.

En ella se dictaron disposiciones mas claras y precisas sobre el divorcio, asentandose que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro (artículo 75). Distingue esta ley dos clases de divorcio, el necesario y el de por mutuo consentimiento, en el primero median algunas de las causas que señala el artículo citado. Llámase forzoso porque cualquiera de los cónyuges se ve en la imperiosa necesidad de pedir por existir alguna de las causas que hacen imposible la vida en común, y necesario porque se hace con el objeto de solucionar una desavenencia conyugal.

Las causas que dan origen al divorcio necesario en la Ley de Relaciones Familiares en su artículo 76 son las mismas que ordena el código de 84 para la separación de cuerpos, sólo el criterio del legislador cambia en algunas de ellas, por ejemplo, la fracción IV del artículo 76 de la Ley de Relaciones Familiares está en relación con la fracción XI del artículo 227 del código de 1884 pues las mismas palabras contenidas en esta fracción, también lo están en la fracción cuarta de la Ley de Relaciones Familiares, agregando el de 84 "anterior al matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge". Asimismo, las fracciones V y VI de la misma ley que se comenta está en relación con la VI del artículo 227 del código de 84, también, las fracciones VIII, IX y XI de la ley de referencia se relacionan con la fracción octava del artículo 227 del código mencionado.

Ahora bien, el artículo 79 de la misma ley dice: "cuando un cónyuge que haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causas 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 esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido". Este es un artículo idéntico al del código anterior con la salvedad de que éste tenía un plazo de cuatro meses.

En cuanto se refiere al divorcio por mutuo consentimiento en el código de 84, no podía pedirse sino pasados dos años después de haberse realizado el matrimonio, en los términos siguientes: una vez que se presenta

ba la solicitud el Juez citaba para una audiencia y en ella se procedía a establecer la concordia; si no se lograba, transcurrido un mes a petición de uno de los cónyuges citaba para otra junta y si tampoco en ella se lograba su objeto se decretaba de plano el divorcio, no siendo así en la Ley de Relaciones Familiares pues en ésta se podía pedir el divorcio después de un año de celebrado el matrimonio, artículo 82. El Juez citaba para tres juntas mediando entre una y otra un mes y si los cónyuges estaban en su dicho, se decretaba el divorcio.

Nuestro código actual no queriendo cambiar la definición que nos proporciona la Ley de Relaciones Familiares sobre el divorcio, define al mismo en los términos siguientes: "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Al leer ésta definición nos damos cuenta de que el código vigente aceptó la tesis que estableció la Ley de Relaciones Familiares, conclusión que el legislador del 84 jamás aceptó.

Durante la vigencia de nuestro código actual se ha hecho uso del divorcio en forma sorprendente; si antes sólo eran las clases económicamente privilegiadas las que hacían uso de él, ahora nos percatamos de que nuestra clases media y humilde se están acogiendo al último recurso que les queda, la vía legal, y es que se abusa de la ley que autoriza el divorcio creyendo que la disolución del vínculo matrimonial es lícita porque la ley así lo faculta.

4.2 OBLIGACIONES ALIMENTARIAS QUE SURGEN DEL DIVORCIO.

La vida social contemporánea, así como la interdependencia cada vez mayor que existe en las manifestaciones jurídicas y económicas del hombre, están obligando a la ciencia jurídica a atender con preferencia las necesidades del grupo con detrimento del individuo, pero sin dejar al margen la autonomía personal de éste. Por tal motivo, ha surgido la necesidad inmediata y urgente de que nuestros legisladores ubiquen con mayor amplitud en el derecho familiar, la obligación alimentaria, y fijar medidas para su eficaz aseguramiento; dándole asimismo una intervención más acentuada al Estado para el logro de esos fines, toda vez que éste tiene como misión dentro del derecho familiar adecuar el espíritu de la ley con las circunstancias, aspiraciones y posibilidades actuales.

Alimentos, proviene de alimentos, de alo, nutrir. En sentido jurídico significa lo que una persona tiene derecho a recibir de otra. Por ley alimentos significa negocio jurídico o declaración judicial para atender a su sustento; de aquí surge la obligación correlativa llamada deuda alimentaria, deber impuesto jurídicamente a una persona de proveer a la subsistencia de otra.

En nuestra legislación el Código Civil para el Distrito Federal no define los alimentos, únicamente nos indica los elementos constitutivos de los mismos bajo el tenor del artículo 308; desprendiéndose de su lectura e interpretación, que la obligación alimentaria consiste en atender la subsistencia y la manutención de las personas que por su edad o condiciones parti

culares no están en posibilidad de bastarse a sí mismos. En nuestra legislación civil, los alimentos comprenden, dice el artículo 308; "la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales, no comprenden, sin embargo, la obligación de proveer de capital a los acreedores alimentarios.

La obligación alimentaria en nuestro derecho se encuentra regulada por dos condiciones fundamentales, que son la necesidad del que debe recibirlos y correspondientemente la posibilidad de quien ha de proporcionarlos

La ley enumera quienes están obligados a dar alimentos; ellos son - en primer lugar ambos cónyuges, toda vez que nuestra legislación establece que el marido tiene acción para exigir de su esposa alimentos. cuando se encuente imposibilitado y enfermo; en segundo lugar, tienen obligación de - dar alimentos los padres a sus hijos, y ésta obligación recae, asimismo, en los abuelos por ambas líneas cuando los padres no puedan proporcionarlos; a su vez los hijos están obligados a proporcionar alimentos a sus padres, y - en su defecto, ésta obligación la tienen los nietos, bisnietos, etc. La - obligación alimentaria que se impone a los padres respecto de sus hijos. na ce de la filiación. La prestación de alimentos del padre y de la madre en favor de sus hijos, no requiere que el hijo menor de edad deba probar que - carece de medios económicos para exigir que aquella obligación se haga efectiva, basta que el hijo pruebe su situación de hijo y su estado de menoridad, para que los padres deban cumplir con la obligación de darle de darle ali-

mentos y asegurar éstos. Con la salvedad de que cuando el hijo haya salido de la patria potestad, la necesidad de recibir alimentos si debe ser probada para que la obligación a cargo de los padres sea exigible judicialmente.

Igualmente, están obligados a proporcionar alimentos los hermanos; primos, tíos, parientes en línea colateral, a sus hermanos, primos, etc., - cuando se trata de menores de diez y ocho años o los incapaces; por lo que se refiere a los hermanos, la ley hace recaer esta obligación alimentaria - fundamentalmente en los hermanos gemanos; y sólo en la imposibilidad de éstos, en los hermanos consanguíneos o uterinos. El adoptante y el adoptado también tienen esa obligación alimentaria, como si se tratara de filiación natural.

En nuestra legislación, el parentesco por afinidad no origina la obligación alimentaria, o sea que los suegros no están obligados a dar alimentos al yerno o nuera.

Las fuentes de la obligación alimentaria en nuestra legislación son de dos clases: 1.-Convencionales y, 2.-Legales.

Las obligaciones alimentarias que nacen de los convenios, en todos los casos se rigen por las reglas generales aplicables a los contratos, los cuales por su naturaleza deben ser fielmente cumplidos desde que se perfeccionan, por tanto, no le son aplicables los principios de proporcionalidad y de reciprocidad, como cuando ocurre que la obligación alimentaria proviene de la ley.

Existen tres casos o situaciones convencionales que generan obligación alimentaria: Contrato de renta vitalicia, convenio en caso de divorcio y contrato de donación.

Cuando la obligación alimentaria surge de la ley, por su especial - característica, incumbe al derecho su regulación a fin de ser coercible su cumplimiento. Tradicionalmente se distinguen tres clase de alimentos:

a) Civiles: es todo lo indispensable para el sustento, habitación vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia, comprendiendo también la educación e instrucción del alimentista menor de edad

b) Alimentos propios: estos son los que se prestan en especie o - aquellos cuyo objeto directo es la manutención de la persona. Alimentos im propios; son los medios idóneos (pensión, asignación, renta) para conseguir la finalidad de la manutención.

c) Voluntarios y legales, según su origen.

La obligación alimentaria en nuestro derecho, tiene las siguientes características:

Personalísima: pues sólo tiene derecho a exigirla aquella persona que se encuentra en la situación jurídica de pariente dentro del cuarto grado colateral y de ascendente o descendente del deudor alimentista. El crédito alimentista no es cesible en favor de un tercero; y cuando lo exija un tercero, siempre será a nombre del acreedor alimentista.

Irrenunciable: esto es en virtud de que no puede renunciarse el derecho de percibir alimentos caídos.

Imprescriptible: esta obligación no desaparece por el simple transcurso del tiempo.

Divisible: puede ser satisfecha por varios parientes a la vez en proporción a sus bienes o haberes, si en el caso, todos están obligados a dar alimentos al acreedor.

Préferente: porque debe ser atendida y cumplida con antelación a otras deudas.

No es compensable: en efecto, el deudor alimentario no puede negarse a prestarlos si el acreedor que tiene derecho a ellos, es a su vez deudor del primero por otras causas. Asimismo, otra característica de la obligación alimentaria es que se puede prestar en forma periódica cubriendo una pensión al acreedor.

Es asegurable: esto es mediante hipotecas, prendas, fianza o depósito en cantidad bastante a cubrir los alimentos. También, el salario que perciba el deudor alimentista garantiza el pago de la pensión, por medio del descuento ordenado por autoridad competente mediante solicitud del acreedor.

El cumplimiento de la obligación alimenticia puede realizarse:

- 1.- Asignando una pensión al Acreedor alimentista o,
- 2.- Incorporándolo al seno familiar.

Normalmente corresponde al deudor optar por la forma de pago que sea menos gravosa para él, siempre que no exista impedimento legal o moral para ello. Sin embargo, el acreedor, dado el caso, puede oponerse a ser incorporado a la familia del deudor cuando exista causa fundada para esto y entonces compete al Juez, según las circunstancias del caso, resolver sobre el particular.

En efecto, la Jurisprudencia sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma: "ALIMENTOS, INCORPORACION DEL ACREEDOR AL SEÑO DE LA FAMILIA DEL DEUDOR.- El derecho de incorporar al creedor alimentario al domicilio del deudor, se encuentra subordinado a la doble condición de que el deudor tenga casa o domicilio propio y de que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor sea trasladado a ella y pueda obtener así el conjunto de ventajas naturales y civiles que se comprenden en la acepción jurídica de la palabra alimentos, pues faltando cualquiera de estas dos condiciones, la opción del deudor se hace imposible y el pago de alimentos tiene que cumplirse, necesariamente, en forma distinta de la incorporación".

Quinta Epoca:

Tomo CXXIX. Pág. 36, A.D. 2017/55.- Salvador Pedraza Gonzaga.-

5 votos.

Tomo CXXIX. Pág. 49, A.D. 5825/55.- Lucas Cordero Rivas.- 5 votos

Tomo CXXIX. Pág. 804, A.D. 627/56.- Elías Vázquez Angeles.- Unani

dad de 4 votos.

Tomo CXXX. Pág. 315, A.D. 2396/56.- Mario Hernández Serrano.-

5 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XLII, Pág. 9, A.D. 668/60.- Guillermo Romero Ramírez.-

5 votos.

En el mismo orden de ideas podemos mencionar el texto del artículo 310 de nuestro código civil que dice: "el deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación".

También, el artículo 311 del mismo ordenamiento preceptua que "los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiere obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente".

4.3 FORMAS DE ASEGURAR LA PENSION ALIMENTICIA.

A) En el divorcio administrativo: En esta forma de divorcio, dadas sus peculiares características los divorciantes no tienen derecho a pensión alimenticia ni a indemnización alguna por posibles daños y perjuicios que hubiere originado el procedimiento de disolución del matrimonio. Asimismo, por su especial procedimentalismo en su realización y ejecución que lo caracterizan como un acto puramente administrativo, se desprende que este tipo de divorcio es un acto autónomo de la voluntad de los cónyuges tendiente a disolver todo vínculo legal que pudiera seguirles uniendo, tomando en cuenta que no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

La ley no establece otorgamiento de pensión alimenticia a ninguno de los cónyuges en virtud de que nuestro derecho familiar se basa en la culpabilidad de las personas y en esta clase de divorcio no existen culpables, o en todo caso lo son ambos divorciantes. Por lo tanto, la ley no instituye cargas económicas y previos los trámites legales declara que el matrimonio queda disuelto, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior, pues al legislador le interesa que los hogares no sean propios de constantes desavenencias y disgustos conyugales solamente si se llenan los requisitos a que alude el artículo 272 del Código civil vigente, ya que, de conformidad con el tercer párrafo del numeral citado, 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; entonces aquéllos sufrirán las penas que establece el Código de la materia.

B) En el divorcio judicial voluntario: En ésta clase de divorcio los cónyuges si tienen derecho a alimentos, porque así lo afirma el segundo y tercer párrafo del artículo 288 del código civil que textualmente se transcribe: "en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato".

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

Ahora bien, la obligación alimentaria derivada de éste tipo de disolución del matrimonio se regirá por las cláusulas del convenio que se acompañe a la solicitud, o en los términos de lo preceptuado en el artículo 1858 de nuestro ordenamiento civil que dice: "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento".

En efecto, los alimentos estipulados por convenio entre los cónyuges en el divorcio voluntario, no se rige por las disposiciones relacionadas con los alimentos legales, sujetos a principios de interés social, pues debe considerarse como una liberalidad derivada de la sola voluntad de las partes, y quedan sujetos a su interpretación y cumplimiento en los términos de la parte final del 1858 de la legislación citada.

En cuanto a los hijos, en el divorcio voluntario, si se hace exigible por la ley la obligación alimentaria a los padres, con base en el artículo 303 del Código Civil. Además, cuando los divorciantes concurren ante el Juez a solicitar el divorcio voluntario están obligados en los términos del artículo 273 de la legislación citada a presentar un convenio en el cual, entre otras cosas, deberán especificar el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriada el divorcio en los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar a otro durante el procedimiento y después de ejecutoriada el divorcio, así como la forma de hacerlo y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

Este derecho de los hijos no surge del divorcio, ni de la sentencia que lo decreta en la cual se aprueba por el Juez el convenio presentado, sino que lo adquieren por la calidad de hijo que poseen, tal y como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "ALIMENTOS, DERECHO A PERCIBIRLOS. Surge desde que se adquiere el carácter de acreedor alimentario. No es exacto que la sentencia que se pronuncia en juicio de alimentos da nacimiento al derecho de la acreedora alimentaria de percibirlos, ya que ese derecho nace desde que se adquiere la calidad de padre, hijo, cónyuge, etc., puesto que los artículos 302, 303, 304, 305, 306 y 307 del Código Civil vigente señalan quienes están obligados a prestar alimentos. De consiguiente, en la sentencia sólo se declara el derecho a percibir alimentos, pero tal derecho existe desde que se adquiere el carácter de cónyuge, hijo, etc., es decir, de acreedor alimentario, y si bien es en dicha sentencia en donde se determina definitivamente el importe de la pensión alimenticia, con vista de las pruebas rendidas por el acreedor y el -

deudor alimentario, esto no impide que la condena comprenda las pensiones causadas durante la tramitación del juicio, puesto que el derecho de percibir alimentos se tiene con anterioridad a la sentencia, dicho de otro modo el derecho a alimentos no nace del pronunciamiento de la sentencia, sino por el carácter de acreedor alimentario, según quedó asentado". (Amparo directo 718/65 Guillermo Macedo.- Julio 7 de 1967.- Unanimidad 4 votos, - Tercera Sala).

También, podemos citar la tesis 39, apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975 tercera parte. Segunda Sala. Pág.131, México - 1975; "ALIMENTOS, NECESIDAD DEL PAGO DE. CARGA DE LA PRUEBA.- El marido tiene obligación de alimentar a la mujer y a los hijos, quienes tienen a su favor la presunción de necesitar los alimentos, salvo prueba en contrario. La obligación cesa cuando los acreedores ya no tienen necesidad de ellos, pero la carga de la prueba corresponde en estos casos al deudor".

Quinta Epoca:

Tomo CXVI, Pág. 272. A.D. 3541/51.- Méndez de Guillén Elena y Coag-
Unanimidad de 4 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Volumen CXXXIII, Pág.24. A.D. 7891/66.- Eusebio Herrera Pimentel.-
Unanimidad de 4 votos.

Volumen CXXXV, Pág.21 A.D. 4945/67.- Catalino Linares Hernández.-
Unanimidad de 4 votos.

Séptima Epoca, Cuarta Parte:

Volumen 6, Pág.35. A.D. 10043/67.- Rafael Velasco Escobedo.- 5 votos.

Volumen 6, Pág. 35. A.D. 6939/68.- Ernesto López García.- 5 votos.

En el convenio a que alude el artículo 273 del Código Civil vigente no sólo se estipulan cargas alimentarias a los padres, sino también - obliga a los deudores alimentistas a fijar la forma en que deberán hacer el pago y la garantía que deben dar para asegurarlos. Este aseguramiento debe hacerse en los términos del artículo 317 del ordenamiento citado, el cual nos indica que "el aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio de Juez".

La mayoría de los Juzgados sigue la práctica de utilizar como método para asegurar la pensión alimenticia en los casos de divorcio voluntario, el de girar oficio al lugar donde labora el deudor alimentista a efecto de que el patrón le haga las deducciones correspondientes en el sueldo que percibe, por el monto de la pensión alimenticia fijada por el Juzgado, misma que deberá entregarse a la esposa o persona que tenga bajo su guarda y custodia los hijos menores de edad. Esta forma de asegurar los alimentos es considerada por la mayoría de los jueces como la más viable y fácil de cumplir por el deudor, toda vez que es bien conocido por los mismos juzgadores que las formas de asegurar la obligación alimentaria que establece el artículo citado son las más inseguras y menos aplicables a los deudores alimentistas por la facilidad para evadirlas, tan sólo con cambiar de empleo o de domicilio particular.

En caso de que el deudor alimentista no cumpla con la obligación - contraída el Juez dictará resolución constriñiéndolo, el acreedor con esta decisión judicial puede recurrir a su ejecución sobre bienes del deudor en

los términos de la misma, inclusive en los que no procedería el embargo - por ningún otro concepto, o sea el sueldo que perciba por su trabajo.

Para pedir el aseguramiento de la obligación alimentaria no se requiere que el deudor haya incurrido en el incumplimiento o se niegue a hacerlo pero como es factible en nuestro medio que el deudor no cumpla con ese deber, la ley previendo esta situación provee a quien necesite alimentos de una acción cautelar para el aseguramiento a fin de garantizar el pago de la pensión alimenticia fijada por el Juez.

El aseguramiento de la obligación alimentaria en nuestra legislación vigente se rige por lo estipulado en el artículo 317 del Código Civil, y como ya comentamos que dichas estipulaciones no cumplen con el verdadero sentido con el que fueron creadas, toda vez que cuando los acreedores alimentarios se acogen al beneficio y protección de alguna de las formas establecidas por la ley a efecto de asegurar alimentos, se enfrentan siempre a que el deudor alimentista o carece de bienes propios o de trabajo fijo, situación ésta que no le otorga al juzgador elementos suficientes para coaccionar con eficacia al deudor el pago de la pensión alimenticia a sus acreedores.

Así tenemos por ejemplo la hipoteca como medio para garantizar la pensión alimenticia, la cual es una garantía real constituida sobre bienes que pertenecen al deudor pero que no se entregan al acreedor además de estar en el comercio, desprendiéndose al tenor del artículo 2893 del Código Civil que cuando el deudor no tiene bienes, jurídicamente es imposible ins-

tituir una hipoteca y en caso de que los tuviera, entonces el gravámen ten
dría que ser preferente a fin de garantizar eficazmente la obligación ali-
mentaria.

La prenda, según el artículo 2856 del Código Civil, es un derecho
real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumpli
miento de una obligación y su preferencia en el pago

De la interpretación del precepto arriba mencionado, se deduce al
igual que en la hipoteca, que el deudor alimentista posea bienes enajena--
bles para que pueda funcionar eficazmente el aseguramiento de la pensión -
alimenticia que se pretende, dejando la puerta abierta al deudor para elu-
dir el cumplimiento de la obligación exigida, si en el caso no tiene bie--
nes que puedan ser afectos a la garantía prendaria. Considerando que el -
deudor alimentista si tenga bienes, éstos tendrán que ser embargables y -
ser de tal naturaleza que no perdieran su valor por el simple transcurso -
del tiempo; pero como estas peculiaridades no son comunes, resulta inope--
rante ésta forma de garantizar el pago de la pensión alimenticia.

La fianza, es otra de las modalidades que estipula el artículo 317
del Código Civil para garantizar la pensión alimenticia, y dada sus caracte-
rísticas especiales resulta igualmente poco seguro éste medio para garanti-
zar la obligación alimentaria. En efecto, el artículo 2794 del código men
cionado prevee que la fianza es un contrato por el cual una persona se com
promete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Ahora bien, de la lectura de esta disposición legal se desprende - que para garantizar por este medio que la pensión alimenticia surta buen efecto se debe recurrir a las compañías afianzadoras, instituciones financieras que llegado el caso podrían solventar fielmente las obligaciones - contraídas, dada su capacidad económica y la constitución legal que poseen.

Pero no obstante esa solvencia de las compañías afianzadoras, el acreedor alimentario se enfrenta a graves problemas a causa de la deficiencia con la que funcionan dichas instituciones y con la poca previsión del representante social adscrito al Juzgado Familiar, ya que casi siempre el C. Agente del Ministerio Público solicita que la garantía de la pensión alimenticia sea por el término de un año, agregando las instituciones crediticias muchas veces el término "renovable automáticamente". Expresión no congruente con la realidad jurídica del artículo 311 del Código Civil vigente cuando afirma que "determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal".

Por otra parte, si los deudores recurren a las compañías afianzadoras para asegurar la pensión alimenticia fijada por el Juez, éstas al otorgar una fianza para garantizar los alimentos en un juicio de divorcio voluntario casi siempre hacen firmar al acreedor un carta en donde se da por recibido de las doce mensualidades que ampara la póliza que expiden, y en la mayoría de los casos dichas partidas nunca son recibidas por el acreedor.

En cuanto a depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos el representante social igualmente exige para garantizar la pensión alimenticia el término de un año, depositando esa cantidad en una institución financiera o bancaria a efecto de que mensual o quincenalmente se entregue - al acreedor la pensión decretada por el Juez.

Si bien es cierto que en el convenio de divorcio voluntario que presentan los promoventes en cumplimiento a lo establecido por el artículo 273 del Código Civil deberán determinar el modo de subvenir a las necesidades de los hijos así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo, también es que el Juez tiene facultad potestativa para determinar la forma en que deben asegurarse los alimentos y al efecto se transcriben las siguientes ejecutorias del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal: "ALIMENTOS, FACULTAD POTESTATIVA PARA DETERMINAR LA FORMA EN QUE DEBEN ASEGURARSE. El artículo 317 del Código Civil establece una facultad potestativa sobre la forma en que pueden asegurarse los alimentos, sin que se señale de manera terminante que en todo caso el aseguramiento deba consistir en alguna de las formas que el propio precepto señala, porque compete al Juez determinar la forma en la que deben asegurarse los alimentos que fije".

Es al Juez a quien directamente incumbe la forma para asegurar los alimentos fijados, pero debe hacerlo de acuerdo con la conveniencia de las partes, escuchádoles; éste criterio igualmente ha sido sostenido por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en la ejecutoria que en seguida se transcribe: "es a las partes a quien compete allegar elementos que permitan resolver acerca del cual de los medios que establece el artí-

culo 317 del Código Civil es el más adecuado para establecer el aseguramiento y si no lo hizo el Juez actuó debidamente escogiendo la fianza. La elección del Juez respecto de la garantía que el deudor alimentista debe otorgar es susceptible de ser modificada de acuerdo con la realidad y las posibilidades económicas del interesado". (Anales de Jurisprudencia.- Índice General, 1974)

La pensión alimenticia es asegurable a petición del propio acreedor o de quienes legítimamente lo representen, ya sea ascendiente, tutores, hermanos, parientes hasta el cuarto grado, o incluso a solicitud del Ministerio Público; también procede el aseguramiento de oficio por el Juez del conocimiento y dicha consolidación deberá consistir en cualquiera de las formas que para el caso establece el artículo 317 del Código Civil; para pedir y obtener el aseguramiento de esta obligación no es requisito que el deudor haya incurrido en incumplimiento, pues la ley provee a quien necesita alimentos de una acción cautelar de afianzamiento para garantizar debidamente el pago de las cantidades que fijadas previamente por el Juez ha de recibir el acreedor alimentario.

C) En el divorcio necesario o contencioso: En esta clase de divorcio el cónyuge inocente tiene derecho a alimentos de conformidad con el primer párrafo del artículo 288 del código citado. Sin embargo, tal parece que en el numeral mencionado el legislador se olvidó del derecho de los hijos, aún cuando el artículo 282 del mismo ordenamiento diga que al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio...III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los

hijos". Es decir, se refiere única y exclusivamente a medidas provisionales sólo mientras dura el juicio, y el párrafo primero del artículo 288 - afirma que al terminar el juicio "sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente", omitiendo a los hijos.

En este tipo de divorcio, en algunos casos, el cónyuge que lo demanda no solicita pensión para ella ni para los hijos habidos durante el matrimonio, pensando tal vez que eso sería un obstáculo para una pronta separación o porque quizá diga que tiene capacidad económica para solventar los alimentos, además, en este medio de disolución no hay intervención del Agente del Ministerio Público que represente a los menores, que reclame seguridad económica a quien tiene obligación legal, moral y social de proporcionársela, situación ésta que aparentemente deja indefensos a los hijos - de los divorciantes.

Aunado a lo anterior, surge otro problema para el acreedor alimentario cuando el cónyuge, generalmente el hombre, no tiene empleo fijo; situación ésta que le impide a la mujer proporcionar elementos al Juez a fin de que dicte las medidas pertinentes a lograr una pensión alimenticia en favor de ella y los menores hijos. No obstante estos aspectos negativos del juicio la Jurisprudencia ha establecido que en la sentencia de divorcio necesario debe decretarse la condena de alimentos al cónyuge culpable, aunque no se haya solicitado en la demanda.

"DIVORCIO. CONDENA DE ALIMENTOS.- Aunque no se pidieran en la dmanda, deben decretarse en la sentencia. El artículo 288 del Código Civil

establece como sanción al hecho de ser culpable el cónyuge varón, la obligación de ministrarle alimentos como una consecuencia legal de la ruptura del vínculo y de la declaración de culpabilidad del mencionado cónyuge, independientemente de que la prestación si esté comprendida en la demanda. Añ cuando no lo hubiere sido, el Juez obró legalmente en virtud de que está obligado a establecer en la sentencia, todas las circunstancias legales del divorcio". ANALES DE JURISPRUDENCIA.- APENDICE AL INDICE GENERAL 1959 1960. Pág.99.

En caso de que el marido si tenga bienes o empleo fijo, estos detalles los deberá aportar la esposa demandante al Juez a fin que el juzgador proceda a decretar alimentos provisionales desde el momento en que se admite la demanda de divorcio necesario, en los términos del artículo 282 del Código Civil en relación con el 943 del Código de Procedimientos Civiles, - al establecer que "tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento o por disposición de la ley, el Juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor, y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio", aunque ésta provisionalidad de la pensión está supeditada a la interpretación que el Juez le dé a la palabra "medianamente", toda vez que debe esperar el informe de ingresos que tenga el demandado y que al efecto solicite el juzgador a la Empresa donde labore.

Una vez que el Juez tenga todos los medios necesarios para determinar la pensión alimenticia definitiva, procederá a decretar la forma de aseguramiento de dicha obligación, siguiendo totalmente lo preceptuado por el

artículo 317 del Código Civil, o sea la hipoteca, la prenda, la fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos; también puede girar oficio al lugar donde trabaja el deudor alimentista a fin de que el patrón le descuenta del salario la pensión alimenticia decretada en la sentencia, deducción que deberá ser entregada al deudor alimentario por la orden judicial dictada al respecto.

El aseguramiento de la pensión alimenticia es indispensable para que la obligación no sea eludida, y que no haya un intervalo de tiempo en el cual el acreedor deje de percibir alimentos; pues éstos, por sus características propias, son de satisfacción inmediata y presente. En caso de incumplimiento por parte del deudor alimentario, el Juez a manera de sanción tiene la facultad de decretar el embargo de sus bienes, de los productos de éstos, así como del sueldo y demás prestaciones que perciba; medida cautelar que abarcará sólo en cuanto basten a garantizar dicha obligación.

El Código Penal sanciona al deudor alimentista que falta al cumplimiento del deber de suministrar alimentos a sus acreedores, sanción que regula expresamente el artículo 336 que dice: "al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicará de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y el pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado".

Sobre esa sanción penal la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado un criterio en la siguiente ejecutoria: "En éste delito no

se tutela la institución del hogar, razón por la cual la denominación doctrinal abandono de hogar es inadecuada ya que el daño no recae en aquel si no en el cónyuge y los hijos desamparados, víctimas directas del incumplimiento de los deberes de asistencia que corresponden al culpable, y por tanto, en delitos de esa naturaleza es menester probar no solo el abandono material en que incurre el responsable, sino la auténtica situación de desamparo en que dejó a sus familiares, en tal forma, que éstos no puedan proveerse su subsistencia".- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo LV.- Pág. 2184.

Ahora bien, no obstante las garantías y sanciones tanto civiles como penales con las que el legislador ha querido proteger a la obligación alimentaria, es muy frecuente que el deudor alimentista eluda con suma facilidad su cumplimiento, ya por su estado de insolvencia o por ocultar sus bienes simulando diversos tipos de acreedores que lo han dejado insolvente, o declarando no tener empleo fijo, ni ingresos por cualquier otro concepto o abandonado el trabajo y quizá hasta la ciudad.

Ante esta diversidad de circunstancias el juzgador se ve imposibilitado para atender en forma debida las necesidades de los acreedores alimentarios que recurren a su potestad, con el propósito de que coacione al deudor a proporcionarles alimentos que requieren. Este impedimento del juzgador se debe a que el legislador no le da más elementos para garantizar la obligación alimentaria que las antes mencionadas, las cuales adolecen casi por completo de la seguridad con la que pretendieron crearlas, razón por la que es necesario reformar en éste aspecto nuestra legislación a fin de que se regule eficazmente la obligación alimentaria.

4..4 SITUACION DE LOS HIJOS EN EL DIVORCIO.
GUARADA, CUSTODIA Y PATRIA POTESTAD.

Cuando los cónyuges quieran divorciarse y tengan hijos menores de edad, solamente podrán hacerlo por mutuo acuerdo o en forma necesaria recurriendo al Juez Familiar de su domicilio a fin de iniciar el correspondiente juicio, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles. En caso de que la disolución sea por mutuo consentimiento deberá adjuntarse a la solicitud copia certificada de las actas de matrimonio y nacimiento de los menores, así como un convenio en el que se estipulen entre otras cosas la designación de la persona que tendrá la custodia de los hijos y el ejercicio de la patria potestad por ambos ex-cónyuges, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriada la sentencia del mismo. Asimismo, aunque el artículo 273 del Código Civil no lo establece deberá señalarse el domicilio donde permanecerán los menores antes y después de concluido el juicio.

Ahora bien, la palabra custodia proviene del latín custos, custodis, voz derivada de custes, forma agente del verbo curare, cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de una cosa. Nuestra legislación civil no define lo que debe entenderse por custodia ni establece los derechos y obligaciones derivadas de la misma, sin embargo emplea el término. Consideramos que la custodia es una parte de la patria potestad, sólo que más restringida. Podríamos decir que ésta es el género próximo y aquella la diferencia específica.

La fracción primera del artículo 273 del Código Civil vigente seña la uno de los requisitos primordiales que debe contener el convenio que - presenten los cónyuges al solicitar el divorcio voluntario: "designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio",

De acuerdo a lo establecido en el artículo referido, típicamente - uno de los esposos deberá renunciar a la custodia de los menores. El cónyuge que desiste a la guarda de los hijos no está renunciando al derecho - subjetivo de corregir y educar a los mismos, pero sí a ejercitar esos derechos porque que tiene un impedimento en cuanto a que el divorcio implica - que los ex-cónyuges vivan separados y materialmente los menores no pueden vivir con ambos a la vez, sino sólo con uno de ellos. También, porque hay una sentencia que ordena cual de los divorciantes tendrá a su cargo el cuidado de los hijos, advirtiéndolo que cuando los padres renuncian a la custodia o son privados de ésta conservan todos los demás derechos y obligaciones derivados de la patria potestad.

En efecto, la patria potestad implica educar y corregir a los hijos, darles permiso para comparecer en juicio, autorizarles para contraer obligaciones, ser representante legítimo del menor, representarlo en juicio, administrar los bienes que no haya adquirido por su trabajo sino por cualquier otro título, así como tener la propiedad de la mitad del usufructo de los bienes del hijo que no haya adquirido por su trabajo. En cambio la custodia solamente implica el derecho a educar y corregir a los hijos.

Por otra parte, el artículo 282 de nuestro Código Civil previene que al admitirse la demanda de divorcio necesario, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: "fracción VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

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

El último párrafo de la fracción arriba citada fué adicionado a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial el día 27 de Diciembre de 1983, en virtud de que anteriormente el artículo 259 decía que "luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones mayores de cinco años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe", desde luego tomando en consideración las circunstancias señaladas en el artículo 260 del texto original, es decir, de la reforma antes mencionada. Estas normas correspondían al capítulo IX del título quinto del Código Civil que entró en vigor en 1932, pero eran aplicables también a los casos de divorcio.

Es acertada la adición del segundo párrafo al artículo 282 del código civil vigente, toda vez que si bien es cierto que la madre es la persona idónea para el cuidado de los hijos y que, normalmente éstas desean y

reclaman la custodia de los menores, apesar de la doble responsabilidad - que ello les exige, no es menos cierto también que, en múltiples casos de divorcio, el marido igualmente quiere la custodia de los hijos alegando - que con la divorciante no tendrán la educación que él desea para ellos; - sin embargo, a lo que aspira el cónyuge en el fondo es evitar el pago de - la pensión alimenticia o simplemente lo lleva un sentimiento de venganza - que maliciosamente trata de realizar a través de sus descendientes.

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio necesario causa - ejecutoria se inician las consecuencias que a los hijos trae consigo la di - solución del matrimonio. En efecto, antes de las últimas reformas a nues- - tro código civil la ley imponía como sanción al cónyuge culpable, la pérdi - da de la patria potestad sobre los menores, o la suspensión de la misma - mientras viviera el inocente, enumerativamente indicaba ese artículo 283 - las causas por las cuales se perdía o suspendía la patria potestad. La de - rogación de éste artículo que señalaba esas limitaciones a la patria potes - tad derivada de las causas de divorcio creemos que fué correcta, pues los efectos de la disolución matrimonial no deben repercutir en las relaciones de padres a hijos. Los que se divorcián son los esposos, no los hijos de los padres.

El texto del artículo 283 del Código Civil vigente es el siguiente:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual - el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relati- - vo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pér-- - da, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia

y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor'.

Ahora bien, creemos poco convincente que a través de la norma antes descrita se le den al juez las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, cuando existe el Título Octavo del libro primero del Código Civil que regula estas características. El legislador debió limitar las amplísimas facultades que el artículo 283 concede al juzgador, en razón de los artículos 444 y 447 del mismo ordenamiento civil. Los jueces, indudablemente, deben tener un margen de arbitrio discrecional al formular sus resoluciones; pero es preferible, cuando hay artículo expreso en una materia, atenerse en principio a ello.

Nuestro código civil no define lo que es la patria potestad, pero del estudio de los preceptos relativos contenidos en el Título Octavo del libro primero del mismo ordenamiento, nos atrevemos a elaborar la siguiente definición: "patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con relación a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad. Admitiéndose que ésta facultad tiene como función primordial la educación de los hijos".

El nombre de patria potestad utilizado en la mayor parte de las legislaciones vigentes responde más a la fuerza de la tradición que al espí-

ritu de esta institución, toda vez que ya no es patria ni potestad. Significó el poder del padre y los datos históricos confirman la correspondencia de esa terminología con lo sucedido en épocas pasadas en las que, efectivamente, la organización familiar se sustentaba sobre el poder del padre, que era ejercitado no sólo sobre sus descendientes, sino sobre todo el grupo que componía en otros tiempos el núcleo familiar.

En la actualidad la patria potestad dejó de ser "patria", pues ya no es exclusiva del padre, sino compartida por igual con la madre, o a veces privilegio de ella, o ejercida por los otros descendientes, por los abuelos o abuelas. Tampoco es "potestad", que significa poder, en virtud de que esta institución no otorga poder, sino se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los descendientes.

La organización de las sociedades primitivas descansaba en la constitución y fortaleza de la unión familiar. El representante de toda la familia, el sacerdote único, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre; de allí su enorme autoridad. La patria potestad no es más que el reflejo de ese poder que el padre ejercía en todos los ámbitos de las relaciones familiares. La historia de todos los pueblos de la antigüedad muestran, con ligeras variantes entre unos y otros, el primitivo poder absoluto del pater familias. Asimismo, nos demuestra un proceso paulatino, pero continuado, de debilitamiento de la autoridad paternal.

La patria potestad la encontramos regulada en los artículos 411 al 448 del Código Civil vigente. Ahora bien, la facultad de proteger, educar y velar por el interés y bienestar de los hijos es en gran parte derivada de la naturaleza misma. La mayoría de los padres, pero sobre todo de las madres, asume su responsabilidad respecto a los hijos en forma no sólo espontánea sino amorosa en virtud de que la patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padre e hijos mientras éstos no lleguen a la mayoría de edad, toda vez que los deberes y derechos que configuran esta institución se consideran de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable.

El artículo 448 del código arriba citado expresamente determina que, "la patria potestad no es renunciable". En efecto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo sexto del propio ordenamiento que afirma: "la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero". La patria potestad tiene un significado de interés público, por eso textualmente se le considera irrenunciable,

Estamos de acuerdo en que casi todas las relaciones de tipo familiar son de carácter personalísimo, por eso no pueden transferirse ni en forma onerosa o gratuitamente. Tal es la patria potestad que solamente permite la transmisión derivada de la adopción; fuera de este acto jurídico que tiene que llenar todas las formalidades exigidas por la ley, no existe otra forma de transmitir la patria potestad, y en el supuesto de quien la ejerce muera o quede imposibilitado para cumplirla, la ley señala expresamente los sujetos que deben asumirla.

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción y el cargo se ejerce sobre los menores de edad no emancipados. El que está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ese hecho la obligación ni su derecho para entrar en su ejercicio. Lo mismo sucede con la persona que sin ser padre, madre o ascendiente representa a un menor, no adquiere por el trascurso del tiempo ese cargo. Esta facultad sólo corresponde a quien la ley señala; padres o abuelos pero nadie más, además, entre estos también debe seguirse el orden que la propia ley señala, es decir; primero los padres, o uno de los dos por imposibilidad del otro, después, los abuelos en el orden que determine la ley.

Asimismo, el artículo 448 del Código Civil agrega "pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse;

- I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño".

Quando quien ejerce o deba ejercerla se encuentra en algunas de las condiciones antes señaladas, puede excusarse de cumplir ante el Juez Familiar quien propondrá quien debe ejercitar el cargo en caso de que exista alguna de las personas que la ley señala como obligadas al respecto, si esto no es posible, se le nombrará un tutor. Se afirma que la excusa es una facultad que se desprende de la ley, pero no es un deber. Quiere decir que los padres o abuelos, aunque se encuentren en alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 448, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para los menores.

Al entrar al ejercicio de la patria potestad con relación al orden establecido por el artículo 414 del Código Civil, no encontramos explicación el porqué a los abuelos maternos se les deja en segundo lugar con respecto a los paternos. En todo caso debiera ser el Juez quien determinara a quién corresponde el ejercicio de dicha institución por falta o imposibilidad de ambos padres, tomando siempre en cuenta el bienestar de los nietos, los cuales, podrían ser escuchados a fin de normar el criterio del juzgador.

Para los hijos habidos fuera de matrimonio el artículo 415 del ordenamiento citado dice "cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y vivieren juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en el artículo 380 y 381".

Artículo 380: Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Artículo 381: En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

En ciertas ocasiones, el o los progenitores que sustentan la patria potestad pueden tener muy limitados recursos de manera de no poder proporcionar alimentos a sus hijos, es el caso que de existir otros parientes en el orden que señala la ley, sean abuelos, hermanos mayores, tíos, etc., con capacidad económica para proporcionar alimentos, recaerá en ellos esa obligación, sin que tal hecho implique la pérdida de la patria potestad de quien la ejerce y carece de capacidad alimentaria.

El deber de educar implícitamente tiene la conducta correctiva. El artículo 423 del Código Civil escuetamente señala esta facultad: "para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente".

" 422: A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

Con antelación a la reforma publicada en el Diario Oficial el 31 de Diciembre de 1974, el mismo artículo 423 señalaba: "los que ejerzan la patria potestad tienen la facultad de corregir y (castigar) a sus hijos mesuradamente". Esto era realmente la autorización legal a la reiterada cos-

tumbre de maltratar físicamente a los menores, aunque en la actualidad siendo una práctica generalizada muy a pesar de la encomiable labor del Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), el cual depende de la supervisión general de servicios a la comunidad.

Por consiguiente, suprimida la facultad de castigar que anteriormente otorgaba el código civil en el ejercicio de la patria potestad, las lesiones que los padres o abuelos infieran a sus hijos o nietos ya no corresponderán al ejercicio de un derecho, y en cambio serán típicamente punibles de conformidad con el artículo 295 de nuestro Código Penal al decir: "al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos".

Con relación a la administración de los bienes del menor que adquiere por su trabajo, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En consecuencia, los que ejerzan la patria potestad no tendrán ingerencia en esos bienes, y los que obtenga por cualquier otro título como herencias, donaciones, legados o azares de la fortuna, también pertenecen en propiedad al menor pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad, pero cuando la misma es compartida por la pareja de padres, abuelos o adoptantes, será administrador uno de los dos, decidido de común acuerdo por ambos; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y necesitará su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

El que ejerce la patria potestad es el representante legal del menor y su administrador, por tal motivo representará a su hijo en juicio, pero no podrá celebrar ningún convenio para concluirlo si no es con el com sentimiento expreso de su consorte, en caso de ser casado, y con la autori zación judicial cuando la ley lo requiera expresamente. Los que ejercen la patria potestad como administradores de los bienes, no tienen facultades para actos de dominio, por eso no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, solamente por causas de absoluta necesidad o de evidente beneficio podrán realizar esos actos previa autorización judicial.

Otras limitaciones en el derecho de administrar bienes que tienen los que ejercen la patria potestad son que no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años, tampoco podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta, asimismo, no podrán hacer donación de los bienes de los hijos, ni perdonar deudas en favor del menor, ni dar fianza en representación de los bienes de los hijos. Por tal motivo, los que ejercen la administración tienen la obligación de dar cuentas de la misma, por lo que la ley faculta a cualquier persona interesada, o al propio menor si ya tiene catorce años, con intervención del Ministerio Público en todo caso, a recurrir al Juez competente para impedir que por la mala administración, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan. La ley no señala plazo para la obligación de rendir cuentas, por eso debemos entender que se pedirá a petición de parte interesada.

El usufructo de los bienes del menor obtenidos por cualquier causa pertenecen por mitades al hijo y a los que ejercen la patria potestad, con excepción de los que adquiere por su trabajo. Sin embargo, si los menores obtienen bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto. Los réditos o rentas que produzcan esa clase de bienes antes de que se entre en el ejercicio de la patria potestad, pertenecerán al menor.

El artículo 434 del Código Civil vigente dice que "El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título VI, y además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

- I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados;
- II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;
- III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos".

Ahora bien, se puede renunciar al derecho que concede la mitad del usufructo, pero debe hacerse por escrito o de cualquier otra manera que no deje lugar a duda esa dimisión del usufructo hecha en favor del hijo o nieto será considerada como donación. El derecho al usufructo se extingue concomitantemente a la extinción del ejercicio de la patria potestad, o en caso de renuncia del mismo.

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por causas naturales o por sentencia ejecutoriada - que declare la pérdida de ese derecho, en ésta última hipótesis se extingue totalmente para el que la ejerce, pero en caso de existir otras personas de las mencionadas en la ley que puedan ejercerla, entonces el menor - seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona.

El ejercicio de la patria potestad puede suspenderse temporalmente por incapacidad declarada judicialmente, el que la ejerce tiene que ser - una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de la otra. También, por la ausencia declarada en forma, toda vez - que si el que debe custodiar o representar se le declara ausente, entonces no podrá ejercer ninguno de sus derechos. Asimismo, por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión de la patria potestad; en efecto, puede ser que la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por la autoridad judicial contraria a los intereses del menor y como - sanción temporal se le condene a la suspensión de ese derecho.

Por otra parte, el artículo 444 del Código Civil señala cuando se pierde la patria potestad: I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III.- Cuando por las costumbres depravadas - de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o 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 hiciere de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses".

Podemos sugerir que debe derogarse la fracción II del artículo citado en virtud de que la disolución del vínculo matrimonial debe tener sus consecuencias con respecto a las personas de los cónyuges y no con relación a los hijos, por la naturaleza misma del matrimonio. La ley no debe involucrarlos con la pérdida de la patria potestad de uno de sus padres, y al efecto me permito transcribir lo que dice la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA.- La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él".

Amparo directo 5391/1972. Carlos Miguel Rocha Escudero, Julio 12 de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Solís López. TERCERA SALA Séptima Epoca, Volumen 55, Cuarta Parte, Pág. 47.

El artículo 443 de nuestra ley civil nos dice que la patria potestad acaba totalmente, tanto para el que la ejerce, como para el sujeto pasivo, en los siguientes casos:

I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II.- Con la emancipación, derivada del matrimonio.

III.- Por la mayor edad del hijo.

Como la ley señala limitativamente las personas que pueden ejercer la patria potestad; los dos progenitores y los cuatro abuelos, por parejas o solamente alguno de ellos, cuando ya no existan ninguna de estas personas nadie más la podrá ejercer, aunque el hijo siga siendo menor de edad. En este caso se le nombrará un tutor.

La emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que se case, por ese hecho sale de la patria potestad. En caso de que su matrimonio se disuelva o nulifique persistiendo la minoría de edad del cónyuge, éste no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado.

La mayoría de edad extingue los efectos de la patria potestad, por que la misma es exclusiva para los menores de edad, toda vez que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. En caso de que la persona llegue a la mayoría de edad y está dentro de las circunstancias que señala el artículo 450 como determinantes de la incapacidad natural y legal de las personas, tendrá que sujetársele a un juicio de interdicción en que la sentencia que cause ejecutoria, le declare incapaz y, derivada de la misma, se le proveerá de tutor.

CONCLUSIONES.

I) Siendo el matrimonio la base de la familia, de la sociedad y del Estado; debe realizarse en forma permanente y para toda la vida, sin que ésto quiera decir que sea indisoluble. El matrimonio es la base de la familia, y ésta a su vez, de la sociedad humana.

II) Un matrimonio en condiciones de igualdad, en el que ambos cónyuges colaboren en todos los aspectos de la vida en común es, por el contrario, fuente permanente de satisfacciones. A éste tipo de matrimonio tienden las legislaciones modernas al establecer la igualdad de derechos.

III) Sin embargo, el divorcio no es un mal necesario como se ha afirmado, porque debidamente substanciado, es el medio benéfico para liberar de la injusticia a los cónyuges inocentes. La ley y el Estado deben permitir el divorcio, pero nunca estimularlo.

IV) EL legislador del Código Civil de 1928, cuando se refirió al artículo 266 aplicó indebidamente el vocablo "cónyuges", toda vez que estaba relacionando a personas ya divorciadas y en todo caso lo apropiado sería referirse a ex-cónyuges o divorciantes.

V) Se ha hecho necesario, cada vez más, encuadrar en nuestra realidad la Institución del Patrimonio de Familia. Así ha procedido el legislador ordinario al crear el capítulo correspondiente en nuestro código civil, tratando que se logre dar a la institución la importancia que tiene en nuestros días y por lo tanto se le revista de una jerarquía jurídica para que el derecho le otorgue la protección necesaria que merece.

VI) Consideramos que el régimen patrimonial de un enlace es de trascendental importancia, y se hace necesario que sean los mismos consortes quienes en forma clara y explícita cumplan con las disposiciones estipuladas en el artículo 189 del Código Civil, en virtud de que éstas vienen a constituir los elementos esenciales del contrato de sociedad conyugal.

VII) En relación al artículo 208 del Código Civil vigente, los términos que creemos más apropiados para diferenciar uno y otro caso de separación de bienes, debería de ser los de separación universal (en vez de total) y separación de bienes determinados, determinada relativa ó particular, más no parcial.

VIII) En todo divorcio, deben considerarse principalmente los intereses de los hijos, y dársele la más amplia protección jurídica, material y moral. Por tal motivo, ha surgido la necesidad inmediata y urgente de que nuestro legisladores ubiquen con mayor amplitud en el derecho familiar la obligación alimentaria, y fijar medidas más eficaces para su aseguramiento, dándole, asimismo, una intervención más acentuada al Estado para el logro de esos fines.

IX) La patria potestad implica educar y corregir a los hijos, darles permiso para comparecer en juicio, autorizarles para contraer obligaciones, ser representante legítimo del menor, representarlo en juicio, administrar los bienes que no haya adquirido por su trabajo sino por cualquier otro título, así como tener la propiedad de la mitad del usufructo de los bienes del hijo que no haya adquirido por su trabajo. En cambio la custodia solamente implica el derecho a educar y corregir a los hijos.

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal.- Quincuagésima séptima edición.- 1989.- 659 p.p.
- 2.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.- Trigésima sexta edición.- 1989.- 665 p.p.
- 3.- Arellano García, Carlos.- Práctica Forense Civil y Familiar.- Tercera edición.- 1988.- 831 p.p.
- 4.- Chávez Asencio, Manuel.- La Familia en el Derecho.- Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares.- 1984.- 505 p.p.
- 5.- Chávez Asencio, Manuel.- Relaciones Jurídicas Conyugales.- 1985.- 587 p.p.
- 6.- Chávez Asencio, Manuel.- Relaciones Jurídicas Paterno-filiales.- 1987.- 412 p.p.
- 7.- Galindo Garfias, Ignacio.- Derecho Civil.- primer curso.- Personas Familia.- novena edición corregida.- 1987.- 758 p.p.
- 8.- Magallón Ibarra, Jorge Mario.- Instituciones de Derecho Civil.- Tomo III.- Derecho de Familia.- 1988.- 586 p.p.
- 9.- Martínez Arrieta, Sergio T.- El Régimen Patrimonial del Matrimonio - en México.- segunda edición corregida y aumentada.- 1985.- 259 p.p.
- 10.- Montero Duhalt, Sara.- Derecho de Familia.- Tercera edición.- 1987 429 p.p.
- 11.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena.- La Obligación Alimentaria.- Deber Jurídico.- Deber Moral.- 1989.- 330 p.p.
- 12.- Petit, Eugène.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Traducido de la novena edición francesa por Don José Fernández González y doctor Don José María Rizzi.- Quinta edición.- 1989.- 717 p.p.

- 13.- Pina, Rafael de.- Elementos de Derecho Civil Mexicano.- Tomo I: Introducción, Personas, Familia.- décima quinta edición.- 1986.- 404 p.p.
- 14.- Rogina Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil.- Tomo I: Introducción, Personas y Familia.- vigésima segunda edición.- 1988.-
- 15.- Guitrón Puentevilla, Julián.- ¿Que es el Derecho de Familia? 429 p.p.
- 16.- Rogina Villegas, Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- Tomo II: Derecho de Familia.- séptima edición.- 1987.- 305 p.p.
- 17.- Jurisprudencia y Tésis Sobresalientes.- 1966-1970.- Actualización II Civil.- Ediciones Mayo.
- 18.- Jursiprudencia y Tésis Sobresalientes.- 1974-1975.- Actualización IV Civil.- Ediciones Mayo
- 19.- Sánchez Medal, Ramón.- Los graves cambios en el derecho de familia de México.- 1979.- 126 p.p.
- 20.- Historia del Derecho.- Tomo I y II, 1245 p.p. Editorial Costa Rica. 1968.- Jorge Enrique Guier.
- 21.- Laurent, F.- Principios de Derecho Civil Frances: Del Contrato de Matrimonio.
- 22.- Boncase, Julien.- La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia.- Traducción del Lic. José María Cajica Jr.- Edi torial José María Cajica Jr.- 4 norte 407.- Puebla, Pue.
- 23.- Porrua Pérez, Francisco.- Teoría General del Estado.- México, 1986.
- 24.- Jenillek, G.- Teoría del Estado.-
- 25.- Ruz Lugo, Rogelio Alfredo.- Práctica Forense en materia de alimentos
- 26.- Rosell de la Lama, Guillermo.- Primera Legislación familiar.-