

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
FACULTAD DE DERECHO

# La Situación de los hijos en el Divorcio

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

PATRICIA ALVAREZ ARRIAGA

MEXICO 1974



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 mi padre:*

*Quien siempre ha sido el apoyo y  
el sabio consejero de mi vida.*

*A mis hermanos con cariño*

*Alvaro*

*Gerardo*

*José Luis*

*Al Sr. Lic. José Barroso Figueroa  
director de esta tesis con respeto y pro-  
funda admiración.*

1

*A todas las personas que de alguna  
manera hicieron posible la realización de  
este trabajo.*

## CAPITULO PRIMERO

### PROGRESION HISTORICA DEL DIVORCIO

#### 1.- El divorcio en la antigüedad

- 1.- Hebreos
- 2.- Derecho Canónico
- 3.- Derecho Romano
- 4.- Aztecas

#### II.-El divorcio en México

- 1.- Código Civil de 1870
- 2.- Código Civil de 1884
- 3.- Decreto de 29 de Diciembre de 1914
- 4.- Ley Sobre Relaciones Familiares
- 5.- Código Civil de 1928

## CAPITULO SEGUNDO

### I.- LA FILIACION Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS

- 1.- Concepto de Filiación
- 2.- Diferentes clases de Filiación
- 3.- Progresión Histórica de la Filiación en México

- a) Código Civil de 1870
- b) Código Civil de 1884
- c) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917
- d) Código Civil de 1928

- I.- Los hijos de matrimonio
- II.- Las pruebas de la filiación de los hijos matrimoniales
- III.- Los hijos nacidos fuera de matrimonio
- IV.- El Reconocimiento
- V.- Legitimación

### II.- Patria Potestad

- 1.- Definición
- 2.- Código Napoleón de 1804
- 3.- Ley Francesa del 24 de Julio de 1889
- 4.- Ley Francesa del 19 de abril de 1898
- 5.- Ley Francesa del 3 de abril de 1903
- 6.- Ley Francesa del 15 de noviembre de 1921

### III.- Progresión histórica de la Patria Potestad en el Derecho Mexicano

- 1.- Código Civil de 1870
- 2.- Código Civil de 1884
- 3.- Ley Sobre Relaciones Familiares
- 4.- Código Civil de 1928

### IV.- Efectos de la Patria Potestad

- 1.- Respecto de la persona de los hijos
- 2.- Respecto de los bienes del hijo
- 3.- Fin, suspensión y pérdida de la Patria Potestad

## CAPITULO TERCERO

### OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

- 1.- Definición
- 2.- Antecedentes históricos
- 3.- Caracteres de la obligaciones alimentaria
- 4.- Cesación de la obligación alimentaria
- 5.- Quiénes están obligados a prestar los alimentos y quiénes tienen el derecho de recibirlos
- 6.- La obligación de prestar alimentos y los bienes de que se puede disponer por testamento

## CAPITULO CUARTO

### LA SITUACION LEGAL DE LOS HIJOS EN VIRTUD DEL DIVORCIO

#### I.- La situación legislativa actual Crítica

#### II.- Crítica a algunas de las soluciones contenidas en el Artículo 283 del Código Civil

- 1.- Caso de la fracción II del artículo 267
- 2.- Caso de la fracción VI del artículo 267
- 3.- Caso de la fracción IX del artículo 267

## CAPITULO PRIMERO

### PROGRESION HISTORICA DEL DIVORCIO

#### 1.- El divorcio en la antigüedad

##### 1.- DERECHO HEBREO

El pueblo hebreo, en la antigüedad, conoció el divorcio, en forma peculiar y de acuerdo con sus costumbres y las ideas que formaron su cultura.

La familia característica estaba sujeta al régimen patriarcal, admitiéndose la poligamia a condición de que el varón pudiera proveer el mantenimiento, vestido y debido concuygal de sus consortes.

Una de las formas de disolución del vínculo matrimonial fue el repudio. Consistía en una declaración razonada de las causas por las cuales se pretendía la disolución vincular. En el caso particular del varón, éste podía repudiar a su mujer si ésta no reunía las cualidades o atributos que había creído tenía al desposarse con ella.

Con la finalidad de otorgarle mayor seriedad y de obligar a quien lo pretendiera, a su razonable utilización, el varón que repudiaba a su mujer no podía unirse en nuevas nupcias con la mujer repudiada.

Existían algunos casos especiales que no sólo eran causas de repudio, sino además tenían señaladas sanciones específicas; ellas eran: cuando la mujer al llegar al matrimonio no era virgen, o bien en los casos en que una vez celebrado el matrimonio era sorprendida en adulterio. En el primer caso, la ley mosaica establecía que fuera sacada a la puerta de la casa de su padre y apedreada hasta morir por los hombres de su ciudad, y en el segundo caso, si los adúlteros eran sorprendidos en el lecho, ambos deberían morir.(1)

##### 2.- DERECHO CANONICO

Las primeras interpretaciones que se hicieron a los textos del nuevo testamento, fueron controvertidas. Por una parte existió una corriente que consideró que el evangelio de San Mateo aceptaba el divorcio de los conyüges, cuando hubiera existido adulterio de alguno de ellos; esta corriente la sostienen algunas de las iglesias surgidas de la reforma religiosa.(2)

Por otra parte, existe una segunda corriente que se apoya en evangelios de San Marcos, y que sostiene la indisolubilidad del matrimonio. San Agustín, notable pensador católico, se inclinó con gran fervor por esta última tesis.

Es a partir del siglo XIII donde se define el criterio de la Iglesia Católica Romana, en el sentido de que el matrimonio consumado es indisoluble, Fernández Clérigo dice: (3)

"La propia Iglesia impulsada por la realidad, ha tenido que admitir la imposibilidad de mantener la convivencia de dos seres cuya existencia en común se ha hecho imposible, por gravísimas y fundamentales razones y se ha visto en la necesidad de establecer en consideración a dichas realidades el llamado Divorcio"

"Quod thorum et mutuum Cohabitationem", o sea una separación de cuerpos y de bienes que produce casi los mismos efectos -tan criticados- del divorcio, dejando sólo a salvo la indisolubilidad del vínculo, para mantener incólume la santidad del dogma".

El Derecho Canónico actual, impulsado por la realidad, acepta diversas soluciones para casos especiales.

En primer término distingue entre matrimonio no consumado -ratum-, y matrimonio consumado -consumatum-, entendiendo que la diferencia existe en la práctica o no de las relaciones sexuales entre los cónyuges. Es criterio generalizado que en el primer caso se puede conceder el divorcio vincular en virtud de que el matrimonio no se ha consumado.

En el segundo de los casos, o sea consumado el matrimonio, no es ya posible el rompimiento vincular, sino que sólo puede crearse una disminución de los deberes conyugales, pero en todo caso subsistiendo el impedimento para contraer nuevo matrimonio, y esa disminución de deberes conyugales y esa separación de cuerpos y de mesa puede, a la luz del Derecho Canónico, declararse en forma perpétua, si la causa ha sido el adulterio de uno de los cónyuges. (artículo 1129 del Código Canónico).

- 1) De la tesis profesional "La Nueva Legislación sobre divorcios en el estado de Chihuahua" de 1971 de la U.N.A.M. José M. Peña
- 2) Arias, José.- Derecho de Familia. Editorial Guillermo Kraft Limitada. Buenos Aires. Argentina. 1949. Pág. 181.
- 3) Fernandez Clérigo Luis.- El Derecho de la familia en la legislación comparada.- Editorial Uteha- México- 1947- Pág. 9.

### 3.- DERECHO ROMANO

Formación y desarrollo del Derecho Romano.- Si se considera el derecho privado de los romanos desde el punto de vista de su desenvolvimiento, después de la fundación de Roma hasta el reinado de Justiniano, se pueden distinguir cuatro períodos:

- 1o.- De la fundación de Roma a la Ley de las XII tablas (1 a 3 o 4 de Roma)
- 2o.- De la ley de las XII tablas al fin de la República (3 o 4 a 723 de Roma)
- 3o.- Del advenimiento del imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, ó 235 de la Era Cristiana)
- 4o.- De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225 a 565 de la era cristiana)

Durante el primer período, el Derecho Romano está todavía en la infancia. Se compone de costumbres antiguas de los pueblos itálicos que fundaron la nueva ciudad.

En el segundo, determinado por la ley de las XII tablas; se desarrolla el Derecho gracias a la interpretación de los pontífices y de los jurisconsultos, y adquiere el carácter de nacional. El tercer período marca su apogeo. Felizmente extendido al contacto de las legislaciones extranjeras, coordinado y adaptado a las necesidades de la práctica por ingenios eminentes, llega a alcanzar, bajo los Antoninos, su más alto grado de perfección.

En los primeros tiempos de Roma, el divorcio o disolución del vínculo matrimonial era un derecho que tenía el jefe de la familia para romper, por su única voluntad, el matrimonio de su hijo sometido a su autoridad. (Según Petit (4))

Los emperadores Antonino El Piadoso y Marco Aurelio, hicieron cesar esta costumbre que se había convertido en un abuso fundado en la autoridad paterna.

Los Romanos conocieron varias causas de disolución del matrimonio, siendo éstas:

- a) La muerte de uno de los cónyuges
- b) La pérdida del connubium, ó sea la capacidad jurídica para contraer justas nupcias
- c) El divorcio

4) Petit Eugenio.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Novena Edición. Editorial Nacional México - 1958.- Pág. 109

El divorcio fue conocido por los romanos bajo dos formas:

a) Bona Gratia

b) Repudiación

El divorcio Bona Gratia operaba por la simple voluntad de las partes, partiendo del principio de que el mutuo disenso debe y puede disolver lo que el consentimiento ha unido.

El divorcio por repudiación inicialmente no requería de la expresión de alguna causa; la ley Julia de Adulteriis exigió -- que quien lo intentara, notificara al otro cónyuge ante la presencia de siete testigos, mediante un acta o simplemente por medio de la palabra, su voluntad; en caso de que se hubiera formulado algún acta, ésta se hacía entregar al otro cónyuge por medio de un manumitido.

" A partir de la República y sobre todo bajo el Imperio, los abusos cometidos por medio del repudio fueron frecuentes y esto obliga a los emperadores a hacerlo más difícil, obligando a los interesados a precisar las causas legítimas de repudiación". (5)

Las causas legítimas de repudiación en tiempos de Constantino, fueron señaladas de la manera siguiente: la mujer podía repudiar a su marido por ser éste reo de homicidio, de envenenamiento o de violación de sepulcros; a su vez el hombre podía repudiar a su mujer por adulterio, por convertirse en reo de envenenamiento ó por ejercer las artes mágicas. Con posterioridad Justinia no agregó como causa en favor de la mujer, la impotencia de su marido.

Los romanos, tan amantes de las formas y de las solemnidades aún cuando no siempre sus ropajes concordaran con la esencia de los actos que practicaban, en el caso del divorcio había formulado un ritual para consumarlo. En efecto si el matrimonio que se pretendía disolver, había sido celebrado "con manus" y al establecerse se había celebrado la ceremonia dedicada al dios Júpiter --- llamada "Confarreatio", era indispensable practicar otra ceremonia denominada "Defarreatio", en la que había que practicar otra ofrenda a Júpiter, dios tutelar del matrimonio romano y además había -- que emplear de "carta contraria verba". Si el matrimonio se había establecido mediante la coemptio o el usus, era necesario para su disolución la "Remancipatio", que consistía en una venta aparente de la cónyuge, en calidad de esclava y seguida inmediatamente después de una "manumisión del fingido comprador". Esta última forma de disolución vincular en opinión de Sohm (6)

"era un repudio, ya que la mujer no podía motivarlo ni impedirlo".

5) Petit Eugenio.- ob cit. pág. 110.

6) Sohm Rodolfo.- Instituciones de Derecho Privado Romano México 1951.- Pág. 294

En cuanto a capacidad de la mujer cabe señalar que ---  
Ésta podía practicar el repudio de su marido, pero siempre y cuan-  
do no estuviera sujeta a la autoridad de él, sino a la "manus" del  
padre o jefe de su familia.

Además de la disolución del vínculo matrimonial, el di-  
vorcio romano tenía otros efectos:

a) En primer término los cónyuges, al quedar libres del  
vínculo, estaban en aptitud de celebrar nuevas nupcias, con la --  
salvedad de que el varón lo podía hacer de inmediato y la mujer -  
debía de esperar un año a partir de la fecha del divorcio

b) La patria potestad de los hijos menores se otorgaba  
a los cónyuges inocentes, quedando en todo caso la educación y la  
alimentación a cargo del padre y sólo en forma subsidiaria de la  
madre.

c) La dote matrimonial, que en Roma constituía la apor-  
tación de la esposa o de la familia de ésta a los gastos de la vi-  
da conyugal, era recibida inicialmente por el marido, pero una --  
ley, que creó la acción denominada rei uxoriae, vino a establecer  
el derecho de la mujer viuda o divorciada y en favor del padre de  
la mujer en el caso de que ésta ya hubiese fallecido, para obte-  
ner la devolución de los bienes que constituían la dote matrimo-  
nial. En tiempos de Justiniano, ciertas reformas a la ley Julia  
de Adulteriis establecieron la prohibición al marido de disponer  
la enajenación o gravamen de la dote.

#### 4.- AZTECAS

El pueblo azteca era, en la época inmediatamente ante-  
rior a la Colonia, el representativo del territorio que hoy ocupa  
la nación mexicana. Se considera que el divorcio como disolución  
del vínculo matrimonial era conocido entre los componentes de ---  
este pueblo.

Sobre las causas que podían motivar el divorcio, Tori-  
bio Esquivel Obregón, dice: " Estaba reconocido el derecho de di-  
vorcio al hombre y a la mujer; en cuanto al primero lo fundaba el  
que la mujer fuera estéril o pendenciera, impaciente, descuidada  
y perezosa; en cuanto a la mujer no se sabe cuales serían las ---  
causas aceptadas de separación." (7)

Por su parte, George Vaillant opina:

"La mujer a su vez puede liberarse de su marido, cuando

7) Esquivel Obregón Toribio.- Apuntes para la Historia del Derecho  
en México.- Editorial Polis.- México.- 1937.- pág. 365

no pueda sostenerla, sea incapaz de educar a los hijos o la maltrate físicamente." (8)

A pesar de que el divorcio era conocido y practicado entre los aztecas, es uniforme la opinión de que en los tribunales - su trámite era lento y difícil, el ya citado Esquivel Obregón --- afirma:

"Los tribunales dificultaban y retardaban la resolución, y cuando al fin, la daban, no decretaban el divorcio, sólo autorizaban a los esposos a hacer lo que quisieran, pero el hombre y la mujer que se habían divorciado y volvían a unirse eran castigados con la pena de muerte". (9)

De la relación anterior, además de dejar expuesta la --- idea que las ordenanzas y los tribunales aztecas, pretendieron -- siempre dificultar la separación de los cónyuges, es conveniente subrayar la coincidencia con otros pueblos, entre ellos los hebreos, que castigaban con la pena de muerte al hombre y a la mujer - que habiendo obtenido la separación volvían a unirse.

Lo cierto es que entre los aztecas no fué el divorcio la principal causa de la disolución de los matrimonios, sino que, guerreros por antonomasia, sus hombres, por cientos o por miles y en todas las épocas, murieron en sus incursiones.

## II.- EL DIVORCIO EN MEXICO

En México, es el movimiento de Reforma el que establece la separación de Iglesia y Estado, y con ello sienta las bases para la nueva organización civil. En efecto, es en ésta época, cuando se dicta la Ley de 23 de julio de 1859, que en su artículo cuarto establecía:

"El matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente -- sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esta Ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas".

Esta ley forma parte del cuerpo de leyes que se conocieron como Leyes de Reforma; su mérito, es en la medida que deja ya a la potestad civil la regulación del matrimonio, aún cuando incurre en el error, acorde con su tiempo, de llamarlo contrato y de -

8) Vaillant George.- La civilización azteca.- Fondo de cultura económica. 1944. México. pág. 142.

9) Esquivel Obregón Toribio ob. cit. pág. 365

no pueda sostenerla, sea incapaz de educar a los hijos o la maltrate físicamente." (8)

A pesar de que el divorcio era conocido y practicado entre los aztecas, es uniforme la opinión de que en los tribunales - su trámite era lento y difícil, el ya citado Esquivel Obregón --- afirma:

"Los tribunales dificultaban y retardaban la resolución, y cuando al fin, la daban, no decretaban el divorcio, sólo autorizaban a los esposos a hacer lo que quisieran, pero el hombre y la mujer que se habían divorciado y volvían a unirse eran castigados con la pena de muerte". (9)

De la relación anterior, además de dejar expuesta la --- idea que las ordenanzas y los tribunales aztecas, pretendieron --- siempre dificultar la separación de los cónyuges, es conveniente subrayar la coincidencia con otros pueblos, entre ellos los hebreos, que castigaban con la pena de muerte al hombre y a la mujer - que habiendo obtenido la separación volvían a unirse.

Lo cierto es que entre los aztecas no fué el divorcio la principal causa de la disolución de los matrimonios, sino que, guerreros por antonomasia, sus hombres, por cientos o por miles y en todas las épocas, murieron en sus incursiones.

## II.- EL DIVORCIO EN MEXICO

En México, es el movimiento de Reforma el que establece la separación de Iglesia y Estado, y con ello sienta las bases para la nueva organización civil. En efecto, es en ésta época, cuando se dicta la Ley de 23 de julio de 1859, que en su artículo cuarto establecía:

"El matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente --- sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esta Ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas".

Esta ley forma parte del cuerpo de leyes que se conocieron como Leyes de Reforma; su mérito, es en la medida que deja ya a la potestad civil la regulación del matrimonio, aún cuando incurre en el error, acorde con su tiempo, de llamarlo contrato y de -

8) Vaillant George.- La civilización azteca.- Fondo de cultura económica. 1944. México. pág. 142.

9) Esquivel Obregón Toribio ob. cit. pág. 365

que de hecho tan sólo admite el divorcio no vincular o divorcio -- impropio.

Con posterioridad y bajo el mandato del Presidente Lerdo de Tejada, el 25 de septiembre de 1873 se promulga un decreto, que reforma la Constitución General de la República (de 1857), y en -- sus preceptos se hace resaltar que el matrimonio, además de ser un contrato civil, es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del fuero civil.

La Ley de 14 de diciembre de 1874, dictada como reglamentaria de la reforma citada, no aceptó el divorcio vincular.

### 1.- CODIGO CIVIL DE 1870

Este Código continúa con la tendencia seguida por ordenamientos anteriores, ya que establece en su artículo 239:

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

Se continúa así sosteniendo la indisolubilidad del matrimonio.

Como causas de separación este ordenamiento señalaba las siguientes, en su artículo 240:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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 ó de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en la corrupción.

V.- El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, -- prolongado por mas de dos años.

VI.- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél.

VII.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Además de las causas anteriores, existen otras. El artículo 244, dice que habiendo pedido alguno de los cónyuges la separación y no probado la causa, el otro tiene derecho a solicitar la siempre que transcurran cuatro meses desde el momento en que el primero, hubiere hecho dicha declaración.

Además, la lectura de otros preceptos parece indicarnos que existía como causa de separación el mutuo consentimiento.

El artículo 250, establece que el divorcio (no vincular, que es el único que reconoce), no podía pedirse hasta transcurridos dos años de celebrado el matrimonio.

El 247 del mismo ordenamiento dispone que en toda petición de divorcio, el matrimonio que pretendiera separarse no debería tener más de 20 años de constituido, ni la mujer más de 45 de edad.

La separación debería ser orden de un juez: el artículo 246 señala que la separación de hecho no producía efecto jurídico alguno y que para todos los fines legales se consideraba como matrimonio no separado.

El artículo 284 nos desconcierta en su contenido, ya que parece partir del principio de que todas las separaciones se pactan por mutuo consentimiento, pues de otra manera consideramos sería imposible cumplir con la exigencia que establece, de acompañar al escrito inicial una escritura que prevea la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación.

Acorde con el criterio de protección al matrimonio, este precepto señalaba un largo procedimiento, en el cual el juez tenía como función conciliar los intereses de los cónyuges en conflicto y tratar de evitar la separación.

Dictada la resolución definitiva, la separación no podía exceder del término de tres años, según lo establecía el artículo 257; concluido este plazo, los cónyuges podían insistir en su pretensión con el agravante de que el procedimiento en este caso duplicaba todos sus términos, convirtiéndose así en un proceso más lento y de camino más difícil.

Pretendiendo en todo tiempo la reconciliación de los cónyuges, el artículo 260, establecía el derecho de éstos para unirse cuando así lo estimaran conveniente e, inclusive, el artículo 264 establecía como presunción legal de reconciliación, el hecho de -- que existiera cohabitación conyugal entre los solicitantes de la separación ó entre los separados.

Con lo anterior se conforma el panorama general de como

el Código Civil de 1870 para el Distrito Federal regulaba el divorcio no vincular o separación de cuerpos, como una solución dentro de su época de vigencia de las dificultades y desavenencias surgidas en el matrimonio.

## 2.- CODIGO DE 1884

Este Código continuaba sin aceptar el divorcio vincular de los cónyuges y en su artículo 226, repite la definición que contiene el artículo 239 del Código Civil de 1870.

Al formular el catálogo de causales de separación, introduce algunas que son en esa época nuevas en el Derecho Mexicano, y por esa razón consideramos conveniente hacer la reproducción de los preceptos que las contienen:

Artículo 227.- Son causas legítimas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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

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

V.- El conato 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 con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio.

VII.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de - un cónyuge con el otro.

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

IX.- La negativa de uno de los cónyuges a administrar al -

otro alimentos conforme a la Ley.

X.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

XI.- 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.

XII.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

XIII.- El mutuo consentimiento.

Como otros distintivos especiales de esta legislación - cabe señalar los siguientes:

A) Estableció ya no sólo la reconciliación como en el Código anterior sino, además, en su artículo 240, dió este efecto al perdón expreso o tácito, que podía conceder cualquiera de los cónyuges.

B) La obligación del cónyuge culpable y a su vez el derecho del inocente, para que una vez declarada ejecutoriada una sentencia se obligara al condenado a vivir con el inocente. Sin que se pudiera posteriormente y por los mismos hechos pedir el divorcio. Esto es algo absurdo, que se establece en el artículo 243, y que no se encuentran argumentos para fundamentarlo y si abundan los que pudieran esgrimirse para condenarlo.

C) La duración de separación de cuerpos ya no tiene ningún máximo, rompiendo así el artículo 235 con la disposición del Código anterior.

D) Al mismo tiempo, este Código disminuye los términos y lo rebuscado del procedimiento.

### 3.- DECRETO DE 29 DE DICIEMBRE DE 1914

Se hace una especial mención de este Decreto de la época preconstitucional, porque en sus preceptos se encuentra por primera ocasión reconocido el rompimiento del vínculo matrimonial en nuestro país.

El Decreto, de acuerdo con su texto, reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1874, que ya hemos citado con anterioridad, haciendo expresa abolición de la separación de cuerpos, que los códigos anteriores habían reconocido en su artículo 1° dice:

"El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo consentimiento de los cónyuges cuando el matrimo

nio tenga más de tres años de celebrado ó 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".

#### 4.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Como corolario del Decreto del 29 de diciembre de 1914, el propio Venustiano Carranza, con fecha 29 de enero de 1915, reformó el Código Civil para el Distrito Federal, que en dicho tiempo se encontraba en vigor y que fuera expedido en el año de 1884.

Posteriormente, con fecha 9 de abril de 1917, dictó la Ley Sobre Relaciones Familiares, el Ciudadano Primer Jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza, Ley que ha sido atacada como inconstitucional, ya que las facultades extraordinarias de que se hallaba investido dicho caudillo, se considera que cesaban al entrar en vigor la nueva Constitución y que, en todo caso, esta Ley debería haberse dictado conforme a los procedimientos legales que la misma Constitución ya establecía.

La Ley Sobre Relaciones Familiares ya formula un catálogo de las causas por las cuales se podía solicitar el divorcio. El artículo 76 dice:

Son causas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

II.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato 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 sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro -- tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia 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 incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable o cualquiera otra enfermedad crónica incurable que sea, además contagiosa o hereditaria.

V.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos.

VI.- La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio.

VII.- La sevicia, las amenazas ó injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstas y aquellas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.

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

IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión ó destierro mayor de dos años.

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 cualquiera otra circunstancia ó tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que no baje de un año de prisión.

XII.- El mutuo consentimiento."

Esta Ley continúa estableciendo como hacía el Código Civil de 1884, las audiencias que por Ley deberían celebrarse en todo juicio de divorcio.

El artículo 82 de la Ley redujo a un año el plazo que debería transcurrir desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.

Además de las causas que establece el artículo 76, que ya hemos transcrito, la misma Ley, en su artículo 78, señala que existe causa de divorcio por el conato de corrupción de los hijos realizado por cualquiera de los dos esposos y, además, el artículo 79 crea una causa autónoma que puede dar origen a la disolución del matrimonio, al indicar que el hecho de que uno de los cónyuges haya intentado el divorcio o la nulidad sin que haya obtenido sentencia favorable, da derecho al otro esposo para que tres meses después lo pida.

Conforme a lo anterior la Ley Sobre Relaciones Familiares estableció catorce causas de divorcio en total, siendo trece de ellas contenciosas y una, el mutuo consentimiento, resultado del acuerdo de los esposos.

En cuanto a los efectos del divorcio, de acuerdo con el contenido del artículo 75, vemos que:

"El Divorcio disuelve le vínculo del matrimonio, y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Dictada la sentencia de divorcio el cónyuge varón podía de inmediato contraer nuevas nupcias, pero la mujer debería esperar 300 días, contados desde la fecha en que se suspendió la cohabitación. Esta regla general tenía una excepción que se aplicaba como sanción, referida a aquellos casos en que el divorcio se concedía fundado en el adulterio: el cónyuge declarado culpable - debería esperar dos años para celebrar nuevo matrimonio.

#### 5.- CODIGO CIVIL DE 1928

El mencionado Código Civil cuya elaboración quedó bajo la dirección de los señores Lic. Angel García Peña, Ignacio García Téllez, Francisco H. Rufz y Fernando Moreno, en su capítulo X intitulado "Del divorcio" regula en los artículos del 266 al 291 inclusive, las causas, derechos y deberes que se originan -- con motivo de la disolución del vínculo matrimonial. No profundizaremos en este tema ya que lo trataremos en el curso de la -- tesis.

## CAPITULO SEGUNDO

### I.- LA FILIACION Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS

1.- Concepto.- La filiación puede considerarse como un hecho natural o como un hecho jurídico.

Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación.

La procreación produce un sujeto de derecho con deberes y obligaciones en relación a los individuos que lo rodean y con el Estado. Asimismo, se produce una relación especial entre procreantes y procreado con deberes y obligaciones.

Para el Derecho la procreación significa señalar la existencia de un vínculo de familia. Este vínculo de familia puede tener un doble origen; pues puede provenir del nacimiento en el seno de una pareja unida por el vínculo jurídico del matrimonio o bien de una pareja que no lo ha celebrado. En el primer caso estamos en presencia de lo que tradicionalmente se ha denominado filiación legítima, en el segundo de lo que se llama filiación ilegítima o extramatrimonial. Al lado de estos dos tipos de filiación encontramos otra más que no tiene su antecedente en la procreación biológica sino en un procedimiento jurídico denominado adopción y que da lugar a la filiación adoptiva.

Antes de adelantar más sobre el tema que nos ocupa por considerarlo así conveniente anotamos la definición elaborada por Planiol y Ripert:

" Podemos definir la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea: pero en el lenguaje del derecho la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Esta precisión se justifica porque dicha relación se produce idéntica asimismo para todas las generaciones. La Relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad según que se consideren en relación con el padre o la madre".(10)

10) Planiol y Ripert.- Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Editorial Cultural Habana Cuba.- 1939. pág. 112.

## 2.- DIFERENTES CLASES DE FILIACION

Ateniéndonos a la regulación que de la filiación hace -- nuestro Código Civil podemos distinguir 3 clases de filiación: Filiación matrimonial, Filiación extramatrimonial y Filiación Adop-- tiva.

Rechazamos las expresiones filiación legítima y filiación ilegítima que durante mucho tiempo se usaron pero que constituían de por sí un baldón para el hijo que no había nacido de matrimo-- nio, pues el solo hecho de denominarlo ilegítimo podía considerarse como un atentado contra su dignidad. Debemos de recordar la -- intención del legislador de 1928 de "borrar la odiosa diferencia - entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se -- procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, por esa irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se vean privados de los mas sagrados -- derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual - ninguna culpa tienen" conforme se dice en la exposición de moti-- vos.

Un afamado jurista español, De Azcárate, había dicho para entonces ya, con mucho tino, que los ilegítimos no son los hijos - sino los padres. Por eso preferimos utilizar la terminología de - hijos nacidos de matrimonio y de hijos nacidos fuera de matrimonio sin calificar la legitimidad de tal filiación.

Filiación matrimonial.- Resulta del nacimiento del hijo - de dos personas que se encuentran unidas en matrimonio y siempre y cuando el hijo haya sido concebido en término hábil. Sobre esta - cuestión volveremos más adelante.

Filiación extramatrimonial.- Resulta del nacimiento de -- hijo entre personas que no están unidas en matrimonio o bien cuando el hijo no fué concebido en término hábil.

Filiación adoptiva.- Es resultado del procedimiento de -- adopción, mediante el cual un menor o un incapacitado que no fué - procreado por una pareja o por un individuo pasa a considerarse -- legalmente como hijo de aquella, o de éste.

El Maestro Flores Barroeta comenta: "De manera principal en los sistemas jurídicos tradicionales que han seguido el molde - del Código de Napoleón, en la actitud deliberada de otorgar recono-- cimiento jurídico solamente en forma plena a la filiación matrimo-- nial, llamada legítima por dicho de legislaciones, y desconocer -- casi en forma absoluta en Derecho, todo efecto a la extramatrimo-- nial, llamada por las mismas legislaciones natural o ilegítima. Se afirma que Napoleón expresaba que ya que los padres han ignorado a la Ley al unirse fuera de sus preceptos, el Derecho no tiene para que ocuparse de los hijos producto de su unión. Pero modernamente, por fortuna, se ha comprendido que la culpa de los padres no debe

en justicia imputarse a los hijos, y los Códigos tienden a reconocer en forma cada vez más amplia efectos jurídicos a la filiación de los hijos concebidos fuera de matrimonio, si no es que algunos como el nuestro del Distrito y Territorios Federales, equipara en forma plena los efectos jurídicos correspondientes a ambas especies de filiación, manteniendo la distinción solamente en razón de la diferente forma de establecimiento de una y de otra, debido al problema fundamental de prueba de la paternidad." (11)

### 3.- PROGRESION HISTORIA DE LA FILIACION EN MEXICO

#### a) CODIGO CIVIL MEXICANO DE 1870

Este Código conserva la clasificación tradicional de los hijos, es decir, habla de hijos "naturales", "sacrílegos", "mánceres", etc.

Dice Mateos Alarcón: el voto de la castidad y el orden sacerdotal no eran ya impedimentos de matrimonio, ni la prostitución de la mujer, por lo que ya no podía haber técnicamente hijos "sacrílegos" ni "mánceres" (12)

Cabe observar que el Código conservó la tradicional discriminación respecto a los hijos extramatrimoniales y en especial para el hijo espurio cuya legitimación fue prohibida. (Artículos 352 y 355)

En el artículo 314 del ordenamiento de 1870, se consideraban hijos "legítimos" los nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio; los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio ya provenga ésta de nulidad del contrato o muerte del marido.

Ahora bien, podía ser desconocido un hijo cuando hubiera sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, o cuando el nacimiento se le hubiera ocultado o hubiere acaecido durante su ausencia de más de diez meses (Artículo 315).

Los casos en que el marido no podía desconocer la legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de celebración del matrimonio señalados por el Código 1870, los encontramos re-  
producidos posteriormente en el artículo 328 del Código Civil Vigente.

11) Planiol y Ripert.- Tratado Elemental de Derecho Civil.- Volumen IV. Editorial José M. Cajica Jr.- Pág. 113.

12) M. Mateos Alarcón.- Estudios sobre el Código de 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884.- Tomo I.- Pág. 160.

En el artículo 329 se prohíbe "transacción o compromiso - en arbitrios" sobre la filiación legítima.

Por otra parte, el artículo 330 permite a los padres reconocer a sus hijos y a éstos consentir en ese reconocimiento.

Pudiendo haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios deducidos de la filiación legalmente declarada -- sin que las concesiones respectivas impliquen la adquisición del estado de hijo legítimo (Artículo 331).

El Artículo 332 establece un sistema sucesivo de pruebas para la filiación legítima. En primer lugar encontramos que esta se establece "por la partida de nacimiento"; en segundo lugar mediante "la posesión constante del estado de hijo legítimo", (pero si se controvertía la validez del matrimonio de los padres, "debería presentarse el acta de matrimonio").

La posesión de estado para que surtiera efecto como un medio de prueba de la filiación legítima debía reunir elementos: -- "Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre, con anuencia de éste"; "Que el padre lo haya tratado como a un hijo legítimo proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento" y "Que no haya sido reconocido constantemente como hijo legítimo de otro, por la familia de éste y en la sociedad". (Artículo 335). 13)

En el artículo 337 prevé el caso del hijo que no tuviera la posesión de estado de hijo legítimo y la pretendiera, en cuyo supuesto debería acreditar el matrimonio de su madre con la persona de quien pretendiera ser hijo legítimo, su nacimiento durante la época del matrimonio o bien dentro de los trescientos días siguientes a la disolución.

De la lectura de los artículos 365, 366 y 368 se desprende que el reconocimiento de los hijos podía ser voluntario o forzoso según que resultara de un acto espontáneo o de una sentencia definitiva y ejecutoriada.

Podía reconocer al hijo uno de los padres o ambos de común acuerdo, prohibiéndose para el caso de reconocimiento separado, al padre o a la madre que lo hicieren, que manifestaran el nombre del otro progenitor y asimismo exponer circunstancia alguna por la cual pudiera conocerse y debiendo testarse de oficio las palabras que contuvieran tal declaración; se prohíbe además, al funcionario o notario interviniente consentir la violación de esa prohibición y en su caso se le advertía de "imponerle la pena" de destitución de su empleo, sin perjuicio de las que le correspondieren conforme a la Ley Penal, que eran las establecidas para el delito de falsedad y la indemnización de daños y perjuicios.

(13) M. Mateos Alarcón.- Obra citada. Tomo I. Pág. 265.

En cuanto a los efectos del reconocimiento, sólo se surten respecto de quien lo hace.

En relación al hijo que iba a ser reconocido, su consentimiento se requería si se trataba de un mayor de edad, o el del tutor que tuviera, o el del que para el caso se le designara, de ser menor, pudiendo reclamar en este postrer supuesto contra su reconocimiento al llegar a su mayoría de edad (Artículo 380).

El Código de 1870 en su artículo 370 prohibía "absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio", "tanto en favor como en contra del hijo". Sin embargo en el artículo 371 permite el ejercicio de la acción cuando el hijo estuviera en posesión de su estado de hijo legítimo y, por otra parte, el artículo 385 establece excepción también para los casos de raptó o violación, cuando la época del delito coincidiera con la de la concepción.

La investigación de la maternidad en cambio estaba permitida aunque debía haber para la concesión de tal acción dos circunstancias a saber: la posesión de estado de hijo natural, y que la persona a quien el hijo le reclame el reconocimiento no estuviera unida en vínculo matrimonial, en el tiempo en que se pidiera tal reconocimiento. (Artículo 372).

La acción de la investigación de la maternidad, así como la de la investigación de la paternidad debían intentarse en vida de los padres, pero si éstos habían muerto durante la minoridad de los presuntos hijos, estos podían ejercitar la acción antes de cumplirse cuatro años de su emancipación o de su adquisición de la mayoría de edad. (Artículo 386).

#### b) CODIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884, se limitó a reproducir los preceptos del Código Civil de 1870.

Las diferencias más importantes, en lo relativo a la filiación, son las siguientes:

El Código de 1870 en cuanto a los hijos nacidos de la viuda que contrajere segundas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, estableció en su artículo 324 las reglas para determinar su filiación.

1º.- Se presumía hijo del primer marido al nacido dentro de los ciento ochenta días inmediatos a la muerte de dicho esposo, debiendo el que negare la legitimidad en este caso, probar la imposibilidad física de ser hijo de tal marido.

2º.- Se presumía hijo del segundo marido cuando nacía --- después de 210 días contados desde la celebración del segundo casamiento.

El artículo 300 del Código de 1884 corrigió la omisión - de su antecedente estableciendo una tercera regla para el caso de que el hijo naciera después de 210 días siguientes a la muerte -- del primer marido y antes de 210 días contados desde la celebración del segundo matrimonio siendo en este caso el hijo natural.

Otra diferencia la encontramos en el artículo 327 del Código de 1870 en relación con el artículo 303 del Código de 1884. En el primero se reputaba nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno nacía con figura humana y vivía 24 horas - naturales y dentro de este lapso se presentaba vivo al Registro - Civil.

El artículo 334 del Código 1870, dice que los hijos nacidos de personas que hubieren vivido públicamente como marido y mujer y que ambos hubieren fallecido o por ausencia o enfermedad no pudieran manifestar el lugar en que se casaron, no se les podría disputar su legitimidad por falta de presentación del acta de matrimonio si se probara su legitimidad por la posesión de estado - de matrimonio. En cambio, el artículo 309 del Código de 1884 dice que la posesión de estado no debía de ser contradicha por el - acta de nacimiento.

El artículo 356 del Código de 1884, establece los derechos de los hijos reconocidos, como son percibir una pensión alimenticia por causa de la muerte del padre o de la madre o de ambos si los reconocieron, siempre que el reconocido fuera menor de veinticinco años tratándose de varón o bien que estuviere impedido para trabajar, o siendo mujer si no contraía matrimonio y vivía honestamente su derecho era permanente. Esta solución nos parece más justa que la "legítima" concedida a los hijos naturales - por el Código de 1870.

La adopción no fué reglamentada por los Códigos que comentamos.

### c) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES 1917

Esta ley casi borró las diferencias entre los hijos de - matrimonio y los extramatrimoniales.

La clasificación de los hijos en esta Ley, se reduce a - legítimos y naturales, suprimiendo a los espurios.

El hijo natural, de acuerdo con el artículo 186, es "Todo hijo nacido fuera de matrimonio". Podían ser legitimados, por tanto, todos los hijos nacidos fuera de matrimonio. (Artículo 176)

Novedosa fué esta Ley, al establecer la institución de la adopción en su artículo 220, que la define como "El acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural".

d) CODIGO CIVIL DE 1928

i.- LOS HIJOS DE MATRIMONIO

"Tener una filiación legítima, es haber nacido de las relaciones sexuales de dos esposos. Para establecer esta filiación, es preciso poder demostrar, primero, que se ha nacido de una mujer casada: este hecho es el de la maternidad legítima; Segundo.- Que haya sido engendrado por el marido de esta mujer: este hecho es el de la paternidad legítima". (14)

Para probar la maternidad legítima, no se presentan mayores problemas, por ser susceptible de revelación en hechos externos visibles, como es el embarazo y el parto.

Los legisladores careciendo de medios probatorios para fijar la paternidad, se han visto en la necesidad de recurrir a las presunciones. Siendo la presunción una consecuencia que la Ley saca de un hecho conocido, el hecho de que una mujer ha dado luz a un hijo, si esa mujer está casada, hace a la ley presumir que tal hijo es obra de su marido. Dicha presunción ha sido tomada de la máxima de los romanos "Pater is est quod justae nuptiae demonstrant", la cual tiene su fundamento en la obligación de la esposa de guardar fidelidad a su marido y en la estabilidad y regularidad de las relaciones sexuales de los cónyuges.

El maestro Rojina Villegas al respecto dice: "Se tiene -- que partir para esta presunción que admite prueba en contrario, de la honestidad y fidelidad de toda esposa. Si no partiese de este principio, se impondría al hijo de la mujer casada una prueba imposible, tendría que demostrar que fué precisamente engendrado por el marido de su madre; esto sería sencillamente desquiciar el orden familiar. Sería poner en duda la fidelidad de la esposa, y -- arrojar sobre el hijo una prueba que, aún cuando a base de una investigación indirecta, partiría siempre de imputar infidelidad a la madre sin que hubiese un problema planteado por el marido. Es decir, sin un desconocimiento o impugnación de la legitimidad por parte de éste". (15)

En nuestro Código Civil vigente, encontramos este criterio al establecer la presunción de paternidad legítima, misma a la que haremos referencia a continuación. A la especie el artículo 324 dice:

(14) Rafael Rojina Villegas.- Compendio de Derecho Civil. Primera Edición. Editorial José Porrúa e Hijos. México. 1962. Pág. 440.

(15) Rafael Rojina Villegas. ob. cit. pág. 445.

"Se presume hijos de los cónyuges:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

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

Siguiendo el estudio de la presunción de la paternidad legítima, nuestro Código ha presumido que los hijos también son de matrimonio, si se contraen segundas nupcias antes de los trescientos días (Artículo 158) posteriores a la disolución del primer matrimonio, computándose este término en los casos de divorcio o nulidad desde que se interrumpió la cohabitación, tomando en consideración las siguientes reglas, establecidas en el artículo 334:

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

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

Esta presunción encuentra su prueba en contrario en el mismo artículo:

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

## II.- LAS PRUEBAS DE LA FILIACION DE LOS HIJOS MATRIMONIALES

Nuestro Código establece un sistema sucesivo de pruebas para establecer la filiación matrimonial, ocupando la primacía, la partida de nacimiento aunada al acta de matrimonio de los padres; en segundo lugar la posesión constante de estado de hijo de matrimonio y, por último, todos los medios de prueba que la Ley autoriza. (Artículo 340 y 341).

## III.- LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO

El Legislador Mexicano de 1928, ha tratado de terminar con las diferencias entre hijos matrimoniales e hijos nacidos fuera de matrimonio. En su "Exposición de Motivos" dice:

"Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozacen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen". La intención del legislador expresada en la exposición de motivos resulta un tanto fallida con la inclusión, por una parte, del capítulo III del título IV, libro primero, al que se intitula de la falta de reconocimiento de los hijos naturales, pues esta calificación de naturales a los hijos implica su categorización dentro de un grupo al que tradicionalmente se le ha visto como de calidad inferior a la de los hijos nacidos de matrimonio y, por otra parte al hacer referencia a la legitimación, lo cual implica la existencia de hijos ilegítimos, puesto que solamente puede legitimarse aquello que no es legítimo; lo que ya es legítimo no requiere legitimación.

También se refiere el Código a otras clases de hijos. -- Así por ejemplo en el artículo 62 menciona a los hijos adulterinos, en el 64 a los incestuosos. Estimamos que esta referencia no contraría el espíritu del Código ni lesiona la calidad del hijo, pues en estos preceptos no se autoriza el empleo de tales términos para calificar a cierta especie de hijos, lo que si sería contraría al espíritu del Código, sino que a través de ellos lo único que se hace es establecer la aclaración que tanto unos como otros pueden ser reconocidos. En el caso del hijo adulterino bien se expresa por el artículo 62 que podrá asentarse el nombre del padre ya sea soltero ó casado si así lo pidiere, en cambio no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con el marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y haya o exista una sentencia ejecutoria que declare que el hijo no es suyo; lo anterior tiene como aplicación que de acuerdo con la presunción *Pater is est quod justae nuptiae demonstrant* el padre del hijo habido por una mujer unida en matrimonio necesariamente tendrá que ser el marido, razón por la cual no puede asentarse precisamente el nombre de otro distinto de éste, pero el Código no desconoce la posibilidad de que efectivamente el marido no sea el padre y por eso cuando esa situación está perfectamente esclarecida a través del desconocimiento que hace el progenitor y de la sentencia que recae estableciendo que verdaderamente no es el presunto progenitor, es posible que pueda ser reconocido como hijo de otra persona distinta de aquél.

Por otra parte, la referencia que hace el Código al hijo incestuoso sólo es para aclarar que éste puede ser reconocido con la aclaración de que no debe asentarse en el acta precisamente -- que es hijo incestuoso.

La presunción "*Pater is est quod justae nuptiae demonstrant*," establecida para la filiación paterna de los hijos legítimos

timos no tiene caso tratándose de los hijos nacidos fuera de matrimonio, su paternidad no puede presumirse ya que las relaciones extramatrimoniales no se dan con regularidad, ni existe obligación de fidelidad de la mujer al esposo como en el caso de las uniones matrimoniales por tal motivo sólomente el reconocimiento de quienes lo engendraron puede determinar la filiación del hijo.

#### IV.- EL RECONOCIMIENTO

El maestro Rojina Villegas define al reconocimiento de la manera siguiente:

"El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plural, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación". (16)

Nuestro Código ha plasmado en su articulado respecto a la filiación natural que "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad" (Artículo 360).

En el artículo 365 encontramos que: "Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente".

Para el caso de realizarse separadamente el reconocimiento de un hijo, "no podrán revelar en el acto de dicho reconocimiento el nombre de la persona con quien fué habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles". Dice el artículo 370, añadiendo el 371: "El Juez del Registro Civil, el Juez de Primera Instancia, en su caso, el notario que consientan en la violación del artículo que precede, serán castigados con la pena de destitución de empleo o inhabilitación para desempeñar otro, por un término que no baje de dos ni exceda de cinco años". Los artículos transcritos fueron establecidos por el legislador, creemos, para evitar perturbaciones en la tranquilidad de los hogares.

Del principio personal del reconocimiento se infiere que sólo produce efectos para quien lo hace. Dice el artículo 366. "El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor." De donde resulta que el reconocimiento sólo del padre hace prueba únicamente de la filiación paterna y el reconocimiento hecho por la madre sólo prueba la filiación materna. Entonces la filiación del hi-

(16) Rojina Villegas Rafael.- ob. cit. pág. 482.

jo nacido fuera de matrimonio respecto de su padre y madre se establecerá cuando ambos lo hayan reconocido.

Tratándose del hijo de una mujer casada, no podrá ser -- reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido; sino -- cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se -- haya declarado que no es hijo suyo (Artículo 374). A esto ya nos referimos con anterioridad.

Pero, la mujer casada podrá reconocer, sin el consentimiento del marido, a su hijo habido antes de su matrimonio; no -- tendrá derecho, sin embargo, a llevarlo a vivir a la habitación -- conyugal, si no es con el consentimiento expreso del esposo (Artículo 372).

Resultado así, la mujer casada queda equiparada parcialmente al marido, toda vez que el artículo 373 dice:

"El marido podrá reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho de llevarlo a -- vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso de la esposa".

En principio, el reconocimiento es irrevocable, principio que encontramos en el artículo 367. "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, -- cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento".

El carácter irrevocable del reconocimiento tiene su excepción en el artículo 363 "El reconocimiento hecho por un menor de edad es revocable". Se justifica la actitud del legislador al permitir esta excepción porque considera la inexperiencia del menor, propicia para que sea engañado o sufra error, por lo que le es posible corregir estos vicios a su mayor edad. Agrega el mismo artículo: "Pudiendo intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor edad".

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

- I.- En la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil.
- II.- Por acta especial ante el Oficial.
- III.- Por escritura pública.
- IV.- Por testamento.
- V.- Por confesión judicial directa y expresa".

## V.- LEGITIMACION

Definición.- "La legitimación es un beneficio por el cual se confiere ficticiamente, el carácter de hijo legítimo, con todas sus consecuencias, a los hijos concebidos fuera de matrimonio". (17)

Según nuestro Código, en su artículo 354, "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos nacidos antes de su celebración".

En principio la legitimación debe hacerse durante la vida del hijo, muerto éste, no es posible la legitimación porque no se puede otorgar un carácter a quien no existe.

Sin embargo se establecen excepciones a dicho principio, cuando el hijo ha muerto al celebrarse el matrimonio de los padres, y ha dejado descendientes, beneficiándose a éstos.

Pueden ser legitimados los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está en cinta, o que lo reconoce si aquella estuviere encinta (Artículo 359).

Para que el hijo goce del derecho a la legitimación, los padres deberán reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el mismo acto de celebración o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, conjunta o separadamente. (Artículo 355).

"Si el hijo es reconocido por el padre y en el acta de nacimiento aparece el nombre de la madre, no es necesario que la misma lo reconozca expresamente, para que la legitimación surta los efectos legales".

Lo mismo puede decirse del padre si la madre es quien reconoce al hijo y aparece en el acta el nombre del padre, con lo cual se evitan actividades superfluas, dada la situación creada. (Artículo 356).

(17) Rafael de Pina.- Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1968. Pág. 359.

## II.- PATRIA POTESTAD

1. Definición.- Etimológicamente significa poder ó autoridad que los padres tienen sobre los hijos menores; pero esta idea es completamente vaga y general desde el punto de vista Jurídico, toda vez que carece del fundamento legal de lo que es en realidad esta Institución en el campo del Derecho.

Para el Maestro Rafael de Pina, (18)

"La Patria Potestad es el conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria."

Bonnecase, (19) eminente jurista francés, nos dice:

"La Patria Potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes, y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores, considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios".

Nos parece más completa y exacta la definición de Bonnecase, excepto que en nuestro Derecho se ejerce sólo por los progenitores y subsidiariamente por los abuelos paternos y maternos, según rezan los artículos 414 fracciones I, II, III y 418 de nuestro Código Civil y vigente, más no por terceras personas, además de que debe señalarse que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.

Finalmente la definición es incompleta, porque sólo se refiere a los hijos de matrimonio, en cuyo caso la patria potestad corresponde al padre y a la madre, más no hace mención a los hijos extramatrimoniales, respecto de los cuales el Derecho Mexicano establece que la ejercerá el progenitor que primero hubiere reconocido (Art. 381 del Código Civil de 1928) ó ambos cuando el reconocimiento fuere simultáneo. (Artículo 380 del mismo ordenamiento).

### BREVE EVOLUCION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCES CONTEMPORANEO

#### 2.- CODIGO NAPOLEON DE 1804

El Código Napoleón no previó en un principio el abuso de

(18) De Pina Rafael "Derecho Civil Mexicano" ob. cit. Pág. 375.

(19) Bonnecase "Elementos de Derecho Civil" Vol. I Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue. 1945. Pág. 427.

la Patria Potestad y, por consiguiente, no tomó las providencias necesarias para proteger al hijo de ese abuso, abandonándolo en manos de padres que en muchas ocasiones se condujeron criminalmente. Durante mucho tiempo la única defensa de esos hijos fué la intervención de los tribunales, que se reconocieron a sí mismos el derecho de hacer valer su autoridad contra los abusos de padres indignos; pero cuando se vió que esa arma era ostensiblemente insuficiente, el legislador comenzó a infligir golpes sistemáticos a la antigua inviolabilidad de la patria potestad, que se repitieron sin orden ni concierto, ya que las diferentes disposiciones dictadas se yuxtaponen e interfieren, convirtiendo la materia en una de las más complicadas del derecho francés. (20)

### 3.- LEY FRANCESA DEL 24 DE JULIO DE 1889

Fué la Ley del 24 de Julio de 1889, (21) dictada en protección de los hijos maltratados o moralmente abandonados, la que vino a corregir la omisión, estableciendo la posibilidad de la pérdida de la Patria Potestad. Esta pérdida debfa ser obligatoria o facultativa para el tribunal, según la responsabilidad que resultara a los padres; pero con suma rigidez dispuso también que implicaba la privación de todas las prerrogativas de la Patria Potestad, abarcando a todos los hijos de la persona afectada, fueran presentes o futuros y aún los habidos de un matrimonio ulterior.

Pero el Legislador Francés ya se encontraba preocupado por la necesidad de regular materia tan importante, para corregir los extremos en que cayeron los padres en relación con la persona y bienes de sus hijos, y los errores de los legisladores anteriores.

### 4.- LEY FRANCESA DEL 19 DE ABRIL DE 1898

Se dicta entonces la Ley del 19 de abril de 1898 (22), -- destinada a proteger menores víctimas de los abusos cometidos por sus progenitores, que permitió al Juez decretar la privación parcial de la Patria Potestad, reduciéndola al simple ejercicio del derecho de guarda, ahora únicamente respecto del hijo víctima del delito.

(20) Marcel Planiol y Jorge Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. ob. cit. Pág. 387.

(21) Julián Bonnecase, La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Pág. 314.

(22) J. Bonnecase. Obra citada. Pág. 325.

## 5.- LEY FRANCESA DEL 3 DE ABRIL DE 1903

Luego se expide la Ley del 3 de abril de 1903 que reprime la trata de blancas, condenando a sufrir la pérdida de la Patria Potestad al padre o la madre culpables de corromper al hijo, en lo que se refiere precisamente a éste.

## 6.- LEY FRANCESA DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 1921

La Ley del 15 de noviembre de 1921 ya dispone que en caso de pérdida de la patria potestad de pleno derecho por parte del padre, la madre o los parientes que enumera en su artículo 3° podrán ocurrir al tribunal competente, el que decidirá si en interés del hijo debe aquélla ejercer los derechos inherentes a la patria potestad, conforme lo dispone su artículo 4°. Sin embargo cuando un tribunal represivo dicte condena ordenando tal privación podrá resolver en la sentencia sobre la persona que deba entrar al ejercicio de la patria potestad. Para el caso de privación facultativa de todos o de parte de los derechos del padre, dispone igualmente que el tribunal que la decreta determinará en su resolución los derechos de la madre sobre los hijos nacidos o por nacer, agregando que si el padre privado de la patria potestad contrae un segundo matrimonio, la nueva esposa puede en caso de supervivencia de hijos, solicitar al tribunal que se le atribuya la patria potestad sobre los mismos.

Tanto la Ley de 1889 como la de 1921 establecen la necesidad de que se organice la tutela legítima al decretarse la privación de la Patria Potestad. (23)

### III.- PROGRESION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO

#### 1.- CODIGO CIVIL DE 1870

El Código Civil Mexicano de 1870 estableció en su artículo 416 que la patria potestad se perdía cuando el que la ejerciera era condenado a alguna pena que importara la pérdida de ese derecho y en los casos de divorcio, cuando uno o ambos cónyuges hubieran sido considerados culpables, en cuyo supuesto el ejercicio de la patria potestad pasaría al cónyuge inocente o se abriría la tutela legítima, respectivamente; en defecto de esta última tendría lugar la dativa. (Artículos 268, 546, 555 y 556).

En los casos en que uno de los cónyuges fuera condenado por sentencia civil a perder la patria potestad, su ejercicio pasaba como hemos dicho, al cónyuge inocente; pero si éste moría, -

(23) Julián Bonnacase, Elementos de Derecho Civil. ob. cit. Pág. 424.

el privado podía recobrarla nuevamente tan sólo cuando el divorcio se hubiera decretado:

- 1.- Por la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no fuera de incontinencia carnal.
- 2.- Por el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada por más de dos años.
- 3.- Por sevicia de un cónyuge respecto del otro". (Artículos 271 y 240 Fracciones III, V y VI).

El propio Código establecía otra causa facultativa de -- pérdida de la patria potestad en su artículo 417, al disponer que los Tribunales podían privar de ella a los padres o modificar su ejercicio, en caso de que estos trataran a los hijos con excesiva severidad, no los educaran, les impusieran preceptos inmorales o les dieran ejemplos corruptores.

Estableció este Código también, que la madre o abuela -- que dejaran de oír el dictamen del consultor o consultores que el padre estaba autorizado a nombrar testamentariamente para seguridad del hijo, podían ser privadas de la patria potestad en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio Público, debiendo abarcar dicha privación toda la autoridad que ejercieran sobre sus hijos o nietos, respectivamente, a instancia de dichos consultores; pero el acto en que hubieran omitido escuchar el mencionado dictamen no se anularía por ese sólo motivo. (Artículo 423).

## 2.- CODIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884 reprodujo en su artículo 389 las disposiciones del 416 del Código anterior, estableciendo las dos hipótesis de pérdida de pleno derecho y pérdida facultativa de la patria potestad; pero en su artículo 248 (equivalente al 271 de su análogo precedente) aclaró que si el divorcio había sido decretado por causa de enfermedad, el cónyuge que lo hubiera motivado no quedaría privado de la patria potestad, excepción inexistente en este último.

Reiteró también en su artículo 245 (correlativo del 268 del Código de 1870) que en caso de pérdida de la patria potestad y a la falta de cualquiera de los ascendientes llamados a su ejercicio debía abrirse la tutela legítima, con las variaciones que ya hemos indicado al estudiar esta institución. (Artículos 446, -- 447 y 458).

Modificó también con acierto, a nuestro ver, en su artículo 248 del que ya hemos hecho mención, los motivos para que fa-

llecendo el cónyuge inocente recobrará el ejercicio de la potestad paterna el culpable, pues este artículo remite a las fracciones VII, VIII y XII del 227, que con muchas modificaciones equivale al artículo 240 del Código de 1870. Los motivos que señaló para que se realizara el supuesto indicado consisten que el divorcio se hubiera decretado:

"1°.- Por la sevicia, amenazas o las injurias graves de un cónyuge respecto del otro.- 2°.- Por la acusación falsa hecha por un cónyuge contra otro.- 3°.- Por infracción de las capitulaciones matrimoniales".

Respecto a la guarda, educación y dirección de los hijos, el artículo 390 es una fiel reproducción del 417 del Código anterior, por lo que repetimos aquí los comentarios que dedicamos a dicho precepto.

Asimismo, su artículo 397 estableció en favor de los ascendientes la misma posibilidad de renuncia al derecho de patria potestad o a su ejercicio que establecía el 424 del Código de 1870 y la misma imposibilidad de recobrarla que contenía el 425 de --- aquel ordenamiento está implícita en su artículo 398.

Reprodujo en su artículo 396 las disposiciones relativas a la pérdida de la patria potestad respecto de la madre o abuela que no oyeran el dictamen del consultor o consultores, exactamente en la misma forma que lo disponía el artículo 423 del Código anterior.

### 3.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

Por su parte, la Ley Sobre Relaciones Familiares comparada con el Código de 1884, en la materia que nos ocupa, acusa las siguientes reproducciones y modificaciones:

Resumió en su artículo 260 las dos fracciones del 389 -- del Código, no modificando más que los números de los artículos a que aquél remitía, que en este caso vienen a ser los 94 y 99. Su artículo 94 reprodujo el 245 del Código 1884, con la diferencia de que en vez de especificar los numerales que regulan la tutela legítima, ordena que si no hay ascendientes en quien recaiga la patria potestad se provea a la tutela conforme a la Ley.

Substituyó con su artículo 97 el 248 del Código, ordenando, como éste, que el cónyuge que diera causa al divorcio perdería todo su poder sobre la persona y bienes de los hijos mientras viviera el cónyuge inocente, pero que los recobraría muerto éste, - si el divorcio se hubiera decretado por las causas VI, VII, VIII y IX, contenidas en su artículo 76. Dichas causas son las siguientes:

- 1a.- La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio.
- 2a.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.
- 3a.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.
- 4a.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años.

#### CODIGO DE 1928

La fracción I del artículo 444 del Código Civil vigente dispone que la patria potestad se pierde, cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

El primer supuesto encuentra su complemento en los con-- fusos artículos 202 y 203 del Código Penal; la pena de prisión -- puede ser de tres días a un año, y la multa de veinticinco a quinientos pesos, pudiendo además decretarse el cierre definitivo -- del establecimiento en caso de reincidencia.

Estas se aplican a los padres o tutores, que consientan que sus hijos o menores bajo su guarda se empleen en cantinas, tabernas y centros de vicio. El artículo 203 agrega expresamente -- que la sanción que señala el anterior se aumentará con la priva-- ción de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad, cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madras -- tra del menor.

Contiene también una disposición expresa en el mismo sen -- tido el artículo 335 del Código Penal, que dispone que al que -- abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un -- mes a cuatro años de prisión, si no resultara daño alguno, priván -- dolo además de la patria potestad o de la tutela si el delincuen -- te fuera ascendiente o tutor del ofendido.

Otra causa de pérdida de la patria potestad está conteni -- da en el artículo 336 del mismo Código Penal, que ordena que al -- que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, -- sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se -- le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los de -- rechos de familia.

Una causa más la establece el artículo 343 del propio Código que venimos mencionando, conforme al cual los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un niño que esté bajo su potestad, perderán, por ese sólo hecho, los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito (entendemos que sin perjuicio de las sanciones que determina el artículo 342 del mismo Código).

En el segundo supuesto contenido en la fracción I del artículo 444 del Código Civil, que se refiere a la pérdida de la patria potestad, cuando el que la ejerce es condenado dos o más veces por delitos graves, quedan comprendidas las condenas penales a que se haga acreedor por cualquiera de los delitos sexuales cometidos contra la persona de sus descendientes, que en el Código penal anterior se castigaban expresamente con la pérdida de la Patria Potestad, además de las correspondientes sanciones corporales y económicas. El actual Código Penal no se refiere a ésta pérdida.

Cabe anotar respecto de la fracción II del artículo 444, la tercera regla del artículo 283 establece, que en los casos en que el divorcio se decreta por padecer uno de los cónyuges sífilis, tuberculosis, cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea contagiosa o hereditaria, o por la impotencia incurable que sobrevenga al marido después de celebrarlo, o también porque cualquiera de los consortes padezca enajenación mental incurable, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos.

La III fracción del artículo 444 del Código Civil de 1928, proclama que cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal, también se perderá la patria potestad.

Es una acertada disposición la que indica que cuando los padres tengan costumbres depravadas que pudieran comprometer la salud, la moralidad o la seguridad de los hijos, deban perder la patria potestad sobre ellos sus progenitores.

Una deficiencia de nuestra juventud es la falta de responsabilidad, que encuentra su origen en el desacierto de la dirección y educación paternas. Ya antes nos hemos referido al problema que confrontan personas de todos los sectores de la población por este motivo, y podríamos asegurar, sin temor a equivocarnos, que ésta es la génesis de la desadaptación social de la juventud, que se engendra a su vez en la falta de dirección moral que los padres deben a sus hijos. Falta de responsabilidad como hijos, como estudiantes, frente a sí mismos y para con sus seme-

jantes (tomados individualmente o en sus formas de asociación) --- y carencia casi absoluta de una ética elemental son las causas de que los jóvenes de hoy no cumplan debidamente el papel que les coresponde en la tarea colectiva.

Ya hemos visto a través de éste estudio que la patria potestad está constituida por numerosos deberes que podrían agruparse en orden decreciente de importancia en varias especies. La primera y más importante de estas especies, es la que comprende los deberes de los padres respecto a la persona de los hijos y dentro de ella, el deber fundamental es el de atender sus necesidades biológicas, esto es, darles habitación, vestido y alimentación, que se comprenden en la obligación genérica de proporcionar alimentos, que establecen los artículos 303 y 308 del Código Civil, misma --- que, además, abarca el deber de dar educación primaria y un oficio, arte o profesión honestos y adecuados al sexo y circunstancias personales del hijo.

La religión, con sus normas sin sanción material, va perdiendo su antigua fuerza para formar moralmente a los hombres, sobre todo en sus primeros años, por razones que no es del caso examinar; entonces, corresponde al Estado hacer mayores especifica---ciones en forma de leyes, en este aspecto, como lo hemos venido repitiendo, que es el conjunto organizado de las condiciones sociales, gracias a las cuales puede la persona humana cumplir su destino natural y espiritual. (24)

#### IV.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos" (Primera parte del artículo 413 del Código Civil Vigente). Consecuentemente, los efectos de esta Institución debemos analizarlos: en primer lugar, en cuanto a la persona de los -- hijos y, en segundo lugar, en relación con sus bienes.

##### 1.- RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS

Ahora bien, en relación con las personas de los hijos encontramos las siguientes consecuencias:

1.- "Los que ejercen la Patria Potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella". (Primera parte del artículo 425 del Código Civil de 1928).

El derecho de representación concedido por la ley a quienes ejercen la Patria Potestad, faculta a los ascendientes para --

- 24) Le Fue, de los, Fadburch, Caryle, Los Fines del Derecho. Bien Común, Justicia, Seguridad-Trad. De Daniel Kuri Breña, Ed. -- Jus, México, 1944, Pág. 73, citado por Rafael Preciado Hernández, Lecciones de Filosofía del Derecho, Pág. 209 Nota 4.

representar también a los hijos en juicio, (Artículo 427 del Código Civil y 45 del Código de Procedimientos Civiles), "Pero no podrá celebrarse ningún arreglo para terminarlo sino es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial --- cuando la ley lo requiera expresamente" y, "por los que no se ---- hallen en el caso del artículo anterior, comparecerán sus representantes legítimos, o los que deban suplir su incapacidad."

## 2.- EFECTOS CON RELACION DE LOS BIENES DEL HIJO

Al ocuparse de la patria potestad con relación a los bienes de los hijos, el Código Civil vigente hace una cuidadosa determinación de éstos efectos, por lo que pensamos que al ser el articulado tan explícito no requiere mayor análisis. Sin embargo, con objeto de hacer una sistematización de éstos efectos los hemos dividido en tres grupos:

A) Administración y usufructo de los bienes;

B) Garantías en favor de los bienes del sujeto a la patria potestad, y

C) Intervención judicial.

A) Administración y usufructo de los bienes.- Los bienes del hijo, mientras esté bajo la patria potestad, son de dos clases: los que adquiera con su trabajo y los que adquiera por cualquier otro título. Los de la primera clase, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo (artículo 428 del Código Civil).

La mitad del usufructo de los bienes que el hijo adquiera por título distinto del trabajo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto (artículo 430 del mismo ordenamiento).

Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar la renuncia por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda. Esta renuncia del usufructo hecha en favor del hijo por los padres en legal forma, se considera legalmente como una donación.

En todo caso, los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos y adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponde al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que esté en el ejercicio de la patria potestad.

El usufructo de los bienes, concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que --

expresa el Capítulo II del Título Octavo, Libro Primero del Código Civil y, además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes (que señala el artículo 434 del Código Civil):

I. Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra, o estén concursados.

II.- Cuando contraiga ulteriores nupcias.

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

El derecho del usufructo concedido a las personas que -- ejercen la patria potestad se extingue (artículo 438 del Código -- Civil):

I.- Por la emancipación o la mayor edad de los hijos...

II.- Por la pérdida de la patria potestad.

III.- Por renuncia.

B) Garantías en favor de los bienes del sujeto a la patria potestad.- Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa autorización judicial.

Tampoco pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir renta anticipada por más de dos; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones fructos y ganados, por menor valor del que se cotee en la plaza -- el día de la venta; hacer donación de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos (artículo 436 del Código Civil).

Las personas que ejerzan la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes a los hijos, y deben entregárselos tan pronto como se emancipen o lleguen a la mayor edad. (artículo 442 del Código Civil).

C) Intervención Judicial.- Los jueces tienen la facultad de tomar a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público, las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes -- ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen ó se disminuyan. (artículo 441 del Código Civil)

La intervención judicial autorizada para los casos a que se ha hecho referencia, que son los expresamente admitidos por el legislador, requiere siempre un requerimiento expreso al juez, no estando permitida la intervención de oficio.

### 3.- FIN, SUSPENSION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Según la sistemática seguida por el Código Civil Mexicano, la patria potestad se acaba, se suspende o se pierde.

Se acaba la patria potestad por la realización de ciertos acontecimientos naturales, como la muerte del que la ejerce o la emancipación o mayoría de edad del menor sometido a ella.

Se suspende cuando no la puede ejercer el ascendiente por incapacidad o por haber sido condenado a una pena que lleve consigo la suspensión de ese derecho.

Se pierde cuando la ley dispone que el ascendiente quede privado de ella por la comisión de un delito o por la falta de cumplimiento de los deberes que aquélla le impone respecto de sus hijos.

El artículo 443 de nuestro Ordenamiento Civil, señala de una manera clara los modos como se acaba la patria potestad, a los cuales podemos llamar naturales, porque son efecto de causas que provienen de la naturaleza, como la muerte del padre y el desarrollo de las aptitudes del hijo para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes.

Dicho precepto dice: "La patria potestad se acaba:

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

II.- Con la emancipación;

III.- Por la mayor edad del hijo".

Se suspende la patria potestad, cuando el padre está privado inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, cuando es sordomudo y no sabe leer ni escribir y, por último, cuando es ebrio consuetudinario o habitualmente hace uso inmoderado de drogas enervantes.

La suspensión es obvia, porque en estos casos siendo incapaz quien ejerce la Patria Potestad y por tanto no pudiendo conducirse a sí mismo, resulta también inhábil para ofrecer educación y dirección a sus hijos. Pero no es éste el único caso en que se suspende la patria potestad, ya que también ha lugar a la suspensión si es declarada en forma la ausencia del progenitor y, finalmente, por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Finalmente la patria potestad puede perderse. Esta pérdida de la patria potestad obedece tanto a la intención de proteger al hijo como a la de sancionar la conducta viciosa o negligente del padre que puede resultar pernicioso para la prole. El artículo 444 del Código Civil expresa los casos en que la Patria Potestad se pierde:

"Artículo 444.- La patria potestad se pierde:

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

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

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

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

Para completar esta exposición diremos que la patria potestad no es renunciable. Esto se debe a que la patria potestad implica no solamente derechos sino también deberes y si bien toda persona puede, en principio, renunciar los derechos que posee, en cambio no puede liberarse de las obligaciones por su sola manifestación de voluntad, lo cual es natural, puesto que las obligaciones las tiene frente a otro, dada la estructura bilateral del derecho. En este caso los titulares de los derechos correlativos de las obligaciones dimanantes de la patria potestad son los hijos.

No obstante la irrenunciabilidad de la patria potestad, - el Código Civil permite a ciertas personas excusarse de su ejercicio. Esta excusa tiene como fundamento la circunstancia de que a quien le corresponde el ejercicio de la patria potestad no se encuentra en condiciones físicas de poder desempeñar idóneamente esta función, lo cual en última instancia redundaría en perjuicio de quien está sujeto a ella. Así, el artículo 448 establece los casos en que puede haber lugar a esta excusa:

"Artículo 448.- La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I.- Cuando tengan 60 años cumplidos;

II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño."

## CAPITULO TERCERO

### OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

1.- Definición.- La palabra alimento, viene del latín "alimentum, alere" alimentar, nutrir; en sentido recto significa las cosas que son necesarias para el sustento.

Es por lo dicho antes que, jurídicamente hablando, los alimentos comprenden, comida, vestido, habitación, gastos de enfermedad y educación del individuo; tal se desprende del artículo 308 del Código Civil, artículo que podemos dividir en dos partes:

- a) Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad y,
- b) Respecto a los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, la obligación de proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos, y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

### 2.- ANTECEDENTES HISTORICOS

Los distintos tratadistas y códigos han hecho diferentes clasificaciones de los alimentos, siendo la de mayor interés la que los distingue en CIVILES Y NATURALES, entendiéndose por civiles los que se deban tomando en cuenta siempre y principalmente las necesidades y posición del acreedor alimentario y las posibilidades y recursos del obligado a prestarlos, comprendiendo éstos, además de lo necesario para la existencia material del individuo, los gastos para su educación y para proporcionarle oficio y profesión. Los naturales son los que comprenden los gastos más indispensables para el individuo, sin relacionar la cuantía de ellos a la posición del alimentado ni a las posibilidades del alimentante.

### 3.- CARACTERES DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

Los alimentos, por constituir el medio de subsistencia de la persona, deben ser cuidadosamente protegidos por la Ley. Es to hace que estén revestidos de ciertas características que les resultan indispensables para que puedan cumplir su importante función. Las características que la doctrina cita como más frecuente para los alimentos, son las que en seguida se listan:

Imprescriptibilidad.- Dada la naturaleza de los alimentos, la acción para reclamarlos es imprescriptible, pues permanece

vigente durante todo el tiempo que se tenga derecho a ellos. De ahí que el artículo 1160 del Código Civil establezca de manera categórica:

"Artículo 1160.- La obligación de dar alimentos es imprescriptible".

Cabe distinguir entre la obligación de dar alimentos y los alimentos ya debidos. La imprescriptibilidad solamente ampara a la acción para reclamar los alimentos y no así a la percepción de aquellos que ya se vencieron, pues en este último tiene aplicación el artículo 1162, conforme al cual toda prestación periódica no cobrada a su vencimiento queda prescrita en cinco años.

De esta manera, quien tenga derecho a percibir alimentos podrá reclamarlos en cualquier momento, pero respecto de los que ya se vencieron solamente tendrá derecho a que le sean ministrados los que se le adeuden a partir de los últimos cinco años.

**Inembargabilidad.**- Si la pensión alimenticia constituye el medio de vivir del acreedor alimentario, sería ir contra su propia naturaleza el permitir que se le privara de ella, pues privarlo de la suma que se le proporciona por ese concepto, sería como privarlo de la vida. Tal carácter señala el artículo 2787 del Código Civil, al consagrar la inembargabilidad de la renta vitalicia que los asegura en cuanto basten para cubrir las necesidades del alimentista.

**No Compensabilidad.**- La persona obligada a prestar los alimentos no puede oponer al acreedor alimentista un crédito que ésta le estuviera adeudando, pues si pudiera hacerlo se eludiría fácilmente la obligación alimentaria que es vital para el individuo.

Por ésto, si una de las deudas fuere por alimentos no puede oponerse la compensación.

**Intransmisibilidad.**- La obligación de ministrar alimentos es intransmisible, pues se otorgan siempre en atención a la persona y sus necesidades. Esta característica de los alimentos está íntimamente vinculada con la irrenunciabilidad de ellos. En ambos casos vemos que de admitirse la posibilidad de la transmisión ó de la renuncia de los alimentos se frustraría el propósito del legislador de proporcionar un medio que permitiera sobrevivir a la persona que tiene derecho a ellos.

**Divisibilidad.**- Anteriormente se afirmaba que la obligación alimentaria era indivisible y se negaba su divisibilidad argumentando que la deuda alimentaria tenía por objeto la conservación de la vida del alimentado, por lo que tenía que prestarse por entero y no por partes, ya que la vida no puede conservarse fragmentariamente. Pero hoy todos los autores sostienen la tesis contraria y rebaten ese argumento diciendo que el objeto de la obligación no

es la vida del alimentado (ese será el fin que se persigue o sea - conservar la vida del acreedor alimentista) sino primordialmente - una cantidad de dinero y esta puede perfectamente proporcionarse - en partes.

**Reciprocidad.-** El artículo 301 del Código Civil, a la le tra dice:

"La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los dá tiene a su vez el derecho de pedirlos".

Esto se explica por que si la obligación alimentaria tie ne como fundamento los lazos de sangre y de afecto; muy justo es - que aquél que cuida por la subsistencia de determinada persona, -- llegado el caso, ésta corresponda con igual ayuda a quien en el in fortunio le prestó su apoyo.

**Intransigibilidad.-** "Artículo 2950.- Será nula la transac ción que verse ... V Sobre el derecho de percibir alimentos."

Efectivamente el derecho a percibir alimentos no está su jeto a transacción; cosa distinta ocurre tratándose de las cantida des que ya se adeudan por concepto de alimentos, las cuales si pue den ser transigibles, según dispone el artículo 2951 del Código CI vil.

Las disposiciones legales se justifican por sí solas. La imposibilidad de transigir sobre el derecho a percibir alimentos - es lógico, porque si se llegara a alguna transacción sobre él tam bién resultaría fallida la intención del legislador de otorgar un medio de vida al acreedor alimentista. De diferente manera ocurre tratándose de los alimentos que ya se adeudan, pues en este caso - resulta evidente que el acreedor ha podido sobrevivir a la falta - de ministración de alimentos, aunque probablemente haya adquirido algunas deudas para poder subsistir e incluso sufrido privaciones; para resarcirlo de esta situación el legislador mantiene el dere- cho a los alimentos, por un término hasta de cinco años, pero como es una cantidad ya adeudada que no le resulta en modo alguno indis pensable para su supervivencia, se le permite que llegue a un acuer do con el deudor, lo que hará más fácil que reciba alguna cantidad importante.

Además, considerando al derecho de alimentos como de in- terés público, aun a falta de texto expreso, que lo hay, si tomamos en consideración los artículos 6 y 8 de nuestro Código Civil, las disposiciones relativas a alimentos no podrían renunciarse.

**Proporcionalidad y Variabilidad.-** El artículo 311 de --- nuestro actual Código Civil dice:

"Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos".

De esta doble cualidad de proporcionalidad y variabilidad de la obligación alimentaria, deriva una consecuencia de suma importancia, pues si esa proporcionalidad y variabilidad estriba en la posibilidad económica del deudor y de la necesidad del acreedor, llegamos a la conclusión de que la sentencia que fije una pensión alimenticia no puede causar ejecutoria en lo que se refiere al monto definitivo de la misma, y sostenemos ésto porque de causar ejecutoria podrían pasar dos cosas:

I.- No podría pedirse por ninguna de las dos partes el aumento ó disminución de la obligación, lo que podría traer como consecuencia en un momento dado que resultara desproporcionadamente por encima de las necesidades del acreedor alimentista, ó bien que debido al costo de la vida no le alcanzara para satisfacer sus necesidades más elementales; por otro lado, también podría ocurrir que la pensión fuera muy pequeña y que aumentaran los bienes de fortuna del deudor alimentario, en cuyo caso la pensión debe incrementarse tomando en cuenta este enriquecimiento de aquél; también pudiera suceder que empobreciera y ya no pudiera pagar lo que antiguamente cubría, en cuya hipótesis debiera disminuirse la pensión para que no le resultara una carga excesiva.

II.- Como resulta imprescindible que pueda ser variada la sentencia pronunciada en un juicio de alimentos ó en cualquier otro juicio pero cuyos puntos resolutiveos versaran sobre cuestión de alimentos, de mantener el principio de que la sentencia causa ejecutoria y que no puede ser por esta razón modificada, traería como consecuencia que las situaciones sobre materia alimenticia con solidaran como definitivas, desvirtuándose así la finalidad de la institución, ó bien que se permitiera esta variación, pero entonces se rompería con la norma que establece la invariabilidad de las sentencias que han causado estado.

Subsidiariedad.- Otra característica de los alimentos es la subsidiariedad ésta consiste en que ciertas personas se encuentran más obligadas que otras, de manera que las segundas solamente entrarán al cumplimiento de la obligación en el caso de que las primeras no puedan ó bien de que sólo puedan hacer la erogación parcialmente, en cuya hipótesis únicamente están constreñidas a cubrir el faltante.

La obligación de ministrar alimentos no puede ser solidaria (porque esto desvirtuaría la naturaleza de la obligación), sino debe ser subsidiaria, lo que equivale a decir que cierta persona se encuentra obligada a ministrar alimentos y cuando esa persona falta es que debe sustituirla aquella que la ley establece según el orden prefijado. Cabe agregar que la obligación de proporcionar alimentos es fraccionable, de manera que si el deudor alimentario no puede ministrar los alimentos por entero, los cubrirá en la medida en que pueda hacerlo, debiendo intervenir otro familiar para completar la cantidad que debe pagarse en el concepto dicho.

Preferencialidad.- La preferencia de pago que se reconoce a la pensión alimenticia se funda en las razones expuestas al referirnos a las características ya examinadas. Si sabemos que la pensión tiene por objeto la protección de la existencia del que la goza tiene que ser preferente respecto de cualquier otra obligación, pues nada es tan urgente como la subsistencia misma.

#### 4.- CESACION DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA

La obligación alimentaria, una vez que se ha fijado no tiene plazo de duración, y es el Código Civil, en su artículo 320, el que señala las causas por las cuales termina. Dichas causas son:

- I.- Cuando el obligado carece de medios para cumplirla.
- II.- Cuando el alimentado deja de necesitarlos.
- III.- Cuando el acreedor injuria o causa daños graves al que debe prestarlos.
- IV.- Cuando la necesidad de alimentos dependa de la conducta viciosa o falta de aplicación al trabajo, del alimentado, mientras subsista esta causa;
- V.- Si el alimentado abandona la casa del que debe dar los alimentos, sin el consentimiento de éste y sin causas justificables.

Como se vé, en este artículo el legislador no quizo, y con justicia, fomentar la holgazanería del alimentista, cuando su falta de aplicación al trabajo sea la causa de necesidad, así como tampoco quizo favorecer la ingratitud del alimentado, sancionado en estos casos con la cesación de la obligación.

#### 5.- QUIENES ESTAN OBLIGADOS A PRESTAR LOS ALIMENTOS Y QUIENES TIENEN EL DERECHO DE RECIBIRLOS

Entre nosotros, el Código Civil de 1884 solamente extendía la obligación de ministrar alimentos hasta los colaterales en segundo grado, es decir, hermanos; el Código vigente, al agregar otro párrafo al artículo 305, amplió esta obligación a parientes hasta el cuarto grado, en la línea colateral, lo que incluye a tíos y primos hermanos.

Las personas entre las cuales la ley establece recíprocamente la obligación de alimentos, son las ligadas por estrechos vínculos familiares: la relación conyugal que liga a ambos esposos, la de consanguinidad entre parientes, el vínculo civil que se establece entre el adoptante y el adoptado.

En el artículo 302, también del Código Civil, se dispone que los cónyuges deben darse alimentos, determinando cuando queda esta obligación subsistente en los casos de divorcio y otros más que la misma ley señala. Esto, como consecuencia de la ayuda y socorro mutuo que ambos se deben, realizándose la prestación de esta obligación en el domicilio conyugal y sólo excepcionalmente por medio de una pensión, en oposición a lo que sucede en los demás casos, en los que solo por excepción se puede cumplir en la casa del deudor.

En nuestro medio, generalmente es el marido el obligado a prestar alimentos y el que normalmente los da, pues la ley no le impone a la mujer el deber de alimentar al marido, sino cuando éste no cuente con medios suficientes o esté imposibilitado para trabajar, de tal manera que no sólo no pueda mantener a la mujer sino que tampoco sostenerse a sí mismo. Lo anterior siempre y cuando la mujer no trabaje porque, según previene el artículo 164 del Código Civil, si la mujer tiene bienes propios ó desempeña algún trabajo ó ejerce alguna profesión, oficio ó comercio, también debe contribuir a los gastos de sostenimiento de la familia. Cabe sin embargo aclarar que no obstante el monto de las percepciones que obtenga, su obligación de ayudar al sostenimiento del hogar es siempre moderada, pues el mismo artículo establece que esta contribución a los gastos no deberá exceder de la mitad del monto de dichos gastos, a no ser que, como ya dijimos anteriormente, el marido estuviere imposibilitado para trabajar.

Se pueden dar casos (y de hecho se dan) en que los alimentos entre cónyuges tienen que prestarse por medio de una pensión de uno hacia el otro. Tales casos que se puedan presentar son:

a) Cuando uno de los cónyuges ha entablado demanda de divorcio en contra del otro. (Art. 273 Fracc. IV, Código Civil).

b) Al dictarse sentencia que declare disuelto el vínculo matrimonial, decretando el divorcio. (Art. 288, C. Civil).

c) Cuando una sentencia autoriza a ambos esposos a vivir separados, en los casos de enfermedad contagiosa padecida por uno de ellos o enajenación mental (Art. 277, Código Civil).

d) Cuando la mujer viva separada del marido, por habitar éste en el extranjero o en lugar insalubre o indecoroso, mediante la autorización judicial. (Art. 163, Código Civil).

Pero además de éstos casos de separación legal entre ambos esposos, que es autorizada por la ley mediante la sentencia correspondiente, pueden darse también separaciones de hecho sin que medie ningún motivo legal ni autorización judicial.

La ley ha concedido a la adopción una situación legal que engendra relaciones permanentes, por lo que el adoptado y el adoptante gozan de los mismos derechos que si estuvieran unidos

por un lazo de parentesco consanguíneo.

## 6.- LA OBLIGACION DE PRESTAR ALIMENTOS Y LOS BIENES DE QUE SE PUEDE DISPONER POR TESTAMENTO.

En México a partir del Código de 1884 se prescindió del sistema de las legítimas. Incluso, puede decirse que la innovación mas importante que contuvo este Código respecto del Código anterior consistió, precisamente, en establecer la libre testamentación, de manera que conforme a nuestra ley una persona puede disponer por testamento libremente de sus bienes. Sin embargo, esta libertad no es tan absoluta, en la medida de que debe el testador tener presente la obligación que tenga de alimentar respecto de ciertas personas, pues si no se dejan alimentos a las mismas, el testamento se tendrá como inoficioso. ¿A qué personas debe el testador dejar alimentos? A ese respecto el artículo 1368 expresa:

Artículo 1368: "El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I.- A los descendientes varones menores de veintiún años

II.- A los descendientes varones que estén imposibilitados de trabajar, y a las hijas que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aún cuando fueren mayores de veintiún años.

III.- Al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón esté imposibilitado de trabajar, o que siendo mujer permanezca viuda y viva honestamente.

IV.- A los ascendientes.

V.- A la mujer con quién el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras que observe buena conducta y no se case. Si fueren varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan los dieciocho años, si no tienen para subvenir a sus necesidades.

Ya dijimos que de no dejarse alimentos a quienes se tenga la obligación de hacerlo el testamento será inoficioso, por disposición expresa del artículo 1374 también del Código Civil. ¿Qué ocurre de no cumplirse con ésta obligación de dejar alimentos a quienes se tiene obligación de ministrarlos? Ante todo debemos de

cir que el testamento no será ineficaz por ese hecho, de manera -- que surtirá todos sus efectos legales, pues no ve afectada su vali dez, aunque sí se produce la consecuencia de que debe deducirse -- del caudal hereditario lo suficiente para cubrir los alimentos ade cuados. A este respecto el artículo 1375 expresa:

"Artículo 1375.- El preterido tendrá solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el testamen- to en todo lo que no perjudique ese derecho."

## CAPITULO CUARTO

### I.- LA SITUACION LEGAL DE LOS HIJOS EN VIRTUD DEL DIVORCIO

El objeto principal de nuestra tesis es formular una crí- tica a las soluciones ofrecidas por el Código Civil, concretamente en su artículo 283, respecto a la atribución de la patria potestad y la custodia de los hijos al pronunciarse la sentencia que decre- ta el divorcio.

El legislador de 1928 para resolver esta importante cues- tión, procede a fijar las siguientes reglas:

a) Tratándose de causas que estimo especialmente graves, como son las contenidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, resuelve que los hijos deben quedar ba- jo la patria potestad del cónyuge no culpable, lo que traducido a términos más concretos, significa, simplemente, que los hijos que darán al lado y bajo la autoridad del cónyuge que ha obtenido sen tencia favorable.

Hace la salvedad el legislador que en el caso de que am- bos consortes fueren culpables, lo que equivale a decir en el su- puesto caso de que ambos actores en el divorcio hubieren probado -- su acción de manera que quedara justificado en el procedimiento -- que tanto uno como otro cónyuge dieron causa a la disolución del - vínculo, la prole habría de quedar bajo la patria potestad, según dice la Ley, "... del ascendiente que corresponda", agregando el - mismo numeral que en defecto de este ascendiente procede se nom- -- bre un tutor para que se haga cargo de los menores, pues estos ya - no quedarán bajo la patria potestad de ninguno de sus dos progeni- tores.

Cabe preguntar: ¿A quién se refiere la Ley cuando alude al ascendiente que corresponda? En este caso debe tenerse en cuen ta el orden de prelación para el ejercicio de la patria potestad - que marca el artículo 414 también del Código Civil, conforme al -- cual a falta de padre y madre entran en el ejercicio de la patria - potestad los abuelos paternos y si estos no existen, la función co rresponde a la pareja de ascendientes maternos.

b) En la hipótesis de que la causa de divorcio sea menos grave, precisamente de las mencionadas en las fracciones IX, X, XI XII, XIII y XVI del artículo 267 del cuerpo legal a que se viene haciendo referencia, al igual que en la regla primera los hijos -- quedan bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la --- muerte de éste el culpable recobrará la patria potestad de su pro- genie.

Aquí también aclara el legislador que si ambos cónyuges tienen el carácter de culpables se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta que fallezca uno de ellos, evento tras el cual la recobrará el superviviente.

No deja de ser esta una solución extraña, pues no parece existir justificación para que quien tiene una conducta ó proceder de tal manera inconveniente para los hijos que precisamente le haga perder la patria potestad de ellos, por el hecho de la muerte de su antiguo consorte se le considere automáticamente apto para desempeñar la función que le había sido vedada.

Añade la misma regla que entre tanto acaece la defunción de uno de los dos progenitores, la patria potestad sobre la prole será ejercida por el ascendiente que corresponda y que a falta de éste por un tutor. No nos parece adecuada la postura del Código, pues la solución que ofrece el legislador tiene el grave inconveniente de que los hijos no encuentran un hogar definitivo donde -- crecer sino que pasan de unas a otras manos, lo que indudablemente puede lesionar su desarrollo psíquico; pensemos, por ejemplo, en un menor que es arrancado del hogar en que vive, ha creado afectos e iniciado su evolución personal y que, posteriormente, por la disolución del matrimonio que unió a sus ascendientes se ve extraído de éste hogar para ser ubicado al lado de sus abuelos paternos; -- más adelante supongamos que fallece el padre: en ése momento, nuevamente será arrancado del hogar en que vive, es decir de de los ascendientes paternos, para conducírsele al lado de la madre, muy seguramente a un medio ajeno a aquél en que estaba habitando, pues resulta obvio que el divorcio ha distanciado a las familias de ambos padres; incluso es lógico presumir la creación de rivalidades entre ellos, lo que puede hacernos pensar que los pequeños infantes podrían verse afectados por influencias contrarias, creándoles confusiones cuyo alcance psicológico e incidencia en su sano desarrollo mental es imprevisible.

c) En un último supuesto, el contenido en las fracciones VI y VII del artículo 267 a que venimos haciendo referencia, el le gislador, toma en cuenta la salud física y mental.

Los hijos deben quedar, conforme a la regla tercera, en poder del cónyuge sano, conservando el enfermo los demás derechos que a los padres corresponden sobre sus hijos y los bienes de éstos. A manera de comentario conviene aclarar que en el caso que nos ocupa no entra en juego la patria potestad de la prole, sino únicamente la custodia o tenencia de ellos. La solución legal, sal

vo la crítica que más adelante haremos, en términos generales es - adecuada, pues resulta lógico que los hijos no permanezcan al lado del cónyuge enfermo, por el peligro de contagio que les representa ría o porque siempre resulta riesgoso convivir con un enajenado - mental.

## II.- CRITICA A ALGUNAS DE LAS SOLUCIONES CONTENIDAS EN EL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL.

Después de éste proemio introductorio al problema, pasaremos a hacer referencia concreta a algunas de las soluciones dadas por el legislador en el artículo 283, que nos parecen injustificadas. Analizaremos los siguientes casos:

### I.- CASO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 267.

Señala como causa de divorcio:

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

De acuerdo con la regla primera del artículo 283 los hijos deben quedar bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Cabe preguntar si el hijo fué declarado precisamente ilegítimo y ésta fué la causa del divorcio, ¿cómo es posible que quede bajo la patria potestad del cónyuge que obtuvo el divorcio si no es de él?

Antes que nada debemos precisar qué entiende el legislador cuando alude a "un hijo concebido antes de celebrarse" ése contrato. A éste respecto conviene tener en cuenta que nuestro Código Civil para presumir que un hijo es nacido de matrimonio establece ciertos plazos mínimos y máximos. En efecto, el artículo 324 presume que un hijo habido de una pareja unida en matrimonio es de los consortes cuando ha nacido después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio o dentro de los 300 siguientes a que se ha disuelto éste. Por lo tanto, para interpretar el artículo de que se trata debemos suponer que el hijo ha nacido antes de 180 días contados desde la celebración de la unión. Empero no basta el solo nacimiento del hijo dentro del término indicado, para que se le tenga como extramatrimonial, es necesario que sea declarado "judicialmente ilegítimo", declaración que sólo puede decretarse a petición del marido y siempre y cuando no se dé alguna de las excepciones a que se refiere el artículo 328 del mismo ordenamiento legal, que dice:

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

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

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

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

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

Quizá podría suponerse el siguiente caso:

Supongamos que un hombre tiene relación sexual extramatrimonial con una mujer y que así procrea uno o varios hijos, y que posteriormente contraen matrimonio naciendo, en éste caso, un hijo antes de transcurridos seis meses de la unión; supongamos, también que el padre ha pretendido y logrado el desconocimiento del hijo. En éste supuesto puede pensarse que, con base en el desconocimiento, el cónyuge tiene derecho a obtener la disolución del vínculo y la patria potestad sobre los demás hijos que posea con la mujer y que no ha desconocido. Pero ésta hipótesis es realmente absurda pues quien ha tenido varios hijos con una mujer muy difícilmente podría alegar que el que hubo ella precisamente antes de tomar estado no es de él.

## 2.- CASO DE LA FRACCION VI DEL ARTICULO 267

La fracción a cuyo comentario procederemos, expresa:

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

Como ya habíamos expresado con anterioridad, en principio parece acertado que sea al lado del cónyuge sano donde vivan los hijos del matrimonio, pero la solución no debe ser aplicada indiscriminadamente sino atendiendo a la naturaleza de la enfermedad padecida.

Tratándose de la sífilis, la tuberculosis y cualquiera otra enfermedad crónica e incurable que además sea contagiosa o hereditaria, es obvia la conveniencia de que la prole quede con el cónyuge sano, pues de ésta manera se evita que llegue a contraer el mal padecido por el progenitor enfermo, pero tratándose de la impotencia incurable a que también se refiere la fracción VI que nos ocupa, no encontramos ninguna justificación para que los hijos queden al lado del cónyuge que no padece tal impotencia. Supongamos que por alguna circunstancia la madre, que por otro lado es --

una excelente mujer, ha quedado imposibilitada para realizar el -- acto sexual y que el padre con base en ello ha solicitado y obteni do el divorcio. De acuerdo con la regla contenida en la Ley, los hijos deben quedar al lado del cónyuge que no tiene impedimento físic o para relacionarse sexualmente, pero, cabe preguntar, qué razón, qué argumento justificado puede aducirse para fundar el que los hijo queden al lado del cónyuge que no sufre tal impotencia? o dicho de otra manera, ¿en qué puede perjudicar ó resultar inconveniente para los hijos permanecer al lado de su madre que no es físicamente apta para realizar el acto sexual?. Creemos que en -- realidad no debe darse en la hipótesis de que se trata una solución a priori, sino permitirse al Juez que según las circunstancias del caso y teniendo en cuenta las pruebas que le hayan sido presentadas ó que él por su parte haya podido recabar, resuelva al lado de quien deben quedar los hijos velando siempre en todo caso por el interés de éstos.

### 3.- CASO DE LA FRACCION IX

La fracción IX del Artículo 267 del Código Civil establece que es causa de divorcio:

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

De acuerdo con la Regla Segunda del artículo 283 del mismo ordenamiento sustantivo, en el caso de la fracción transcrita en el párrafo que antecede los hijos deben quedar bajo la patria potestad del cónyuge inocente en el divorcio, es decir del que ha obtenido sentencia favorable, patria potestad que recobrará el vencido a la muerte del vencedor.

Con objeto de esclarecer plenamente el alcance de la fracción que se analiza, conviene precisar su significado.

La hipótesis en cuestión supone que uno de los cónyuges se separa seis meses del hogar conyugal, pero con la circunstancia especial de que dicha separación es originada por una causa que le permitirá ó le permitiría solicitar el divorcio; ahora bien, el cónyuge que abandona el hogar deja transcurrir mas de un año sin entablar la demanda y a consecuencia de ello el otro cónyuge tiene derecho a pedir y obtener la disolución del vínculo.

Creemos que el fundamento o justificación que tiene el legislador para incluir esta causa al divorcio, consiste en que ninguna situación irregular se puede prolongar indefinidamente. Sabemos que conforme al artículo 263 del Código Civil los cónyuges tienen obligación de cohabitar, esto es de vivir juntos en el domicilio conyugal; por tanto, si uno de los consortes abandona la

casa conyugal, aunque lo haga justificadamente (aún más, teniendo una causa para pedir el divorcio), esto crea una situación anómala pues es irregular que los esposos no convivan; esta situación no puede prolongarse indefinidamente, de ahí que el cónyuge que abandona debe decidir, de una vez, si va a reanudar la vida en común volviendo al hogar, o bien va a pedir el divorcio para dejar de cohabitar con quien se unió en matrimonio, pero ahora ya disuelto éste y por tanto extinguidas las obligaciones tales como relación sexual, fidelidad, etc.

Desde el punto de vista estrictamente técnico la justificación puede presentarse de la siguiente manera:

El divorcio sólo puede pedirse por el cónyuge que queda en el hogar después de transcurrido un año del abandono. ¿Por qué un año? Porque el cónyuge que abandona solo puede pedir el divorcio dentro de los seis meses siguientes a su separación, pues el artículo 278 del Código Civil dispone que:

"El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos en que se funda para la demanda".

Puesto que no demanda el divorcio dentro del término a que se refiere el artículo 278, su abandono deja de tener explicación, se ha convertido en injustificado, y es sabido que es abandono injustificado cuando se prolonga más de seis meses, según la fracción VII del artículo 267, da causa al divorcio.

Hasta aquí todo parece fundado; no ocurre lo mismo tratándose de la atribución de la patria potestad sobre los hijos.

En efecto, supongamos, que una mujer se ve en la necesidad de abandonar su hogar llevando consigo a sus hijos, porque el marido la ha golpeado, injuriado, e incluso amenazado de muerte. Es obvio que en este caso tiene en su favor para obtener el divorcio la causa que se refiere la fracción XI del artículo 267. Pero puede ocurrir que por alguna razón (por ejemplo ignorancia, negligencia, religión, etc.) no pida el divorcio y transcurra más de un año de que abandonó el hogar. Si el marido le demanda la disolución del vínculo y obtiene sentencia favorable, de acuerdo con la solución propuesta por el legislador los hijos irán al lado de él, no obstante su carácter violento y la influencia perniciosa que puede ejercer sobre ellos.

Realmente la solución del legislador nos parece muy inconveniente y sugerimos aquí también que corresponda al Juez que esté conociendo del asunto resolver, respecto a la patria potestad y custodia de los hijos, aquello que resulte más conveniente a los intereses de éstos.

En general creemos que la Ley no debería dar reglas rígidas, tal y como lo hace el artículo 283 del Código Civil respecto a una cuestión tan delicada como lo es el futuro de la prole, sino que debe, en todo caso, ofrecer algunas pautas, dejando que sea el Juez quien se encargue de proveer en definitiva.

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

- Arias José.- Derecho de Familia. Editorial Guillermo Kraf Limitada. Buenos Aires. Argentina. 1949.
- Bonnecase Julián.- Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial - José M. Cajica Jr. Puebla, Pue., México 1945.
- Bonnecase Julián.- La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia.
- De Pina Rafael.- Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1968.
- Esquivel Obregón Toribio.- Apuntes para la Historia del Derecho en México. Editorial Polis. 1937. México.
- Fernández Clérido Luis. El Derecho de la Familia en la Legislación Comparada. Editorial Uteha. México. 1947.
- M. Mateos Alarcón.- Estudios sobre el Código de 1870, con anotaciones relativas a las Reformas Introducidas por el Código de 1884. Tomo I.
- Petit Eugenio.- Tratado Elemental de Derecho Romano. Novena Edición Editorial Nacional. México. 1958.
- Planiol y Ripert.- Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Editorial Cultural. Habana Cuba.- 1939.
- Planiol y Ripert.- Tratado Elemental de Derecho Civil Volumen IV. Editorial José M. Cajica Jr.
- Preciado Hernández Rafael.- Lecciones de Filosofía del Derecho.
- Rojina Villegas Rafael.- Compendio de Derecho Civil. Editorial Antigua Librería Robredo. México. 1962.
- Sohm Rodolfo.- Instituciones de Derecho Privado Romano. México 1951
- Vallant George.- La Civilización Azteca Fondo de Cultura Económica. 1944. México.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- A través de la historia observamos que ha existido el divorcio o algún otro medio equivalente para la disolución del matrimonio. En la antigüedad, al decretarse el divorcio se tenía en cuenta principalmente el interés y la intención del varón, secundariamente los de la mujer y de hecho para nada los de los hijos.

SEGUNDA.- Originalmente la patria potestad apareció como un poder ilimitado del padre sobre su prole. En el Derecho Romano de los primeros tiempos, el ejercicio de la patria potestad incluía el jus vitae naciisque, pero luego se suavizó para convertirse, bajo Justiniano, en algo muy parecido a lo que es actualmente.

TERCERA.- Modernamente la patria potestad se concibe más que como un conjunto de derechos sobre el hijo, como una serie de deberes para con él, incluso se le ve como una función encomendada por la sociedad a los progenitores.

CUARTA.- Al disolverse el matrimonio, el interés que merece mayor protección por parte de la ley es el de los hijos habidos en la unión, pues ellos ninguna culpa tienen de la falta de afectación de sus padres o de la mala conducta en que hubiera incurrido alguno de ambos dando lugar al divorcio; ni siquiera puede decirse que equivocaron la elección, como el cónyuge inocente.

QUINTA.- Las soluciones contenidas en el artículo 283 -- del Código Civil en relación a las fracciones del artículo 267 que en seguida se listan, son inconvenientes por las razones apuntadas en el desarrollo de este trabajo.

SEXTA.- La solución contenida en la regla primera del artículo 283 del Código Civil en relación a la fracción II del artículo 267 del mismo ordenamiento es fácticamente imposible y debería suprimirse.

SEPTIMA.- La solución contenida en la regla tercera del artículo 283 del Código Civil respecto de la fracción VI del artículo 267 del mismo ordenamiento, es de inconveniente aplicación al caso previsto en la parte final de dicha fracción, pues no consideramos justificado que en el caso de impotencia de uno de los divorciados los hijos queden al lado del cónyuge sano. Por nuestra parte proponemos que sea el juez quien resuelva a quién de los progenitores corresponderá la custodia.

OCTAVA.- La solución prevista en la regla segunda del artículo 283 del Código Civil para el caso a que se refiere la fracción IX del artículo 267 también del Código sustantivo de la materia es igualmente inconveniente, debiendo reformarse a nuestro parecer el Código para dejar que sea el juez de los autos quien determine a quién de los progenitores debe encomendarse la patria potestad o cuidado de los hijos.