



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
Acatlán

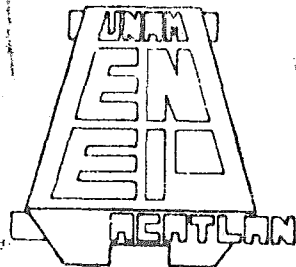
ESTUDIO CRITICO ANALITICO DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO RESPECTO DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

ENRIQUE RUBIO ARENAS



México, D. F.

1984

7620890-4

M-0028588



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

Por su amor e incansable
apoyo, mi gratitud
por siempre.

A MIS HERMANOS:

Por el cariño y estímulo
que día con día
me brindaron.

A MIS ABUELOS Y SOBRINOS:

Con todo mi amor

AL LIC. ANDRES P. BOCANEGRA Y FUERTE:

Director de este trabajo

mi más profundo agradecimiento

por su invaluable ayuda, consejos

y enseñanzas.

A TODOS MIS MAESTROS:

Quienes con su saber y
experiencia en la catedra
despertaron mi vocación por
el ejercicio de tan noble
profesión que es la abogacía.

AL LIC. PABLO ALEGRIA CON ALONSO:

Por la confianza depositada
y su fraternal ayuda.

A MIS COMPAÑEROS:

Gerardo, Alejandro, Augusto,
Adriana, Ligia, Francisco,
Alejandro e Iliana por los
momentos compartidos en las
aulas universitarias que perduran.

A GRACIELA CRUZ SARMIENTO:

Por el amor, cariño
y comprensión brindado.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO,
y a todas aquellas personas
que de alguna manera
lograron estimularme
para alcanzar un nuevo peldaño
de mi vida profesional.

A LA E.N.E.P. ACATLAN
Mi más grande
agradecimiento.



I N D I C E

Págs.

P R O L O G O

CAPITULO I

LA PATRIA POTESTAD

1.1	Evolución -----	1
1.2	Concepto -----	7
1.3	Naturaleza Jurídica -----	10
1.4	Características -----	12
	1.4.1 No es Renunciable -----	12
	1.4.2 No es Transferible -----	13
	1.4.3 Es Imprescriptible -----	14
1.5	Contenido de la Patria Potestad -----	15
1.6	Atribución de la Patria Potestad -----	17
	1.6.1 Atribución de los Padres -----	19
	1.6.2 De los Derechos y Obligaciones	22
	1.6.3 De la Extinción, Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad -	35

CAPITULO II

LAS CAUSALES DEL DIVORCIO EN MEXICO

2.1	En las Legislaciones Anteriores a la de 1928 -----	40
2.2	Análisis Sistemático de las Causales de	

Divorcio -----	47
2.2.1 Causales de Divorcio que Impli- can Delitos -----	47
2.2.2 Causales de Divorcio que Consti- tuyen Hechos Inmorales -----	73
2.2.3 Causales de Divorcio Contrarias al Estado Matrimonial -----	77
2.2.4 Los Vicios como Causales de Di- vorcio -----	85
2.2.5 Causales de Divorcio Consisten- te en Enfermedades -----	86
2.3 Clasificación de las Causales de Divor- cio en Atención a su Gravedad -----	92

CAPITULO III

LOS EFECTOS DEL DIVORCIO RESPECTO DEL EJERCICIO DE LA
PATRIA POTESTAD EN LAS LEGISLACIONES PRECEDENTES AL --
CODIGO CIVIL DE 1928

3.1 Código Civil de 1870 -----	99
3.2 Código Civil de 1884 -----	108
3.3 Ley Sobre Relaciones Familiares -----	119

CAPITULO IV

LOS EFECTOS DEL DIVORCIO EN RELACION CON EL EJERCICIO
DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE

4.1 Análisis del artículo 283 del Código Ci	
---	--

vil de 1928 -----	128
4.1.1 Primera Regla del Artículo 283	131
4.1.2 Segunda Regla del Artículo 283	135
4.1.3 Tercera Regla del Artículo 283	138
4.2 Comentarios a la Reforma del Artículo - 283 del Código Civil en Vigor -----	139
4.3 Opinión Doctrinal -----	143
4.3.1 España -----	143
4.3.2 Francia -----	146
4.3.3 Alemania -----	151
4.3.4 Suiza y México -----	156

C O N C L U S I O N E S	159
-------------------------	-----

B I B L I O G R A F I A	166
-------------------------	-----

P R O L O G O

La elección del presente tema de tesis obedece -- fundamentalmente, a la necesidad de profundizar en el estudio de la problemática que reviste el otorgamiento del derecho a ejercer la patria potestad, con motivo de la disolución del vínculo matrimonial.

Nuestras primeras experiencias en el ejercicio de la profesión, nos han demostrado que la legislación civil -- aplicable al caso concreto, no resuelve el conflicto, no -- obstante que las disposiciones en la materia, entrañan buenas intenciones.

El problema del divorcio, que hoy en día alcanza dimensiones extraordinarias, se debe en la mayoría de los -- casos a la falta de comunicación entre los cónyuges, así -- como a la incompatibilidad de sus caracteres, bien por motivos de su educación, de su religión o posición económica. -- La ruptura del vínculo matrimonial en sí, no es el problema mismo, sino las consecuencias que genera en perjuicio de -- los hijos.

Generalmente, los frutos de los matrimonios mal --

avenidos, son los seres que más sufren con motivo de la ruptura del núcleo familiar, problema que en nuestros días no ha sido atendido por nuestros legisladores, con la dedicación que demanda. En tal virtud, con el presente trabajo -- pretendemos analizar y en ocasiones criticar, las disposiciones legales aplicables, procurando aportar soluciones -- idóneas.

Para la mejor comprensión del tema, objeto del -- presente trabajo, previamente nos ocuparemos de estudiar -- dos figuras jurídicas muy importantes, por ser éstas los pilares primordiales de nuestra investigación, la primera se refiere al estudio de la patria potestad y la segunda a las causales de divorcio. Lo anterior permitirá al lector, comprender y ubicar mejor el conflicto en cuestión.

Como el objetivo principal de la presente tesis -- es analizar y criticar los efectos que se generan con motivo de la disolución del matrimonio, es de vital importancia conocer lo que es la patria potestad, es decir, sus fines, el bien jurídico tutelado, sus características, los derechos y obligaciones que comprende, etc., con el objeto de -- entender, en los capítulos posteriores si las sanciones que regula la ley son congruentes o no con los fines de la misma, así, el primer capítulo del presente trabajo lo dedicaremos exclusivamente al estudio de esa figura.

Respecto al segundo capítulo, éste lo dedicaremos al estudio comparativo de las distintas causales de divorcio, reguladas en las legislaciones precedentes a la de 1928. Este análisis tiene como propósito fundamental, estudiar y comparar en las legislaciones civiles de 1870 y 1884 así como en la Ley de Relaciones Familiares, las diferencias o congruencias existentes en relación directa con las causales reguladas en el código civil en vigor. Dicho análisis servirá al lector para tener un panorama más amplio de los distintos criterios legislativos sustentados en las diferentes épocas de aplicación de esos ordenamientos, asimismo, podrá comprender la influencia ejercida por esas disposiciones en los preceptos de nuestra codificación civil vigente. Concluido lo anterior, nos avocaremos a la realización de una clasificación de las distintas causales de divorcio, partiendo de la gravedad y naturaleza de cada una de ellas, para relacionarlas directamente con los efectos que se producen disuelto el matrimonio.

El tercer capítulo lo dedicaremos particularmente, al estudio de los diferentes efectos que se originan por el divorcio, en relación con el ejercicio de la patria potestad, respecto de las legislaciones civiles anteriores a la de 1928. En esta parte de nuestra investigación, expondremos los efectos regulados en los códigos de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, también nos dedicaremos

al estudio de las sanciones que traen aparejados las causa sales que dan origen a cada uno de ellos, sus diferencias - con respecto a cada una de esas legislaciones.

Finalmente concluiremos nuestra investigación, -- con el análisis del artículo 283 del código civil en vigor, en su contenido anterior a la reforma como el texto actual- mente vigente, en ésta última parte estudiaremos más amplia- mente los efectos que se producen disuelto el matrimonio -- respecto del ejercicio de la patria potestad, de igual for- ma, trataremos el tema desde el punto de vista del derecho comparado con las legislaciones y doctrina de cuatro países europeos. Alcanzado lo anteriormente expuesto, estaremos se- guros que el lector podrá tener una visión más completa del problema tratado y de las soluciones que se proponen.

C A P I T U L O P R I M E R O

LA PATRIA POTESTAD

1.1 Evolución

En la época del Derecho Romano la familia se organizó como agrupación monogámica patriarcal. Los parientes - agnados y cognados así organizados constituyeron la familia romana, y debido a éste sistema, adquirió duración y estabilidad.

La organización patriarcal, apunta el maestro Galindo Garfias, tiene bases tanto económicas como religiosas, en consecuencia, el jefe de familia es el sacerdote, el juez, el legislador dentro del grupo de parientes en que se desenvuelve de manera autónoma.

Para alcanzar esa unidad, duración y estabilidad dentro del grupo familiar, el pater familias se encontraba investido de un conjunto de poderes y derechos para el ejer

cicio de esa autoridad, denominada "PATRIA POTESTAD".

La patria potestad en Roma fue una autoridad perpetua, conferida al padre como jefe de familia. Los hijos - en tanto eran alieni juris, estaban sujetos a la potestad - del padre quien la ejercía como persona sui juris. Excluye de su ejercicio a las mujeres que pertenecen al grupo familiar.

Es de hacerse notar que el derecho romano configuró la patria potestad como un derecho de dominio predominantemente de carácter egoísta, que dió lugar a que su duración fuera vitalicia y absoluta.

Para el ejercicio de sus funciones el pater familias se hallaba investido de un poder que respecto de la mujer era la "MANU", y respecto de los hijos ese poder era la patria potestad.

La base sobre la que descansa la organización de la familia romana, no se refiere a la idea de generación o de paternidad pues no alude al concepto de descendencia, si no solamente indica, una organización autónoma con un poder de mando, es decir, la patria potestad se ejerce por el pater familias dentro del grupo de la familia. De igual forma, como indica el profesor Galindo Garfias, la autoridad del pater familias era casi absoluta, pues "tenía el derecho de castigar a los filius familias, poseía el derecho de vida y muerte sobre ellos, podía vender a los hijos, exponerlos, etc."(1); además ni el mismo matrimonio o su independización económica daban lugar a la extinción de la patria po-

testad, siendo necesario para ello la emancipación voluntariamente concedida por el padre.

Esta autoridad absoluta que en sus orígenes se -- atribuía al pater familias, fue suavizándose a través del desenvolvimiento del Derecho Romano. Así, por ejemplo, "un edicto de Constantino atenuó las facultades del padre y mejoró -- gradualmente la situación del hijo declarando que la patria potestad NO IN ATROCITATE, SED IN PIETATE CONSISTERE" (2).--

En la medida que continuó evolucionando el Dere-- cho Romano, el poder o autoridad constitutivo de la patria-- potestad siguió sufriendo atenuaciones, como puede notarse -- a través de la institución de los PECULIOS. Desde el punto -- de vista del derecho patrimonial, el jefe de familia como -- sui juris, era titular del patrimonio de sus hijos y de sus esclavos, que mientras estuvieren bajo la potestad del pa-- ter eran alieni juris. Esta rigidez como señala el doctor -- Luis Muñoz, fue aminorándose a través de los peculios "o pa-- trimonios que los hijos podían reservar para sí con separa-- ción del de sus padres" (3). Existieron varias clases de pe-- culios, los más sobresalientes fueron: el PROPECTIUM, forma-- do por bienes que el padre daba a los hijos para que éstos -- administraran; el CASTRENSE, constituido por los bienes ad-- quiridos en el ejercicio de profesiones libres; y el ADVEN-- TIUM que se constituía con bienes adquiridos por personas -- distintas del padre.

Respecto de la propiedad y administración de los -- distintos peculios, señala Luis Muñoz, la propiedad del pe--

culio "PROFECTICIUM" correspondía al padre y la administración al hijo. Con el "ADVENTICIO" ocurría lo contrario y por lo que se refiere a otros peculios el hijo tenía las facultades de un pater familias.

Por lo que respecta al derecho germánico, apunta el maestro Enneccerus, desde épocas muy remotas la MUNIT (institución equivalente a la patria potestad) tuvo siempre un carácter proteccionista. En ese derecho, "el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayoría de edad; comprendía el derecho de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad para adquirir bienes los hijos. La mujer por el contrario participaba o podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre" (4).

En España, por el contrario, la patria potestad - en derecho español antiguo, solamente se concebía en la familia legítima, al igual que el Derecho Romano. Durante éste periodo, casi desaparece el concepto romano de patria potestad, como derecho exclusivamente del padre y se transforma, en un deber de protección hacia el hijo, desde entonces, señala Galindo Garfias, "empezó a considerarse que la patria potestad tenía su fundamento no en el derecho positivo sino en el derecho natural" (5).

En los fueros españoles existe una huella perceptible de las características de la patria potestad, que tomaron su origen en el derecho consuetudinario, así, en el derecho Foral Aragonés, al respecto nos dice el profesor Ga

lindo Garfias, la patria potestad era considerada desde la Edad Media no como autoridad, sino como una institución protectora de los hijos menores. De igual forma, un proyecto en materia de familia prescindió no denominar a la institución patria potestad, y se habla en cambio, del "deber de crianza y educación de los hijos y de la atribución de la autoridad familiar adecuada para cumplirla" (6).

En el Derecho Civil Francés, la patria potestad ha acentuado el principio de autoridad paterna en la familia legítima. El Código Civil Francés de 1804, otorga al padre el ejercicio de la patria potestad, éste poder, señalando el mencionado ordenamiento, se extingue a la mayoría de edad del hijo. La Ley del 22 de septiembre de 1942, a diferencia del código de referencia que concebía la patria potestad como un poder o autoridad del padre, transforma dicho poder en una potestad que debe ser ejercida en interés común de los hijos y su patrimonio. Por otra parte, en las regiones de derecho consuetudinario, nos dicen Ripert y Boulanger, la idea dominante en la organización de la patria potestad, era la protección debida al hijo, de esta manera la madre compartía junto con el padre esa potestad, cuyo rasgo característico era el de ser esencialmente temporaria, pues terminaba con la mayoría de edad del hijo. "La idea de que no hay derecho de patria potestad, no implicaba que los padres no tuviesen ningún poder sobre la persona y los bienes de sus hijos, sino más bien, que la patria potestad admitida en el norte de Francia, no era la patria potestad --

del Derecho Romano"(7).

En el Derecho Civil Italiano, el código civil organiza la patria potestad sobre la base de reconocer la autoridad paterna y materna en el seno de la familia, pero sometido el ejercicio de ésta función a la vigilancia de las autoridades judiciales, particularmente de los jueces tutelares.

1.2 Concepto

Antes de pasar a definir lo que es la patria potestad, considero prudente determinar la fuente de donde emana. De acuerdo con la evolución que ha tenido, la patria potestad es una institución que da cohesión al grupo familiar. En las antiguas legislaciones, como se había mencionado anteriormente, apareció únicamente la patria potestad en el seno de la familia legítima, es decir, no había sido establecida respecto de los hijos naturales.

En nuestro Código Civil, la figura de la patria potestad es una institución que nace de la relación paterno filial, de ésta manera la ley ha considerado que el deber de proteger y cuidar a los hijos, no depende de la existencia del vínculo matrimonial, sino, de la procreación que impone a cargo de los progenitores, la ineludible obligación de educarlos y criarlos adecuadamente. El profesor Galindo-Garrías, señala que la patria potestad tiene su origen en la filiación, pues, "es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados, cuya filiación ha sido legalmen

te establecida, ya se trate de hijos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él o de hijos adoptivos"(8), en consecuencia, el ejercicio de la patria potestad corresponde lógicamente al progenitor o progenitores respecto de los cuales quedó establecida legalmente la filiación.

En suma la fuente real de la patria potestad, es el hecho natural de la paternidad y la maternidad. La autoridad paterna, por el contrario, se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos, en lo cual la sociedad se interesa.

Colín y Capitant definen a la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados" (9).

Por su parte Ripert y Boulanger nos dicen que la patria potestad "es un conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, para que puedan cumplir sus deberes paternos" (10).

Planiol la define "como el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones" (11).

Galindo Garfias, señala que la patria potestad "es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento

to del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados"(12).

Analizando el contenido de los diferentes conceptos encontramos tres aspectos fundamentales que encierra la patria potestad: un conjunto de poderes, facultades o derechos; atribuidos a los progenitores; con el fin de que cumplan sus deberes respecto de sus hijos.

De lo anterior podemos decir que el conjunto de poderes conferidos al padre como a la madre para proteger, educar y vigilar al menor frente a los peligros a que está expuesto por razón de su juventud e inexperiencia, es lo que se llama autoridad paterna. Ahora bien, ya hemos dicho que la patria potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad, por lo tanto a los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la patria potestad.

1.3 Naturaleza Jurídica

En la naturaleza jurídica de la patria potestad - encontramos que si bién es un cargo de derecho privado (en relación directa con los progenitores), se ejerce en interés público (atendiendo a lo que disponen las leyes). A éste respecto Galindo Garfias dice "que desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales ejercen y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades. Desde el punto de vista externo la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo, es decir, - que frente a todo poder exterior de la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo"(13).

Lo anterior nos hace pensar que no existe un arbitrio del titular para ejercerla o dejarla de ejercer, sino por el contrario, sobre los progenitores recae el ejercicio de esa función y no están en posibilidad de renunciar a su

ejercicio, de esta manera tanto el padre como la madre, tienen cierto campo de libertad en lo relativo a la manera y a la idoneidad de los medios a emplear, para desempeñar dicha función; sin embargo, esa libertad se encuentra delimitada por el cumplimiento mismo de los deberes que exige la institución. Así los poderes que atribuye la patria potestad, deben ejercerse siempre en interés de los hijos y no en función de los intereses de las personas que ejercen la función, los cuales son titulares del interés familiar, la protección de los bienes de los hijos y la administración de los bienes de éstos. En este sentido Rogina Villegas se ha pronunciado al decir que la regulación de la patria potestad ha tomado principalmente en cuenta que "la autoridad -- que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio, ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de fines personales"(14), sino que, por el contrario, la institución se ha convertido en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen.

1.4 Características

Hemos señalado que, el origen de la patria potestad es la filiación, y su ejercicio corresponde a los progenitores respecto de los cuales ha quedado legalmente establecida la filiación y de su naturaleza misma, se desprenden las siguientes características:

1.4.1 La patria potestad no es renunciable.

El artículo 448 del código civil del Distrito Federal, establece que no puede renunciarse a su ejercicio, - sin embargo, señala dos casos en que el titular pueda excusarse de su ejercicio: los que por su avanzada edad hayan alcanzado la de 60 años y quienes por su mal estado de salud no puedan cumplir la función de la patria potestad.

Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad del cargo derivan de su propia naturaleza, en primer lugar porque su ejercicio es de interés público, en consecuencia la familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de los menores. En segundo lugar, porque el artículo 6^o del código civil establece: --

que solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique directamente derechos de tercero, en este caso la renuncia al ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe ejercer el cargo, implicaría un abandono del deber de guarda y protección de los hijos, que redundaría en el perjuicio causado a los derechos de los menores que se encuentran sujetos a ella.

1.4.2 No es transferible por voluntad de quién la ejerce.

Desde el punto de vista de quién la ejerce, los derechos y deberes que entrañan la patria potestad están fuera del comercio, por tanto, el conjunto de derechos personalísimos que la constituyen, son única y exclusivamente inherentes a la persona misma del ascendiente que la ejerce.

A manera de excepción, el ejercicio de la patria potestad se transmite vía adopción, al efecto el artículo 403 del código civil del Distrito Federal señala "que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante; salvo que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges"(15). Fuera de éste caso la patria potestad no puede transmitirse por voluntad de los particulares, sólo puede transmitirse como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción como medida protectora en interés del menor adoptado

do.

1.4.3 La patria potestad es imprescriptible.

Es decir, los derechos y los deberes derivados de la patria potestad no se extinguen por el transcurso del -- tiempo.

1.5 Contenido de la Patria Potestad

El profesor Galindo Garfias ha sostenido que "la autoridad paterna se ejerce sobre la persona y bienes del hijo; la atribución de esta función protectora descansa en la confianza que inspiran por razón natural los ascendientes, para desempeñar esta función"(16). Aunado a lo anterior, el derecho objetivo tomo en consideración aspectos de orden natural, ético y social, para hacer de los progenitores, las personas idóneas para cumplir con tan difícil misión.

En lo que respecta al contenido de orden natural (la procreación), el ordenamiento jurídico, tomo en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores para desempeñar ese cargo de la manera más eficaz.

El contenido ético de las realciones jurídicas entre los ascendientes y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y de respeto de los descendientes hacia sus padres. El artículo 441 del código civil dispone "que los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes" --

(17). Este precepto legal expresa en términos jurídicos, el deber moral de los hijos, que al igual que el decálogo cristiano, esta contenido en la maxima HONRARAS A TU PADRE Y A TU MADRE.

Del contenido de la patria potestad se destaca, — que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público, es decir, en la medida que se haya realizado esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

Al respecto ha dicho el maestro Galindo Garfias, que de la conjunción de esos elementos se desprende, que el orden jurídico, exige que la autoridad paterna se encuentra solidamente establecida dentro del grupo familiar, y explica a la vez, porque en el derecho privado se reune en esta institución el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y el Estado.

1.6 Atribución de la Patria Potestad

El exámen de las relaciones jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, exige determinar quienes son sujetos pasivos y activos de la misma, así encontramos una situación de autoridad de los padres (sujetos activos) y de correlativa subordinación de los hijos (sujetos pasivos). El estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad, respecto de sus padres que ejercen la patria potestad, comprende el deber de respeto y obediencia, de atención y socorro, y el deber de convivencia. Por el contrario, los padres tienen la obligación de alimentar, educar e instruir a la prole. Independientemente de lo anterior, la Ley ha señalado que los hijos que hayan dejado de ser sujetos de la patria potestad, tienen el deber de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes cualquiera que sea su estado, edad o condición.

Lo anterior nos hace reiterar la importancia que revisten estos principios por su contenido moral, aparte de que no pueden ser considerados simplemente como efectos de la patria potestad, pues, son el fundamento ético de las re

laciones paterno filiales de la patria potestad y de la consolidación de la familia. La naturaleza moral del principio del deber de honra y respeto hacia los padres, regulado en el código civil artículo 411, explica porqué dicha norma ética carece de fuerza coercitiva.

Otro principio de contenido moral que encontramos regulado en el capítulo relativo a la patria potestad, es el del hijo sujeto a la potestad paterna, que no puede dejar la casa de aquellos a quienes está sometido, sin permiso de ellos (los padres), o sin la autorización de la autoridad competente. En este sentido Biagi Brugi señala "... el hijo no puede abandonar la casa paterna o la que el padre le señale, sin permiso de éste, salvo caso de alistamiento voluntario en el ejército"(18). En tal forma, el hijo menor de edad, tiene el deber de convivir con los padres o ascendientes que tengan el ejercicio de la patria potestad.

En lo que toca a los ascendientes que ejercen la patria potestad sobre los descendientes, encontramos que el deber primordial que se impone a los progenitores consiste, en procurar la guarda y custodia de los hijos, su educación, el deber de corregirlos y castigarlos; de proveerlos lo necesario a su mantenimiento, de representarlos y administrar les sus bienes. Este complejo de relaciones jurídicas que se originan entre los padres y sus hijos, no es otra cosa que el medio para que los progenitores ejerzan su elevado ministerio, es por esto y como señala atinadamente Jean Carbonier "... las prerrogativas conferidas a los padres, se -

conciben en interés del hijo y encierran más deberes que de rechos, aunque de hecho en todo tiempo se ha dado una indisoluble ligazón entre ambos conceptos" (19).

1.6.1 Atribución de los Padres.

En algunas legislaciones como la de Alemania, el ejercicio de la patria potestad ha ido imponiéndose a la madre, que a la muerte del padre pasa a primer plano y excluye la posibilidad del nombramiento de un tutor, así en el código civil de Alemania en su artículo 1.626, citado por Heinrich Lemann, se ha reemplazado definitivamente la potestad de los padres, esto demuestra ante todo, el hecho de que mientras viva el padre o la madre no existirá posibilidad alguna que permita que el hijo quede sujeto a la tutela. Por el contrario, en Francia, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 372 y 373 (citados por Carbonier) "la autoridad paterna se atribuye conjuntamente a los padres, aunque la titularidad de la madre perdura en un estado latente debido a que el padre absorbe el ejercicio de la misma" (20), en este sentido señala el mencionado autor, se hace preciso garantizar la necesaria unidad de dirección pedagógica y por ello la preeminencia del varón en una consecuencia de su predominio conyugal y su casualidad de cabeza de familia, es por eso que la legislación francesa, propende a reconocer a la madre un poder que sin derivar rigurosamente de la autoridad paterna, comporta una preeminencia de segundo grado, aunque no acompañada de facultades decisorias.

Al respecto Ripert y Boulanger nos dicen, "que la preeminencia de la autoridad paterna no es otra cosa que la simple verificación del estado de costumbres de Francia. La preponderancia del padre no suprime el derecho de la madre, pero es necesario, para zanjar los pequeños conflictos que no podrían ser llevados a la justicia"(21). Los hermanos Mazeaud, al igual que los anteriores autores, argumentan que el derecho a ejercer la patria potestad, les confiere tanto al padre como a la madre, pero ambos progenitores, no se encuentran situados en un mismo plano, es decir, la potestad se confiere a uno solo de los padres -párrafo primero del artículo 373 de la Ley de 23 de julio de 1942- en el sentido de "...que la autoridad paterna durante el matrimonio, es ejercida por el padre en su carácter de cabeza de familia. Por lo tanto, es la cabeza de la familia quién tiene, durante el matrimonio, el ejercicio de la autoridad paterna, de ahí resulta que por ser normalmente el padre el cabeza de familia, es él quién ejerce esa autoridad"(22). Lo anterior, no implica que la mujer sea desplazada en forma definitiva del ejercicio de la patria potestad, sino por el contrario, la madre es coadyuvante de su marido, cabeza de familia en el ejercicio de esa autoridad; la misma legislación señala que la mujer concurre con su marido para la educación de sus hijos.

Ahora bien, por lo que toca a nuestra legislación, el artículo 414 menciona "...La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I.- Por el padre y la madre.
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos.
- III.- Por el abuelo y la abuela maternos.

Este precepto manifiesta que en la familia legítima, la patria potestad se atribuye tanto al padre como a la madre y su ejercicio está confiado a ambos y a falta de -- ellos, a los abuelos paternos o maternos. lo anterior significa que en nuestro país, no existe tal preponderancia del padre sobre la madre en el ejercicio de la patria potestad-- como en el caso de la legislación francesa, sino por el con-- trario, el padre y la madre se encuentran en un mismo plano de derechos, que la ley les permite tanto al uno como al -- otro, ejercer la patria potestad sobre sus hijos de matrimo-- nio, así en el artículo segundo de nuestra disposición ci-- vil se señala "...la capacidad jurídica es igual para el -- hombre y la mujer, en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo a restricción alguna en la adquisi-- ción y ejercicio de sus derechos civiles"; en el artículo -- 167 en este mismo sentido dispone, "...el marido y la mujer-- tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la-- educación y a la administración de los bienes que a éstos -- pertenezcan"(24). Los anteriores preceptos regulan dos prin-- cipios fundamentales que son en esencia el fundamento de la igualdad de derechos que tienen tanto el padre como la ma-- dre en el ejercicio de la patria potestad.

El derecho que nuestra legislación civil concede a los abuelos para ejercer la patria potestad, en legislaciones como la de Francia no existe tal reconocimiento. Los hermanos Maseaud señalan que, "... la patria potestad no pertenece sino al padre y a la madre, nunca a los abuelos, a quienes el nieto debe, no obstante, honor y respeto"(25), asimismo Jean Carbonier menciona, que los abuelos a quienes el nieto debe honor y respeto, ostentan cierto reflejo de la autoridad paterna, aunque la posición de éstos es secundaria respecto de la de los padres. Así, la jurisprudencia Francesa les viene reconociendo un derecho de visitar y man tener correspondencia con sus nietos, además de otorgar su consentimiento para el matrimonio del menor.

En mérito de lo expuesto, cabe señalar que nuestra legislación, a diferencia de otras, concede especial im portancia a las relaciones entre abuelos y nietos, que les faculta la ley, para que a falta de los progenitores del me nor, estos ejersan la patria potestad sobre los hijos. Con esto se evita la posible intervención de los consejos tute lares.

1.6.2 De los derechos y obligaciones.

El ejercicio de la patria potestad, en lo que se refiere a la autoridad de quienes la ejercen sobre la perso na de los hijos, otorga los siguientes Derechos y Obligaciones:

a) Impone a los progenitores que la ejercen:

a.1. El deber de suministrar a los hijos alimentos y asistencia médica.

b) Impone a los progenitores, el deber de educar para lo cual se les confiere:

b.1. El derecho de guarda y custodia.

b.2. El derecho de dirección y vigilancia.

b.3. El derecho de corrección.

c) Otorga a los progenitores que la ejercen:

c.1. El derecho de representar a sus menores hijos.

c.2. El derecho de administrar los bienes de sus menores hijos.

A continuación pasamos a analizarlos por separado:

a) Por lo que se refiere a la obligación alimentaria que deben cumplir, en primer lugar los padres respecto de sus hijos, ésta no es específica de la patria potestad, pues tiene su fuente en el parentesco, en virtud de que no desaparece con la mayoría de edad del hijo, podríamos citar como ejemplo, el caso del hijo que se encuentra estudiando. Galindo Garfias ha considerado que "...la obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos, y el deber de éstos últimos de proporcionarlos a sus padres, es una parte integrante

te del deber de criar al hijo menor de edad, mientras permanece en la patria potestad, porque la obligación de dar alimentos cualquiera que sea la edad del hijo subsiste aún --- cuando se haya acabado el ejercicio de la patria potestad, --- sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos" (26).

En este mismo sentido, la legislación francesa -- dispone en su artículo 203 del Código Civil, citado por los hermanos Mazeaud, que "...los esposos contraen conjuntamente, por el hecho del matrimonio la obligación de alimentar, mantener y criar a sus hijos"(27). Quiere decir esto, que -- si la filiación es el nexo más fuerte del parentesco que -- une a los padres con sus hijos y, atendiendo a la función -- esencial de la patria potestad que consiste: en el cuidado -- y formación de los hijos menores de edad; este deber de pro -- porcionarles alimentos tiene caracteres más apremiantes y -- ostensibles respecto de los ascendientes que ejercen la pa -- tria potestad, por la naturaleza misma de la función en la -- que coinciden, como lo hemos mencionado anteriormente, el in -- terés del grupo familiar y el interés estatal. Es por eso -- que debe distinguirse el deber especial impuesto a los pa -- dres para con sus hijos, de la obligación alimentaria. Esta -- última es recíproca por naturaleza; en cambio el deber de -- los padres para con los hijos menores es, por el contrario, unilateral. La obligación alimentaria dura toda la vida, en cambio, el deber de los padres termina con la mayoría de -- edad de los hijos. Ya mayor, el hijo puede todavía solicitar

alimentos pero debe hacerlo en las condiciones ordinarias, es decir, cuando está en la indigencia.

La obligación pasa conjuntamente sobre ambos esposos, contribuyendo cada uno de ellos en proporción a sus recursos. Pero como cada esposo está obligado por el total, - si uno carece de recursos el otro debe soportar solo todos los gastos y, a la muerte de uno de ellos, el hijo queda a cargo del supérstite; y a la muerte del cónyuge supérstite - la obligación pasa a los demás ascendientes del hijo.

Existe otra particularidad en la forma normal en que los ascendientes deben cumplir con el deber de dar alimentos, ésta consiste en mantener al hijo en el seno de la familia, en tanto que la obligación alimentaria que deriva - en general del parentesco, se satisface cubriendo los gastos que demanda la prestación de alimentos, ya que no existe ninguna obligación respecto de esos parientes de incorporar al acreedor alimentista al seno de la familia.

En caso de incumplimiento de la obligación alimentaria tienen acción para exigir su cumplimiento: el acreedor alimentario, el ascendiente que le tenga bajo su patria potestad, el tutor, los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado y el Ministerio Público.

b) Del deber de educar a los hijos convenientemente.

En nuestra legislación civil el artículo 422, establece la obligación que tienen las personas que ejercen -

la patria potestad, de educar convenientemente al hijo; de la misma manera ésta obligación de educar al menor, exige -- que éste no pueda dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de éstos o mediante decreto de la autoridad competente.

Esta nueva obligación reviste suma importancia -- por la tarea que los padres tienen que cumplir, en el cuidado de dirigir la educación del hijo, de guiar su conducta, -- de formar su carácter y sus ideas. De este modo, como lo indica Heinrich Lemann, "...la educación es la influencia -- psíquica que tiene el fin de capacitar al hijo corporal, espiritual y socialmente, de acuerdo con sus aficciones y aptitudes, y en armonía con las circunstancias" (28).

Ahora bien, para el cumplimiento de éste deber más que obligación, los padres necesitan recibir derechos especiales, que primordialmente son tres: el derecho de guarda y custodia, el derecho de dirección y de vigilancia, y el -- derecho de corrección.

b.1. El derecho de guarda y custodia.

El derecho de guarda y custodia del menor de edad sujeto a la patria potestad, se vincula a la vez con el deber de educación del menor, y con la obligación del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad -- está sometido. La guarda del hijo es un medio de protección material y es el elemento de hecho en casos determinados; la no existencia de la guarda material de la persona del hijo,

no afecta al concepto jurídico de la patria potestad. la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado claramente la distinción entre la guarda o custodia del hijo, que en casos de divorcio, puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad y ha considerado que "la guarda del menor implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad, dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión, es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente, procurando la satisfacción de todas sus necesidades" (29). Entonces el derecho de guarda o custodia, consiste en la facultad que los padres tienen de conservar al hijo junto a él, de regular sus relaciones con los demás y, por extensión de interceptar su correspondencia.

El derecho de guarda se sanciona, mediante la posibilidad de que el padre recurra a la fuerza pública, para reintegrar al hijo a la casa paterna. Frente a terceros que retengan al hijo, ostenta una especie de titularidad reivindicatoria.

Por lo que toca a la exposición o abandono de niños por los padres, son conductas incriminadas tanto civil como penalmente, así lo establece el Código Penal en su artículo 335 que a la letra dice "...al que abandone a un niño incapaz de cuidarse asimismo, a una persona enferma, te

niendo la obligación de cuidarlos, ...se le aplicará de un-
mes a cuatro años de prisión, si no resulta daño alguno, --
privándolo además de la patria potestad ó de la tutela, si-
el delincuente fuese ascendiente ó tutor del ofendido".

b.2. El derecho de dirección y vigilancia.

Este consiste en guiar las acciones y desarrollo-
moral de los hijos. Así como la guarda, ésta vigilancia es-
a la vez un derecho y un deber. De esta manera los padres -
pueden regular a su gusto las relaciones de sus hijos y pro-
hibirles tratar a ciertas personas, con objeto de procurar-
que la formación de los menores sea ejemplar.

b.3. El derecho de corrección.

Este derecho viene a configurarse como la sanción
de las prerrogativas de la autoridad paterna, asumiendo dos
modalidades:

I. Derecho de corrección doméstico. No hay que confundir -
el derecho de inflingir a los hijos ligeros castigos --
corporales, y el derecho calificado de corrección. En -
Francia señalan los hermanos Mazeaud, la costumbre admi
te que "...los progenitores tienen la potestad de cas -
tigar a sus hijos para obligarlos a plegarse a su auto-
ridad, pero con la condición de que se trate de casti--
gos sin gravedad, aplicados en interés de los mismos y-
de la familia" (30). En nuestra legislación el artículo

423 señala la facultad que tienen los que ejercen la patria potestad de corregir, y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo. Se trata de una norma en blanco, disciplinada (salvo el caso de abuso) por la costumbre que, en definitiva, es la que regula tales hipótesis.

No se trata, en realidad, de un derecho distinto del derecho de dirección del hijo, sino más bien de la sanción de ese derecho, pues es un medio dado a los padres para obligar a sus hijos a la obediencia.

II. El derecho de corrección judicial. En el Código Civil-artículo 423 último párrafo, se contempla la posibilidad de la participación de las autoridades para auxiliar en el derecho de corrección a quienes ejerciten la patria potestad, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten apoyo suficiente. Esta colaboración tiene como objeto, el cumplimiento de la misión educadora que tienen los padres respecto de sus hijos.

Por otra parte, de la obligación de vigilar y corregir a los hijos, se deriva la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre los hijos y bienes la patria potestad, por los daños y perjuicios causados a los menores que están bajo su poder y que habitan con ellos, incluso cuando esos daños fueron causados por la falta de una adecuada vigilancia de quienes la ejercen, aún cuan---

do el hecho dañoso haya ocurrido fuera de su presencia.

c) Del derecho de representar a los menores sujetos a la patria potestad y el derecho de administrar sus bienes.

c.1. El derecho de representación.

La representación legal del menor no emancipado corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad, así lo establece el artículo 425 del código civil, y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y de sus bienes, porque parece evidente, que aquel que desempeña esa función protectora ya asumió la reponsabilidad de actuar en interés del menor, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad, en la celebración de toda clase de actos y contratos que el hijo no pueda llevar a cabo por su minoría de edad.

El hijo menor de edad no emancipado, sujeto a la patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin el consentimiento de los ascendientes que desempeñen ésta función, quienes son los legítimos representantes de los hijos que se encuentran sometidos a ellos.

c.2. El derecho de administración.

El ejercicio de la patria potestad produce efectos no solo la persona del hijo, sino tambien de ella deri-

van otras consecuencias de carácter patrimonial. En efecto— la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de — edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayo— ría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes, en consecuencia, los ascendientes que ejer— cen la patria potestad administran los bienes de los hijos— menores y lo representan en toda clase de actos y contra— tos, en juicio ó fuera de él. La ley señala que los bienes— del hijo pueden ser de dos clases: los bienes que adquiriera— por su trabajo y los bienes que adquiriera por cualquier otro concepto. Los primeros, nos dice la ley, pertenecen en pro— piedad, administración y usufructo al hijo.

Esta limitación en legislaciones como la francesa, es análoga. En el artículo 387 del código civil francés ci— tado por los hermanos Mazcaud, se establece: "...los bienes que el hijo adquiriera por su trabajo separado, los ingresos— del trabajo del hijo, están sustraídos al usufructo del pa— dre" (31).

En cuanto a los bienes que el hijo haya adquirido por causa diferente de su trabajo (herencia, legado, dona— ción), la ley establece que la propiedad y la mitad del usu— fructo le pertenecen, en tanto que la administración y la — otra mitad del usufructo le corresponden a las personas que ejercen la patria potestad, sin embargo, si adquiere bienes por herencia, legado o donación, el testador, legatario o — donante puede excluir a las personas que ejercen la patria— potestad del usufructo de los bienes que constituyan la he—

rencia, legado o la donación. En este sentido, la ley respeta la voluntad del testador, donante o legatario.

El derecho de usufructo legal acordado en favor -- de los padres, es una variedad del usufructo común, no consiste en un usufructo ordinario en estricto sentido, pues -- se otorga a los padres en virtud de su autoridad paterna, -- que es un atributo; por lo tanto, se trata de un derecho de familia más que de un derecho patrimonial. El derecho que -- la ley les confiere a los ascendientes a percibir la mitad-- de esos bienes del menor no emancipado, sometido a la pa---tria potestad, es una compensación que se concede a los pro--genitores por la administración del patrimonio de los hijos.

De la naturaleza particular de éste derecho de -- usufructo legal nacen dos consecuencias:

- I. Los padres no pueden ceder su derecho, como tampoco hipo--tecarlo en caso de aplicarse sobre bienes inmuebles.

- II. Sus acreedores no pueden embargarlo, no obstante, que -- pueden embargar el 50% del usufructo legal que les co---rresponde a los padres de los frutos y rentas de los -- bienes del hijo a medida que son devengados o percibi--dos, porque, en ese momento pasan a formar parte del pa--trimonio del usufructuario.

Este usufructo legal por su misma naturaleza se--diferencia del ordinario, a causa de las estrechas relacio--

nes que existen entre los padres y el nudo propietario; de igual forma se diferencia del ordinario porque al progenitor se le dispensa de prestar fianza, y en cambio el usufructuario común tiene que dar caución, es decir, debe presentar a un responsable que garantice que las cosas sometidas al usufructo serán restituidas en buen estado de conservación.

Por otra parte, los padres están sometidos a ciertas cargas particulares, es decir, deben pagar el mantenimiento del hijo, pagar los intereses debidos por los bienes del hijo, abonar los gastos funerarios y de última enfermedad del testador que haya legado a sus bienes al hijo. En este mismo sentido Josserrand citado por Galindo Garfias menciona: "...que ha sido frecuente considerar el usufructo legal como ayuda al progenitor en justa compensación a sus cuidados sobre el hijo y a la carga de los gastos que la manutención y educación de éste le producen" (32).

Existen ciertos límites en el ejercicio de la función administradora de los padres sobre los bienes de sus hijos. En términos generales, los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman al patrimonio y a la percepción de los frutos que éstos produzcan. Por el contrario, se entiende por actos de disposición: aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación. Ahora bien, la idea-

fundamental que preside las facultades de administración en materia de patria potestad, es de la conservación de los bienes y los actos de disposición, son contrarios a ese principio. Por ello, las personas que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar, ni gravar en manera alguna los bienes inmuebles que correspondan al hijo sin previa autorización del juez de lo familiar, ante quién deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, con la ejecución de esos actos, así lo señala el artículo 436 del Código Civil en vigor.

Otorgada esa autorización, el juez de lo familiar que conceda la licencia, deberá cuidar que el producto de la venta se dedique al objeto para el que se destinó y que el saldo se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con un seguro de hipoteca en favor del menor, así lo establece el precepto 437 del Código Civil para el D.F.

Otras limitaciones que impone la ley a quienes tienen la facultad de representar a los hijos, es que no pueden realizar los siguientes actos:

- I. Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años.
- II. Recibir la renta anticipada por más de dos años.
- III. Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados por menor valor del que se cote en la plaza el día de la venta.
- IV. Hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión

voluntaria de los derechos de estos.

Todas las medidas previstas por el legislador, no tienen otro objeto que los progenitores realicen actos de disposición en perjuicio del patrimonio de sus hijos.

La forma de extinción del usufructo legal concedido a las personas que ejercen la patria potestad se realiza de la siguiente manera:

- I. Por la emancipación derivada del matrimonio o por cumplir la mayoría de edad de los hijos.
- II. Por la pérdida de la patria potestad.
- III. Por renuncia.

Una vez extinguido el derecho de usufructo legal, los progenitores que ejercían la patria potestad, tienen la obligación de dar cuentas de la administración de los bienes de los hijos, en el caso de la emancipación o mayoría de edad de éstos, con todos los frutos y accesorios que les pertenezcan.

1.6.3 De la Extinción, Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad.

La patria potestad es un derecho que tienen los ascendientes y no es renunciable, aunque pueden excusarse en el caso de quien deba ejercerla, haya cumplido la edad de 60 años o cuando, por su mal estado de salud, no pueda dar cumplimiento a esa función.

a) Extinción.

En el artículo 443 del citado ordenamiento, se especifican los casos por virtud de los cuales se extingue el ejercicio de la patria potestad y son los siguientes:

- I. Por no haber ascendientes que ejerciten el derecho.
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio.
- III. Por la mayoría de edad del hijo.

El contenido de ese artículo, contempla, que mientras el hijo sea menor de edad, los padres y a falta de ellos los demás ascendientes (abuelos paternos o maternos) tienen el deber de asumir el cuidado y protección de los menores.

Además de los casos de extinción de la patria potestad, en que ésta desaparece de manera absoluta, existen otros casos contemplados en la legislación en que se suspende o se pierde el ejercicio de la misma. En esos supuestos no se extingue el ejercicio de la patria potestad en estricto sentido, sino que su ejercicio va a recaer en consecuencia en el otro progenitor, y a falta o por imposibilidad legal de éste, recaerá en los demás ascendientes de ulteriores grados. De este modo el artículo 447 del código civil menciona los casos en que se suspende el ejercicio de la patria potestad:

I. Por la interdicción de la persona a quién co
rresponda su ejercicio declarada por sentencia judicial.

II. Por ausencia declarada en forma.

III. Por sentencia que imponga como pena esa sus-
pensión.

Existe otro caso que no aparece enunciado en los-
mencionados anteriormente y es: en uno o varios negocios ju-
diciales o extrajudiciales, las personas que ejercen la pa-
tria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, el
ejercicio de la patria potestad queda suspendido únicamente
respecto de ese negocio o de actos o hechos que tengan rela-
ción con él.

b) Pérdida.

Por lo que respecta a la pérdida de la patria po-
testad, el artículo 444 del Código Civil, contempla los mo-
tivos por los que, los ascendientes pierden ese derecho.

La patria potestad se pierde:

b.1. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la
pérdida de ese derecho. En este primer supuesto, el precep-
to puede referirse al artículo 267 fracción XIV del mencio-
nado ordenamiento, en relación, con el párrafo primero del-
artículo 283, que se refiere a la pérdida de la patria po-
testad en forma definitiva, por el hecho de haber cometido-
uno de los cónyuges un delito contra terceros ó cuando es -

condenado dos o más veces por delitos graves. Las palabras "delitos graves" son imprecisas. La doctrina al respecto no es unánime, pues un mismo tipo de delitos puede revestir mayor o menor gravedad según el criterio a seguir, puesto que desde el punto de vista de la gravedad de la pena que se castigue, de la gravedad de la conducta delictuosa o de la gravedad de las circunstancias que concurran, puede calificarse el grado del delito.

Al respecto el profesor Porte Petit Gandaudap Celestino nos dice, "...Si en realidad debieran clasificarse los delitos en "muy graves" o "gravísimos"; o en "graves" o "menos graves", podría ensayarse el concepto de delitos graves del orden común, como el de aquellos que en su formación, toman en consideración determinado bien jurídico tutelado por el tipo, así como el requisito que en su caso exige el mismo tipo para aumentar la pena, es decir, un delito grave del orden común, vendría a ser determinado tipo especial, calificado, lo que significaría que para su configuración de delito grave se habría de considerar el objeto jurídico y el requisito exigido por el tipo, que eleve su penalidad" (33).

b.2 En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del c.c.. Este segundo caso se refiere a los efectos de la sentencia de divorcio, de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo del artículo de referencia, según dispone, que los hijos deben quedar bajo la

patria potestad del cónyuge no culpable.

b.3. Tratándose del tercer supuesto, también se pierde la patria potestad: cuando se compromete la seguridad y moralidad de los hijos, con motivo de las costumbres depravadas de los padres, por los malos tratos, exposición o abandono de éstos por más de seis meses.

En este caso, el legislador parte de lo previsto en las fracciones V, VIII y XII del artículo 267, en concordancia con el 283 (anterior a su reforma) que se refiere a los efectos del divorcio respecto del ejercicio de la patria potestad.

c) Se suspende.

El derecho a ejercer la patria potestad se suspende, cuando por declaración judicial se considere a cualquiera de los ascendientes incapaces para ejercerla; cuando se declare en forma la ausencia, también de cualquiera de los ascendientes y por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1) Galindo, Garfias Ignacio, "Derecho Civil", Parte General, México, 1973, Porrúa, p.631.
- 2) Digesto 48-9-5, citado por Galindo Garfias, opus.cit., número 1, p. 669.
- 3) Muñoz, Luis, "Derecho Civil Mexicano", Derecho de Familia, t.1, México, 1971, Ediciones Modelo, p.441.
- 4) Enneccerus, Ludwing, Theodor Kipp y Martin Wolff, "Tratado de Derecho Civil", traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, Derecho de Familia, t.4, -- vol.II, Barcelona, 1953, Bosch Casa Editorial, p.144.
- 5) Galindo, opus.cit., número 1, p.632.
- 6) Galindo, opus.cit., número 1, p.632.
- 7) Ripert, Georges y Jean Boulanger, "Tratado de Derecho Civil", De las Personas, Segunda Parte, t.3, vol.II, Buenos Aires, Ediciones la Ley, p.292.
- 8) Galindo, opus.cit., número 1, p.629.
- 9) Colín, Henri y Capitant Ambroise, "Curso Elemental de Derecho Civil", versión al castellano de Demófilo de Buen, 2a. ed. francesa, t.2, vol.II, Madrid, 1952, Bosch

p. 257.

- 10) Ripert y Boulanger, opus.cit., número 7, p. 291.
- 11) Planiol, Marcel, "Tratado Elemental de Derecho Civil", traducción del Lic. José, Ma. Cajica Jr., Puebla-México. 12a. p. 25.
- 12) Galindo, opus.cit., número 1, p. 630.
- 13) Galindo, opus.cit., número 1, p. 635.
- 14) Rojina, Villegas Rafael, citado por Luis Muñoz, opus.cit., número 3, p. 440.
- 15) Leyes y Codigos de México, "Código Civil para el Distrito Federal", México, 1980, 48a. art. 403.
- 16) Galindo, opus.cit., número 1, p. 675.
- 17) Código Civil para el Distrito Federal, opus.cit., número 15, art, 441.
- 18) Brugi, Biagio, "Instituciones de Derecho Civil", traducción de la 4a.edición por Jaime Simo Bofarull, México, 1963, p. 455.
- 19) Carbonier, Jean, "Derecho Civil", Situaciones Familiares y Cuasi Familiares, traducción de la 1a. edición francesa por Manuel M. Zorrilla Ruiz, t.l. vol.II, Barcelona, 1956, p. 48.
- 20) Carbonier, opus.cit., número 19, p. 399.
- 21) Ripert y Boulanger, opus.cit., número 7, p. 297.
- 22) Mazeaud, León, Henri y Jean, "Lecciones de Derecho Civil", La Familia, Parte Primera, traducción de Alcalá-Zamora y Castillo. vol.IV. Buenos Aires, 1965, p. 89.
- 23) Código Civil para el Distrito Federal, opus.cit., número

- ro 15, art. 414.
- 24) Código Civil para el Distrito Federal, opus.cit., número 15, arts. 2 y 167.
 - 25) Mazeaud, opus.cit., número 22, p. 82.
 - 26) Galindo, opus.cit., número 1, p. 680.
 - 27) Mazeaud, opus.cit., número 22, p. 96.
 - 28) Lehmann, Heinrich, "Derecho de Familia", traducción de José Ma. Navas, vol. IV, Madrid, 1917, Revista de Derecho Privado, p. 309.
 - 29) Amparo Directo 4029/67, "Juan Cantú Villanueva", 3 de febrero de 1969, Mayoría de votos. Ponente: Ernesto Solís López. Informe del Presidente de la 3a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1969, p. 26.
 - 30) Mazeaud, opus.cit., número 22, p. 97.
 - 31) Mazeaud, opus.cit., número 22, p. 102.
 - 32) Jossierand, citado por Galindo Garfias, opus.cit., número 1, p. 684.
 - 33) Porte Petit, Candaudap Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", México, 1969, Porrúa, - p. 203.

C A P I T U L O S E G U N D O

LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN MEXICO

2.1 En las Legislaciones anteriores a la de 1928.

En las legislaciones civiles de 1870 y 1884, únicamente existió regulado el divorcio por separación de cuerpos, bien por mutuo consentimiento, bien como divorcio necesario ante determinadas causas que generalmente implicaban delitos, graves hechos inmorales e incumplimiento de obligaciones que trae aparejado el matrimonio.

Con la expedición de la Ley Sobre Relaciones Familiares, por el Primer Jefe de la Revolución Mexicana, se abroga el antiguo sistema del divorcio por separación de cuerpos, autorizándose la disolución del vínculo matrimonial.

En el Código Civil de 1870 aparecen como causales que motivan la separación de cuerpos, artículo 240:

- a) El adulterio de uno de los Cónyuges.

b) La propuesta del marido para prostituir a la -
mujer, no solo cuando el mismo lo haya hecho directamente, -
sino cuando se compruebe que ha recibido dinero o cualquier
remuneración con el objeto expreso de permitir que otro ten-
ga relaciones ilícitas con su mujer.

c) La incitación a la violencia hecha por un cón-
yuge al, otro para cometer algún delito, aunque no sea de in-
continencia carnal.

d) El conato del marido o de la mujer para corrom-
per a los hijos, o la connivencia en su corrupción.

e) El abandono sin justa causa del domicilio con-
yugal, prolongado por más de dos años.

f) La sevicia del marido con su mujer, o la de és-
ta con aquel.

g) La acusación falsa hecha por un cónyuge al --
otro.

Por lo que respecta a la legislación civil de --
1884, el artículo 227 preceptuaba trece causales de divor-
cio, de las cuales siete se reproducen en los términos del -
ordenamiento legal, citado con anterioridad, además de que se
agregan las siguientes:

1) El hecho de que la mujer de a luz en el matri-
monio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y
que judicialmente sea declarado ilegítimo.

2) La negativa de uno de los cónyuges de suminis-
trar alimentos conforme a la ley.

3) Los vicios incorregibles del juego y la embria

guez.

4) Padecer cualquiera de los cónyuges una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

5) La infracción a las capitulaciones matrimoniales.

6) La separación de cuerpos por mutuo consentimiento de los consortes.

Por otra parte, la Ley Sobre Relaciones Familiares en su artículo 76 contemplaba como causales de divorcio, las que tenían por objeto: disolver el vínculo matrimonial y -- terminar con los matrimonios desavenidos.

Su artículo primero disponía: "el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima". (34).

Dentro de las causas de disolución del vínculo matrimonial que regulaba la Ley Sobre Relaciones Familiares, encontramos como primeras, las que hacen imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio y, consisten:

1) La impotencia incurable para la copula en cuan

to que impedía la perpetuación de la especie.

ii) Las enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias.

iii) Las situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podrían cumplir los fines del matrimonio.

El segundo grupo de causales de divorcio lo integraron las siguientes:

iv) Las faltas graves de alguno de los cónyuges -- que hicieran irreparable la desaveniencia conyugal. Aquí se incluían los delitos cometidos por un cónyuge contra el -- otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas que producen consecuencias irreparables.

v) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de la tolerancia del marido para prostituir a su -- mujer, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos.

vi) El incumplimiento de las obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

Continuando con nuestro análisis cronológico de -- las causales de divorcio, la mencionada Ley Sobre Relaciones Familiares reguló en su artículo 76 las mismas que aparecen enumeradas en el Código Civil de 1884, con la diferencia de que suprimió la relativa a la infracción de las capitulaciones matrimoniales, habiendo sido únicamente ese código el --

que la admitió,pués inclusive, en el mismo código vigente no aparece contemplada.

A pesar de lo anterior, el mismo precepto de la Ley reguló una causal similar a la infracción de las capitulaciones matrimoniales; se trata de aquellas conductas de uno de los cónyuges tendientes a "cometer contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de persona distinta de dicho consorte siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión".(35).

En nuestra legislación civil vigente, se señalan como causas de divorcio, las mismas que aparecen reguladas en la Ley Sobre Relaciones Familiares, con la diferencia que además se incluyeron las siguientes: se comprenden los vicios, es decir, no solo los relativos a la embriaguez consuetudinaria sino también, el uso inmoderado de drogas y enervantes y el hábito de juego; respecto del abandono del domicilio conyugal, en la actualidad se contempla una modalidad, y consiste en el hecho de que cualquiera de los cónyuges abandone el domicilio conyugal por una causa que motive el divorcio, sin que el consorte ofendido entable, en el transcurso de un año, la demanda de divorcio; en lo que se refiere a la causal relacionada con el padecimiento de enfermedades crónicas e incurables, también se considero como causa de divorcio la enajenación mental incurable; otra causal de divorcio prevista en el Código Civil vigente, es la declaración de ausencia o la de presunción de muerte de cualquiera de los

consortes; también prevé como causal de divorcio, el hecho de que cualquiera de los esposos cometa un delito en contra de terceras personas, cuya pena sea mayor de dos años de prisión.

Para el objeto de este trabajo, consideramos necesario elaborar una clasificación de las causales de divorcio, tomando como base la enumeración que se hace en el artículo 267 del Código Civil en vigor.

Esta clasificación tendrá como principal fin, agrupar las distintas causales de divorcio en atención a su naturaleza, lo que nos permitirá distinguir la especie y gravedad de cada una de ellas. De esta manera las integraremos en cinco grupos:

Primero: las que implican delitos.

Segundo: las que constituyen hechos inmorales.

Tercero: las contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones cónyugales.

Cuarto: las consistentes en los vicios.

Quinto: las consistentes en ciertas enfermedades incurables.

Las causales que forman parte del primer grupo son las comprendidas en las fracciones I, III, IV, V, XI, XIII, XIV y XVI del artículo 267 del ordenamiento legal antes citado.

Las del segundo grupo en las fracciones II, III y V del mismo artículo.

Las del tercer grupo, en las fracciones VIII, IX, X y XII, mismo ordenamiento legal.

El cuarto grupo se integra por las fracciones VI y

VII.

El quinto grupo por la fracción XV, también del -
mismo ordenamiento multicitado.

2.2. Análisis Sistemático de las Causales de Divorcio.

2.2.1. Causales de divorcio que implican delitos.

En lo que se refiere al primer grupo de causales que constituyen comisión de delitos, cabe hacer mención que este grupo contempla tres diferentes tipos a saber: a) delitos cometidos por un cónyuge contra el otro; b) delitos cometidos por un consorte contra sus hijos, y; c) delitos cometidos por un cónyuge contra terceros.

Los delitos que se cometen por uno de los consortes contra el otro, se encuentran regulados en las fracciones I, III, IV, XI, XIII y XVI; los segundos en la fracción V, y los terceros se agrupan en la causal prevista en la fracción XV del artículo 267 del citado código.

a) Delitos cometidos por un cónyuge contra el otro.

a.1. La primera causa que implica la comisión de un delito en contra del otro cónyuge, es el adulterio debidamente probado.

Uno de los principales deberes que enjendra el -

matrimonio a los esposos, es el guardarse fidelidad mutua, — la violación a este deber trae aparejada la causal de di- vorcio denominada adulterio. Esta causal debidamente proba da ante el Juez ordinario, es bastante para producir el di vorcio, más es necesario advertir, que tratándose de la mu- jer quién lo ha cometido, siempre será causa legítima para pedir la separación, a menos que el marido sea convencido — de haber cometido delito igual o de haber inducido al adul terio a su mujer debiendo decirse del mismo, si es la mujer quién promueve el divorcio y el marido rinde la prueba men cionada.

Para los efectos del Código Civil de 1884, el — adulterio cometido por la mujer es más grave que el cometi do por el hombre, por las consecuencias tan graves que se — producen en el seno de la familia. En este sentido, el pro- fesor mexicano Ricardo Couto advierte, según el criterio — del legislador: "la fidelidad es para la mujer un deber — principal, en tanto que para el hombre no es más que un de- ber accesorio" (36), en estos términos el mencionado autor — explica: "se ha pretendido justificar ésta desigualdad di- ciéndose que la infidelidad de la mujer es más grave que — la del hombre, es por eso, que cualquier mancha, por pequeña — que sea en la honra de la mujer, la hace perder a aquella — la incolumidad que tan necesaria es para conservar su preg tigio de esposa y de madre, y a la vez empaña la honra del marido y rompe por necesidad toda armonía doméstica, intro- duciendo a menudo en el domicilio conyugal hijos de otros,

que no son de su esposo legítimo y que, sin embargo, se consideran de éste" (37); ésta circunstancia origina en consecuencia la penetración de vástagos extraños en la familia, ocasionando la usurpación injusta de los derechos de sucesión que corresponden a los derechos legítimos del marido.

A pesar de las razones antes expuestas, éstas no justifican sino en parte, la desigualdad de que se trata, pues si es una consecuencia del matrimonio el que ambos — consortes se guarden mutua fidelidad, el legislador no debe dar sanciones distintas a este deber. La falta de la mujer es más grave, de esto no hay duda, sin embargo, esta mayor gravedad tan solo debe dar lugar a la imposición de una pena más fuerte en contra de la mujer adúltera, pero de ningún modo debe excusarse el adulterio del marido por razón de su sexo, en estos términos, la desigualdad, dice Laurent "conduce a la injusticia, al mismo tiempo que a la inmoralidad" (38).

Como señalábamos anteriormente, la mayor gravedad en el delito familiar solo debe ameritar una mayor sanción en el responsable. En la opinión de algunos autores, la desigualdad entre el adulterio del hombre y el de la mujer, no está justificada ni desde el punto de vista penal, más aún, sostienen que el adulterio no debe ser considerado como delito que la sociedad tenga derecho de reprimir; pero en manera alguna, se justifica el dar una sanción distinta a un deber que, como el de fidelidad, es común a ambos conyuges. Como lo ha dicho el jurista francés Laurent,

castigar el adulterio del marido en ciertos casos, es autorizarlo en otros, y ésto constituye una inmoralidad.

La fracción I del artículo 228 del Código Civil de 1884 expresa que el adulterio del marido será causa de divorcio, cuando haya sido cometido en la casa común. Para los efectos del Código Penal, el artículo 816 que se refiere al adulterio, habla indistintamente de casa o de domicilio conyugal, el artículo 822 del citado ordenamiento nos dice: por domicilio conyugal se entiende la casa o casas — que el marido tiene para su habitación, y se equipara al domicilio conyugal, la casa en que solo habite la mujer.

De lo anterior se desprende que por casa común — no debe entenderse precisamente el domicilio de los esposos. Tomando la palabra en su sentido netamente jurídico, — el artículo 822 del Código Penal de 1871 aludido, dice claramente lo que es el domicilio conyugal para los efectos del adulterio la casa o casas que el marido tiene para su habición, debe notarse que no dice la casa o casas habitadas, — pues poco importa que los esposos habiten de hecho o no la casa en que se cometa el adulterio. En este orden de ideas Ricardo Couto apunta que "basta con que el marido tenga la casa destinada para la habitación suya y de su mujer, basta con que ésta última tenga el derecho de ser recibida en — ella, para que se esté dentro del supuesto hipotético del citado artículo" (39).

En atención a lo expuesto, procederá la acción de divorcio en los tres casos siguientes:

a) cuando el adulterio tenga lugar en la casa habitada por ambos esposos,

b) cuando tenga lugar en la casa habitada solamente por la mujer, lo que puede suceder por abandono del marido o por separación de los esposos, y

c) cuando se verifique en la casa habitada solamente por el marido.

Tratándose del tercer caso, éste se presta a mayor controversia que puede traducirse en que, lo que la Ley castiga tratándose del marido, no es precisamente el adulterio sino el ultraje que hace a su mujer legítima, cometiéndolo en la misma casa en que ésta se encuentra y que no habiendo ningún ultraje cuando la mujer no habita la casa -- del marido no puede afirmarse que se haya cometido adulterio. Pero como dice el jurista francés Laurent, ésta opinión es insostenible porque pasa los límites de la ley; "la Ley dice, es ya demasiado indulgente para los desordenes de el marido, guardémonos de exagerar más por su indulgencia. -- Ella no habla de habitación común, sino de casa, querer que la casa sea habitada por la mujer es, pues, agregar una condición lo que el interprete no puede hacer" (40).

Tratándose del hecho de que el adulterio haya sido cometido en la casa común, en este supuesto, basta una sola infidelidad del marido para que la acción de divorcio en su contra sea procedente, pero esto únicamente con la condición de que el delito se haya cometido en la casa común; no así, en el caso de que haya habido concubinato --

entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal, pues para que proceda la acción de divorcio por este motivo, no se atiende en modo alguno al lugar donde el delito se haya cometido, sino a la continua repetición de actos delictuosos; en efecto por concubina se entiende que es la mujer que sin ser casada, vive con un hombre como si fuera su esposa; en consecuencia, para que exista concubinato, es preciso que el hombre y la mujer hagan vida común durante un tiempo más o menos largo, siendo necesario que existan relaciones más o menos continuas y sostenidas.

Existe otro supuesto que da lugar a la comisión del delito de adulterio, y es el caso de que haya habido escándalo o insulto público hecho por aquel a la mujer legítima.

Como puede notarse, no solamente el adulterio del marido cometido en la casa común, o el concubinato entre los adúlteros es causa de divorcio, sino también lo es, el que se cometa fuera de estas circunstancias, si va acompañado de una publicidad tal que escandalice a la sociedad y constituya un insulto para la esposa, en este sentido Ricardo Couto menciona que "las complacencias del legislador para el esposo adúltero no llegan al grado de permitirle que arrastre el honor de su mujer que lleva su nombre" (41), -- aquí, ya no es precisamente la violación de la fé jurada lo que tiene en cuenta la ley para pronunciar el divorcio, es la ofensa pública, el insulto lo que motiva; sería necesario considerar a la mujer un ser inferior, indigno del menor --

respeto y de atenciones, para permitir que el esposo pudiese impunemente ultrajarla escudándose en la ley.

Respecto a esta causal, hay una innovación importante en el Código Civil vigente, frente a los demás ordenamientos citados, exceptuando a la Ley Sobre Relaciones Familiares, que no menciona causas específicas, pero en los códigos civiles de 1870 y 1884, se hace una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer. El adulterio de la mujer siempre fue causa de divorcio en esos ordenamientos, como quedó asentado anteriormente, como lo es en los términos del Código Civil de 1928. En cambio, el adulterio del hombre no fue siempre causa de divorcio, pues se requería — bajo los supuestos de los ordenamientos civiles de 1870 y 1884 e incluso en la misma Ley Sobre Relaciones Familiares que además hubiese escándalo, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se realizaba en la casa conyugal, o era consecuencia de un concubinato, de una relación sexual continua con otra mujer. La legislación en la materia vigente, lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y el de la mujer, por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los esposos, sin exigir ningún otro requisito; además, el artículo 269 complementando al 267, de la misma legislación, agrega que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados a partir del momento en que tuvo—

conocimiento del adulterio, sin necesidad por lo tanto, de que haya una sentencia en el orden penal.

a.2. La siguiente causal considerada como delito cometido por un cónyuge contra el otro, es la consistente en los actos del marido para prostituir a su esposa, fracción III del artículo 267, Código Civil vigente.

El marido debe a su mujer protección y amparo, y de ningún modo falta más al cumplimiento de esos deberes que incitando a aquella a la prostitución; la degeneración del esposo, nos dice Ricardo Couto, "llega a su más alto grado cuando él mismo se hace autor de su propia deshonra, y sería inicuo querer obligar a la mujer a hacer vida común con el hombre que la empuja al lodazal del vicio" (42).

Desde la ley de 23 de julio de 1859, se había considerado que la prostitución de la esposa por el marido, era una excepción eficazmente oponible a la demanda de la esposa legítima por la comisión del adulterio.

En el Código Civil de 1870 para el D.F., se señalaba que es causa de divorcio: la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solamente cuando el marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el propósito expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

La corrupción de la esposa por el marido, nos dice el ilustre jurista Agustín Verdugo, "constituye un delito-

penado por la Ley, y este carácter no le ha sido reconocido por todas las legislaciones. El Código de Partidas así lo consideraba bajo el nombre de Lenocinio, colocándola en la cuarta clase de las cinco en que el Rey Sabio dividía ese "infame comercio" (43).

El hecho es grave y con sobradísima razón, lo ha enumerado el legislador entre las causas de divorcio. Su prueba, sin embargo, tiene que ser generalmente muy difícil porque a ello han de oponerse, no solo la autoridad misma que el marido ejerce en la familia, sino, también lo, ostruoso y raro del delito.

Por otra parte, ésta causal de divorcio que se hace consistir en el hecho de que el marido prostituya a su mujer no requiere que previamente se declare al marido penalmente responsable del delito de lenocinio, pues dada la amplitud con que se expresa en el Código Civil, puede ir más allá del mismo delito de lenocinio que castiga la legislación penal, al que obtiene del otro un lucro, a través del comercio carnal, haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental.

Comparando el artículo 267 del mencionado código civil, respecto de la fracción III, con el artículo 207 del Código Penal en vigor, podemos determinar la independencia que existe entre lo que constituye una causa de divorcio ante el hecho ilícito, y los elementos que lo integran desde el punto de vista estrictamente penal, del delito de lenocinio.

El texto de la fracción III del artículo 267, señala: "Es causa de divorcio, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido lo ha ya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro obtenga relaciones carnales con su mujer" (44). Por otro lado, el artículo 207 del Código Penal dispone "Comete el delito de lenocinio:

I.- Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mentenga de éste y obtenga de él un lucro cualquiera.

II.- Al que induzca o solicite una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución" (45)

La idea de ilicitud que aparece en los dos preceptos es análoga en su esencia, pero, como señala el maestro Rojina Villegas, para que se pruebe la causa de divorcio "no exigirá el Juez civil que se acrediten todos los elementos que para el delito de lenocinio requiere el Código Penal, y cuyos elementos deben justificarse plenamente para probar la existencia del cuerpo del delito" (46). En igual sentido el profesor Agustín Verdugo, se inclina por que la presente causa de divorcio "no debe ser aceptada -- por los jueces civiles sino cuando se probare:

- 1) que el marido lleva una conducta licenciosa,
- 2) que haya propuesto a su mujer la prostitución directamente o por medio de otro y

3) que ha recibido remuneración del seductor". - (47).

Cabe hacer mención que el Código Penal se refiere al comercio carnal indebido con motivo de la explotación del cuerpo de terceras personas, que podrá llevarse a cabo también por una tercera persona; mientras que la legislación civil se refiere solo al marido frente a la esposa, pero, no solo cuando directamente la explote, sino también cuando le proponga prostituirla.

a.3. Tratándose de la causal, consistente en la incitación o violencia hechas por un cónyuge al otro, para cometer algún delito, ésta es el tercer delito de los cinco que integran este primer grupo.

Esta causal de divorcio viene repitiéndose en nuestras leyes desde el año de 1859, en la ley de 23 de julio del mismo año, que consideraba con tal carácter: la inducción con pertinencia al crimen, ya sea que el marido indujera al crimen, ya sea que el marido indujera a la mujer, o ésta a aquel. Las mismas palabras han sido reproducidas en los Códigos de Veracruz, artículo 228 inciso cuatro, el del Estado de México y el del Distrito Federal de 1870 en su artículo 240 inciso tres; todos estos ordenamientos establecen como causa de divorcio: los medios físicos o morales, o sea, las violencias o incitaciones puestas en práctica por uno de los conyuges, para inducir al otro a cometer algún delito.

Por lo que respecta a esta causal, salta a la vista la conveniencia de este precepto, pues, el matrimonio es el santuario de las costumbres, y nada sería más perjudicial para éstas y aún para la misma sociedad que no proteja al esposo virtuoso y honrado, contra las asechanzas que le — tienda su consorte para arrastrarlo al crimen; es por eso — que la forma más eficaz de protección que puede darse al — cónyuge inocente es la de proporcionarle el derecho de separarse del culpable.

Asimismo, encontramos que esta incitación puede revestir tres aspectos, es decir, desde el punto de vista — del derecho penal se configura cuando públicamente se incite a cometer un delito, haga apología de éste o de algún vicio, por lo cual se aplicará de tres días a seis meses y — multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutarse. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito — cometido.

Como puede notarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 209 del Código Penal, se requiere para su configuración, que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o bien, que haga apología de éste o de un vicio; por el contrario, la fracción IV del artículo 267 de la legislación civil vigente, no exige que esa provocación sea pública, basta con que un consorte incite al otro a cometer un delito, aún cuando no sea de incontinencia carnal, o bien que lleve a cabo una violencia física o moral para que co-

meta un delito. Podrá haber tanto causa de divorcio como delito, cuando públicamente un esposo incite o provoque al otro para que cometa el delito, o lo que es más grave, cuando lleve a cabo violencia física al través de la fuerza, - tortura, dolor, privación de la libertad; o moral, mediante - amenazas, para que cometa el delito.

Desde el punto de vista penal, no se necesita que el delito se realice; pero si se ejecutare, entonces habra - cooparticipación, siendo responsable del delito el que indujo, incitó o provocó para que se cometiera y él que lo realizo.

a.4. Otra causal de divorcio considerada como delito cometido por un cónyuge hacia el otro, es la consistente en las sevicias, amenazas e injurias graves.

Nuestra Ley de 29 de julio de 1859, nos dice el - profesor Agustín Verdugo, "también considero como causa de separación el maltrato de uno de los cónyuges contra el - otro pero solo si consistía en una crueldad excesiva"(48).

Por primera vez se hablo en nuestra legislación - en lo relativo a este punto, de algo más que las sevicias, - en el primer proyecto de un código civil mexicano, cuyo artículo 92 inciso dos expresa: que son causa legítima de divorcio, los malos tratamientos de obra o injurias graves.

El Código Civil de 1870, en su artículo 240 inciso seis, se limitó a reproducir en ésta materia el pensamiento de los autores de la Ley de 1859.

Para comprender la causal que analizamos, nos evocaremos a definir las siguientes palabras: la sevicia, las crueldades constituyen los malos tratamientos de obra, que revelan crueldad en quién los ejecuta, sin que, impliquen un peligro para la vida de las personas; las amenazas, son los actos en virtud de los cuales se hace nacer en un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes, o sobre la persona o bienes de seres que le son queridos; finalmente por injurias se entiende toda expresión proferida o toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle a otro, desprecio con el fin de hacerle una ofensa.

Como puede notarse, el significado de todas estas palabras es semejante, por lo que se descubre, como dice Ricci, "que la intención del legislador al dictarlas, no ha sido la de indicar taxativamente cuales son las injurias, sevicias, etc., que autorizan a pedir la separación sino la de manifestar un concepto general y de orientación aplicable por el juez en los casos particulares". (49).

En atención a lo anterior es oportuno señalar que dentro de las expresiones mencionadas como causas de divorcio que suponen graves infracciones a la consideración y respeto que ambos esposos deben guardarse, para hacer posible la convivencia conyugal, es de mencionarse que presenta tan variados y múltiples matices la malicia humana, que el propio legislador no ha podido hacer otra cosa que usar de palabras genéricas, dejando al prudente arbitrio de los jueces la apreciación de los hechos que se invoquen con mo

tivo de la separación, para decidir si constituyen sevicias, bien amenazas o bien injurias graves, capaces de hacer imposible la vida común entre los esposos.

Por otra parte y como señala Ricardo Couto, "poco importa al caso concreto, que los actos de sevicias, amenazas o injurias graves, hayan sido aislados o continuos, si su gravedad es tal que haya considerado que todo sentimiento de afecto a acabado entre los esposos y que, por lo tanto es imposible la vida en común, el divorcio se impondrá por más que la causa que lo motive, sea sevicia, amenaza o injuria" (50). Por el contrario, si los hechos alegados para fundar la separación son de poca importancia, si no revelan odio, ni falta de consideración de un esposo para el otro, si son producto de un momento de exaltación y efervescencia, no serán bastantes para motivar aquella separación, aún cuando se pruebe que no han sido aislados.

En opinión de Ricci, citado por Couto, "un hecho aislado, por grave que sea si no hay temores de que se reproduzca, no es causa suficiente para hacer insoportable la vida común, porque la imposibilidad de la cohabitación no puede ser determinada sino por una serie de actos repetidos o que puedan producirse fácilmente" (51).

Tratándose de ésta materia, todo depende de las circunstancias, y el único criterio a que se puede atender para decidir si los motivos invocados deben o no fundar el divorcio, es saber si son bastantes o no para hacer insoportable la vida en común entre los esposos.

Varios son los caracteres que debe tener la injuria para ser causa de divorcio: en primer lugar, es preciso que el hecho que la motive vaya acompañado de una intención dolosa, pues no habrá fundamento para el divorcio, si uno de los cónyuges, en estado de enajenación mental, injuria a su consorte. Tampoco podrá declararse el divorcio -- cuando el hecho que se ejecuta, aunque sea injurioso en sí, sea el ejercicio de un derecho, por ejemplo: no es injuria -- el acto por el cual el esposo publica en la prensa "que no pagará las deudas que contraiga su mujer", este acto, aunque en cierto modo injurioso, no podrá motivar el divorcio, porque es el ejercicio del derecho que tiene el marido de impedir que su mujer celebre contratos sin su consentimiento.

Otros aspectos, por los cuales no se consideran -- injurias, son las imputaciones que, durante el juicio de divorcio se hacen los esposos si se encierran en justos limites y son necesarios para fundar los derechos que cada uno de los contrincantes alega en el pleito. Por el contrario -- si dichas imputaciones se hacen sin necesidad, si no tienen otro objeto que el de lastimar la dignidad de la persona -- contra quién se dirigen, entonces si puede fundar el divorcio, pues, es de suponerse que no podrá restablecerse la -- vida en común entre los esposos que así se hubieran injuriado.

Un segundo aspecto que debe llenar la injuria para ser causa de divorcio, es que los hechos en que consista tengan lugar después de la celebración del matrimonio, --

pués si las diversas causas en que se funda el divorcio no son violaciones a los deberes que el matrimonio impone a los esposos, no podría decirse que haya violaciones de estos deberes cuando el matrimonio no se hubiere celebrado. De este principio deduce Laurent la consecuencia de que la mujer al contraer matrimonio este en cinta de otro hombre, pués, en el caso, la mala conducta observada por la mujer es anterior al matrimonio.

Finalmente para que la injuria sea causa de divorcio, debe ser grave, lo que quiere decir que debe estar revestida de tales caracteres, que hagan imposible por más tiempo la vida en común entre los cónyuges. El carácter de gravedad de la injuria es relativo, su influencia como causa de divorcio, no puede menos de depender de la educación y condición social de la persona que recibe el ultraje, así lo tiene decidido la jurisprudencia, por más que eminentes jurisconsultos como Laurent, hayan protestado contra la admisión de esa doctrina. En efecto, las ideas de instrucción y de educación son muy distintas en los individuos que pertenecen a distintos rangos de la sociedad, y la sensibilidad que no es más que el producto de la instrucción y educación recibidas. Ahora bien, para saber si un hecho es injurioso o no, hay que atender a la impresión que causa en la persona víctima del ultraje, según el grado de sensibilidad. Hay personas, nos dice el jurista Verdigo, citado por el profesor Couto, "que están acostumbradas desde la infancia a un lenguaje grosero, a las palabras más ultrajan-

tes, que sin embargo, no hieren en lo más mínimo su sensibilidad. Hay mujeres sobre cuyo corazón aletargado o deformado no dejan huella de resentimiento los golpes de un marido brutal, mujeres en quienes se observa que la calma más perfecta y aún el más entusiasta cariño suceden a estas tempestades pasajeras, y casi continuas en cierta clase social. Pero hay otros seres delicados y sensibles hasta el exceso para quienes nada es indiferente, que ven ultrajes en un gesto o en una mirada, que atienden más a las palabras, a la intención que las inspira y que, por fin consideran las expresiones más ofensivas como dardos punzantes, que desgarran el alma dejándole heridas incurables" (52).

Pués bien, si existen diferencias, el legislador que atiende a la realidad de los derechos para legislar, no podrá dejar de tomarlas en consideración, por odiosas que a la vista aparezcan, pues, de otro modo, resultaría que causas ofensivas para las personas que las invocan como motivos de separación, serán bastantes para pronunciar ésta cuando quizá el esposo demandado no haya obrado así, sino llevado por la impresión del momento.

Existen también hechos que constituyen injurias graves sea culaquiera el rango social de los esposos, tales son los reproches de adulterio dirigidos por el marido a la mujer. También se considera como una injuria grave independientemente de la posición social de los cónyuges, el hecho de que el esposo se rehuse a recibir a su mujer en el domicilio conyugal, sin embargo, su negativa se funda en que

la esposa lo ha abandonado varias veces y que tan solo pretende regresar a la casa común para cometer nuevos escándalos, tal negativa así justificada, se considera causa de divorcio.

a.5. A continuación pasaremos a analizar la causal comprendida en la fracción XIII del artículo 267 del C.C. en vigor que consiste en la acusación hecha por cónyuge contra el otro.

La fracción XIII del artículo 267 estatuye como causal de divorcio la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por el delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. El Código Civil de 1884 también reconoció esta causa de divorcio, pero bastaba con que hubiese una acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, aún cuando fuera por el delito que tuviese cualquier pena. En cambio, el Código Civil vigente, exige que la acusación calumniosa sea grave, por imputar falsamente un consorte al otro un delito que merezca una pena mayor de dos años de prisión.

Pocos hechos habrá más injuriosos que el formulado en el precepto antes transcrito y mucho tiene que ser el desprecio que el esposo acusador tenga para su consorte, cuando la calumnia lo arrastre por medio de una acusación falsa ante los tribunales, y mayor será todavía el que la víctima de la calumnia sienta por aquel, al considerar que ni el cariño prometido, ni el respeto a la propia honra han

sido obstáculo a contenerlo, en sus infames designios. En estas condiciones apunta el autor Couto ¿podrá restablecerse la vida común? evidentemente que no, la armonía del matrimonio estará rota y el divorcio no vendrá más que a darle forma legal a la ruptura.

Si la acusación versa sobre un delito grave o leve, poco importa, pues la Ley no hace distinciones, como se hacían en el antiguo derecho; bastará con que la acusación presentada sea falsa para que el divorcio proceda. En este sentido Rojina Villegas afirma: "tratándose de ésta causal si se requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare al esposo acusado por el delito que le impute el otro consorte, inocente. Si en esa sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena mayor de dos años, entonces el cónyuge acusado tendrá ya comprobada su causa de divorcio, pero se requiere que la sentencia penal declare su inocencia y cause ejecutoria" (53).

a.6. Para concluir con el primer tipo de causales que implican la comisión de un delito por uno de los cónyuges contra el otro, pasaremos a estudiar la causal de divorcio contemplada en la fracción XVI del artículo 267 y que consiste en cometer un consorte contra el otro, un acto que sería delito si se tratara de un extraño.

En el C.C. de 1884 existía regulada en la fracción XII una causal parecida, se trataba de las infracciones

a las capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones matrimoniales son los pactos -- que, antes o después del matrimonio, celebran los esposos para determinar la forma de administrar los bienes de la familia. El código de ese tiempo señalaba que la violación de dichas capitulaciones era causa de separación de los cónyuges ésta causal tenía como objeto poner coto a los abusos, que -- en la administración de los bienes, pudiera cometer uno de -- los esposos en perjuicio de los intereses de la familia.

A pesar de ser acertado el acto del legislador, de proteger los bienes comunes, en el terreno de los principios no se justifica dicha causal, toda vez que hace depender la permanencia de la unión cónyugal de hechos que tan solo -- afectan a los bienes, es, como dice el autor Verdugo, "ver en el matrimonio, no la unión de las almas, sino una común y ordinaria sociedad de bienes en la cual se rige y dirige por el bajo y misero interés del lucro material". (54).

Por otra parte y a diferencia del precepto anteriormente citado, la fracción XVI del artículo 267 del C.C. -- en vigor, señala como causal de divorcio, cometer un cónyuge -- contra la persona o los bienes de otro un acto que sería pu -- nible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de pri -- sión. Ciertos hechos que serían punibles entre extraños no -- constituyen delito si se reslizan en la persona o los bie -- nes del otro cónyuge, por ejemplo, el robo o el abuso de -- confianza.

Cometido un hecho de esta naturaleza no da lugar a el ejercicio de la acción penal, sino a la acción del divorcio. En este supuesto, el consorte culpable incurre en una sanción de naturaleza civil que consiste en la disolución del vínculo matrimonial; pero no es propiamente desde el punto de vista de la sanción, por lo que se ha considerado como causa de divorcio, la comisión de tales hechos, sino, porque ha desaparecido en este caso, la posibilidad de que exista en la comunidad la debida protección entre los esposos para la realización de los fines del matrimonio; la mutua ayuda y colaboración recíproca de los cónyuges, para soportar el peso de la vida.

b) Delitos cometidos por un cónyuge contra sus hijos.

b.1. Por lo que toca al segundo tipo de delitos que conforman este primer grupo de causales, estos se refieren a los cometidos por cualquiera de los cónyuges contra sus hijos, los cuales están contemplados en la fracción V del artículo 267 del multicitado ordenamiento legal.

Ningún deber más sagrado hay, que el que tienen los padres de dar educación correcta a sus hijos. Natural es pues, que su falta de cumplimiento, revela en el obligado una degeneración completa de los más tiernos sentimientos con que la naturaleza ha dotado a los hombres, esta irresponsabilidad es motivo suficiente de divorcio respecto del otro esposo, que no podrá menos de ver con repugnancia a su

consorte que, lejos de procurar el bien de sus hijos, los corrompe o trata de corromper. Al respecto señala Verdugo, "si los actos del matrimonio encaminados a arrastrar a la esposa al crimen son una causa de divorcio justamente establecida en favor de la segunda, con más razón deben ser aquellos actos que tienen por objeto corromper a los hijos, depósito sagrado cuya celosa guarda es encomendada por la naturaleza y la sociedad a los padres". (55).

Nuestro legislador, nos dice el maestro Couto, ha sido tan exigente al respecto que "el simple conato de corrupción, y aún la simple tolerancia han sido considerados por él como una causa bastante de divorcio" (56). Sin embargo al final de la fracción se explica que la tolerancia debe consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones, en consecuencia, para que el divorcio proceda, se requerirán actos claros y concretos que no dejen lugar a duda sobre la intención del esposo que ejerza la corrupción. Debemos advertir, por otra parte, que la corrupción de los hijos no es solamente una causa de divorcio, si no constituye además, un delito previsto y penado en el Código Penal.

Podrá darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho años de edad, pero podrán los hijos ser mayores de edad y no estaremos ante ese delito, pero si indiscutiblemente, ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o lleguen a corromper al hijo o a la hija mayor de dieciocho años de edad; además por lo que toca al delito-

de corrupción de menores que podrá realizar un tercero o cualquiera de los padres, se necesitan los requisitos que estatuye el artículo 201 del Código Penal que dice: "se aplicará prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a mil pesos, al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años o lo induzca a la mendicidad", o bien que se incurra en los casos previstos por el artículo 202 del mismo ordenamiento al exigir: "que se empleen a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio". Esta contravención se castiga con prisión que puede ser de tres días a un año y multa de 25 a 500 pesos, además, con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos menores de edad, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos". (57).

c) Delitos cometidos por un cónyuge contra terceras personas.

Para terminar con el análisis de este primer grupo de causales en donde agrupamos los distintos delitos cometidos por los consortes, pasaremos a continuación a estudiar los delitos cometidos por cualquiera de los cónyuges contra terceras personas.

c.1. En la fracción XIV del artículo 267 del C.C. en vigor se establece como causa de divorcio haber cometido uno de los esposos un delito que no sea político, pero que sea in-

famante por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 22 Constitucional, las penas infamantes están prohibidas, en consecuencia, puede inferirse que tampoco hay delitos infamantes ante la Ley. De igual forma en el Código Penal - no existe ninguna forma de la cual pueda basarse la calificación de esa especie de delitos.

De conformidad con los diccionarios, la palabra infamia, significa: descrédito, deshonor, vileza en cualquier - línea, acción infame, palabra sumamente injuriosa. De atenerse por tanto al mero sentido gramatical de las palabras "delito infamante" que emplea la fracción XIV del artículo en comento, deberá considerarse como tal, el que tenga algunas - de las notas mencionadas, es decir, el delito que causa deshonra, descrédito, vileza en cualquier línea, sin embargo la - ciencia del derecho, no se limita a conocer, interpretar y aplicar gramaticalmente las normas jurídicas, por lo que queda latente el problema de la debida determinación de los que han de considerarse como delitos infamantes. Al respecto el legislador ha realizado ésta tarea en el artículo 95 de --- nuestra Carta Magna, cuando ha considerado como tales, "robo fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público", motivos por los cuales se inhabilita para ocupar puestos públicos - cualquiera que haya sido la pena.

Hemos dicho que nuestra Constitución prohíbe en - su artículo 22 las penas infamantes o sea, aquellas que cauu

san infamia al que es condenado a sufrirlas. Es lógico deducir de esa prohibición, la consecuencia de que no existiendo ya penas infamantes que no sólo tienen éste carácter para el delincuente, sino también trascienden a los miembros de su familia, por ello doblemente prohibidas en nuestra ley fundamental.

En la legislación mexicana, fué la Constitución de 1857 la primera que suprimió las penas de que se viene hablando y a excepción hecha de la mención que hace el artículo 267 en su fracción XIV del C.C., no hay en el Código Penal y menos en el de Procedimientos Penales, norma alguna de la que pueda inferirse que existen todavía los llamados delitos infamantes. Por tanto, puede sostenerse que la referencia a ellos que hace dicha fracción, no tiene más razón de ser que lo prevenido en el artículo 95 de nuestra Constitución, pero puede afirmarse que todavía hay en la conciencia social los sentimientos y las ideas de que ciertas acciones o delitos producen la simple deshonra de quién los ejecuta.

Por el contrario y para efectos de la causal que analizamos, es evidente que para determinarse la providencia de la causal, previamente debe existir sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge responsable pena de dos años de prisión, por la comisión de cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 95 de nuestra Constitución Política. Evidentemente que también es esta causa, hasta en tanto no haya sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que comete el delito una pena mayor de dos años de prisión, no se

podrá configurar la causa de divorcio que la Ley otorga al otro cónyuge, pero siempre y cuando el delito no sea político ni resulte infamante.

2.2.2. Causales de divorcio que constituyen hechos inmorales.

A continuación pasaremos a analizar las distintas causales de divorcio que integran el segundo grupo, este lo forman:

a) las consideradas hechos inmorales, consagrados en las fracciones II, III y V del artículo 267 del C.C. de 1928.

Tratándose de las causales contenidas en las fracciones III y V, éstas ya fueron analizadas, por estar comprendidas en el primer grupo, por lo que únicamente pasaremos a estudiar el contenido de la fracción II.

a.1. La causal consiste: en el hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el acto, y que judicialmente sea declarado ilegítimo. Esta causa de divorcio data desde el el C.C. de 1884. El hecho a que ella se refiere, no ha podido menos que ser siempre motivo de grave desavenencia entre los consortes, no solo por el engaño trascendental de que, en virtud de él, la esposa resulta culpable ante el marido, sino también por el derecho que incuestionablemente asiste a éste para desconocer la legitimidad de un hijo que puede no ser suyo.

A diferencia de nuestro código, que hace de los hechos mencionados una causa especial de divorcio, el de Napoleón los hace entrar en la causa general de divorcio por injurias graves de un cónyuge para el otro, y considerados en tal forma, discuten autores franceses si tales hechos constituyen injurias graves, bastantes para motivar una demanda de divorcio. Laurent y con él otros tratadistas, sostienen la negativa, fundándose en que para que la injuria pueda ser causa de divorcio, debe ser posterior al matrimonio, y que, la que se hace consistir en el hecho de que la mujer esté en cinta de otro hombre al celebrarse el acto, es anterior a la celebración. Vanamente se dice, expresa aquel autor, "que la injuria acompaña al matrimonio y que se continua por el silencio del esposo culpable. Para calificar un hecho, es preciso considerar el momento en que se ha verificado, si la mala conducta de la mujer es anterior al matrimonio, no es injuria entre los esposos, se dice que ella es culpable de reticencia; entonces si es anterior al matrimonio, como una falta cometida antes del matrimonio podría considerarse como una infracción a las obligaciones que aquel origina entre los esposos? (58). A estos argumentos se ha contestado diciendo que es verdad que la mala conducta de la mujer es anterior al matrimonio, pero que la injuria no es precisamente esta falta sino la reticencia en que incurre, en el culpable disimulo de aquella, al celebrarse el matrimonio y que ésta reticencia es concomitante de tal celebración. El multiplicado jurista Verdugo en este sentido apunta, "que la in-

juría hecha al hombre por la mujer en cinta y que antes de casarse ha guardado silencio sobre su estado, es contemporánea del matrimonio, se ha consumado con la celebración y ha continuado aún después. La injuria ciertamente no consiste en el comercio que esa mujer, libre entonces, ha tenido con otro hombre antes de su matrimonio, la injuria está en la reticencia, en la culpable y odiosa disimulación, al celebrarse el matrimonio; luego ella es concomitante de la celebración misma del matrimonio". (59).

Nuestro Código Civil no da lugar a estas discusiones, pues claramente se consideran los hechos de que se trata como una causa de divorcio, y la verdad es que ésta decisión no puede ser razonable, pues, pocas injurias habrá más graves y que ameritan más justificadamente la separación, -- que el engaño o disimulo de la mujer, que sin respeto ni consideración para quién va entregarlesu nombre, su porvenir -- lleva en su seno el fruto de su deshonra.

De los términos del precepto, se infiere que para que proceda el divorcio, es preciso que el parto se haya verificado y que el hijo producto de él, haya sido declarado judicialmente ilegítimo, en consecuencia, por comprobada que esté la preñez de la mujer al celebrarse el matrimonio, el esposo nada podrá hacer hasta que el parto se verifique y obtenga una sentencia declaratoria de ilegitimidad. La verdad es que hay dureza en la Ley, al imponer las condiciones anteriores para entablar la demanda de divorcio, pues es injusto que convencido el esposo de la infamia cometida por

su cónyuge, se le force a hacer vida común hasta que se verifiquen aquellas condiciones. Muy convenientemente habría sido, en este caso, autorizar una separación provisional de los esposos, sujeta a confirmación una vez que se hubieren satisfecho los requisitos de la ley.

¿Cual es el criterio que se seguirá para saber si la concepción del hijo es anterior o posterior al matrimonio?

La ley ha tenido que recurrir a las presunciones y fundándose en ellas, ha admitido que son hijos legítimos: los hijos nacidos después de 180 días de la celebración del matrimonio, y que no lo son los nacidos dentro de ese plazo, en consecuencia, habrá que atender a la fecha del nacimiento y relacionarla con la del matrimonio; si aquel tuvo lugar en los 180 días contados desde el matrimonio, el hijo se reputará ilegítimo, salvo que se probare cualquiera de estas circunstancias:

I.- Que el marido supo antes de casarse del embarazo de su consorte;

II.- Que asistió al acta de nacimiento y la firmo, o declaró no saber hacerlo;

III.- Que reconoció expresamente por suyo al hijo de su mujer, o que éste no nació capaz de vivir.

Independientemente de lo anterior, la acción de desconocimiento de la paternidad solo puede ser intentada por el marido dentro del término que señala el artículo 330 del c.c. o sea el de 60 días contados desde el nacimiento,

si está presente el marido; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; y desde el día en que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento.

2.2.3. Causales de divorcio contrarias al estado matrimonial.

a) Continuando con nuestro análisis sistemático de cada una de las distintas causas de disolución del vínculo matrimonial, a continuación pasamos al estudio de las comprendidas en el tercer grupo, consideradas contrarias al estado matrimonial y las que implican inculplimiento de obligaciones conyugales. Estas causales se encuentran comprendidas en las fracciones VIII, IX, X y XII del artículo 267 del C.C. en vigor.

a.1. La primera causal a analizar de este tercer grupo, es la relativa al abandono del domicilio conyugal. Esta causal en todas las legislaciones precedentes a la de 1928, ha sido regulada, con la diferencia de que el lapso de tiempo requisito esencial para que se configure, es variable según la legislación de que se trate. En efecto, en la legislación de 1870 el término era de dos años, en la de 1884 un año, en la Ley Sobre Relaciones Familiares como en el Código Civil de 1928 es de seis meses, para poder invocar dicha causal.

Dentro de los deberes que encierra el matrimonio se encuentran: el de los esposos de hacer vida común y de -

socorrerse mutuamente, la falta de cumplimiento de este deber, que se traduce en el abandono del domicilio conyugal, es una infracción al matrimonio que amerita el divorcio.

Las diversas obligaciones que el matrimonio importa serian defectuosamente cumplidas, si un mismo hogar no abrigara a los consortes para que con toda la posible igualdad se repartiesen entre ellos los deberes, y mutuamente se ayudasen a sobrellevar el peso de la vida. De lo anterior se deduce, que el abandono del domicilio por cualquiera de los consortes, debe constituir una grave y funesta infracción de una de las principales condiciones del matrimonio.

No debe confundirse el abandono con la ausencia, pues, mientras aquel implica intención de menosprecio o falta de afecto, ésta significa solamente alejamiento o separación. Atento a lo anterior, es preciso que el abandono sea sin justa causa, pues si hubiere habido motivos para él, no procederá el divorcio, salvo que haya transcurrido más de un año sin que el cónyuge que lo cometió haya promovido la demanda respectiva.

El abandono del domicilio conyugal, considerado en sus elementos puramente materiales, es decir, aparte de todas las circunstancias que den a conocer su intención y alcance, no constituye por si solo una causa perentoria de divorcio; pero si nada justifica el abandono, o a él se unen ya un disgusto grave, ya un largo tiempo transcurrido u otras noticias de resolución de no volver, o cualquier manifestación pública y continua de menosprecio y aversión hacia su cónyuge

ge, entonces el abandono ya significa injuria y gravedad bastante para motivar el divorcio.

Nuestra legislación empezó a considerar expresamente, desde 1870, el abandono del domicilio conyugal como causa de divorcio. En este punto son iguales las expresiones del primer código en el D.F., según el cual dos condiciones son necesarias para que el abandono pueda ser alegado como causa de separación:

1) Que sea sin justa causa.

2) Que se prolongue por más de dos años (en el código civil en vigor son seis meses).

A semejanza, pues, de la legislación francesa, la nuestra considera que el abandono del domicilio conyugal de ser injustificado, para motivar el divorcio.

El hecho de que la esposa o el marido que abandona el domicilio conyugal, no habiendo procedido algún motivo o acontecimiento que sin culpa del autor del abandono, lo haya determinado a verificarlo, incurre en un hecho que es causa de divorcio, pues revela la resolución en el agente de poner término sin motivo, a la vida conyugal, de ofender al otro cónyuge a quién se prometió fidelidad y respeto, y de cambiar a la vida honesta del hogar por el libertinaje y la licencia de costumbre. Sin embargo, como señala atinadamente el profesor Ricardo Couto, para que exista abandono en el sentido jurídico de la palabra "es preciso que los hechos que la hayan precedido o que le sigan demuestren la firme intención de romper con la vida común. Si tal intención no-

existe, si se demostrare que el cónyuge que se separó del domicilio no tuvo el ánimo de separarse definitivamente, sino temporalmente, no podrá decirse que haya abandono" (60).

Por otra parte, nuestro código civil, a diferencia de otras legislaciones, no nos dice "abandono de un cónyuge por el otro por más de seis meses sin causa justificada", si no, separación de la casa conyugal, sin tener motivo. Es frecuente que el marido se separa del hogar conyugal sin causa justificada y siga cumpliendo su obligación alimentaria. En este caso, no hay abandono del cónyuge en el sentido de cometer delito específico de dejarlo sin medios para subsistir y por lo tanto, no se tipificará la causal de divorcio que conforme a la legislación requiere del abandono del hogar conyugal prevista por la fracción VIII del artículo 267, código en vigor. La H. Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que por separación del hogar conyugal, no ha de entenderse el hecho material de salir de ella y no volver a la vida en común. Afirma, que consiste en que uno de los conyuges rompa sus relaciones matrimoniales con el otro y deje de cumplir las obligaciones que derivan del vínculo matrimonial, sea porque no suministre alimentos, no cuide de sus hijos, ni los asista en casos de enfermedad y se desatienda por completo de sus deberes familiares. A nuestro modo de ver, esta interpretación tiene dos defectos: en principio es contraria al sentido gramatical y lógico de la palabra separación, por que no se justifica en forma alguna que significa incumplimiento de obligaciones matrimonia-

les, sobre todo, cuando se refiere al abandono del hogar conyugal. Es indudable que en este caso el vocable quiere decir salir de la casa y no volver a ella.

En segundo lugar, el incumplimiento de una obligación tan importante como lo es la de dar alimentos al otro consorte y a los hijos, está enunciada en la fracción XV, por lo cual, al fusionar las dos fracciones de que se trata, la H. Suprema Corte viola el principio de la autonomía de las causales, que según afirma el alto Tribunal, no deben involucrarse las unas con las otras como se hace en este caso.

a.2 La causal contemplada en la fracción IX del artículo -- 267 consiste en la separación justificada de la casa conyugal por más de un año, a diferencia de la fracción VIII que con prelación analizamos, simplemente requiere que se demuestre el hecho objetivo de la separación de la casa conyugal y que no se pruebe por el demandado a quién se señala como esposo culpable, que tuvo motivo justificado para separarse.

Es motivo justificado para separarse, el que otro cónyuge hubiere dado causa de divorcio, pues entonces en relación con la fracción IX, debe demandarse el divorcio dentro del año, a partir de la separación, porque de lo contrario, es jurídico interpretar que al pasar los primeros seis meses, quedó perdonada la causa de divorcio que se tuvo para separarse y comienza el término de 6 meses de separación in justificada, de ahí la posibilidad de que el consorte que dió

causa para que el otro se separara, si éste se separa y no entabla su demanda dentro del año, pueda, en que motivo aquella causa, presentar a su vez demanda de divorcio, basándose en el hecho del abandono. Sin embargo, como dice Ricardo Couto, "si la demanda de divorcio fundada en el abandono, se entabla antes del año de éste, el demandado podrá rechazarla alegando la justa causa que haya tenido para alejarse del domicilio conyugal; pero si se entabla después del año, ninguna excepción podrá oponer en su contra, si ha dejado pasar el tiempo que la Ley da para proponer su separación con apoyo en el mismo motivo que originó el abandono" (61). Así pues, en el segundo caso, tendrá que prosperar la acción de divorcio, por justificada que haya sido la causa del abandono. De acuerdo con el criterio del citado autor, se entiende por justa causa, cualquiera de los motivos enumerados en las diversas fracciones que constituyen causas de divorcio, para justificar el abandono del hogar conyugal de parte del esposo-ofendido.

a.3. La siguiente causal a analizar se encuentra regulada en la fracción X, que dispone que es causa de divorcio la declaración de ausencia hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no necesita que se haga la declaración de ausencia. A juicio del autor Galindo Garfias, esta causal se funda "en la culpa del esposo cuyo paradero se ignora, porque aparte de que es un abandono de los deberes conyugales, la desaparición del consorte ausente o presuntamente muerto, ha provocado una situación grave de incerti-

dumbre, cuyo mantenimiento, el derecho no puede tolerar en -- perjuicio del otro consorte, de los hijos y aún de terceros" (62). Se distingue entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte. En ciertos casos, cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, etc., no se requiere que se lleve a cabo la declaración de ausencia, sino que, por el solo transcurso de dos años se puede ya declarar la presunción de muerte del ausente; habrá causa de divorcio, aún sin necesidad de que haya declarado la ausencia. En cambio, cuando la ausencia no se deba a esas causas tiene primero que hacerse la declaración de ausencia y después vendrá la correspondiente de presunción de muerte. Bastará con que se llegue a declarar la ausencia, para que -- conforme a la fracción X ya exista la causa de divorcio.

a.4. Analisis de la fracción XII del artículo 267 del C.C. -- en vigor, que consiste: en la negativa de un cónyuge para dar alimentos al otro y a sus hijos.

Hemos dicho que parte del conjunto de deberes que se originan con el matrimonio, esta el que impone a los esposos darse alimentos. La falta de cumplimiento de este deber es una injuria grave, que revela en quién lo comete mucha -- perversidad de sentimientos, toda vez que la negativa de dar alimentos significa la condenación al hambre al esposo e hijos que tienen necesidad de ellos. Nada, es más justificado, -- que hacer de tal hecho una causa de divorcio.

Hay que recordar que los alimentos no solo comprenden la comida, sino también el vestido, la habitación y la --

asistencia en caso de enfermedad. El incumplimiento de esta obligación que es necesaria al estado matrimonial, no es causa de divorcio, si existe la posibilidad de que el cónyuge acreedor pueda embargar bienes para que el cónyuge deudor cumpla con sus obligaciones; solo que exista esa imposibilidad, habrá causa de divorcio. Hay que distinguir la causa por la cual exista esa imposibilidad, pues la Ley no se refiere a que un cónyuge carezca de bienes y, por lo tanto, el otro esté imposibilitado de embargarlos, porque entonces si un esposo careciere de bienes, no tendría la obligación de dar alimentos al otro. Siempre la obligación de dar alimentos supone la posibilidad económica del cónyuge deudor y la necesidad del consorte acreedor, debiendo los alimentos estar proporcionados justamente a esa posibilidad económica del que deba darlos y a la necesidad del que deba recibirlos.

El artículo 311 de la legislación en la materia dispone: "los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos". A su vez el artículo 320 señala: "cesa la obligación de dar alimentos:

1.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla". (63).

Ahora bien, la causal de divorcio, para que pueda justificarse, deberá intentarse en condiciones tales que se demuestre que no ha sido posible asegurar con ingresos o percepciones del cónyuge deudor, los alimentos.

2.2.4. Los vicios como causales de divorcio.

a) En lo que toca al cuarto grupo de causales, es te lo integran aquellas causales que en relación a su natu raleza resultan ser una sanción, en oposición de las que - constituyen un remedio, nos referimos particularmente a - los vicios del juego, de la embriaguez y el uso excesivo - e immoderado de drogas o enervantes. Estas causales no se - configuran dentro de la hipótesis de las enfermedades, pues éstas tienen la categoría de ser vicios que implican indis cutiblemente hechos ilícitos, hechos imputables, y no for- man parte de los delitos o de los hechos inmorales, porque su misma fisón omía especial con que se presentan impide - que los podamos equiparar con las causales que implican en fermedades en donde existe el divorcio como un remedio. El Código Civil en vigor permite, que en el caso de las enfer medades, el cónyuge sano pueda tener la acción de divorcio vincular, o la acción de separación de cuerpos, único caso en que según el artículo 277 subsiste la institución regu- lada en los códigos anteriores y que solo originaba en con secuencia, la separación de los consortes en cuanto a la - vida en común bajo el mismo techo. No así en las causales - que contemplan los vicios incorregibles, en donde el indi- viduo lo dominan la ebriedad, el juego o la droga que le - hacen perder toda consideración y respeto para la esposa y para los hijos.

El ebrio consuetudinario, el jugador de profe - sión y el drogadicto, son seres degenerados, incapaces de -

todo dentimiento de honradez y de virtud, que con su vicio - no solamente causan su propio deshonor, sino que arrastran - a él, a los seres que le rodean.

La ley al considerar como motivos de separación - aquellos vicios, no hace más que proteger al matrimonio de - los peligros a que estaría expuesto por la conducta inmoral del cónyuge vicioso.

Para que el juego, la embriaguez y el uso inmoderado de drogas enervantes, sean causa de divorcio, deben constituir un vicio incorregible, esto es, deben revelar en el individuo tal obstinación, que ni las advertencias mejor aconsejadas, ni las funestas consecuencias a que sus malas inclinaciones puedan conducirlo, sean bastantes para hacerlo cambiar de conducta.

2.2.5. Causales de divorcio consistente en enfermedades.

a) Finalmente, pasaremos a analizar el último grupo de causales que lo integran, y son las que originan el divorcio, por padecer: enfermedades crónicas e incurables, quesean además contagiosas y hereditarias; la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, fracciones VI y VII del c.c. en vigor.

a.1. La ley supone, que el individuo que padeciendo una enfermedad (sífilis, tuberculosis u otra crónica e incurable, - contagiosa y hereditaria, fracción VI) se casa, ocultando a - su futuro consorte, el padecimiento que le aqueja, comete una

injuria grave, toda vez que la ocultación de su padecimiento revela una absoluta desconsideración hacia la persona con quien va a unir su destinos.

Existen criticas a la disposición legal antes transcrita, diciéndose que la enfermedad del esposo puede ser el resultado de una desgracia, y que en tal caso, es injusto que la ley lo castigue con el divorcio, pues el castigo viene a tener po fundamento un hecho de que solo la fatalidad es responsable, al respecto Ricardo Couto se pregunta "¿será acaso menos injusto que al cónyuge que goza de plena salud se le condene a hacer vida en común con quién, culpable o desgraciado, atenta contra su vida, contagiándole enfermedades dolorosas, molestas y quizá vergonzosas? ¿el cónyuge enfermo no se ha conducido infamante al ocultar lo que padece? ¿que importa que ese mal sea resultado de su vida licenciosa o de una desgracia?" (64).

Para el estudio de estas causales, conviene hacer la distinción siguiente:

La idea fundamental es que la enfermedad a que se refiere el Código Civil, necesariamente reúna tres requisitos: que sea crónica, incurable, contagiosa o hereditaria, para que se configure la causal.

a.2. Para la impotencia incurable se requiere que sobrevenga después de haberse celebrado el matrimonio. En cambio, la impotencia incurable que exista antes del matrimonio, es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo; que-

debe pedirse dentro del término de sesenta días de celebrado el matrimonio, y que si no ejercita, ya no podrá después -- ni invocarse como nulidad, ni tampoco como causa de divorcio. La fracción VIII del artículo 156 menciona: "son impedimentos para celebrar el matrimonio, la embriaguez habitual, la -- morfomanía, la heteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, la impotencia incurable, la -- sífilis, la locura y las enfermedades crónicas incurables -- que sean contagiosas o hereditarias (65).

Al respecto el maestro Rojina Villegas señala que "la ley no distingue si la impotencia debe ser motivada por la edad o por alguna otra causa. Dentro de interpretación -- literal, llegaríamos al absurdo de que la impotencia que sobrevenga por razón de la edad, permitiría a la mujer solicitar el divorcio, cuando evidentemente, después de muchos años de casada y de que ha tenido hijos, por ningún motivo ese matrimonio debería disolverse" (66). Por esto la impotencia -- incurable para la cópula que sobrevenga después del matrimonio, debe entenderse como enfermedad que impida la relación -- sexual, no por virtud de haber llegado a cierta edad. Más -- aún la ley no señala límite de edad para celebrar el matrimonio, siendo perfectamente válido el matrimonio entre ancianos.

De igual forma, señala el citado autor, que existe -- una impropiedad en la ley al hablar de ambos conyuges, "pues no es posible hablar de impotencia respecto de la mujer. En verdad esta causal de divorcio se debe referir exclusivamen

te al marido" (67).

En cuanto a las causales de divorcio que implican delitos, hechos inmorales o incumplimiento de obligaciones conyugales, el término de caducidad es de seis meses para -- que se haga valer la acción de divorcio. La legislación presume perdonada la falta si no se demanda dentro del plazo -- que se concede. Por otra parte, se extingue la acción de divorcio por el perdón, bien expreso, bien tácito.

Tratándose de enfermedades, no puede considerarse -- que exista un hecho imputable a cualquiera de los conyuges -- o que exista culpa que sea susceptible, es decir, el término -- de caducidad tratándose de éstas causales no debe operar.

En el código de 1884 se requería para la configuración de la causal, que la enfermedad fuese desconocida por el cónyuge sano; el código en vigor, no exige este requisito. Al respecto, menciona el jurista Ricardo Couto en relación -- con el código anterior, "que la razón de ser de esta causal consistía en la ofensa que recibía el cónyuge sano, generalmente por ocultarsele la enfermedad, lo que además del peligro, que importaba por ser contagiosa y hereditaria, la posibilidad de transmitirla a los hijos circunstancias que im--plicaba una cierta deslealtad en el cónyuge enfermo para en--gañar al sano, y que por esto, cuando éste conocía la enferme--dad y celebrada el matrimonio, no podía ya después conside--rarse engañado, para poder exigir la separación de cuerpos" -- (68).

Por lo que toca al c.c. de 1928, este parte de una

noción diferente, no es virtud de la ofensa, de la deslealtad del engaño lo que funda la causal de divorcio, ni tampoco -- puede que el consorte sano acepte celebrar matrimonio con un tuberculoso o bien con un sujeto con padecimientos contagiosos para correr el riesgo de contraerlo, o bien para transmitirlo a sus futuros hijos en el caso de que la enfermedad fuere hereditaria, sino que, la razón que asoma es de evidente interés público que tiende a proteger la especie y evitar el contagio; la razón es pues de salubridad pública, sobre todo para impedir su transmisión hereditaria. Por esto es totalmente inoperante la voluntad del cónyuge sano para celebrar matrimonio con el enfermo, sin que pueda convalidarse el matrimonio, pudiendo hacerse valer, las causas de nulidad del matrimonio en caso de no haberse hecho asimismo valer. Se mantiene viva la acción a diferencia de la impotencia, para que en todo tiempo, mientras subsista la enfermedad se pueda ejercitar la acción de divorcio.

Se discutió por los juristas Verdugo y Couto, autores que comentaron el C.C. de 1884, si debería ocultarse la enfermedad para que fuera causa de divorcio. En realidad el código de 1884, simplemente requería, que el cónyuge sano desconociera la enfermedad. Ahora bien, si interpretamos a contrario sensu, sucede que si la conocía, ya no podía pedir su divorcio, pero en este sentido nada señalaba el C.C. de 1884 -- respecto a que el cónyuge enfermo la conociera, o bien ocultara la enfermedad. De acuerdo con Verdugo, era necesario -- que el cónyuge enfermo conociera su enfermedad y procediera

con engaño, con deslealtad y en función de ello se establecía el divorcio. En realidad y a nuestro juicio, no creemos esa interpretación pudiera derivarse del código de 1884. -

2.3 Clasificación de las Causales de Divorcio en Atención a su Gravedad.

Para concluir con el presente capítulo pasaremos finalmente a proponer una clasificación de las causales de divorcio, que en razón de su propia naturaleza y consecuencias que generan, motivan la disolución del vínculo matrimonial. Esta clasificación debe regir en las reglas a seguir en materia del ejercicio de la patria potestad. De esta manera y en atención al análisis, que con prelación se expuso de cada una de las causales, la agrupación es la siguiente:

a) CAUSALES MUY GRAVES.- Este primer grupo lo integran aquellas causas que por tratarse de ciertos delitos y hechos inmorales, deben sancionarse con la pérdida definitiva del ejercicio de la patria potestad al esposo culpable, aún, cuando muera posteriormente el cónyuge inocente, en cuyo caso dicho derecho debe corresponder al ascendiente que corresponda o en su defecto al tutor que conforme a la Ley se designe. Estas causales son las siguientes:
artículo 267:

I.- El adulterio debidamente comprobado...

III.- La propuesta del marido para prostituir a su-

esposa...

V.- Los actos inmorales ejecutados por cualquiera de los conyuges, con el fin de corromper a sus hijos...

XII.- La negativa injustificada del cónyuge de dar alimentos al otro y a sus hijos...

XV.- Los hábitos de juego, la embriaguez consuetudinaria y el uso inmoderado de drogas o enervantes...

b) CAUSAS GRAVES.- Este segundo grupo lo integran aquellas que no presentan gravedad de las anteriores, pero originan consecuencias por las cuales el cónyuge culpable sea condenado a perder el ejercicio de la Patria Potestad mientras viva el cónyuge inocente, y a la muerte de este, el culpable recobre nuevamente el derecho suspendido. Este grupo lo forman las siguientes causales:

II.- Dar a luz un hijo concebido antes de matrimonio...

IV.- La incitación a la violación hecha por un cónyuge contra el otro...

VIII.- La separación del hogar conyugal por más de seis meses...

IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio...

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha...

XI.- Las injurias, sevicias y amenazas...

XIII.- La acusación de un delito por uno de los conyuges contra terceras personas...

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

c) CAUSALES REMEDIO.- Este último grupo lo forman aquellas causas consideradas enfermedades contagiosas, hereditarias, crónicas e incurables, cuyo principal objetivo no es otro que el de mantener separados al cónyuge e hijos sanos del cónyuge enfermo, para evitar cualquier contagio en perjuicio de la prole. Esas causales son las siguientes:

VI.- Padecer cualquiera de los conyuges sífilis, tuberculosis...

VII.- Padecer cualquiera de los conyuges enajenación mental incurable...

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 34) Ley Sobre Relaciones Familiares, expedida el 9 de abril de 1917 y publicada el 14 de abril de 1917, anotada por el Notario Manuel Andrade, México, 1980, Porrúa, art. 1.
- 35) Ley Sobre Relaciones Familiares, opus.cit., número 34,- art. 73 fracción XIII.
- 36) Couto, Ricardo, "Derecho Civil Mexicano", t.1, México, - 1919, La Vasconia, p. 311.
- 37) Couto, opus.cit., número 36, p. 311.
- 38) Laurent, F. "Principios de Derecho Civil", t.3, México- 1887, Tipografía de Alejandro Marcue, p. 182.
- 39) Couto, opus.cit., número 36, p. 312.
- 40) Laurent, opus.cit., número 38, p. 182.
- 41) Couto, opus.cit., número 36, p. 314.
- 42) Couto, opus.cit., número 36, p. 318.
- 43) Verdugo, Agustín, "Principios de Derecho Civil Mexicano" t.3, México, 1887, Gómez de la Puente Editor, p. 91.
- 44) Leyes y Códigos de México, "Código Civil para el Distrito Federal", México, 1980, Porrúa, 48a., art.267-III.
- 45) Leyes y Códigos de México, "Código Penal para el Distrito Federal", México, 1977, Porrúa, 30a. art. 207.

- 46) Rojina, Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil",-
Introducción, Personas y Familia, t.1, México, 1978, Po
rrua, 15a., p. 372.
- 47) Verdugo, opus.cit., número 43, p. 92.
- 48) Verdugo, opus.cit., número 43, p. 101.
- 49) Ricci, citado por Ricardo Couto, opus.cit., número 36,-
p. 322.
- 50) Couto, opus.cit., número 36, p. 323.
- 51) Ricci, citado por Ricardo Couto, opus.cit., número 36,-
p. 323.
- 52) Verdugo, citado por Ricardo Couto, opus.cit., número 36
p. 326.
- 53) Rojina, opus.cit., número 46, p. 375.
- 54) Verdugo, citado por Ricardo Couto, opus.cit., número 36
p. 334.
- 55) Verdugo, opus.cit., número 43, p. 95.
- 56) Couto, opus cit., número 36, p. 320.
- 57) Código Penal para el Distrito Federal, opus.cit., número
45, artículos 201 y 202.
- 58) Laurent, opus.cit., número 38, p. 192.
- 59) Demolombe, citado por Agustín Verdugo, opus.cit., número
43, p. 85 y 86.
- 60) Couto, opus.cit., número 36, p. 321.
- 61) Couto, opus.cit., número 36, p. 321.
- 62) Galindo, Garfias Ignacio, "Derecho Civil", Parte General
México, 1973, Porrúa, p. 601.

- 63) Código Civil para el Distrito Federal, opus.cit., número 44, artículos 311 y 320.
- 64) Couto, opus.cit., número 36, p. 332.
- 65) Código Civil para el Distrito Federal, opus.cit., número 44, artículo 156.
- 66) Rojina, opus.cit., número 46, p. 383.
- 67) Rojina, opus.cit., número 46, p. 383.
- 68) Couto, opus.cit., número 36, p. 333.

C A P I T U L O T E R C E R O

LOS EFECTOS DEL DIVORCIO RESPECTO DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LAS LEGISLACIONES PRECEDENTES AL C.C. DE 1928

La separación de los cónyuges, como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, no puede menos que influir en los hijos, es por esto que el Legislador en todo tiempo ha tenido el cuidado de señalar las reglas a seguir para determinar en poder de cual de los padres deben quedar los inocentes frutos de las uniones mal avenidas.

Benéfico sería siempre, si tales reglas se dictaren en interés de los menores y no, más bien, sacrificándolos a las exajeraciones del poder doméstico.

En el primitivo Derecho Romano, y en virtud de la autoridad absoluta y exclusiva del padre sobre los hijos, — era muy natural que estos quedasen siempre bajo la guarda de aquel, cualquiera que fuese su edad y aún siendo el marido culpable de la causa de divorcio, lo anterior sucedía en con

secuencia de mantener a la madre excluida del ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, en la época de los emperadores Antonio Pío, Marco Aurelio y Severo, estos fueron los primeros que establecieron una excepción, al principio del antiguo derecho, en favor de la madre, para el caso de que el padre se hiciere indigno de ejercer la patria potestad sobre sus hijos.

Por otra parte, y a medida que evolucionaba el Derecho Romano positivamente, años más tarde los emperadores Dioclesiano y Maximiliano, establecieron "que el juez decidiese, atendiendo al interés de los hijos, a quién de los padres deberían ser confiados". Justiniano ordenó que el cónyuge inocente guardase los hijos, y en caso de ser ambos culpables, que el juez diese la guarda a una persona designada por él.

El antiguo Derecho Español siguió las prescripciones justinianas en esta materia señalando: "E si acaesciese que se parta el casamiento por alguna razón derecha, aquel por cuya culpa se partió, es tenido de dar de lo suyo de que crien los hijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años o menores, e el otro que no fue en culpa, les deve criar e' aver en guarda" (3a. partida - 4a tit. 1a, 3a.).

En el Código de Napoleón, en su artículo 267, manda que el marido sea durante el juicio de divorcio, el guardián de los hijos excepto, en los casos en que el tribunal ordenare otra cosa, ya a pedimento de la madre, ya de la familia o del Ministerio Público, por razón de la mayor ventaja.

de los hijos. De esa disposición se sigue que la patria potestad, durante el juicio de divorcio, pertenece en principio al padre, siendo indiferente para el caso, que figure como demandante o demandado; y que ella puede ser otorgada a la madre, lo mismo que a una persona extraña, si en opinión del tribunal, así lo exige el mayor bien de los hijos.

Nuestra legislación, tanto la vigente como la que regía en el siglo pasado, en este sentido es uniforme, sobre que el ejercicio de la patria potestad pertenece de derecho al cónyuge inocente. Para el caso de que ambos sean culpables, el legislador estableció que se provea a los hijos de tutor en caso de no existir otro ascendiente en quién recaiga ese derecho.

Los códigos civiles de 1870 y 1884, la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1914, de aquellos años, reconocieron que los Tribunales, a pedimento de los abuelos, sean paternos o maternos, tíos o hermanos mayores de los hijos, podían acordar cualquier medida que se considerara benéfica para ellos.

Son estas las disposiciones legales que, aún siendo referentes a la situación definitiva de los hijos después de ejecutoriado el juicio de divorcio, deben observarse como medida provicional, durante el juicio.

Dar siempre durante el juicio de divorcio, el derecho de la patria potestad al padre, solo puede comprenderse como consecuencia de las inhumanas leyes que rigieron en esa primitiva época de la legislación de Roma, en que, como seña

lábamos en capítulos precedentes, era tan excesivo el poder del Pater Familias y estaba su respeto tan arraigado en las costumbres, que Antonio Pio, deseoso de restringirlo apenas se atrevió a proponer que se persuadiese al padre a un menor ejercicio de sus omnimodas facultades; sin embargo, decir que la patria potestad pertenece durante el juicio al cónyuge inocente es un error, pues antes de la sentencia del juicio de divorcio no hay aún cónyuge inocente ni culpable, en consecuencia, consideramos que debiendo ser la providencia que nos ocupa, tomada exclusivamente en beneficio e interés de los hijos, se establezca, como principio, que sea el juez quién designe la persona, aún extraña, bajo cuya guarda han de quedar aquellos, atentos la causa por la cual se ha pedido el divorcio, el carácter y educación de los hijos, la edad y el sexo de los mismos.

En atención a lo anterior, el sistema seguido por nuestros códigos precedentes al de 1928, respecto a la guarda de los hijos es el establecido como última reforma por el Emperador Justiniano, o sea, que aquellos deben quedar bajo el poder del cónyuge inocente, en el caso de que ambos fueren culpables, en poder del ascendiente que corresponda la patria potestad y en caso de no haberlo, en poder del tutor que al efecto se nombre.

3.1. Código Civil de 1870.

El Código Civil de 1870, consideró al divorcio como la separación de cuerpos y no como la disolución del vínculo matrimonial pues en su exposición de motivos señalaba: " El capítulo V trata al 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 329 que no se disuelve el vínculo matrimonial por efecto del divorcio, y que solo suspende algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos".(69).

El Código Civil que analizamos, establecía que el matrimonio no se disolvía sino por la muerte de uno de los cónyuges, pues las leyes podían admitir la separación temporal por causas graves que determinará el legislador, sin que, por la separación de alguno de los cónyuges quedará hábil - el otro, para unirse con otra persona.

Afirma Mateos Alarcón en su libro sobre el Derecho Civil Mexicano, que el divorcio no es más que la suspensión temporal de algunas de las obligaciones que nacen del matrimonio, dejando íntegramente otras, así como el vínculo

lo creado por éste, es decir, el divorcio produce la separación de los cónyuges que les exime del deber de llevar vida en común.

Las causas, motivos por los cuales se ordenaba la separación de los cónyuges, estaban limitadas a siete fracciones del artículo 240 del código en cuestión, y eran las siguientes:

"Artículo 240.- Son causas legítimas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges.

II. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

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

IV. El conato del marido o de la mujer, para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción.

V. El abandono sin justa causa del domicilio conyugal por más de dos años.

VI. La sevicia de un cónyuge hacia el otro.

VII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro".(70).

Ya hemos comentado en que condición permanecen los menores durante el juicio del divorcio, sin embargo, al cónyuge que se le niegue la guarda y custodia de los hijos no quedará, por ese hecho librado de las obligaciones que

trae aparejada la patria potestad.

Privar al cónyuge culpable de los derechos y facultades que como padre de los menores le corresponden, bien sobre la persona y bienes de sus hijos, puede considerarse como un justo castigo, pero el que no ha sido buen esposo, bien pudo haber sido un excelente padre, por lo que, y tomando en consideración esta circunstancia, solo debiera privársele del ejercicio de la patria potestad mientras viva el cónyuge inocente, en lo referente al conjunto de derechos y facultades que genera, siempre y cuando la causa, motivo por el cual se decreta el divorcio no sea contraria a los intereses de los hijos. Al respecto nuestros legisladores de aquel entonces, establecieron otra cosa, es decir, prescribieron que los derechos a que da nacimiento la patria potestad, con respecto a la persona de los hijos, sean quitados al cónyuge culpable, cualquiera que sea la causa por la cual el divorcio haya sido pronunciado.

No hay que olvidar que el ejercicio de la patria potestad no solo genera derechos sino también obligaciones. En la práctica es difícil discernir cuales son los derechos y cuales son las obligaciones que trae aparejada la patria potestad, pues fuera de lo que a los bienes concierne, a menudo se confunden las cargas y las facultades en relación con la persona de los hijos, sin que se pueda precisar en muchas ocasiones donde acaba lo útil y donde empieza lo oneroso para los padres. No cabe duda que la madre naturaleza ha colocado el deber donde existe el placer de cumplirlo, -

aunque podemos afirmar, respetando las interpretaciones de la Jurisprudencia, que pertenecen al conjunto de derechos - con respecto al ejercicio de la patria potestad los siguientes:

- a) El honor y respeto hacia los padres.
- b) La guarda y custodia de los menores.
- c) El derecho de corrección.
- d) La autorización para contratar.
- e) La representación y administración legal de sus bienes.

Por lo que toca al conjunto de cargas y obligaciones que importa el ejercicio de la patria potestad, estos - se traducen en tres:

- a) La educación de los hijos.
- b) La alimentación y asistencia.
- c) La vigilancia de su conducta.

La legislación civil de 1870, establecía que el - cónyuge culpable sea privado del ejercicio de la patria potestad útil, pero continuando obligado a la onerosa, y en - este sentido son manifiestos los artículos 268 y 270 del código en cuestión que establecían:

"Artículo 268.- Ejecutoriado el divorcio, queda-

rán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quién recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos ..." (71)

"Artículo 270.- El padre o la madre aunque pierdan la patria potestad quedarán sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos " (72)

La privación de los derechos que entraña el ejercicio de la patria potestad, como consecuencia de la sentencia que declare disuelto el vínculo matrimonial y condene al cónyuge culpable a la pérdida de la misma, atribuyéndola al inocente en forma definitiva aún cuando fallezca éste, por determinadas causas de divorcio, ha sido una cuestión muy discutida en la doctrina, sin embargo, la solución a este problema ha sido diversamente tratado por los legisladores de 1870, es decir, atendiendo a la naturaleza de las causales por las cuales se pronuncie el divorcio, éstas en la mayoría de los casos atentan contra el bienestar y formación de los hijos. Al respecto el ilustre jurista Agustín Verdugo nos dice, "algunos legisladores razonando sobre el supuesto de que cualquiera de las causas recibidas por la Ley para motivar el divorcio, son en sí mismas graves para revelar en el culpable a lo menos, cierta indignidad en orden a la patria potestad, por lo que, han establecido que la privación de ésta es perpetua en contra del cónyuge cul-

pable, aún muerto el inocente. Otros no declaran efecto sino a condición de que el divorcio haya sido decretado por una de esas causas que acusan en el culpable una grave degeneración moral, suficiente para tenerlo por indigno de dirigir y dar buen ejemplo a los hijos" (73)

Independientemente de los dos criterios antes expuestos, existen además diversas apreciaciones, pues no se prevé una regla exacta conforme a la cual pueda decirse cuales causas de divorcio ameritan la pérdida en forma definitiva del ejercicio de la patria potestad y por cuales sólo es procedente la suspensión de la misma, mientras viva el cónyuge inocente. A los primeros pertenecen el código civil del Estado de México, que declara incondicionalmente la pérdida de la patria potestad en contra del cónyuge culpable. A los segundos pertenecen otros códigos de la República, que se inclinan bajo las condiciones siguientes: El código de Veracruz artículo 240, señala que la patria potestad vuelve al cónyuge culpable, muerto el inocente, en los divorcios decretados por los siguientes motivos: acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro, inducción al crimen y sevicia, no sucediendo lo anterior en los divorcios ejecutoriados por las causas de enfermedad contagiosa o por demencia peligrosa para la vida del otro cónyuge. Eso es lo que preceptuaban legislaciones de los estados de México y Veracruz respectivamente. En lo que respecta al Código Civil para el D.F. y Territorio de Baja California de 1870, en su artículo 271 contemplaba el segundo criterio que expone el Juriscon-

sulte Agustín, es decir, contempla las circunstancias de que por determinadas causas de divorcio el cónyuge culpable — pierde el poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; tratándose de otras causales, el legislador condena al cónyuge culpable a la pérdida definitiva de la patria potestad sobre sus hijos, aún — cuando muera posteriormente el inocente. A mayor abundamiento el precepto de referencia a la letra dice: "El cónyuge — que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas 3a., 5a. y 6a. señaladas en el artículo 240" (74)

En base a lo anterior, podemos deducir que el precepto, antes mencionado, contempla dos grupos de causales, el primero que se refiere a aquellas causales que en razón de su naturaleza, hacen imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, bien porque los conyuges ya no realicen vida en común (abandono del hogar conyugal), bien porque se falte a la consideración y respeto que ambos conyuges deben guardarse (las sevicias, amenazas e injurias) o por aquellas faltas que hicieran irreparable la desaveniencia conyugal (la incitación a la violencia), factores por los cuales el legislador consideró que la forma más eficaz de protección que puede darse al cónyuge inocente, es la de proporcionarle el derecho a separarse del cónyuge culpable, — otorgándole todos los derechos sobre la guarda y custodia —

de sus hijos mientras viva éste, sanción que en nuestra opinión es muy acertada por las características que reviste.

Ahora bien, tratándose del segundo grupo de causales que contempla el artículo que se comenta, éstas revisten una naturaleza especial, es decir, se tratan de ciertos delitos y hechos inmorales que revelan en el autor indignidad y grave degeneración moral, vergonzosa y atroz que a juicio del legislador debe ser objeto de tan drástica sanción, que se traduce en que el cónyuge culpable debe ser condenado a perder todo poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hijos en forma definitiva y perpetua, aún cuando muera posteriormente el cónyuge inocente. A lo anterior cabe hacer una excepción, es decir, éste segundo grupo de causales contempla una, que no reviste la gravedad que le atribuye el legislador, se trata de la fracción VII del artículo 240 del C.C. de 1870, que se refiere a la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro. Esta causal exclusivamente reviste una naturaleza injuriosa, según vamos a demostrarlo con lo ya comentado en el capítulo II de éste trabajo, cuando señalábamos: "pocos hechos habrá más injuriosos que el formulado en el precepto transcrito, mucho tiene que ser el desprecio que el cónyuge acusador tenga por su consorte cuando lo calumnia, arrastrándolo por medio de una acusación falsa ante los tribunales y mayor será todavía el que la víctima de la calumnia sienta por aquel, el considerar que ni el cariño prometido, ni el respeto a la propia honra han sido obstáculo a contenerlo en sus infames designios". (75).

Como puede advertirse la causal se produce entre-ambos cónyuges, no así respecto de los hijos, a quienes no se les afectan sus intereses, en consecuencia y atento a lo anterior consideramos que la causal de referencia es sólo un motivo más de desaveniencia que impide la realización de los fines del matrimonio, circunstancia por la cual debe encuadrarse en el primer grupo de causales a que hace referencia el artículo 271 del c.c. de 1870.

En conclusión podemos considerar que el criterio adoptado por el legislador en cuanto a los efectos que se generan en relación con el ejercicio de la patria potestad, con motivo de la disolución del vínculo matrimonial es el mismo a que hace referencia el jurista Agustín Verdugo, es decir, tratándose de determinadas causas que por su naturaleza misma imposibilitan la realización de los fines del matrimonio, el cónyuge culpable debe perder la patria potestad mientras viva el cónyuge inocente; respecto de las restantes causas que revelan en el consorte culpable degeneración de sentimientos y lo hagan indigno de ejercer la patria potestad, debe condenarse a la pérdida definitiva de la patria potestad aún cuando muera el cónyuge inocente.

3.2. Código Civil de 1884.

Por decreto del 14 de diciembre de 1883 se autorizó al Ejecutivo de la Unión promover la reforma al C.C. de 1870, que se llevo a efecto con gran rapidéz, hasta el punto de que pudo comenzar a regir a partir del 10. de junio de 1884. Este código al igual que el de 1870 no aceptó plenamente el divorcio como disolución del vínculo matrimonial sino como separación de cuerpos, debido a la influencia tan notable que en el ejercieron las leyes españolas pues solo se permitió la separación temporal o indefinida de los cónyuges, permaneciendo íntegro el vínculo matrimonial, así como algunas de las obligaciones que de él se derivaban.

Al respecto comenta el maestro Manuel Mateos Alarcón, en su libro Derecho Civil Mexicano, al decir que: "tanto es el respeto que merece el vínculo matrimonial, que es uno de los principales fundamentos sobre los que reposa la sociedad".(76).

El legislador de 1884, convencido de que el divorcio era una institución repudiada por el pueblo mexicano, - siguió considerándolo al igual que el de 1870, como la sim-

ple autorización de la separación de cuerpos, con base en los mismos argumentos, de esta manera el artículo 226 del código en cuestión, a la letra dice:

"Artículo 226.- El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresarán en los artículos relativos de este código" (77)

Por otra parte redujo los plazos respecto de la procedencia del divorcio voluntario, además de agregar seis causales más que motivan la separación de los conyuges malavenidos, siendo las siguientes:

I. El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio y que sea judicialmente declarado ilegítimo.

II. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa o aún cuando sea justa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolongue por más de un año el abandono, sin que el conyuge que lo cometió intente el divorcio.

III. La negativa de uno de los conyuges a suministrar alimentos al otro conforme a la ley.

IV.- Los vicios incorregibles de juego y embriaguez.

V. Padecer cualquiera de los conyuges una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o here

ditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

VI.- La infracción a las capitulaciones matrimoniales.

Estas seis nuevas causales que se agregan al c.c. de 1884, vienen a aumentar los motivos por los cuales daba lugar la separación de los conyuges, sin embargo y en relación directa con las mismas, se crearon reglas para determinar a quién se debe otorgar el ejercicio de la patria potestad en los divorcios decretados por las causales de divorcio.

El multicitado c.c. de 1884, en materia de efectos que se producen con motivo de la separación de los conyuges, en cuanto a los hijos, consideró que el cónyuge que ha dado causa al divorcio es indigno de ejercer la patria potestad, confiando ésta al consorte inocente, pero como existe la posibilidad de que ambos consortes fueren culpables, el legislador previó, que para tales casos, si hay algún ascendiente en quién pueda recaer ese derecho, el cuidado de los hijos debe ser confiado a aquellos, y no habiendo se les proveerá de tutor. Al efecto el artículo 245 de la legislación que se comenta nos dice: "Artículo 245.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quién recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los-

artículos..." (78).

Es de notarse, que tanto el código de 1870 como el que comentamos, en sus respectivos artículos, prevén en los mismos términos a quién de los conyuges o ascendientes deben conferirse el ejercicio de la patria potestad una vez que haya causado estado de cosa juzgada la sentencia de divorcio de esta manera y tratándose del supuesto de que tanto el padre como la madre sean condenados a perder la patria potestad, ambos quedan sujetos al cumplimiento de las obligaciones que tienen para con sus hijos consistentes en: la obligación de suministrar alimentos y todos aquellos gastos que se eroguen por concepto de educación y atención médica.

En cuanto a las reglas que determinan a quién de los conyuges se les confiere el ejercicio de la patria potestad una vez ejecutoriado el juicio de divorcio, el artículo 248 del código en cuestión las prescribe en los siguientes términos: "Artículo 248.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedades; pero los recobrará muerto aquel, si el divorcio se ha declarado por las causas 7a, 8a y 12a, señaladas en el artículo 227" (79).

Al respecto el maestro Ricardo Couto comenta, "la ley es implacable contra el esposo responsable del divorcio pues no solo lo priva de la patria potestad, sino en general de todo poder y derechos sobre la persona y bienes de sus -

hijos" (80).

Las causales a que hace referencia el precepto legal con anterioridad citado, en su último párrafo son las sevicias, amenazas e injurias (7a), la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro (8a) y las infracciones a las capitulaciones matrimoniales (12a).

Del contenido del precepto multicitado se infiere, que dos son las condiciones que ha tenido presente el legislador para privar al consorte culpable del divorcio de todos los derechos respecto de la persona y bienes de sus hijos, o sea por una parte ha querido dar al igual que el legislador de 1870, una justa satisfacción al cónyuge inocente haciendo recaer en él todos los derechos que correspondían al culpable; y por la otra, ha tenido en cuenta la mala conducta del esposo que ha dado causa al divorcio por considerarlo indigno de derecho alguno en contra de los seres cuya desgracia ha ocasionado por su mala conducta.

De la combinación de ambas consideraciones, resulta, que una vez muerto el esposo inocente, no hay motivo para que el culpable no recobre los derechos que tenía sobre sus hijos, pero siempre que la causa que originó el divorcio, no suponga en él una degeneración de sentimientos tal, que lo haga incapaz de ejercer la patria potestad.

Del contenido del artículo 248 del ordenamiento legal citado, se deduce que existe tal degeneración de sentimientos en los divorcios decretados por las siguientes causales:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

II.- El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes del matrimonio y que sea declarado ilegítimo.

III.- La propuesta del marido para prostituir a la mujer.

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

V.- El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción.

VI.- El abandono del domicilio conyugal sin justa causa o aún cuando sea justa, 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.

IX.- La negativa de uno de los cónyuges a suministrar alimentos al otro conforme a la ley.

X.- Los vicios incorregibles de juego y embriaguez.

XI.- Padecer una enfermedad crónica e incurable - que sea también contagiosa o hereditaria anterior a la celebración del matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

XIII.- El mutuo consentimiento.

De lo anterior podemos notar que el Legislador de 1884 dió demasiada protección al cónyuge inocente, pues como se desprende del contenido del precepto que comentamos, el

legislador a algunas causales de divorcio que no revisten un caracter muy grave les da ese carácter, provocando en consecuencia que el cónyuge culpable pierda en forma definitiva todo poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, siendo esta medida, a nuestro juicio muy drástica, pues como hemos manifestado al analizar la legislación que precede, puede suceder que haya muy buenos padres pero muy malos esposos con motivo de la incompatibilidad de caracteres, de la posición social y económica, de la preparación intelectual, de la diferencia de edades que existan entre los cónyuges, factores determinantes que provocan el rompimiento de la relación matrimonial sin que necesariamente se atente -- contra la formación, la moral y educación de los hijos, por lo que, y a nuestro juicio, las únicas causales que debieron haberse considerado como muy graves son las siguientes: el adulterio de uno de los cónyuges, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, el connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción, la negativa de uno de los cónyuges a suministrar alimentos al otro conforme a la ley y los vicios incorregibles de juego y la embriaguez.

Las cinco causales antes enunciadas son las únicas que importan un caracter muy grave por tratarse de ciertos hechos inmorales y delitos que revelan en la conducta del consorte culpable una degeneración de sentimientos que lo hacen indigno de ejercer la patria potestad sobre sus hijos siendo en consecuencia justo, que el juez en los divorcios decretados por esas causales condene al cónyuge culpable a

perder en forma definitiva el ejercicio de la patria potestad, aún cuando fallezca posteriormente el inocente, en cuyo caso, deberá otorgarse tales derechos al ascendiente que corresponda o en su defecto proceda al nombramiento de un tutor.

Por otra parte y tratándose de las causales: el hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes y sea declarado judicialmente ilegítimo; la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; el abandono del domicilio conyugal sin justa causa o aún -- cuando sea justa si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono sin que el consorte que lo cometió intente el divorcio, debió el legislador haber sancionado al cónyuge culpable con la suspensión del ejercicio de la patria potestad, mientras viviera el inocente.

Por lo que respecta a la causal consagrada en la fracción II del artículo 227 de la legislación en cuestión -- ésta reviste una naturaleza especial, se trata del hecho de que la mujer de a luz un hijo concebido antes del matrimonio, implica que el ser nuevo a que se refiere la causal que nace, no es producto de la relación entre los esposos, sino de una relación ilícita injuriosa de la esposa que crea como consecuencia, una grave desavenencia entre los consortes, no solo por el engaño trascendental de que, en virtud de él, la esposa resulta culpable ante su esposo, sino también por el

derecho que incuestionablemente asiste a éste para desconocer la legitimidad de un hijo que no es de él. Independientemente de lo anterior cabe subrayar que en materia del ejercicio de la patria potestad, en lo que toca a esta causal, no es aplicable la regla en cuestión por las siguientes razones: el artículo 248 del código multicitado prevé que el cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y de rechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto -- aquel, si el divorcio se ha declarado por las causales 7a, 8a y 12 señaladas en el artículo 227. Tomando en consideración el precepto ya citado, podemos entender que los divorcio decretados por la causal que se analiza trae como consecuencia que los consortes culpables pierden en forma definitiva el ejercicio de la patria potestad, por tanto a esa causal no es posible aplicar dicha regla, pues si se concibe un hijo -- antes de matrimonio declarado judicialmente ilegítimo, lógico es pensar que ese hijo no es del consorte inocente, sino del culpable y su amante, por tanto, si el esposo inocente no es el padre de ese hijo, no tiene ninguna obligación o deber de ejercer la patria potestad, siendo ésta atribución exclusiva de su madre, además si se concibió ese hijo antes de matrimonio, es definitivo que no exista más familia, circunstancia también por la cual es también inaplicable las reglas -- es esa materia.

En relación con la causal de divorcio prevista en

la fracción IV del artículo 227 de la legislación que se -- analiza, al igual que la anterior, no reviste la gravedad que le atribuye el legislador de esa época, pues la misma no tiene otro carácter más que ir en contra de los fines del matrimonio, al respecto comentamos en el capítulo segundo de este trabajo, que el matrimonio ha sido considerado "como el santuario de las costumbres y nada más perjudicial para éstas-- y aún para la misma sociedad, que no se proteja al esposo -- virtuoso y honrado contra las acechanzas que le tienda su -- consorte para arrastrarlo al crimen". (81). Ahora bien, del -- sentido de la causal es notable que la conducta del cónyuge culpable no entraña en él degeneración de sentimientos que-- atenten contra la formación, educación y moralidad de sus hijos, pues puede ocurrir, como lo hemos estado manifestado que el motivo de la desaveniencia sea producto de la incompatibilidad de caracteres que exista entre los consortes, de sus edades, estudios, circunstancias que en la gran mayoría de -- los juicios de divorcio, afectan las relaciones matrimonia-- les, siendo justo que en tales casos debió de haberse otorgado el ejercicio de la patria potestad al consorte culpable-- en el momento que falleciere el inocente y no, como lo disponía el código que analizamos, que sancionaba al cónyuge culpable a perder en forma definitiva la patria potestad.

En cuanto al abandono del hogar conyugal, sea justificado o injustificado, hemos comentado en el capítulo segundo de este trabajo, que dentro de los objetivos que encierra el matrimonio está el que los esposo hagan vida en co--

mún, ayudarse mutuamente, y el hecho de no cumplir con estas obligaciones se traduce en una grave infracción a las principales condiciones del matrimonio. Partiendo de esta condición encontramos que la conducta del consorte culpable no lleva implícita una degeneración de sentimientos por tanto incomprendible que el legislador de aquel entonces haya sancionado al consorte culpable a perder en forma definitiva el ejercicio de la patria potestad, sin embargo puede comprenderse esta sanción en atención al contenido proteccionista que el legislador le dió al matrimonio.

La causal de divorcio consagrada en la fracción XI del artículo 227 del C.C. de 1882, tiene una naturaleza especial, por tratarse de una causal remedio y no de una causal sanción como las anteriores, cuyo principal objetivo que persigue es el separar al consorte enfermo del cónyuge sano y de los hijos, por padecer aquel, una enfermedad crónica e incurable, contagiosa y hereditaria que ponga en peligro la salud del consorte sano y de la misma prole, por tales razones consideró el legislador separar a los cónyuges y otorgar el cuidado y educación de los hijos al cónyuge sano.

3.3. Ley Sobre Relaciones Familiares.

La Ley Sobre Relaciones Familiares fué promulgada por Don Venustiano Carranza, en su caracter de Primer Jefe - del Ejercito Constitucionalista. Entro en vigor mediante decreto del día 9 de abril de 1917. Esta ley ha sido tachada - de anticonstitucional, ya que fué expedida exclusivamente en uso de las facultades de que se hallaba investido, durante - el periodo preconstitucional, facultades que cesaron inmediatamente después de haber sido promulgada la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Sin embargo, por las - profundas modificaciones que trajo dicha ley sobre del Derecho de Familia, así como las consecuencias que su promulgación y publicación produjo, continuó vigente hasta el año de 1932, en que fué derogada por el nuevo C.C. de 1928, que entro en vigor el primero de octubre de 1932.

Esta ley a diferencia de otras legislaciones que también reconocieron al matrimonio como contrato, reformó -- las antiguas disposiciones que regulaban al divorcio dejando atras, la antigua idea canónica de la indisolubilidad del vínculo matrimonial; de igual forma y en relación con los -

bienes de los cónyuges, suprimió la noción de la sociedad universal, duradera por tiempo ilimitado, que solo dejaba de subsistir por voluntad expresa de los cónyuges y previa autorización que no debía otorgarse sino por causa grave, condición que en muchos casos era contraria a los fines de las nupcias. Asimismo modificó la idea de la autoridad absoluta de uno solo de los consortes con perjuicio de los derechos del otro; con lo anterior la ley pretendía fomentar la cooperación libre y espontánea de ambos consortes, en atención a que ambos contribuyen en esferas insustituibles a los fines del matrimonio.

En la exposición de motivos de la Ley Sobre Relaciones Familiares se consideró que "no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, se hace necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho".(82).

También se plasmó, "que encuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre y en defecto de estos por los abuelos paternos o maternos, pués no hay motivo para excluir de ella a la mujer, que por razones naturales se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño"(83). En atención a lo ante--

rior, el artículo de la mencionada ley definió al matrimonio como el contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que los une en vínculo disoluble para perpetuar la especie y a ayudarse a llevar el peso de la vida. A diferencia de la definición dada por el C.C. de 1884, la Ley mencionada consideró al matrimonio como una sociedad legítima disoluble.

El artículo 75 de dicha Ley, definió al divorcio en los siguientes términos: "el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". (84)

Estas ideas están apoyadas en la consideración de que el matrimonio era un acto jurídico, formado principalmente por la libre expresión de la voluntad de los contrayentes, resultando absurdo que debiera subsistir, esa voluntad, cuando faltara por completo o cuando existieran causas que hicieran definitivamente irreparable la desunión consumada.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, en materia del ejercicio de la patria potestad, con motivo del divorcio declarado por las causas previstas en su artículo 76, contemplo distintas reglas, que se encontraban preceptuadas en los artículos 94 y 97 que disponían: "ejecutoriada el divorcio quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fueren y no hubiere ascendiente en quienes recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a la Ley". (85).

"Artículo 97.-El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona de sus

hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrarán muertos este, si el divorcio se ha declarado por las causas - VI, VII, VIII y IX del artículo 76. La madre que conserve la patria potestad de sus hijos, la perderá si vive en mancebía o tiene un hijo ilegítimo". (36).

Del contenido del artículo antes invocado, se desprende que el legislador contemplo dos sanciones a aplicarse en materia del ejercicio de la patria potestad según se trate de las causales por las cuales se decreta la separación de los conyuges, es decir, tratándose de las causales -- consagradas en el artículo 76 fracciones: VI, abandono del hogar conyugal; VII, la sevicia, las amenazas e injurias graves o los malos tratamientos de un consorte para el otro; VIII, la acusación calumniosa hecha por un cónyuge hacia el otro; IX, haber cometido uno de los consortes un delito cuya pena sea de dos años de prisión. Por esas causales, el legislador sancionó al cónyuge culpable a perder temporalmente el ejercicio de la patria potestad respecto de las personas y bienes de sus hijos, temporalidad condicionada, al lapso de vida del esposo inocente, pues a la muerte de éste, automáticamente recuperaba el consorte declarado culpable el derecho de ejercer nuevamente la patria potestad. La sanción anterior, nos hace pensar que el legislador atribuyó a las causales -- anteriormente citadas, un carácter grave, pues la conducta de cualquiera de los cónyuges que encuadraba en los anteriores cuatro supuestos, no entrañan una degeneración de sentimientos tal, que pudieran considerarse perjudiciales para la formación y educación de los hijos, más sin embargo, el legisla-

dor determinó como una solución más idónea para el caso de aquellos matrimonios mal avenidos por las causas antes mencionadas, la separación de los cónyuges en atención a que -- los mismos no cumplen con los fines más esenciales del matrimonio como son: el mutuo respeto que deben guardarse los consortes, la ayuda mutua que deben brindarse y en general -- todas aquellas atenciones que requiere la mejor convivencia en la familia.

Por lo que respecta a las restantes causales de divorcio a que se refiere el artículo 97 de la Ley Sobre Relaciones Familiares estas son las siguientes:

I.- El adulterio de cualquiera de los cónyuges.

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

III.- La perversión moral de alguno de los cónyuges demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer no solo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violación de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores.

IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapáz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculo-

sis, enajenación mental incurable, que sea además contagiosa-
o hereditaria.

V.- El abandono injustificado del domicilio conyu-
gal por cualquiera de los consortes durante seis meses con-
secutivos.

X.- El vicio incorregible de la embriaguez.

XI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los --
bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra
circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho con-
sorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pe-
na que no baje de un año de prisión.

Tratándose de los divorcios disueltos por las cau-
sales antes enunciadas, el legislador, como segunda sanción, -
condenó al cónyuge culpable a perder en forma definitiva to-
do el poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hi-
jos. Lo anterior significa que la autoridad legislativa atri-
buyó a las causales consagradas en las fracciones I al V, X,
XI del artículo 76 de la ley en cuestión, el carácter de muy
graves, motivo por el cual se condenaba al consorte culpable
a perder total y definitivamente el ejercicio de la patria-
potestad respecto de sus hijos, sanción que a nuestro juicio
no se justifica tratándose de los matrimonios disueltos por
las causales consagradas en las fracciones: II, IV, V, XI y-
XII del artículo 97 de la ley que se analiza, por lo que ---
a continuación comentamos:

En lo que respecta a los efectos que se producen-
en relación con el ejercicio de la patria potestad, tratándo-
se de los matrimonios disueltos por la causal de divorcio -

contemplada en la fracción II del multicitado artículo 97, son inoperantes debido a que el hijo a que se refiere la causal de referencia, concebido antes de matrimonio y que es declarado judicialmente ilegítimo, no es del consorte inocente sino del culpable y por tal motivo el primero no está obligado a hacerse cargo del menor ni mucho menos de la obligación de suministrar alimentos. Por otra parte, la causal hace mención a la concepción de un hijo antes de matrimonio, lo que significa que los futuros esposos no han formado una familia, circunstancia por la cual no puede hablarse de otorgamiento de la patria potestad respecto de hijos que aún no existen, por lo que y en consecuencia únicamente debía de haberse ordenado la separación de los conyuges y la repartición de los bienes que formen el patrimonio familiar.

La fracción IV del artículo 76, es una causal que en atención a su contenido y naturaleza no reviste el carácter de una causal sanción sino de una causal remedio, por tratarse del padecimiento de enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias por cualquiera de los conyuges siendo de interés público, proteger a la especie y evitar el contagio; por lo anterior salta a la vista que la razón es de salubridad pública, sobre todo por que su finalidad es impedir la transmisión hereditaria de enfermedades, es por eso que el legislador previendo tan grave circunstancia consideró, que la medida más eficaz para proteger al conyuge sano y sus hijos, es la separación de los consortes, sin que esto implique necesariamente una sanción, sino más bien,

una medida preventiva en beneficio y cuidado de la prole. -

La causal consistente en el abandono del hogar, -- consagrada en la fracción V del artículo 76 de la ley que comentamos, es otra causal de divorcio que el legislador de aquella época le atribuyó un carácter muy grave, carácter -- que no se justifica, dado que la naturaleza de la causal no implica la comisión de un delito o de un acto inmoral, sino por el contrario, incumplimiento de obligaciones conyugales -- que se traducen en la negativa de hacer vida en común, negativa de socorrerse mutuamente, entre otras, presupuestos primordiales que encierra el matrimonio.

Cabe mencionar que pueden existir muy buenos pa-- dres pero muy malos esposos como consecuencia de la incompa-- tibilidad de caracteres de los conyuges por razón de sus -- edades, estudios, posición, costumbres, factores que en definitiva influyen directamente en el seno de la familia y que en ocasiones atañen directamente en el seno de la familia, por lo que, los consortes, abandonan el domicilio conyugal. Por -- tales motivos consideramos que la sanción procedente en los divorcios decretados por esta causal en relación con el cón-- yuge culpable, debe ser la pérdida de la patria potestad -- mientras viva el cónyuge inocente.

La fracción XI del artículo 76 en cuestión, es -- otra de las causales de divorcio que no debió haberse san-- cionado con la pérdida definitiva del ejercicio de la patria potestad, dado que la misma no tiene otro objeto que el po-- ner un alto a los abusos que en la administración de los --

bienes, pudiere cometer uno de los esposos en perjuicio de los intereses de la familia; sin embargo consideramos que la intención del legislador fue buena aunque no deja de ser su mamente proteccionista, provocándose en consecuencia que la permanencia de la unión conyugal dependa de hechos que tan solo afectan a los bienes, como si se tratara de una común y ordinaria sociedad de bienes, la cual se rige y dirige por el bajo y misero interés del lucro material. En tal virtud, no se justifica la sanción tan drástica que impone la ley en cuestión, sino por el contrario, debió haberse sancionado al consorte culpable con la pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, por el hecho de haber desaparecido la posibilidad de que exista en la comunidad conyugal, la debida protección entre los esposos para la realización de los fines del matrimonio como son la ayuda mutua y colaboración reciproca de los consortes para soportar la carga de la vida.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 69) Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, "Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870", México, 1870, Imprenta Dirigida por José Batiza, p. 17 y 18.
- 70) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, opus.cit., número 69, art. 240.
- 71) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, opus.cit., número 69, art. 268.
- 72) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, opus.cit., número 69, art. 270.
- 73) Verdugo, Agustín, "Principios de Derecho Civil Mexicano, t.3. México, 1887, Gómez de la Puente Editor, p.251.
- 74) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, opus.cit., número 69, art. 271.
- 75) Capítulo II de este trabajo, p. 65 y 66.
- 76) Mateos, Alarcón Manuel, "Lecciones de Derecho Civil",- Estudios sobre el Código Civil del D.F., Tratado de - Personas, México, 1885, Librería de J. Valdéz y Cueva. - p. 118.

- 77) Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, "Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, reformado por decreto del 14 de diciembre de 1883", México, 1890, Tipografía de Tomas Lorck, art.226.
- 78) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, opus.cit., número 77, art. 245.
- 79) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, opus.cit., número 77, art. 248.
- 80) Couto, Ricardo, "Derecho Civil Mexicano", t.1, México-1919, La Vasconia, p. 369.
- 81) Capítulo II de este Trabajo, p. 58.
- 82) Ley Sobre Relaciones Familiares, expedida el 9 de --- abril de 1917 y publicada el 14 de abril de 1917, anotada por el Notario Manuel Andrade, México, 1980, Porrúa, art. 75.
- 83) Ley Sobre Relaciones Familiares, opus.cit., número 82-Exposición de Motivos.
- 84) Ley Sobre Relaciones Familiares, opus.cit., número 82 art. 75.
- 85) Ley Sobre Relaciones Familiares, opus.cit., número 82-art. 94.
- 86) Ley Sobre Relaciones Familiares, opus.cit., número 82-art. 97.

C A P I T U L O C U A R T O

LOS EFECTOS DEL DIVORCIO, EN RELACION CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.

4.1 Análisis del Artículo 283 del C.C. de 1928.

Existe un principio general de derecho en la mayoría de los códigos civiles que admiten el divorcio vincular, este principio consiste en privar al cónyuge culpable del ejercicio de la patria potestad. De igual forma y tratándose del divorcio decretado con motivo del padecimiento de enfermedades crónicas e incurables, coinciden las legislaciones civiles en conceder la guarda y custodia de los hijos a los consortes sanos.

El artículo 283 del c.c. para el Distrito Federal hasta antes de ser reformado, contenía preceptuadas tres reglas fundamentales en materia del ejercicio de la patria potestad, con motivo de la disolución del vínculo matrimonial, las cuales analizaremos por separado en el siguiente orden:

Primera.- Tratándose de determinadas causas de divorcio, el legislador sancionó al culpable a perder en forma definitiva el derecho a ejercer la patria potestad, concediendo este derecho al consorte inocente y en su defecto al ascendiente que corresponda, y a falta de éstos al tutor que se designe.

Segunda.- La segunda regla consiste en privar al cónyuge culpable de la patria potestad temporalmente, es decir, por determinadas causas de divorcio, no tan graves como a las que se refiere la fracción I del artículo 283 del código civil en vigor "el consorte declarado culpable es -- sancionado a perder el ejercicio de la patria potestad mientras viva el cónyuge inocente, pues a su muerte recobra nuevamente ese derecho.

Tercera.- Por lo que respecta al divorcio motivado por las causales relativas al padecimiento de alguna enfermedad crónica e incurable, contagiosa o hereditaria, el legislador como medida de protección y salubridad restringió el derecho de la patria potestad al cónyuge enfermo, -- con el fin primordial de prevenir y evitar contagios en perjuicio de los hijos.

De lo anterior salta a la vista preguntar lo siguiente ¿debe privarse siempre al cónyuge culpable del ejercicio de la patria potestad? En capítulos precedentes hemos puesto de manifiesto que existen dos clases de divorcio, de los cuales a uno de ellos se le denomina divorcio sanción, porque en la sentencia del mismo se imponen al cónyuge cul-

pable diferentes penas entre las cuales figura la pérdida de la patria potestad, ésta última no es siempre conveniente -- con relación a los hijos, pues puede ocurrir y en ocasiones acontece con frecuencia, que a pesar de que uno de los consortes haya incurrido en cualquiera de las causales a que -- se refiere el artículo 267 del c.c. en vigor, no siempre implica esa situación que el consorte culpable no tenga la capacidad necesaria para ejercer debidamente la patria potestad. Asimismo, en ocasiones sucede que el cónyuge inocente, no obstante sus virtudes o preparación carece de la capacidad para educar, defender y guiar a los hijos, por lo cual sería más perjudicial a éstos que queden en su custodia, -- sin intervención de ninguna otra persona.

Continuando con lo preceptuado en el artículo 283 del código que analizamos, deben ser causas de divorcio muy graves, determinados delitos o hechos inmorales que justifiquen la sanción tan drástica de privar, en forma definitiva el ejercicio de la patria potestad al cónyuge culpable. --- Por el contrario, las restantes causales de divorcio que no implican esa gravedad respecto al consorte culpable solo debería sancionársele a perder la patria potestad temporalmente, es decir, mientras viva el consorte inocente, sin embargo y como lo manifiesta el maestro Rojina Villegas, existe un criterio diferente, o sea, "sin que haya una verdadera -- razón, sino por el contrario, una arbitrariedad manifiesta, el artículo 283 señala casos en los cuales un cónyuge pierde la patria potestad, haciendo intervenir tanto causas muy

graves, o que no presentan esa gravedad, y a su vez, toma en cuenta diversidad de causas unas graves y otras de menor gravedad, para que durante la vida del cónyuge inocente se prive al culpable de esa patria potestad" (87). Por lo antes expuesto consideramos que el criterio del legislador es arbitrario, por lo que pasamos a demostrarlo:

4.1.1 Primera Regla del Artículo 283.

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

Primera regla.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará un tutor" (88).

Si analizamos el porqué de la sanción de privar en forma definitiva al consorte culpable de ejercer la patria potestad, aún cuando falleciere el inocente, salta a la vista la siguiente conclusión: las causas de divorcio deben implicar para los hijos un grave peligro, de tal naturaleza que en ningún momento ese cónyuge deba ejercer jamás la patria potestad. Al respecto y tratándose de los juicios de divorcio que se decreten con motivo de la comisión de actos inmorales ejecutados por los padres para corromper a sus hijos, en estos casos nunca podrá el cónyuge responsable recobrar -

la patria potestad, porque si la conducta lleva implícita - la finalidad de pervertir a los hijos, por esto, y aunque - muriera el cónyuge inocente no debe otorgarse al culpable - el derecho a ejercer la patria potestad, siendo preferible en todo momento otorgarlo al ascendiente que corresponda, y a falta de ellos la designación de tutor.

En aquellas causas que se refieren a los hábitos de juego de la embriaguez o el uso immoderado e indebido y persistente de drogas enervantes, son otros motivos indiscutibles por los cuales el padre o la madre no están en condiciones de ejercer la patria potestad sobre sus hijos, en -- virtud de que los vicios, sean de juego, de alcoholismo o -- de drogas, se apoderan de tal forma del sujeto, que le impi de poder educar al hijo. En este sentido, el maestro Rojina Villegas comenta, "la razón de ser en la patria potestad es que haya una educación adecuada pues más que derechos, se imponen obligaciones y responsabilidades" (89).

En anteriores capítulos, hemos señalado que la patria potestad no es la del estilo Romano, que se otorgaba - en interés del padre, sino por el contrario, es una función social de gran trascendencia, de gran responsabilidad que - fundamentalmente implica obligaciones más que derechos, y - solo por las obligaciones se otorgan los derechos. Al efecto podemos citar como ejemplos el hecho de que se tiene la obligación de educar y evidentemente el derecho de educar; los padres también tienen la obligación de corregir al hijo así como el derecho de castigarlo; etc. Todas esas obligacio

nes traen aparejado el derecho de realizar el acto que se impone como obligatorio y ,por lo tanto, ante los vicios es tá incapacitado tanto mental como físicamente el padre o la madre, para ejercer la patria potestad.

Existe otra causal que entraña la misma gravedad que las anteriores, es decir, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, causal de divorcio que en razón de su propia naturaleza, es lógico pensar que pudiese el con- sorte culpable tratar de corromper a los hijos, aún cuando no hubiere la causa específica de corrupción, por la presun ción de el consorte inmoral que trató de prostituir a su es posa e intente también corromper a sus hijos.

La causal consistente en el adulterio de cualquie ra de los cónyuges, también reviste una gravedad tal que el cónyuge declarado culpable debe ser condenado a perder, en forma definitiva, el derecho a ejercer la patria potestad, sanción que antes de la reforma del artículo 283 atinadamen te el legislador preceptuaba. Cabe mencionarse que la grave dad de esta causal redundo en las consecuencias que se producen con motivo de la infidelidad de los consortes, así el adulterio de la esposa implica su deshonor que la hace perder a aquella, su incolumidad tan necesaria para conservar su prestigio de esposa y madre, aspecto importantísimo para la buena educación y formación de los hijos. Asimismo y con motivo del adulterio de la esposa, a menudo se introducen en el domicilio conyugal hijos de otros padres que no son del esposo y que , sin embargo , se consideran como hijos -

de este, introduciéndose así, descendientes extraños en la familia ocasionando en muchos casos la usurpación injusta de los derechos de sucesión que corresponden a los hijos legítimos de matrimonio. Por el contrario el adulterio del esposo debidamente comprobado, constituye un insulto grave para la madre de sus hijos, que en la mayoría de los casos -- arrastra su honor por el fango, llevando una vida licenciosa que hace comprender a todos el menosprecio hacia la mujer que lleva su nombre ocasionando, en consecuencia, la -- ruptura de la armonía doméstica y el abandono de obligaciones matrimoniales que se traducen en el abandono del hogar y la negativa de suministrar alimentos tanto para la esposa como para sus hijos.

Fuera de las causales anteriormente mencionadas, el delito cometido contra tercero, que no sea político, pero sí infamante y que tenga una pena mayor de dos años de -- prisión, no afecta directamente a los intereses de los hijos, es decir, no existen razones suficientes para justificar la sanción tan extrema de privar al consorte culpable -- de ejercer la patria potestad, cuando muera el cónyuge inocente, el mismo criterio debe ser aplicable tratándose de -- la causal consagrada en la fracción VIII del artículo 267 -- del código civil en vigor que se refiere al abandono del hogar conyugal por más de seis meses.

En el caso especial de la fracción VIII que hacía perder al cónyuge culpable la patria potestad en forma definitiva, el legislador no era claro, pues incurre en incon--

gruencias, por que ante la misma causal, regulada en la fracción IX, el legislador si autorizó que el consorte culpable recobrará el derecho a ejercer la patria potestad, aún cuando muriera el inocente. En tal virtud, la fracción IX se refiere al hecho de que cualquiera de los esposos que se separen con causa justificada del hogar conyugal, y en un lapso de un año no entable su demanda de divorcio, siendo entonces, que durante los primeros seis meses posteriores al término a que se refiere la causal en cuestión, se consideraba perdonada la misma por ministerio de ley, de esta manera el cónyuge que se separó debe regresar al hogar conyugal, pues su negativa da lugar a que empiece a contar el término de separación del hogar injustificado que a los seis meses, dará al otro cónyuge causa para pedir el divorcio. Lo anterior demuestra que tratándose de causales análogas que implican en esencia separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses como en el supuesto de la fracción VIII del artículo 267 del c.c., el legislador otorgó sanciones diferentes a situaciones jurídicas similares, circunstancias que resultan incongruentes.

4.1.2 Segunda Regla del Artículo 283.

A fin de comprender mejor las incongruencias a que nos hemos referido al analizar la fracción que antecede pasaremos a continuación a comparar las causales de divorcio en las que el consorte culpable recobra el derecho de ejercer nuevamente la patria potestad en el momento que fa-

llezca el consorte inocente.

La segunda regla del artículo 283 anteriormente señalaba: "Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo -- 267, los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge recobrará la patria potestad. Si los dos cónyuges fuesen culpables, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad, hasta la --- muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quién la ejerza, se designará tutor" (90).

Las causales consistentes en la acusación calumniosa (XIII) las sevicias, amenazas e injurias graves (XI), así como la comisión de un delito por un cónyuge contra el otro (XVI) por las cuales era sancionado al consorte culpable a perder temporalmente el ejercicio de la patria potestad, no implican las mismas razones que las que tomó el legislador al sancionar la fracción XIV relativa a la comisión de un delito contra terceras personas. Más aún y tratándose de la patria potestad, tiene mayor importancia y trascendencia el delito cometido por un cónyuge contra el otro y no el cometido por un consorte contra terceros.

Desde el punto de vista humano, resulta ser mejor padre o madre para educar y proteger a sus hijos el consorte que cometió un delito contra terceras personas y no el que cometió un delito contra su cónyuge. A este respecto, -

el jurista Rojina Villegas cuestiona "¿como es que cuando se trata de delitos de un cónyuge contra el otro, que está demostrando desde el punto de vista familiar, que no le interesa a ese cónyuge culpable la concordia en la familia, la solidaridad, solo se le priva de la patria potestad mientras viva el inocente; y en cambio, se le prive definitivamente de la patria potestad por haber cometido un delito contra terceros que merezca una pena mayor de dos años de prisión?". (91).

La causal preceptuada en la fracción XII del artículo 267 del c.c. que se refiere a la negativa de uno de los cónyuges a suministrar alimentos, debe ser motivo justificado para condenar al consorte irresponsable a perder la patria potestad, en virtud de que el matrimonio importa esta obligación, lo cual, su incumplimiento entraña una injuria grave, que revela en quién la cometa mucha perversidad de sentimientos, toda vez que la negativa de dar alimentos significa la condenación al hambre, no tanto del esposo que tenga necesidad de ellos, sino de los hijos cuando se trata de menores de edad, pues los alimentos no sólo comprenden la comida sino el vestido, la educación, la habitación y la asistencia médica.

En merito de lo anterior y desde el punto de vista lógico jurídico, resulta incongruente el anterior sistema seguido en el código civil para sancionar tan drásticamente al cónyuge culpable a perder definitivamente la patria potestad. Todo lo anterior nos lleva a pensar que en

los juicios de divorcio entablados con motivo de los casos de corrupción de hijos, de intento de prostituir a la esposa, del adulterio, de negativa a suministrar alimentos y los vicios incorregibles, debe privarse para siempre de la patria potestad al cónyuge culpable, sin que deba recobrarla a la muerte del inocente.

4.1.3. Tercera regla del Artículo 283.

Por lo que respecta a la tercera regla del artículo 283 que a la letra dice: "En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedaran en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos" (92).

Muy acertado fue el legislador al prevenir lo establecido en la norma que antecede, pues el enfermo no pierde la patria potestad, aunque el cuidado de los hijos se reservará al cónyuge sano sin otro fin que el de evitar un posible contagio que en algunos casos es muy difícil de alejar, en estas causales salta a la vista el interés tutelado que por razones de salubridad pública trata de impedir la transmisión hereditaria de enfermedades, en perjuicio de los hijos.

4.2. Comentarios a las Reformas del Artículo 283 del C.C. en Vigor.

Por Decreto Presidencial de fecha 23 de diciembre del año próximo pasado se reformo el artículo 283 del c.c.- en vigor y, dada la importancia que reviste para el presente trabajo, a continuación nos evocaremos a analizar el nuevo texto comparándolo con el anterior.

El texto del anterior artículo 283 a la letra decía: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

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

Segunda.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX,X,XI,XII,XIII y XVI del artículo 267,- los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de este, el cónyuge culpable recobrará la patria potestad. Si los dos conyuges fuesen culpables, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos recobrándola el otro al caer ésta. Entre tanto los hijos quedaran bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quién la ejerza se designará tutor.

Tercera.- En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán bajo el poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos" (93).

En el contenido del artículo que se comenta, se aprecia que el legislador, de aquel entonces, diferenció las 16 causales y la naturaleza de cada una de ellas. Cabe mencionarse, que el criterio del legislador a principios de siglo fue muy casuístico en relación con los efectos que se producen una vez disuelto el vínculo matrimonial, situación que salta a la vista, dado que a las diferentes causales de divorcio, les fueron atribuidas sanciones distintas en función de su gravedad, pues las consagradas en la primera regla del artículo 267 fueron consideradas muy graves y en consecuencia al consorte culpable se le condenaba a perder en forma definitiva la patria potestad.

Para el caso de las causales a que se refería la segunda regla, únicamente se sancionaba al esposo culpable a perder temporalmente la patria potestad, sanción que implicaba, que esas causales revestían una gravedad menor a las anteriores.

Por último, las contenidas en la tercera regla del multicitado artículo reformado, por su propia y especial naturaleza no implican gravedad alguna y por lo tanto no motivan la suspensión o pérdida total de la patria potestad como sanción.

El anterior texto del artículo 283 a pesar de sus

fallas de técnica jurídica, reflejaba la intención proteccionista que perseguía el legislador, de precisar la gravedad de cada una de ellas, y en función de las mismas señalaba los efectos que se producen con motivo del divorcio vincular, respecto del ejercicio de la patria potestad.

El nuevo texto del artículo 283 del c.c. dispone: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las mas amplias facultades para resolver en todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio para ello. El juez observara las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad, a quién legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor" (94). Sobre el particular cabe comentarse lo siguiente: el párrafo del texto que a la letra dice "el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad"... implica dos situaciones que dependiendo del plano en que se observen significan beneficio o perjuicio, es decir, el anterior texto del artículo que se comenta, señalaba específicamente las reglas a seguir para determinar a cual de los conyuges se le otorgaba el ejercicio de la patria potestad y en que condiciones se privaba de la misma, bien temporalmente o definitivamente. Por lo que respecta al nuevo texto, las reglas en materia -

de la patria potestad dejan de precisarse y, por el contrario, al juzgador se le atribuyen facultades ilimitadas para resolver en esa materia. Esta supresión de reglas implica - que el juzgador puede suspender temporalmente o privar en - forma definitiva al cónyuge culpable del ejercicio de la patria potestad, tratándose de cualquier causal de divorcio, - pues tiene facultades ilimitadas para apreciar a su libre - albedrío, la procedencia e improcedencia la demanda de di-- divorcio, las causales invocadas y todas aquellas pruebas aportadas por cualquiera de los conyuges, lo que trae como consecuencia, que en la medida de los compromisos adquiridos - con cualquiera de las partes o sus representantes legales, - en esa medida es como resolvera en materia del ejercicio de la patria potestad. Cabe aclarar que la intención de la reforma es buena, no obstante que por la falta de ética de algunos juzgadores y abogados postulantes desvirtuaran sus fines. A manera de conclusión consideramos que con el fin de evitar se atribuyan facultades ilimitadas al juzgador para resolver en materia de la patria potestad, el nuevo texto - del artículo 283 debió haber señalado: cuando el vínculo matrimonial se disuelva por las causales contenidas en las -- fracciones I, III, V, XII y XV del artículo 267, los hijos deben quedar siempre bajo la patria potestad del cónyuge inocente, a su muerte bajo la potestad del ascendiente que corresponda y en su defecto bajo tutela. Para el caso de las causales II, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XIV, XVI y XVIII, el juez gozará de las facultades necesarias para obtener los -

elementos de juicio necesarios para resolver en todo lo relativo a la pérdida temporal, suspensión o limitación de la patria potestad.

4.3. Opinión Doctrinal.

4.3.1. - España -

En el derecho civil español, en materia del ejercicio de la patria potestad con motivo de la disolución del vínculo matrimonial, el artículo 73 en su apartado 2º del c.c. español, citado por los profesores Luis Diez Picazo y Antonio Gullon, dispone, como efectos de la ejecutoria de separación, "el quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. En relación con el anterior precepto, el artículo 169 establece que el padre y en su caso la madre perderá la potestad sobre los hijos cuando en sentencia firme de divorcio así declare, mientras duren los efectos de la misma" (95).

Sobre el particular el jurista Borrel y Soler señala, "con relación al cuidado de los hijos, el c.c. español establece distinciones basadas en la inocencia o culpabilidad de cada uno de los conyuges en la causa que motivó el divorcio, surgiendo de esa manera las siguientes hipótesis:

la. Cuando uno de los conyuges es inocente y el otro culpable los hijos, sin distinción, deben ser puestos bajo la potestad y protección del inocente, sin distinción de edad ni

sexo de aquellos.

2a. Cuando ambos consortes sean declarados culpables, los hijos no quedan en poder de los padres sino que se les nombra tutor. No obstante, si en la ejecutoria del juicio del divorcio no se dispone lo contrario, los hijos de ambos sexos menores de siete años quedarán bajo la potestad de su madre" (96).

En este sentido, el código civil español no dice expresamente que están bajo el cuidado de ninguno de sus padres, por consiguiente, la tutela se extiende a los infantes aunque estén bajo custodia de la madre lo cual tiene importancia en cuanto al usufructo y administración de sus bienes.

El artículo 73 del código en comentario, preceptúa que si al juzgarse sobre la separación no se hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de siete años. Esta norma que establece el cuidado de los menores en favor de la madre, aún cuando ésta sea culpable, tiene el carácter de principio general, el cual sólo puede dejarse sin aplicación en casos muy excepcionales.

Cuando el cónyuge culpable haya sido condenado a la pérdida de la patria potestad puede recuperarla, según el código civil español, cuando fallezca el consorte inocente. A la muerte del cónyuge inocente, dice el código, volverá el culpable a recobrar la patria potestad.

La patria potestad que recupera en algunos casos

el cónyuge culpable, está condicionada a que la causa que -
dio origen a la ruptura del vínculo matrimonial no afecte a
la formación moral de los hijos. En tal virtud el c.c. espa
ñol expresa que a la muerte del cónyuge inocente, el culpa-
ble recobra la patria potestad y sus derechos cuando la cau-
sa de divorcio hubiere sido el adulterio, los malos tratos-
o las injurias graves dirigidas al otro cónyuge. Si la causa
fuere distinta se provee de tutor a los hijos.

Esta distinción, apunta el profesor Soler "se com
prende porque en el primer caso, el código presume que, no-
pudiendo persistir la causa de divorcio, no existe peligro-
en que se confien los hijos al cónyuge que había sido culpa-
ble; y en el segundo caso subsistiendo el peligro, los hi-
jos se constituyen bajo tutela" (97).

Independientemente de lo anterior, advierte el fi
nal del artículo 73 del c.c. español, la privación de la pa-
tria potestad y de sus derechos no exige al consorte culpa-
ble de cumplir las obligaciones que impone la Ley con rela-
ción a los hijos, lo cual debe entenderse sin perjuicio del
caso, que el incumplimiento de dichas obligaciones o de al-
guna de ellas hubiere pasado a otra persona como sería el -
tutor en su caso.

La separación de los consortes da lugar a la impo
sición de tutores a los hijos menores de edad no emancipa-
dos legalmente. Los supuestos de la tutela se fincan en la-
culpabilidad de ambos consortes separados y en la extinción
de la patria potestad del cónyuge inocente, cuando el culpa-

ble no la recobre por afectar, la causa de divorcio, la for mación moral de los hijos. Los juristas Pícazo y Gullón --- afirman que, aunque el código habla únicamente de proveer -- de tutor a los hijos, hay que entender que se constituye el organismo tutelar completo. La constitución de la tutela, -- en el caso de culpabilidad de ambos padres, y para el caso del Derecho anterior a 1958 era automática y necesaria, es ahora discrecional del juez, por consiguiente, no obstante la culpabilidad de ambos padres, el juez valorando cada su- puesto en interés de los hijos podrá ordenar la continua--- ción de la patria potestad del padre o la atribución de la misma a la madre.

4.3.2 - Francia -

En lo referente a los efectos que en materia del ejercicio de la patria potestad se generan con motivo del -- divorcio vincular, la legislación civil francesa sanciona -- de la siguiente manera: el cónyuge culpable no es privado -- de la patria potestad pero sufre una disminución del ejer-- cicio de la patria potestad a título de sanción.

Las sanciones a que pasaremos a referirnos, para su mejor comprensión, las dividiremos en tres puntos:

a) PERDIDA DEL DERECHO DE GOCE LEGAL.- El artícu- lo 318 del c.c. francés, citado por los hermanos Mazeaud en su obra Lecciones de Derecho Civil, dispone, "el cónyuge -- pierde el derecho de goce legal; es decir, el derecho de per

cibir los ingresos de sus hijos menores de 18 años" (98). -- Lo anterior significa que el derecho pertenece al cónyuge -- inocente. Al respecto los juristas Mazeaud nos dicen: "el -- derecho de goce legal es un derecho pecuniario, pero inti-- mamente unido a la patria potestad, por ello resulta profe-- rible no separarlo de ella y mencionar, entre las sanciones relativas a la persona, la caducidad de este derecho" (99).

b) PERDIDA DEL DERECHO DE GUARDA DE LOS HIJOS.-- El artículo 302 del c.c. francés preceptua, los hijos serán confiados al esposo que haya obtenido el divorcio, lo que -- significa que el consorte culpable es condenado a perder, en principio, la guarda de los hijos, pues el tribunal que co-- noció del juicio puede decretar otra disposición en ese sen-- tido.

Conjuntamente pierde también el privilegio a dis-- frutar de los beneficios familiares, que son proporcionados a las personas que les confieren la carga de los hijos.

El artículo 303 del c.c. en cita, señala: "el cón-- yuge al que se le hayan retirado la guarda, conserva el de-- recho de vigilar el mantenimiento y la educación de los hi-- jos" (100). Al respecto comentan los hermanos Mazeaud, que-- el consorte que conserve la guarda y custodia de los meno-- res debe escuchar las opiniones respecto a la forma de la -- educación de los hijos y de los estudios proseguídos.

Independientemente de que el cónyuge culpable no-- tiene conferido la guarda y custodia de los hijos, tienen -- el derecho de vigilancia que se traduce en mantener corres--

pondencia con los hijos así como el derecho de visitarlos, dentro de las modalidades que al efecto establezca el tribunal.

La vigilancia de los hijos por aquél de los con--sortes declarado culpable en el juicio de divorcio, más que ser un derecho es una obligación, asimismo, cada cónyuge es tá obligado a cooperar en los alimentos y educación de los hijos en la medida de sus posibilidades, obligación que no concluye con la mayoría de edad de los hijos, sino hasta -- que hayan cesado sus estudios.

c) PERDIDA DE LA ADMINISTRACION LEGAL.- La Legis--lación civil de Francia, establece que el régimen de la ad--ministración legal subsiste pese al divorcio y hasta la ---muerte de uno de los cónyuges. El artículo 389 del código -- en cita dice: "En caso de divorcio, la administración perte--nece a aquel de los esposos a quién esté atribuída la guarda aunque el tribunal puede decidir de otro modo" (101). Es de hacerse notar que el legislador de Francia no tuvo otra in--tención que establecer por regla general, que el consorte -- condenado a perder el ejercicio de la patria potestad, es -- también sancionado a perder la administración legal al i---gual que la guarda y custodia de los hijos.

Existe una excepción a esa regla general, que se establece en el artículo 302 que dispone: "los hijos serán confiados al esposo que haya obtenido el divorcio, a menos que el tribunal, a petición de la familia o del Ministerio Público, y a la vista de los informes recogidos como aplica

ción del artículo 238 párrafo 3^o, disponga: para mayor conveniencia de los hijos, que todos o algunos de ellos sean confiados al cuidado del otro esposo, o de una tercera persona" (102).

El precepto anterior revela el espíritu proteccionista del legislador francés, de velar en todo momento por el interés y bienestar de los hijos, más que por el interés personal de los padres, en tal virtud las mas amplias facultades a los tribunales, que les permiten atribuir el derecho de guarda de los hijos y la administración legal al cónyuge culpable o disociar esas dos prerrogativas. De igual forma se le confieren poderes discrecionales para confiar la guarda de los hijos a terceros, en particular a los abuelos.

Esa potestad discrecional que tiene conferida el tribunal esta condicionada a la solicitud de la familia o del Ministerio Público.

La expresión "familia", designa a los miembros de la familia considerados aisladamente y no al consejo de familia que no tiene que ser convocado. Generalmente son los mismos padres quienes provocan esas medidas.

Los profesores Ripert y Boulanger, en su Tratado de Derecho Civil expresan, que dentro de las atribuciones que tiene el Tribunal conferidas para tomar cualquier medida util en interés de los hijos, éstas recaen principalmente en cinco puntos: "1. El tribunal puede conferir la tenencia al esposo, contra el que se pronunció el divorcio, por-

ejemplo, cuando se trata de un hijo menor de edad, este se confiere al cuidado de la madre culpable.

2. Puede dividir la tenencia de los hijos entre el padre y la madre, por ejemplo, atribuyendo al padre la guarda y custodia de los hijos y a la madre la de las hijas.

3. Puede también confiar los hijos a los abuelos o ponerlos bajo la custodia de una institución educativa.

4. Puede reglamentar las visitas de los hijos a sus padres, el número de días consagrados a cada uno, el empleo del tiempo en vacaciones.

5. Por último, la Corte de Casación reconoce al Tribunal hasta el derecho de prohibir completamente al padre o a la madre que vean a su hijo" (103).

Por lo que toca a los efectos del divorcio en materia del ejercicio de la patria potestad con motivo de la muerte de uno de los esposos, los efectos terminan de pleno derecho, en consecuencia el cónyuge superviviente, que es en adelante el único que ejerce la patria potestad, recupera inmediatamente la tenencia de los hijos que con anterioridad no detentaba. En este sentido Ripert y Boulanger hacen notar que la regla legal es deplorable, pues a menudo sería mejor dejar al niño bajo la tenencia de sus abuelos, cuando la causal por la cual el cónyuge culpable fue privado del ejercicio de la patria potestad, fuera atentatoria de los intereses de los hijos en tal virtud la ley debería otorgar a los tribunales el derecho de decidir acerca de la tenencia de los hijos, después de la muerte de uno de los cón

yuges" (104).

4.3.3 - Alemania -

En Alemania al igual que en la legislación de --- nuestro país, solamente se admite la disolución del matrimo--- nio cuando éste no pueda cumplir la misión que como celula--- del orden social y estatal le incumbe.

La Ley de Matrimonio de 1948, clasifica a las cau--- sales de divorcio desde un doble punto de vista, es decir,--- si presuponen o no una conducta culposa, o bien si otorgan--- automáticamente un derecho de divorcio, operando de modo ab--- soluto y sin sujeción a condiciones; u operan, por el con--- trario, de modo relativo y condicionada, solamente cuando --- en el caso estima el juez que concurre la perturbación del--- matrimonio.

El profesor Heinrich Lehmann, en su obra Derecho--- de Familia, señala, que en lo referente a los efectos que --- produce el divorcio respecto del ejercicio de la patria po--- testad ocurre lo siguiente: "por lo que a la patria potes--- tad atañe, no hay razón que mueva a modificar las disposi--- ciones legales en lo relativo al derecho y el deber de cui--- dar del patrimonio del hijo. Conserva el padre, en princi--- pio, la patria potestad, el cuidado del patrimonio y la re--- presentación legal, asi como el derecho de disfrute sobre --- el patrimonio del hijo" (105).

Con motivo de la reforma que sufre la ley en lo ---

relativo al cuidado de los hijos, a consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, no existe posibilidad de ejercitarse la patria potestad en común. La L.M. de 1948 resuelve el problema no muy beneficioso a los intereses de los hijos, otorgando el ejercicio de la patria potestad al cónyuge declarado inocente en el juicio. Enneccerus, Kipp y Wolff en su obra Derecho de Familia indican que "el cuidado de la persona del hijo, cuando se declara exclusivo a uno de los cónyuges, corresponde al cónyuge inocente, pero el padre conserva el derecho a representar al hijo aunque sea él la parte culpable. Si ambos cónyuges han sido declarados culpables el cuidado de los hijos de menos de seis años y el de las hijas corresponde a la madre y el cuidado de los hijos de más de seis años al padre" (106). Independientemente del principio general, el Tribunal de Tutelas, por causas especiales o en caso de una situación extraordinaria de la cual resulte peligrosa para los intereses del hijo, la aplicación de los principios, puede dictar otras normas, esto es, transferir en todo o en parte el cuidado del hijo al otro consorte. Esa facultad que le confiere la Ley en su artículo 1635, sólo puede ponerse en juego en base a la misma, siendo ineficaz un acuerdo de las partes por el que se llame al Tribunal de referencia a tomar una decisión.

La decisión la toma de oficio y atendiendo en forma definitiva a los intereses de los hijos, aún cuando la declaración de culpa significa importancia.

En ese sentido Heinrich Lehmann nos dice, "el le-

gislador parte de la presunción de que el cónyuge culpable será un modelo poco edificante para sus hijos. Habrá, pues, que destruir la presunción. El confiar el cuidado a la madre culpable puede obedecer a razones como la edad juvenil del hijo, que precisa cuidados femeninos" (107).

El artículo 74 prevé que si ninguno de los cónyuges ofreciese garantía alguna que asegure una buena educación ordenada, el Tribunal de Tutelas podrá en todo momento conferir el cuidado de la persona del hijo a un tutor. Sobre este aspecto, también se ha contemplado la posibilidad de celebrar un acuerdo válido entre los padres, que en muchos casos es la mejor garantía para una regulación que responda más al beneficio de los intereses de los hijos. Esta estipulación no siempre es válida, dado que el acuerdo entre los esposos significa únicamente una propuesta a considerarse por el Tribunal de Tutelas.

La L.M. en su artículo 79 fracción I, comina a los cónyuges para que dentro de un plazo de tres semanas, a contar desde la firmeza de sentencia de divorcio, sometan al Tribunal de Tutelas el eventual acuerdo por escrito. Si no se entregaba la propuesta dentro del plazo otorgado o éste no merecía la aceptación por el tribunal, éste decidía en atención al bien de los hijos.

Dentro de las atribuciones que le confiere la Ley al Tribunal de Tutelas, está la consistente en revocar en todo momento la decisión adoptada, cuando lo considere benéfico en interés del hijo o de los hijos.

Si el Tribunal que conoció del juicio de divorcio dictó una medida cautelar en atención a la guarda y custodia de la persona del hijo, aquella permanecerá en vigor en tanto el Tribunal de Tutelas no decida otra cosa. En el aspecto de la representación legal de los menores hijos, ésta no puede ser objeto de resolución cautelar, conservándolo el padre normalmente hasta en tanto adopte una decisión el Tribunal de Tutelas.

La adjudicación del cuidado de la persona del hijo comprende no solo el cuidado de hecho, sino también su representación. Si se le atribuye a la madre el cuidado de la persona, determinará la profesión del hijo y habrá de dar su consentimiento para el matrimonio de la hija.

Cuando se trate de un asunto que afecta tanto a la persona como al patrimonio deberán cooperar ambos cónyuges, si hubiera divergencia de opinión, el Tribunal de Tutelas decidirá lo que mejor convenga a los intereses de los hijos.

Si se extingue la patria potestad por el fallecimiento del cónyuge que tiene la guarda y custodia de los hijos, concluirá cualquier medida adoptada por el Tribunal de Tutelas, y en consecuencia, la otra parte adquiere el derecho a cuidar de los hijos sin limitación alguna.

El artículo 74 de la Ley de Matrimonio no tiene la intención de retirar el derecho al cuidado de la persona de los hijos, con más extensión de lo que exige el interés del cónyuge a quién le fue confiado. Al tenor de la frac---

ción IV del precepto en cita, puede el Tribunal de Tutelas privar a un cónyuge del derecho al cuidado de la persona, cuando considere perjudicial al interés de los hijos; en tal caso podrá nombrar un tutor.

Al cónyuge a quién no compete el cuidado de la persona del hijo, no se le impide por ello el trato personal con el mismo. El derecho al trato personal es una consecuencia del cuidado de la persona, el resto que se conserva de la patria potestad. Sobre el particular Enneccerus, Kipp y Wolff afirman, "que el derecho a tratar personalmente con el hijo, es un derecho subjetivo absoluto, eficaz contra todo tercero, constituyendo un resto del cuidado de la persona del hijo que queda al conyuge. El trato es un concepto perfectamente claro, pero se ha de destacar que no presupone una uniforme actuación activa de ambas partes y, por lo tanto, no hay a este efecto ningún límite de edad" (108).

El Tribunal de Tutelas puede regular el trato con más detalle. Puede suprimirlo por un periodo determinado en tiempo cuando ello, por razones especiales, sea aconsejable para el bien del hijo, por ejemplo: para evitar que se incite al hijo contra el conyuge a quién compete el cuidado de la persona, o para impedir otros influjos perjudiciales del cónyuge a quién no compete dicho cuidado. En tal virtud, el Tribunal de Tutelas solo interviene cuando concorra abuso o desacuerdo de los padres, y considerará siempre en primer término el bien del hijo.

4.3.4 - Suiza y México -

La legislación civil de Suiza a diferencia de los ordenamientos antes comentados, es una de las legislaciones caracterizadas por su sistema especial en materia de los efectos que se producen con motivo del divorcio, respecto de la patria potestad.

Conjuntamente analizaremos el sistema seguido en México.

Para determinar en poder de cual de los conyuges-- quedarán los hijos para su custodia, el juez debe consultar previamente a los padres de los hijos y en caso de ser necesario a la autoridad tutelar y, posteriormente, decidirá lo que considere más beneficioso a los intereses de los menores. En atención a lo anterior podrá privar al cónyuge culpable de ejercer la patria potestad, aunque y tratándose de un caso especial, después de haber oído a los padres, estima que es más conveniente a los intereses de los menores -- que permanezcan al lado del consorte culpable, podrá privar del derecho al cónyuge inocente o podrá otorgarla a los -- ascendientes que correspondan si así lo reclama el bienestar de los menores. En este sentido el artículo 156 del c.c. suizo preceptua: "en caso de divorcio o de separación de -- cuerpos, el juez adopta las medidas necesarias concernien-- tes a la potestad paterna y las relaciones personales entre padre e hijos, después de haber oído al padre y a la madre, y si considera necesario a la autoridad tutelar. Aquel de -

Los padres a quién los hijos no han sido confiados, debe, - sin embargo, contribuir según sus facultades a los gastos - mantenimiento de los menores. Tiene también el derecho de - conservar con ellos las relaciones personales indicadas por las circunstancias" (109). De lo anterior se deduce, que en el citado precepto, no se hace mención alguna de que el --- juez necesariamente deba otorgar la patria potestad al consorte inocente, como acontece en otras legislaciones. A diferencia del C.C. Suizo, antes de la reforma al artículo -- 283 del c.c. en vigor, regía en nuestra legislación el prin- cipio general consistente en otorgar el ejercicio de la pa- tria potestad al cónyuge inocente, y como sanción se conde- naba al consorte culpable a perderlo bien temporalmente --- bien en forma definitiva, según se tratara de la causal de- divorcio, disposición que de manera terminante negaba a la- autoridad juzgadora dictar cualquier providencia contraria- al sistema imperativo de la ley. Por el contrario, el nuevo texto del artículo que se comenta, rompe con ese principio, otorgando al juzgador facultades ilimitadas para resolver - en materia del ejercicio de la patria potestad con motivo - de la disolución del vínculo matrimonial, lo que significa- que hoy en día, la intención del legislador esta encaminada a adecuar las disposiciones legales a las necesidades apre- miantes, como ocurre en algunas legislaciones europeas.

En el artículo 157 del comentado c.c. suizo, se - establece que el juzgador tiene conferidas facultades para- modificar cualquier providencia que hubiere tomado, aún ---

cuando se tratara del ejercicio de la patria potestad. Para mejor comprensión citaremos como ejemplo, la circunstancia del fallecimiento de los padres, su ausencia indefinida, su enajenación mental, la comisión de un delito o su adicción a las drogas; situaciones que en forma alguna atentan o --- constituyen un peligro para la moralidad o bienestar de los hijos. En nuestra legislación adjetiva civil, existe un precepto similar al de la legislación suiza que dispone: artículo 94.- "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás --- que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse --- cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente" (110).

A manera de conclusión nos atrevemos a señalar, --- que en términos generales, las legislaciones europeas en principio disponen que el ejercicio de la patria potestad --- le corresponde al cónyuge inocente, sin embargo, y en la medida que lo reclama el interés de los hijos, el juzgador podrá dictar nuevas providencias respecto al cuidado y protección de los menores en favor de terceras personas, que en la mayoría de los casos recae en favor de los abuelos.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 87) Rojina, Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Derecho de Familia, t.2, México, 1980, Porrúa, p. 551.
- 88) Leyes y Códigos de México, "Codigo Civil para el Distrito Federal", México, 1980, 48a., Porrúa, fracción I del art. 283.
- 89) Rojina, opus.cit., número 87, p. 552.
- 90) Código Civil para el Distrito Federal, opus.cit., número 88, fracción II del art. 283.
- 91) Rojina, opus.cit., número 87, p. 553.
- 92) Código Civil para el Distrito Federal, opus.cit., número 88, fracción III del art. 283.
- 93) Código Civil para el Distrito Federal, opus.cit., número 88, fracciones I, II y III del art. 283.
- 94) Diario Oficial de la Federación, del 27 de diciembre de 1983, México, 1983, p. 29.
- 95) Díez, Picazo Luis y Antonio Gullón, "Sistema de Derecho Civil", Derecho de Familia, vol. IV, Madrid, 1978, Bosch Casa Editorial, p. 859.
- 96) Borrel, y Soler Antonio M., "Derecho Civil Español", De

recho de Familia, t.4, Barcelona, 1954, Bosch Casa Editorial, p. 58.

- 97) Borrel, opus.cit., número 96, p. 59.
- 98) Mazeaud, León, Henri y Jean, "Lecciones de Derecho Civil", La Familia, Parte Primera, traducción de Alcalá - Zamora y Castillo, vol. IV, Buenos Aires, 1965, EJEa,p. 486.
- 99) Mazeaud, opus.cit., número 98, p. 486.
- 100) Mazeaud, opus.cit., número 98, p. 487.
- 101) Mazeaud, opus.cit., número 98, p. 487.
- 102) Mazeaud, opus.cit., número 98, p. 488.
- 103) Ripert, Georges y Jean Boulanger, "Tratado de Derecho - Civil", De las Personas, Segunda Parte, t.3.,vol. II, - Buenos Aires, Ediciones la Ley, p. 80
- 104) Ripert, opus.cit., número 103, p. 81.
- 105) Lehmann, Heinrich, "Derecho de Familia", traducción de José Ma. Navas, vol. IV, Madrid, 1967, Revista de Derecho Privado, p. 336.
- 106) Enneccerus, Ludwing, Theodor Kipp y Martin Wolff, "Tratado de Derecho Civil", traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, Derecho de Familia, t.4, -- vol.II, Barcelona, 1953, 2a., Bosch Casa Editorial, p.- 123.
- 107) Lehmann, opus.cit., número 105,p. 337.
- 108) Enneccerus, Kipp y Wolff, opus.cit., número 106,p. 127.
- 109) Rojina, opus.cit.,número 87, p. 550.
- 110) Leyes y Códigos de México,"Codigo de Procedimientos Civiles para el D.F.,México,1979,24a, Porrúa, art. 94.

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

I.- La institución de la patria potestad, no debe considerarse su ejercicio como un poder que detentan los padres respecto de sus hijos y bienes de los mismos, sino como una institución protectora de los hijos y sus bienes cuyas finalidades estén encaminadas a la crianza y educación de los menores.

II.- La patria potestad debe entenderse como la institución que da cohesión al grupo familiar, que nace de la relación paterno filial, es decir, la procreación impone a cargo de los progenitores la ineludible obligación de educarlos y criarlos debidamente, no así, la existencia del vínculo matrimonial.

III.- El contenido de la patria potestad es eminentemente de orden natural, moral y social, en consecuencia, el conjunto de prerrogativas conferidas a los padres para cumplir tan difícil ministerio en interés de sus hijos, encierra mas obligaciones que derechos aunque existe una indisoluble ligazón entre ambos conceptos, de igual forma y en atención a su propia naturaleza, no puede ser renunciable,-

transferible y prescriptible.

IV.- El otorgamiento de la patria potestad a uno de los cónyuges, con motivo de la disolución del vínculo matrimonial, siempre debe conferirse en función de los intereses de los hijos, de tal manera que la mención de declararse a un cónyuge culpable y al otro inocente, no constituyen elementos suficientes y determinantes para considerar, al cónyuge inocente, el más apto para ejercer ese derecho.

V.- En los códigos civiles de 1870 y 1884, se reguló el divorcio por separación de cuerpos, sea por mutuo consentimiento o bien como divorcio necesario por determinadas causas que generalmente implicaban delitos, graves hechos inmorales e incumplimiento de obligaciones matrimoniales, encontrándose entre estos, únicamente diferencias de grado.

VI.- El código civil vigente, al igual que la Ley Sobre Relaciones Familiares, reprodujo la necesidad de disolver el vínculo matrimonial, dejando a los consortes en aptitud de contraer nuevas nupcias, en virtud de que los matrimonios mal avenidos, en los cuales uno de los cónyuges es indigno de continuar siendo el titular del ejercicio de la patria potestad, constituye un mal necesario que es preciso remediar, por los pésimos ejemplos que produce en perjuicio de la educación y formación de los hijos.

VII.- Las distintas causales de divorcio contempladas en las diferentes legislaciones civiles, anteriores a -

la vigente, revisten la misma naturaleza, en cuanto que cada uno de esos códigos preceptuaron como motivos de divorcio ciertos delitos, graves hechos inmorales, conductas contrarias al estado matrimonial o incumplimiento de obligaciones conyugales, ciertos vicios y ciertas enfermedades.

VIII.- En virtud de que cada una de las causales de divorcio entrañan una naturaleza particular, y en consecuencia generan efectos diferentes con relación al ejercicio de la patria potestad, consideramos que las consistentes en: el adulterio, la propuesta del marido para prostituir a su esposa, el intento o la corrupción de los hijos, la negativa a suministrar alimentos, los hábitos de juego, embriaguez y el uso immoderado de drogas enervantes, son las únicas causales de divorcio que deben considerarse muy graves, por los perjuicios que generan en detrimento de los intereses de los hijos.

IX.- Las restantes causales, con la excepción de las consideradas como causales remedio, revisten el carácter de menos graves y difieren con las anteriores, en relación con la desestabilidad familiar que ocasionan, por la violación a los fines del matrimonio.

Las causales consideradas remedio, éstas las constituyen aquellas enfermedades crónicas, hereditarias, contagiosas e incurables, cuyo objetivo principal del Legislador no es otro que el de separar al cónyuge sano e hijos -

del enfermo por motivos de salubridad pública.

X.- En todo juicio de divorcio necesario como -- providencia precautoria, debe establecerse el principio: -- de que sea el Juez quién designe a la persona aún cuando -- sea extrana, bajo cuya guarda han de quedar los menores, -- atentos a la causa por la cual se haya demandado el divorcio, el carácter y la educación de los cónyuges, edad y -- sexo de los hijos.

XI.- El código de 1870 en su artículo 271, preceptuó las reglas a seguir, para determinar a quién de los -- cónyuges se le suspendía o privaba definitivamente del ejercicio de la patria potestad. Las reglas partían de la naturaleza jurídica de cada una de las causales de divorcio, -- así el primer grupo lo formaban aquellas causas que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, por las cuales el Legislador sancionó al consorte -- culpable con la suspensión del derecho a ejercer la patria potestad. En lo que respecta al segundo grupo de causales -- constituido por ciertos delitos, graves hechos inmorales, -- que revelan en el autor indignidad, degeneración moral y -- vergonzosa, directamente en perjuicio de los hijos, el Legislador sancionó al consorte culpable a perder en forma -- definitiva el ejercicio de la patria, sanción que nuestro -- juicio fué muy acertada.

XII.- En el código de 1884, en su artículo 248 se -- estableció las reglas para determinar en poder de quién de

los cónyuges deberían quedar los hijos de los matrimonios mal avenidos. Al igual que el código de 1870, el Legislador también partió de la naturaleza de cada una de las causas, regulando en el primer grupo, aquellas que hacen imposible e indebida la realización de los fines del matrimonio. El segundo lo integraban las causales que suponían en la conducta del consorte culpable una degeneración de sentimientos, constituían ocho causales, de las cuales tres debieron considerarse del primer grupo, por no revestir la gravedad de las del segundo grupo, que consideraban al esposo culpable, indigno de ejercer la patria potestad, estas causales son: el hecho de que la mujer de a luz un hijo concebido antes del matrimonio, la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito y el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada. El tercer grupo lo formaban las causales consideradas como remedio, que son las enfermedades incurables, contagiosas y hereditarias.

XIII.- La Ley Sobre Relaciones Familiares, respecto de los efectos que produce el divorcio para el ejercicio de la patria potestad, al igual que las legislaciones precedentes, partió de la naturaleza de cada una de las causas para determinar si se sancionaba con la suspensión o la pérdida definitiva del derecho. En tal virtud el Legislador consideró como causales graves, sancionadas con la pérdida temporal de la patria potestad: el abandono del ho

gar conyugal, las sevicias, amenazas e injurias, la acusación calumniosa y la comisión de un delito, por cualquiera de los cónyuges contra terceras personas. Por el contrario, consideró como causales muy graves y sancionadas con la pérdida de la patria potestad en forma definitiva, sanción que a nuestro juicio no se justifica respecto de las siguientes causales: el hecho de que la mujer diere a luz un hijo concebido antes del matrimonio; ser cualquiera de los cónyuges incapáz para llenar los fines del matrimonio por razón de enfermedades crónicas incurables; el abandono injustificado del hogar conyugal y el hecho de que uno de los cónyuges cometa contra la persona o sus bienes un delito.

XIV.- En el código civil de 1928 en vigor, al igual que la Ley Sobre Relaciones Familiares, hasta antes de la reforma del artículo 283, continuaba rigiendo el antiguo principio de derecho, de otorgar la guarda y custodia de los hijos al consorte declarado inocente en el juicio de divorcio, en base a tres reglas. La primera sancionaba al cónyuge responsable con la pérdida definitiva del ejercicio de la patria potestad, ésta era incongruente, pues regulaba tanto causales muy graves y causales de menor gravedad atribuyéndoles en ambos casos la misma sanción. La segunda regla, que sancionaba al consorte culpable a perder el derecho a ejercer la patria potestad mientras viviera el esposo inocente, era más acertada, pues las causales que la-

integraban con la excepción de la regulada en la fracción-XII del artículo 267 del c.c., que debió formar parte de la primera regla, implicaban desaveniencias conyugales, in compatibilidad de caracteres, que en definitiva afectan ex clusivamente a los esposos e indirectamente a los hijos.

Al igual que en las anteriores legislaciones civiles , la tercera regla contemplaba dos causales de divorcio consideradas como remedio, por tratarse de aquellas en fermedades contagiosas, incurables, hereditarias, que por su propia naturaleza no implicaban gravedad alguna y por tanto no daban lugar a sanciones sino a medidas de prevención, muy acertadas, pues el bien jurídico que tutelaba el legislador, es la salud de los hijos y del consorte sano.

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar, Gutierrez Antonio y Derbéz, Muro Julio,-
"Instituciones de Derecho Comparado", Panorama de la Legisla-
ción Civil de México, Imprenta Universitaria, U.N.A.M., 1960-
390 p.p.

- Biagio, Brugi, "Instituciones de Derecho Civil",-
traducción de la cuarta edición por Jaime Simo Bofarull, Méxi-
co, 1972, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 614 p.

- Borrel, y Soler Antonio M. "Derecho Civil Español"
Derecho de Familia, t.4., Barcelona, 1954, Bosch Casa Edito-
rial, 509 p.p.

- Calva, Esteban, "Instituciones de Derecho Civil",-
Personas y Cosas, t.1., México, 1874, Imprenta de Díaz de --
León y White, 320 p.p.

- Carbonier, Jean, "Derecho Civil, Situaciones Fami-
liares y Cuasifamiliares", traducción de la primera edición -
por el Lic. Manuel Zorrilla Ruiz, Barcelona, Bosch Casa Edito-
rial, 635 p.p.

- Couto, Ricardo, "Derecho Civil Mexicano", t.1., Mé

xico, 1919, La Vasconia, 472 p.p.

- Diez, Picazo Luis y Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil Español, Derecho de Familia, t.4, Barcelona, 1954, Bosch Casa Editorial, 509 p.p.

- Enneccerus, Ludwing, Theodor Kipp y Martin ----- Wolff, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, t.4, - vol.II, Trad. de Blás Pérez y José Castán Tobeñas, Barcelona, 1953, 2a., Bosch Casa Editorial, 523 p.p.

- Galindo, Garfias Ignacio, Derecho Civil, Parte General, México, 1973, 3a., Porrúa, 724 p.p.

- Ibarrola, Antonio de, Derecho de Familia, México, 1981, 2a., Porrúa, 562 p.p.

- Laurent, F., Principios de Derecho Civil, t.3, México, 1887, Tipografía de Alejandro Marcue, 588 p.p.

- Lehmann, Heinrich, Derecho de Familia, traducción de la 2a., edición por José Ma. Navas, Madrid, 1967, - Revista de Derecho Privado, 503 p.p.

- Mateos, Alarcón Manuel, Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el C.C. del D.F., t.1, Tratado de Personas, México, 1885, Librería de J. Valdéz y Cueva, 588 p.p.

- Mazeaud, León, Henri y Jean, Lecciones de Derecho Civil, La Familia, traducción de Luis Alcalá Zamora y - Castillo, Parte Primera, vol. IV, Buenos Aires, 1965, Ejea, 572 p.p.

- Muñoz, Luis, Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia, t.1, México, 1971, Ediciones Modelo, 489 p.p.

- Ripert, Georges y Jean Boulanger, Tratado de - Derecho Civil, De las Personas, Segunda Parte, vol. II, --- Buenos Aires, Ediciones la Ley, 655 p.p.

- Rojina, Villegas Rafael, Compendio de Derecho - Civil, Introducción, Personas y Familia, t.1, México, 1978, 15a., Porrúa, 509 p.p.

- Rojina, Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia, t.2, México, 1980, Porrúa, 685 p.p.

- Verdugo, Agustín, Principios de Derecho Civil - Mexicano, t.3, México, 1887, Gómez de la Puente Editor, 588 p.p.

LEGISLACION.

M-0028588

- Diario Oficial de la Federación, del 27 de diciembre de 1983, México, 1983, 45 p.p.

- Ley Sobre Relaciones Familiares, expedida el 9 de abril de 1917, publicada el 14 de abril de 1917, anotada por el Notario Manuel Andrade, México, 1980, 3a., Ediciones Andrade, 95 - p.p.

- Leyes y Códigos de México, Código Civil para el D. F. en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, México, 1980, 48a., Porrúa, 638 p.p.

- Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, Código Civil del D.F. y Territorio de B.C. de 1870, México, 1870, Imprenta Dirigida por José Batiza, 634 p.p.

- Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, Código Civil del D.F. y Territorio de B.C., Reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por Decreto del 14 de diciembre de 1883, Zacatecas Mex., 1890, Tipografía de Tomas -- Lorck, 753 p.p.