

51
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" ARAGON "

EL DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS PADRES CON SUS HIJOS EN LOS CASOS DE DIVORCIO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARISELA CALIXTO MARTINEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Página

<u>Introducción</u>	i
CAPITULO I EL DIVORCIO COMO FORMA DE DISOLVER EL VINCULO MATRIMONIAL	1
1.1 Formas de disolución del vínculo matrimonial.....	1
1.2 Divorcio.....	29
1.3 El divorcio como figura contro-- vertida.....	32
CAPITULO II LAS DIFERENTES CLASES DE DIVORCIO	40
2.1 Divorcio voluntario administra-- tivo.....	44
2.2 Divorcio por mutuo consentimien-- to.....	46
2.3 Divorcio necesario o contencio-- so.....	50
2.3.1 Medidas provisionales en el juicio de divorcio ne- cesario.....	92

CAPITULO III	DIFERENTES CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL DIVORCIO, EN RELACION AL DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS DIVORCIADOS CON SUS HIJOS	95
3.1	Consecuencias jurídicas en el <u>divorcio voluntario</u>	96
3.1.1	Efectos provisionales en el <u>divorcio necesario</u>	101
3.2	Consecuencias jurídicas, <u>sociales y familiares</u> en el <u>divorcio necesario</u>	112
CAPITULO IV	BREVE COMENTARIO ACERCA DEL DIVORCIO EN ALGUNAS ENTIDADES FEDERATIVAS	119
4.1	Manera de llevar a cabo el <u>divorcio</u>	119
4.2	Efectos de la <u>sentencia de divorcio</u>	139
4.3	Los efectos del <u>divorcio en relación a los hijos</u>	151

CAPITULO V	EL DERECHO DE CONVIVENCIA EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y EN LA PRACTICA JURIDICA	164
5.1	Fundamento de la patria potestad..	164
5.2	Ubicación de la patria potestad, - dentro del campo jurídico.....	167
5.3	Naturaleza jurídica de la patria - potestad.....	191
5.4	Concepto jurídico de la patria potestad.....	195
CAPITULO VI	LA IMPORTANCIA DE REGULAR EL DERECHO DE CONVIVENCIA O DE TRATO EN NUESTRO CODIGO CIVIL	208
6.1	El derecho de convivencia o de <u>trato</u> derivado del divorcio.....	210
6.2	Cómo regular el derecho de <u>convivencia</u> o de trato.....	214
6.3	Propuestas y soluciones al <u>respeto</u>	228
	<u>Conclusiones</u>	232
	<u>Bibliografía</u>	236

I N T R O D U C C I O N

La educación y la protección de los menores, así como su desarrollo vivencial, es un aspecto que merece la atención de todo legislador en cualquier parte del mundo. Tan es así, que el futuro de cualquier sociedad lo encontramos en los niños.

Es por esta razón que hay que buscar una solución, a las malas orientaciones e inclusive a la falta de dirección que sufren los menores todo esto derivado de los fracasos matrimoniales de sus padres; ya que estando unidos los cónyuges lo único que consiguen con sus problemas y conflictos, es traumar y acomplejar a los hijos, por esta razón podríamos justificar en ciertos casos, al divorcio como un mal necesario, pero que en ocasiones es útil para evitar males mayores.

Sin embargo, el divorcio, sobre todo el contencioso o necesario, sólo surge del conflicto entre los cónyuges y no por la culpa de los hijos, quienes siempre son en la mayoría de los casos, las únicas víctimas de los problemas de sus padres.

En razón de esto, decidí abordar como tema de esta tesis: "El derecho de convivencia de los padres con sus hijos en los casos de divorcio", ya que existen innumerables casos de injusticias, traumas y complejos que se han creado a los menores por

la disolución de la familia en la que viven y más todavía por el hecho de que se les llega a privar del contacto o trato de alguno de sus progenitores por el padre o madre con quien viven. Esta privación del trato o convivencia con alguno de sus padres, surge de una idea equivocada que se tiene respecto de la patria potestad y por ende de la guarda y custodia que se ejerce sobre los menores ya que por el simple hecho de otorgar la guarda y custodia a uno solo de los consortes el que la tiene en su poder aprovecha esta situación para privar tajantemente al hijo de que conviva, trate y visite e inclusive ayude emocionalmente al otro cónyuge, valiéndose tan sólo del hecho de que goza con respecto al hijo que tiene en su poder y que con este mismo poder, decide simplemente no permitirlo al otro cónyuge como si fuera una cosa o un mueble, que sirve en ciertos casos para dañarse el uno al otro sin tomar en cuenta los sentimientos de los hijos, quienes realmente son las únicas víctimas de los divorcios.

En este trabajo trataré de demostrar que la convivencia o el trato que deben tener los padres hacia los hijos cuando uno de los progenitores no se le otorgó la guarda de los mismos por sentencia de divorcio, ya sea voluntario o necesario, e inclusive, se le condenó a la pérdida de la patria potestad, es independiente a estas situaciones, ya que el derecho de convivencia es un derecho recíproco, surgido de la relación natural padre-hijo, por la cual, tanto los padres como los hijos, por derecho natural, gozan de ciertos privilegios que un legislador no

puede regular en forma aislada, sin olvidar que existe el llamamiento de sangre. Por este motivo, aún cuando un padre es condenado a la pérdida de la patria potestad, este comportamiento - que se observó a fin de restringirlo, es muy independiente a la relación o trato que debe tener con sus hijos. Como lo señalé, - al ser el derecho de convivencia o de trato un derecho recíproco su ejercicio no es unilateral, probando tal afirmación con - los siguientes términos:

Hay muchos casos en que cuando los hijos menores desean - ver a su padre o madre con el que no viven, pasan por alto la - orden del progenitor que los tiene a su cuidado, buscando la - forma de visitar y convivir con el otro progenitor. Ya que siendo la patria potestad un derecho de los hijos, el mundo de la - realidad nos enseña, que aún cuando los Jueces de lo Familiar, - en sentencia de divorcio necesario, condenen a alguno de los - cónyuges a la suspensión o su pérdida como establece la fracción II del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con el artículo 283 del mismo ordenamiento, a quien se le otorgue la custodia, se enfrenta a la petición constante de los menores para que se les permita ver, visitar y convivir con el progenitor que fue condenado a perder tal derecho, mas sin embargo y pasando por alto lo decretado por el juzgador, o simple y sencillamente por quien tiene en su poder a los hijos, estos menores buscan la forma de visitar y convivir con su padre o madre.

Ante esta realidad se sugiere adicionar al Código Civil el derecho de convivir y visitar a sus padres, independientemente de quién tenga la patria potestad, guarda y custodia, a fin de adecuarlo a la realidad social, ya que en última instancia serán los hijos quienes decidan su derecho a convivir con sus progenitores, no obstante haber sido disuelto el vínculo matrimonial de sus padres y en estos casos disminuir tantos problemas que se suscitan con esta situación.

CAPITULO PRIMERO

EL DIVORCIO COMO FORMA DE DISOLVER EL VINCULO MATRIMONIAL

1.1 Formas de Disolución del Vínculo Matrimonial

Antes de hablar concretamente de las formas de disolver el vínculo matrimonial, es ineludible e imperioso manifestar que el divorcio, social y familiarmente es un mal necesario, y a fin de prevenir males mayores, la ley ha puesto al alcance de los cónyuges la posibilidad legal de terminar un matrimonio, para el que resulta imposible realizar, en plenitud, sus propias finalidades y es por estas razones, que se considera al divorcio, como UN MAL SOCIALMENTE NECESARIO.

Pasando propiamente a las formas de disolver el vínculo matrimonial encontramos que de nuestra legislación civil se desprende como causas de disolución, las naturales y las jurídicas, esto es:

- a) La muerte
- b) La nulidad, y
- c) El divorcio

a) Expondremos primero, la única causa natural que termina con el vínculo matrimonial, es decir, lo extingue por completo, y dicha causa es a su vez inesperada y sorpresiva, por lo que cabe agregar que es un término fatídico del cual no se tiene la certeza, de cuándo sucederá, pero lo cierto es que, la muerte de cualquiera de los consortes, pone fin al cúmulo de de rechos y obligaciones inherentes y derivados del matrimonio de acuerdo a lo que establece la legislación positiva vigente dejando al cónyuge en aptitud de contraer otro matrimonio.

De lo anterior se desprende que la muerte, es como ya se indicó, la única causa natural de dar por terminado un matrimonio sin necesidad de juicio previo para llegar al divorcio.

b) La nulidad, segunda causa de disolución del vínculo ma trimonial, ésta, a discrepancia de la anterior, surge en vida de los consortes, ya sea por causas anteriores o concomitantes a la celebración del matrimonio, o por la simple falta de forma lidades.

En general, pronunciada la invalidez de los actos jurídicos, éstos no pueden producir dichos efectos, sin embargo, por lo que se refiere a lo pasado, a pesar de que la nulidad invalida el acto de la celebración del matrimonio, la consecuencia de esa invalidez no es en ciertos casos, la total privación de efectos del matrimonio.

Las nulidades del matrimonio, excepto en los casos en que

se derivan de hechos delictuosos, son nulidades relativas.

Profundizando en las ideas del tema de nulidad de matrimonio, y después de observar que está íntimamente ligado con el estudio de los impedimentos para contraerlo, debe tenerse presente que todo matrimonio tiene a su favor una presunción de validez, es decir, en materia civil se sigue el principio que hace presumir en forma *juris tantum* (salvo prueba en contrario) - la ausencia de dolo en la integración de los actos jurídicos. - "El matrimonio, por tanto, tiene a su favor la presunción de ser válido mientras no se decrete nulo por una sentencia ejecutoriada." (1)

"Y existe la imposibilidad jurídica para que llegada una contienda judicial sobre la validez del matrimonio ésta se resuelva por transacción entre las partes y aún antes de que se inicie el juicio como simple medida preventiva." (2)

Ahora bien, nuestro Código Civil vigente enumera como causas de nulidad:

- A) Error de identidad
- B) Prohibiciones legales (impedimentos)
- C) Falta de formalidades en la celebración del matrimonio.

1.- Artículo 253, Código Civil vigente.
2.- Artículo 254 y 299, op. cit.

A) ERROR DE IDENTIDAD.- El error, es la falta de conocimiento de la realidad o un defectuoso conocimiento de ésta. El error de vicio, causa de nulidad del matrimonio, ha de recaer - sobre la identidad de la persona con quien se contrae si se entiende el matrimonio, con persona distinta de aquella con quien en realidad se celebra.

No todo error sobre la persona es causa de nulidad del matrimonio; así no es causa de nulidad, el error sobre las cualidades del otro cónyuge, aunque éstas hayan sido determinantes - para la celebración, se requiere necesariamente que el error recaiga sobre la persona misma, del otro contrayente. Esta causa de nulidad de matrimonio, se extingue si el cónyuge que se encuentra en el engaño, no la hace valer inmediatamente que lo advierta. La abstención del cónyuge engañado, se tiene por ratificación tácita del matrimonio. Como se advierte, la nulidad que proviene del error es relativa, tanto por la posibilidad de ratificación tácita según ha quedado dicho, como porque dicha acción de nulidad, sólo puede ser ejercida por el cónyuge que está en el error y no por otra persona.

Lo que debe entenderse por ejercicio inmediato de la acción de nulidad del matrimonio, proveniente del error sobre la identidad de la persona del otro cónyuge, depende de las cir -

cunstancias particulares de cada caso y dentro de ese presupuesto, el criterio del juzgador ha de ser empleado con una rigurosa cautela. El cónyuge engañado deberá tomar las medidas conducentes para ejercer la acción de nulidad, tan pronto como tenga conocimiento del error y se encuentre en posibilidad de presentar la demanda de anulación. Así, en algunos casos, si el error de la persona no se hace valer inmediatamente, la actividad del cónyuge engañado para interponer la acción de nulidad, puede ser suficiente para que resulte inoperante la declaración de invalidez del matrimonio.

Como puede contemplarse, esta causa de nulidad es poco difícil y hasta cierto punto de vista arduo, de que se dé, pero no es imposible. Difícil, porque normalmente existe la comparecencia personal de los futuros cónyuges al momento de la celebración del matrimonio; sólo puede darse este error cuando el matrimonio es realizado a través de mandatario y en el que, al encontrarse los cónyuges resulte que no era la pareja con la que respectivamente iba a unirse civilmente.

"Desprendiéndose del Código Civil vigente, que la acción de nulidad nace al existir - el error, inmediatamente al momento de advertirlo, ya que en caso contrario se tiene por ratificado el consentimiento y que-

da subsistente el vínculo matrimonial, a menos de que exista algún otro impedimento que lo anule." (3)

B) PROHIBICIONES LEGALES.- Son impedimentos que hacen que el matrimonio sea nulo; es esencial que al decir impedimento, se trata de definir como la circunstancia que en derecho, impide la celebración válida del matrimonio. Cabe recordar que en orden al matrimonio hay una división de impedimentos que son, dirimientes e impedientes.

Los impedimentos dirimientes, originan la nulidad del matrimonio y por lo que respecta a los impedientes el matrimonio lo hacen ilícito, pero no inválido, pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole (multas, destitución del cargo), aplicables al juez del Registro Civil que autorizó un matrimonio vedado por la ley.

Los impedimentos impedientes, como ya se indicó con anterioridad, son aquellas prohibiciones para celebrar el matrimonio que han sido establecidas por la ley y no producen la nulidad del acto sino simplemente su ilicitud. El derecho reprueba

3.- Artículo 236, op. cit.

aquellos matrimonios que se celebran, a pesar de que se han establecido estas prohibiciones que no producen los mismos efectos dirimentes.

Se llama ilícito al matrimonio así celebrado, porque es contrario al régimen normalmente deseable de la institución, pero para evitar las más graves consecuencias que derivarían de su invalidez, el derecho objetivo se limita a marcarlos con un sello de reprobación.

Indicado anteriormente, los impedimentos impedientes puede decirse, que son severas advertencias al juez del Registro Civil, para que en presencia de ellos, se abstenga de celebrar el matrimonio y son graves amonestaciones a los cónyuges para indicar con ello y con esa marca de ilicitud, el interés del grupo social en que teniendo a ciertas circunstancias, no se celebre esa clase de matrimonios.

Los impedimentos impedientes tienen lugar:

- 1.- Cuando se ha contraído matrimonio estando pendiente la resolución de un impedimento susceptible de dispensa, como la falta de edad, de 16 años para el varón y de 14 para la mujer.

- 2.- Cuando el tutor o la tutriz contrae matrimonio con la pupila o el pupilo, si no están aprobadas las cuentas de la tutela.

En efecto, el tutor, el curador y los descendientes de uno y otro, no pueden contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda. La presunción de que el tutor o el curador por sí o por medio de sus descendientes, usen la influencia y autoridad que tienen sobre su pupilo, para a través del matrimonio, aludir la grave responsabilidad que sobre ellos pesa por la administración de los bienes, del pupilo, impide el matrimonio entre aquél y éste.

Este impedimento, puede ser dispensado; pero la autoridad administrativa no podrá conceder esa dispensa, sino cuando haya sido aprobadas las cuentas de la tutela.

- 3.- Cuando no haya transcurrido el plazo de 300 días, después de disuelto el primer matrimonio, excepto cuando de ese término diere a luz a un hijo, por divorcio, nulidad, o muerte del marido y la mujer contrae nuevas nupcias (plazo de viudez). En caso de divorcio o de nulidad de matrimonio, el término empie-

za a correr desde que se interrumpió la cohabitación.

Este término llamado "plazo de viudez" se ha establecido en razón de que se puede atribuir sin lugar a dudas la paternidad de los hijos, o del hijo al nuevo marido, siendo que éstos o éste, corresponden propiamente al marido anterior. Prácticamente este plazo tiene por objeto la protección de la paternidad.

- 4.- El cónyuge que ha dado causa al divorcio, tiene prohibido contraer nuevo matrimonio antes de dos años a partir de la fecha en que causó ejecutoria la sentencia definitiva.
- 5.- Los cónyuges que se divorcian voluntariamente, no pueden contraer nuevo matrimonio, sino después de un año contado a partir de la fecha en que causó ejecutoria la resolución.

Los impedimentos dirimentes, como ya se ha dicho, constituyen prohibiciones para celebrar el matrimonio y corresponde a dicho acto:

- I.- LA FALTA DE EDAD REQUERIDA POR LA LEY CUANDO NO HAYA SIDO DISPENSADA.

Si cualquiera de los cónyuges no ha alcanzado la edad re--

querida por la ley, y no se ha obtenido previamente la dispensa de edad, el matrimonio no puede celebrarse válidamente. Para contraer matrimonio es necesario que el varón tenga 16 años y la mujer 14; este impedimento se funda en la presunción de ineptitud fisiológica para la procreación, ya que, la función primordial del matrimonio entre otras es la procreación de la especie y si los contrayentes no tienen la edad requerida para tal hecho, esto trae como consecuencia, una mala concepción o formación de los que puedan ser sus hijos, es decir, que no nazcan bien de sus facultades mentales o que ni siquiera lleguen a nacer, ya que como se ha venido manejando a lo largo de este trabajo, el matrimonio es el principio de una nueva familia, y como consecuencia lógica la familia es la base fundamental de la sociedad, y si los contrayentes no cuentan con la edad requerida, no van a poder soportar, ni tampoco saber llevar a cabo, un matrimonio y, mucho menos, una familia, y que indicado con anterioridad la familia es la base de la sociedad y de la familia depende el futuro de la sociedad. Por tal razón, es un impedimento para contraer matrimonio, más sin embargo, esta causa de nulidad desaparece cuando ha habido hijos, entre los consortes y también por el transcurso del tiempo, ya que si el menor alcanza la mayoría de edad y ninguno de los cónyuges ha intentado hasta ese momento el ejercicio de la acción de nulidad, se ten-

drá como válido, así como también, basta el embarazo de la mujer, para que se obtenga la dispensa de dicho impedimento.

II.- LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL QUE O LOS QUE EJERZAN LA PATRIA POTESTAD, EL TUTOR O EL JUEZ, EN SUS RESPECTIVOS CASOS.

Por lo que respecta a este impedimento su fundamento principal, está basado en el menor que no ha cumplido 18 años, requiere, indispensablemente del consentimiento de su padre y de su madre, si ambos vivieren, o del progenitor que sobreviva. A falta de cualquiera de éstos o por imposibilidad se requiere el consentimiento de los abuelos paternos o del que sobreviva y a falta de ellos o por imposibilidad el consentimiento deberá ser otorgado por los abuelos maternos o por el que sobreviva y, a falta de éstos, necesitan del consentimiento del tutor y, a falta de este último, el juez de lo familiar suplirá el consentimiento.

Los menores de 18 años, aunque hayan llegado a la pubertad, requieren del consentimiento de sus ascendientes, del tutor o del juez, porque el menor de edad tiene incapacidad legal que le impide disponer de su persona y de sus bienes sin el consentimiento (propriadamente autorización), de la persona capaz a - -

quien el derecho confía el cuidado del menor. No obstante, la voluntad de los contrayentes es necesaria para la celebración del matrimonio, aunque sean menores de edad.

Quienes ejercen la patria potestad son los representantes legales de los menores y como tales, pueden celebrar en nombre y representación de aquéllos, otra clase de actos jurídicos, - sin la concurrencia de la voluntad del menor y en representación de este último. Tratándose del matrimonio, los ascendientes no ejercen propiamente la representación legal; su intervención en el acto de matrimonio es necesaria, pero concurrente con la declaración de voluntad del menor de edad. En un caso en que la voluntad del acto se forma de manera compleja, - por lo que al menor refiere. Aisladamente ni la voluntad del menor ni la de quienes ejercen la patria potestad, presta validez al acto de matrimonio.

La acción para declarar nulo el matrimonio se extingue a los treinta días subsecuentes a aquél en que las personas cuya autorización es necesaria, y tuvieron conocimiento del matrimonio del menor. Por otra parte, el matrimonio nulo por falta de autorización de los ascendientes, puede ser convalidado si éstos después de celebrado el matrimonio, prestan el consentimiento hasta entonces omitido. La declaración de voluntad de -

los ascendientes en tal sentido es expresa.

El consentimiento tácito, se declara por actos que realizan los ascendientes y que en forma indirecta pero cierta, permiten concluir que se ha otorgado ese consentimiento, tales actos son los siguientes:

- Haciendo donación a los hijos en consideración al matrimonio.
- Recibiendo a los cónyuges a vivir en la casa de los ascendientes.
- Presentando a la prole como legítima ante el juez del Registro Civil, y
- Realizando cualquier otro acto que permita, en forma indubitable, deducir la aceptación del matrimonio celebrado por los hijos.

III.- EL PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD LEGITIMA O NATURAL SIN LIMITACION DE GRADO EN LINEA RECTA, ASCENDENTE O DESCENDENTE. EN LA LINEA COLATERAL IGUAL, EL IMPEDIMENTO SE EXTIENDE A LOS HERMANOS Y MEDIOS HERMANOS. EN LA COLATERAL DESIGUAL EL IMPEDIMENTO SE EXTIENDE SOLAMENTE A LOS TIOS Y SOBRINOS, SIEMPRE QUE ESTEN EN EL TERCER GRADO Y HAYAN OBTENIDO DISPENSA.

Es una causa de nulidad del matrimonio el parentesco por consaguinidad, en línea recta, sin limitación alguna, con respecto a los padres, a los abuelos, hijos, nietos, etc. En línea colateral igual el parentesco es causa de nulidad, cuando el matrimonio se celebra entre hermanos y medios hermanos, y - además por tratarse de un impedimento no es susceptible de dis pen sa, y la nulidad en este caso es absoluta. Todo interesado puede ejercer la acción de invalidez en cualquier momento, por que la causa de nulidad derivada de este parentesco, es impres cri p t i b l e y el matrimonio no puede ser confirmado o ratificado en manera alguna.

En línea colateral desigual, en que la prohibición se extiende sólo a los tíos y sobrinos dentro del tercer grado, el impedimento produce la nulidad relativa, que se subsana si des pu és de celebrado el matrimonio, se obtuviere la dispensa y se ratifica el matrimonio ante el juez del Registro Civil. La dis pen sa del impedimento, extingue, esta causa de nulidad y el ma tri moni o produce todos sus efectos, a partir de la fecha en - que originalmente se contrajo.

La acción de nulidad puede ser ejercida por cualquiera de los cónyuges, por los hijos, herederos y por el Ministerio Público, en caso de que no lo hagan valer las personas menciona-

das con anterioridad.

Cuando se trate de matrimonios entre hermanos y medios hermanos, no se convalida nunca y no tiene tiempo de prescripción. Sin embargo, cuando los cónyuges ignoran el parentesco por consanguinidad, no dispensable, celebran un matrimonio de buena fe, y éste se conoce con el nombre de matrimonio putativo y la sentencia de nulidad no tiene efecto retroactivo. El artículo 255 del Código Civil, impide que en ese caso, se destruya en lo pasado, los efectos del acto. La buena fe consiste en la ignorancia en el momento de celebrar el matrimonio de las causas que lo invalidan. La buena fe se presume, para destruir esta presunción se requiere prueba plena, el matrimonio inválido contraído de buena fe, se denomina putativo y tiene su antecedente inmediato en el Derecho Canónico. La ignorancia en que se encuentra uno de los cónyuges o ambos, constituye un error, ya de hecho - ya de derecho. El cónyuge que padece esa ignorancia, puede aún conocer el hecho del impedimento, pero ignorar que esto constituye una prohibición legal para celebrar el matrimonio y es suficiente lo anterior, para que se configure la buena fe, es decir, para que el matrimonio así contraído produzca todos sus efectos.

La buena fe, no produce los mismos efectos, si concurre en

ambos cónyuges, o si puede atribuirse sólo a uno de los contrayentes. Si ambos han procedido de buena fe, el matrimonio produce entre los consortes todos sus efectos civiles hasta la sentencia de nulidad, el matrimonio produce efectos sólo en favor del cónyuge que contrajo de buena fe, por lo que respecta a la prole, en todo evento, aún cuando haya habido mala fe en ambos cónyuges, el matrimonio que ha sido declarado nulo, siempre produce efectos desde su celebración en favor de los hijos.

Como puede verse a lo largo de este impedimento, la nulidad, es absoluta, no se convalida y es imprescriptible, pudiendo hacerla valer, cualquiera de los cónyuges, los hijos, los herederos y en su caso, el Ministerio Público.

IV.- EL PARENTESCO POR AFINIDAD EN LINEA RECTA SIN LIMITACION ALGUNA.

Es causa de nulidad del matrimonio, el parentesco por afinidad en línea recta sin limitación alguna. Este impedimento, tiene su origen en el orden social y moral, ya que ante la sociedad no es factible, realizar un matrimonio entre la nuera y el suegro, es decir, el padre de su esposo; a la sociedad no le conviene este tipo de cuestiones, que además son reprobadas y tachadas de indecentes y de muy poca moralidad, sobre todo para los hijos, de un primer matrimonio, y la situación para con el

segundo matrimonio (esto es en el primer matrimonio existe su padre y abuelo y en el segundo, su abuelo vendría a ser su padre).

V.- EL ADULTERIO HABIDO ENTRE LAS PERSONAS QUE PRETENDAN CONTRAER MATRIMONIO, CUANDO ESE ADULTERIO HAYA SIDO JUDICIALMENTE COMPROBADO.

El adulterio habido entre los que pretenden celebrar matrimonio, siempre que haya sido declarado judicialmente. Obvias razones de orden moral y social, impiden que dos personas que han perpetrado entre sí el delito de adulterio, que constituye un atentado grave en contra de la solidez de la familia puedan contraer matrimonio, para constituir de esa manera legalmente una familia. Se requiere sin embargo, que el delito de adulterio haya sido comprobado fehacientemente y declarado en una sentencia judicial firme.

El Código Civil concede indistintamente la acción de nulidad al cónyuge ofendido y al Ministerio Público para el efecto de declarar inválido el matrimonio celebrado en adúlteros. Así como también los hijos y herederos de un primer matrimonio pueden pedir la nulidad.

Es presupuesto de esta causa, de nulidad, la disolución -

del matrimonio anterior durante el cual, el cónyuge que violó - el deber de fidelidad, contraer nuevas nupcias precisamente con quien coparticipó en el adulterio. Al cónyuge anterior que fue ofendido por la infidelidad, corresponde el ejercicio de la acción de invalidez, de la misma manera que al Ministerio Público, por el carácter penalmente delictuoso del acto, que da causa a la nulidad del segundo matrimonio. Si el matrimonio anterior se disolvió por muerte del cónyuge ofendido, el ejercicio de la acción de nulidad, corresponde sólo al Ministerio Público.

La acción derivada de esta causa, dura seis meses, contados a partir de la fecha del matrimonio de los adúlteros.

VI.- EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ALGUNO DE LOS CONYUGES,
PARA CONTRAER MATRIMONIO CON EL QUE QUEDE LIBRE.

Motivos de moralidad y de seguridad social justifican la existencia de este impedimento dirimente, el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que queda libre.

No se requiere la consumación del delito de homicidio para que subsista el impedimento, es suficiente la realización de los actos previos a la consumación, encaminados directamente a causar la muerte de uno de los cónyuges; pero si es necesario - que se compruebe en el autor del delito, el propósito de privar

de la vida a uno de los cónyuges para que en esta forma, si queda disuelto después por otras causas el vínculo matrimonial, el autor del atentado no se encuentra en plenitud de contraer matrimonio con el otro cónyuge. Y como consecuencia lógica, es causa de nulidad de matrimonio.

El artículo 244 del Código Civil debe interpretarse, en el sentido de que el precepto establece como causa de nulidad, la simple tentativa de homicidio. La acción de nulidad puede ser ejercida por los hijos del primer matrimonio y por el Ministerio Público. La acción de nulidad dura seis meses desde la fecha en que se celebró el nuevo matrimonio.

VII.- LA FUERZA O MIEDO GRAVE. EN CASO DE RAPTO SUBSISTE EL IMPEDIMENTO ENTRE RAPTOR Y RAPTADA, MIENTRAS ESTA NO SEA RESTITUIDA AL LUGAR SEGURO DONDE LIBREMENTE PUEDA MANIFESTAR SU VOLUNTAD.

El consentimiento para contraer matrimonio se ha de prestar en forma libre y espontánea por ambos contrayentes y la coacción física o moral que se ejerza sobre cualquiera de ellos para arrancar en esta forma la declaración de voluntad, produce la nulidad de matrimonio. Quien bajo esta presión moral e inducido por miedo o temor, declara ante el juez del Registro Civil que pretende contraer matrimonio, emite una declaración de vo--

luntad que no es apta para dar validez al acto, porque no se manifiesta libremente.

El temor ha de ser provocado, sobre el ánimo de la víctima de la violencia, por medio de amenazas graves y serias, suficientes para perturbar el ánimo de una persona normal. El contrayente cuya voluntad ha sido violentada, se encuentra claro, está bajo los efectos de la coacción (miedo o temor), en el momento de la celebración del matrimonio. Se dice que la amenaza es grave, si importa peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes, del cónyuge, de sus ascendientes o tutores.

El rapto, tratándose de matrimonio, es una manera de violencia material y moral que impide la libre manifestación de la voluntad del contrayente. Este impedimento no cesa, mientras la raptada no sea restituida a lugar seguro donde puede declarar libremente el sentido de su voluntad. El temor ha de ser fundado y ha de ser además serio, atendiendo para ello a las circunstancias personales del sujeto, que se dice, víctima del miedo o violencia. El temor infundado que perturba a una persona pusilánime, no puede calificarse de violencia, capaz de causar el impedimento. La violencia es impedimento dirimente, si se ejerce y se mantiene al tiempo de celebrarse el ma--

rimonio, no sólo contra el cónyuge, sino contra las personas - que él tiene bajo su patria potestad o tutela.

Finalmente cabe mencionar que esta causa de nulidad sólo - puede ser ejercida por el cónyuge agraviado, dentro de los se--
senta días contados desde la fecha en que cesó la violencia o - intimidación.

VIII.- LA EMBRIAGUEZ HABITUAL, LA MORFINA, LA ETEROMANIA
Y EL USO INDEBIDO Y PERSISTENTE DE LAS DEMAS DRO--
GAS ENERVANTES, LA IMPOTENCIA INCURABLE PARA LA CO
PULA: LA SIFILIS, LA LOCUPA Y LAS ENFERMEDADES CRO
NICAS E INCURABLES, QUE SEAN ADEMAS, CONTAGIOSAS O
HEREDITARIAS.

La acción de nulidad que deriva de hábitos viciosos de al-
guno de los cónyuges, como la embriaguez habitual, la taxicomana-
ña, así como la que proviene de impotencia incurable para la -
cópula, la sífilis, la demencia y otras enfermedades crónicas -
incurables, que sean además contagiosas o hereditarias, puede -
ser ejercida indistintamente por cualquiera de los cónyuges, -
tanto por el sano como por el enfermo. Esta acción de nulidad,
debe proponerse dentro del término de sesenta días contados des-
de que se celebró el matrimonio, ya que si no se hace dentro de
ese término ya no será causa de nulidad sino de divorcio.

El alcoholismo, la toxicomanía y los estados patológicos - de alguno de los consortes, son causa de nulidad de matrimonio si existe en el momento de la celebración, y como se indicó con anterioridad, si se manifiestan con posterioridad a la celebración del matrimonio no producen la nulidad de éste, ya que éstas serán causa de divorcio.

Este tipo de impedimentos, nuestro Código Civil consagra - en un apartado diferente para los enfermos mentales que en el artículo 450 del mismo ordenamiento legal invocado se hace mención así como en su fracción segunda engloba en un sólo legajo a los enfermos mentales y en su fracción cuarta a los que hacen uso indebido e inmoderado de las drogas enervantes.

IX.- EL IDIOTISMO Y LA IMBECILIDAD.

Son causas de nulidad tal, que impiden al que las tiene, - poder realizar un matrimonio natural y normal ya que pueden ser peligrosas para la convivencia e inclusive, hereditarias.

La acción de nulidad, la puede pedir el otro cónyuge o el tutor del incapacitado. No tiene término por lo que se puede invocar en cualquier tiempo, es decir, es imprescriptible.

X.- EL MATRIMONIO ANTERIOR SUBSISTENTE CON PERSONA DISTINTA DE AQUELLA CON QUIEN SE PRETENDE CONTRAER.

La existencia de este impedimento, protege la organización de la familia monogámica y la esencia misma del matrimonio que sólo se concibe, se autoriza y se sanciona por la ley entre un solo hombre y una sola mujer. La subsistencia de un matrimonio anterior con persona distinta, no sólo es un impedimento dirimemente para la celebración del matrimonio, sino que constituye el delito de bigamia, cuya ejecución es punible, de acuerdo con las leyes penales.

Esta causa de nulidad requiere que en el momento de celebrar el matrimonio, subsista un vínculo conyugal anterior, con persona distinta de aquella con quien se pretende contraerlo. El matrimonio anterior no debe haber sido previamente disuelto por divorcio, nulidad o muerte de otro cónyuge.

La causa de nulidad subsiste, aún cuando alguno de los cónyuges o ambos lo hayan celebrado de buena fe, es decir, a pesar de que creyeren fundadamente que el vínculo matrimonial anterior ya no subsiste, se requiere que el matrimonio anterior haya sido válidamente contraído. Si en el juicio de impugnación del segundo matrimonio, se plantea la nulidad del que se contrajo primeramente, esta cuestión debe ser resuelta antes; la nulidad proveniente de esta causa es insanable y puede hacer -

se valer en cualquier momento, tanto por el cónyuge del primer matrimonio, como por sus hijos o herederos y por los cónyuges - que contrajeron el segundo matrimonio; puede hacerla el Ministerio Público, si ninguna de las personas mencionadas, deduce la acción de nulidad.

La acción de nulidad sobre este impedimento dirimente tiene las siguientes características:

- 1.- Sólo puede ser ejercida por las personas a quienes la ley les concede expresamente.
- 2.- No es transmisible, sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquél a quien heredan.
- 3.- Excepcionalmente la ley concede la nulidad a los herederos del cónyuge que ha fallecido a consecuencia de un atentado contra su vida, si ese atentado ha sido - cometido por cualquiera de las personas que contrajeron nuevo matrimonio. En caso de bigamia, la acción - de nulidad corresponde a las mismas personas antes señaladas.
- 4.- No puede celebrarse transacción de ninguna especie ni compromiso en árbitros sobre la nulidad del matrimonio.

C) FALTA DE FORMALIDADES.- Excluyendo las causas de nulidad por error acerca de la persona y porque concurra un impedimento dirimente, el matrimonio es nulo si no se cumple al celebrarlo, con los requisitos formales que mencionan los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del Código Civil.

Esta causa de invalidez, es decir, la falta de formalidades, presenta la particularidad de que el acto de celebración del matrimonio que se llevó al cabo en forma irregular, puede tener validez si existe el acta matrimonial, levantada en los registros del estado civil cuando contenga los datos mencionados para probar que se celebró el matrimonio y que las partes otorgaron su consentimiento ante el juez del Registro Civil, - que autorizó esa celebración. Son sobre todo, razones de orden social las que motivan la exigencia de una celebración, del matrimonio, los terceros tienen interés en conocer el estado de matrimonio y deben tener elementos para distinguir el matrimonio del simple concubinato, sin contar que el matrimonio es la fuente de la legitimidad de los hijos nacidos de la unión y, - finalmente, sin el acto solemne, los cónyuges carecerían de la prueba plena de su estado civil.

El artículo 250 del Código Civil, nos permite concluir - que el acta de matrimonio, en cuanto llena su función probato-

ria de su celebración, porque consta en los registros y por medio de ella se puede identificar a las personas que han contraido matrimonio, es elemento indispensable para dar validez al matrimonio, aunque dicha acta y el acto mismo de la celebración - adolezcan de vicios de forma.

Cuando la forma se eleva al rango de solemnidad, deja de - considerarse elemento de validez para convertirse en requisito de existencia del acto jurídico.

El artículo 146 del Código Civil dispone que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y - con las formalidades que ella exige.

Son solemnidades que han de constar en el acta, las siguientes:

- La expresión de voluntad de los contrayentes de unirse en matrimonio en presencia del juez del Registro Civil.
- En caso de que los contrayentes se casen a través de - mandatarios, la presencia de los mandatarios.
- La existencia del acta en el libro del Registro Civil, y en ella deben contener: el nombre, los apellidos y de más elementos de identidad de los pretendientes.

- La constancia de que el juez del Registro Civil los declaró unidos en nombre de la ley, de la sociedad en legítimo matrimonio y las firmas de todos los que intervinieron en el acto mismo.

Son simples formalidades las siguientes:

- La solicitud que previamente han de suscribir y presentar los contrayentes.
- La mención del lugar y la fecha en el acta de matrimonio, así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes.
- La constancia de que son mayores o menores de edad, y en este segundo caso, de que se presta el consentimiento de sus padres.
- La de que no existe impedimento para celebrar el matrimonio y la mención del régimen patrimonial de los con-sortes, así como los nombres, apellidos y ocupación de los testigos.

Por lo que es menester indicar que la falta de requisitos formales son causa de nulidad mientras que la ausencia de las solemnidades dan lugar a la inexistencia del acto.

c).- Ahora bien, la tercera causa de disolver el vínculo matrimonial o de extinguir el mismo es, el divorcio.

El divorcio social y familiarmente es un mal necesario, lo define el Código Civil, como el medio por el cual se disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Aún, cuando lo normal, desde cualquier punto de vista, es que la vida matrimonial se realice dentro de causas de tranquilidad y de respeto y comprensión mutuos, a fin de lograr plenamente las finalidades que persigue el matrimonio, en ocasiones tales metas no se realizan por la presencia de causas o hechos graves que afectan la estabilidad de la familia y que pueden constituir un serio peligro para la salud moral de los hijos y aún para la integridad misma de los esposos en sus personas. De esta manera la ley ha puesto al alcance de los cónyuges la posibilidad legal de terminar con su matrimonio, y considerándolo como ya se hizo mención al principio, como un mal social y familiarmente necesario.

Existen tres clases de divorcio que se encuentran regulados en el Código Civil y que son el divorcio administrativo, el divorcio por mutuo consentimiento y el necesario o contencioso.

1.2 El Divorcio

Al hablar de divorcio, en el lenguaje común, nos indica simplemente una idea de separación entre los esposos. Para algunas personas, el divorcio es la extinción de la vida conyugal declarada por una autoridad, o un juez, por alguna causal invocada de modo expreso y debidamente probada, y efectivamente eso es el divorcio, ya que es la manifestación legal de la ruptura real del matrimonio. Ahora, tratando de dar un concepto jurídico de divorcio, se podría indicar que es: la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente derivada de las causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecidas expresamente por la ley. Por lo tanto el divorcio es la ruptura del matrimonio, ya que éste es la unión de un hombre y una mujer bajo el mismo yugo y vínculo y el divorcio es el rompimiento de ese vínculo, para dejar a los cónyuges en aptitud de contraer otro nuevo matrimonio. El Código Civil vigente en su artículo 266 define el divorcio de la manera siguiente: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."⁽⁴⁾ Produce en consecuencia, dos efectos: uno negativo y otro positivo.

4.- Artículo 266, op. cit.

El primero de ellos, es decir, el negativo, deja de existir el vínculo jurídico que obliga a los cónyuges a permanecer unidos, el segundo de ellos, el positivo, otorga la capacidad para volver a contraer un nuevo matrimonio.

De lo anterior se desprende que el divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio deja de producir sus efectos tanto en relación a los consortes como con respecto a los terceros.

Por lo que cabe recordar que el divorcio tiene su origen, en la voz latina divortium, y ésta evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Y si el matrimonio es la fuente primordial de la familia, garantía de su subsistencia por su propia naturaleza, debe ser permanente. No se puede aceptar en manera alguna, por la función misma de la institución matrimonial, que al celebrarse el matrimonio la voluntad de los contrayentes sea otra, distinta a la de mantener la subsistencia del vínculo conyugal, durante toda su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida, amenacen el mantenimiento de ese vínculo. El contenido de esa voluntad en el momento de la celebración del matrimonio, constituye una verdadera promesa de llevar al cabo hasta el final de

la vida, ese propósito. Y el divorcio, tiende a romper esos - - ideales, que como se manejó con anterioridad, al momento de celebrar el matrimonio, se tiene en mente vivir juntos para toda la vida, y no se detenta como objeto, que después de algún tiempo se disuelva el vínculo matrimonial, como disolver cualquier cosa, sobre todo si hay de por medio hijos, que en el último de los casos, son los más afectados por la ruptura del matrimonio de sus padres.

En legislaciones como España e Irlanda se rechaza el divorcio, en otras se admite por causas graves como en Inglaterra, - Holanda, Honduras, algunas reglamentan el divorcio por mutuo - consentimiento como Portugal, Cuba y Venezuela, en Rusia se admite el divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges. En - la actualidad se observa una reacción desfavorable al divorcio. El Estado, la familia, la sociedad, tienen en cierto modo, derecho a pedir a los cónyuges que procuren evitar el mal del divorcio aunque en algunos casos se pretenda afirmar que es un mal - menor.

En algunas legislaciones el divorcio es una Institución - que facilita la concupiscencia de las clases adineradas, ya que las personas pertenecientes a ellas son las únicas que pueden - sufragar los gastos que el divorcio lleva consigo. En estos ca-

sos tal situación se convierte en un privilegio de clase que produce extraordinaria alarma en la sociedad, además de una gran preocupación, ya que el divorcio acaba con una familia y si se analiza cuántas familias se destruyen, puede tenerse en mente que el divorcio poco a poco acaba con la sociedad, por eso se dice que es alarmante. La indisolubilidad del vínculo o, al menos, su máxima permanencia, es sin duda, prenda de cultura y sociabilidad.

1.3 El Divorcio como Figura Controvertida

El maestro Rafael De Pina, advierte que el:

"Divorcio puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista: el moral, el filosófico, el religioso, el social, el jurídico. Dada la naturaleza de esta obra, nosotros debemos tratarlo, principalmente, en su aspecto jurídico, sin que con ello queramos decir, que éste es el único interesante, pues todos tienen una importancia extraordinaria." (5)

5.- DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción-Personas-Familia, Vol. I, 2a edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1960, p. 340.

Como puede verse, el divorcio tiene diferentes puntos de vista, y éstos serán tratados uno a uno, para tener un aspecto de cada uno.

Principiaremos por hablar acerca de la historia del divorcio, es decir, cómo surgió y cuáles eran sus consecuencias.

En el Antiguo Testamento encontramos como Libro Histórico el Deuteronomio, que en la clasificación judía es un libro de leyes, en el cual se relata el segundo discurso que Moisés, dirigió a todo Israel que se conoce como el "Libelo de Repudio".

"Si un hombre toma a una mujer, casándose con ella, y resulta que ella luego no le agrada porque ha hallado en ella algo vergonzoso, le escribirá un libelo de repudio, y entregándose en la mano la despedirá de su casa. Y salida de su casa podrá casarse con otro marido. Si también el segundo marido concibe aversión a ella, y le escribe un libelo de repudio y, poniéndoselo en la mano la despide de su casa, o si muere el segundo marido que la tomó por mujer; entonces su primer marido que la había despedido no podrá volver a tomarla por su mujer, después de haberse ella marchado; porque esto es abominable

ante Yahve." (6)

Existen autores que aseveran que todavía no se ha estudiado satisfactoriamente el divorcio entre los pueblos primitivos, de lo poco que hasta ahora se sabe se puede concluir con una cierta verosimilitud, que el hecho de que muchos pueblos, comenzando etnológicamente por los más primitivos, no admitían al divorcio, por sus principios morales y religiosos, y que donde existía se resolvía en formas muy diferentes y con consecuencias sociales, y morales tan graves, siendo el divorcio un índice que va en contra de la sociedad y la naturaleza humana. Y en este orden, la primera de las fórmulas que determinaban la disolución de la unión conyugal, era la muerte. Esta situación permitía al viudo poder contraer lícitamente un segundo matrimonio, pero la mujer viuda tenía que esperar un lapso de viudez de diez meses, para evitar la confusión del parto. La segunda fórmula natural, que imponía la disolución del matrimonio, era la pérdida del connobium, esto ocurría en aquellos casos en los que alguno de los esposos era reducido a la esclavitud; ocurriendo igualmente en los que pudiera haber sido hecho prisionero por el enemigo. Como esa situación entrañaba la separación, la

6.- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986, p. 357.

unión no podía restablecerse en el evento de que el cautivo regresara, pues no podía borrar ese hecho, es decir, haber perdido la ciudadanía o haber sido prisionero. (Se consideraba como una vergüenza aceptar al cónyuge que le había ocurrido tal desgracia).

Una vez generalizado el divorcio, éste se podía llevar de dos formas: 1) Bona gratia; y 2) Por repudiación. La primera de las formas, es decir, la bona gratia, concurría la voluntad de los esposos, era una disolución en la que operaba el mutuo consentimiento, con ausencia de formalidades, operando así plenamente el aforismo latino, lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve. Por lo que respecta a la segunda causa, operaba generalmente la voluntad unilateral de cualquiera de los esposos, aunque sea sin causa alguna.

Los aspectos que han quedado destacados fijan la manera clara que el divorcio romano entrañaba, la disolución absoluta del vínculo conyugal, así como la aptitud para el divorciado de contraer válidamente una nueva unión conyugal, prácticamente era un factor que imponía el rompimiento del vínculo, derivando desde entonces la existencia de esas consecuencias, muy diversas de las que elaboró el Derecho Canónico que permite su relajamiento mediante la separación de cuerpos, en cuanto al -

lecho, mesa y habitación, pero que mantiene indisoluble el vínculo conyugal.

Como puede verse, a lo largo de la evolución someramente expresada con anterioridad de la historia del divorcio, principalmente en Roma, podemos darnos cuenta de que si permitía la disolución del vínculo matrimonial, a diferencia del Derecho Canónico, que no era permitido la ruptura del vínculo; mas es preciso manifestar que si mantenía vigente el vínculo, entre dos personas, que estaban separadas, por lo que respecta a su persona, era difícil tal cuestión, para poder llevar a cabo una vida normal entre ellos, e inclusive si la esposa, encontraba a otra persona o compañero, ella no podía tener relaciones sexuales con ninguna persona en virtud de que incurría en adulterio, dado que no estaba separada completamente de su marido; haciendo la vida imposible entre los consortes, poco a poco se fue introduciendo el divorcio que daba rompimiento al vínculo conyugal, tal y como se conoce ahora, y como se ventila en el Derecho Civil vigente.

Ahora bien, después de tratar brevemente la historia del divorcio vincular, pasaremos a estudiar propiamente al mismo desde sus diferentes aspectos:

Por lo que respecta al aspecto político, éste tiene a su -

cargo, la necesidad de mantener la unión familiar a fin de lograr una solidaridad estrecha en las relaciones de la familia - ya que el Estado como dirigente del poder social, tiene interés en el mantenimiento y equilibrio de la primera célula social - que es la familia, y el divorcio contradice estas finalidades, esto es, en lugar de ser una institución de solidaridad familiar, es propiamente una institución de desunión por lo que - el Estado debe regular sus leyes, en este sentido debe hacer - más difícil las normas que rigen el procedimiento, para que proceda el divorcio, y esto traería a colación que si no se cumplen cabalmente con dichas leyes no se puedan divorciar los con- - sortes, lo que vendría a favorecer a la sociedad porque no habría tantos divorcios, dada la problemática de su procedimiento.

En lo que cabe al aspecto religioso, la iglesia católica, - considera al matrimonio canónico como un lazo indisoluble de - los consortes, por lo que el rompimiento del vínculo civil es, - inaceptado por la iglesia, ya que ésta no permite ni mucho me- - nos tolera, la celebración de un nuevo matrimonio.

Desde el punto de vista ético, puede señalarse que va en - contra de la moral y las buenas costumbres, ya que en algunas - ocasiones lesiona los derechos de los hijos, quienes a veces - son víctimas directas del divorcio, e inclusive el divorcio da

principio a la frivolidad en alguno de los consortes y con esto les facilita las cosas para divorciarse en vez de hacer un esfuerzo para reconciliarse y, su orgullo desecharlo para seguir viviendo en armonía y dar un ejemplo hacia sus hijos, que si no es en algunos casos, en la mayoría, son los que realmente sufren tal separación.

Se puede decir que el divorcio en algunos casos no va contra la ética o la moral, dado que tal vez, es la solución a la convivencia inmoral de los que nada tiene entre sí de lazos afectivos, ya que sólo existen entre ellos indiferencias, desprecios, rencores, agresiones, cuando de hecho no existe ya el matrimonio, y sólo los une un lazo legal. Así por el contrario se puede calificar de inmoral o injusta la obligación legal de seguir unidos.

Ahora bien, psicológicamente el divorcio, se ha considerado por estudiosos de la materia que afecta en algunos casos, a los consortes en su persona; ya que según los estudiosos de la materia, la psicología tiene por objeto el estudio de los fenómenos y procesos psíquicos del individuo, conscientes o inconscientes, desde el punto de vista de su interioridad y de su comportamiento; y el divorcio trae a consecuencia, un desequilibrio emocional para alguno de ellos, o inclusive para los dos,

porque generalmente los va a afectar interiormente, y esto da lugar a que su comportamiento sea cambiante y variable y con cierto recelo y negatividad hacia lo que significa el matrimonio.

CAPITULO SEGUNDO

LAS DIFERENTES CLASES DE DIVORCIOS

Es necesario, y antes de hablar de las diferentes clases - de divorcio, tener una definición de lo que significa éste. Para el maestro Rafael De Pina:

"La palabra divorcio significa: en el lenguaje, la idea de separación; en el sentido jurídico significa, extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso." (7)

De lo anterior se desprende que el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos. Ahora bien, - después de haber retomado la idea o el concepto de lo que significa el divorcio jurídicamente, es necesario y antes de hablar propiamente de las clases de divorcios, indicar que existen - - tres requisitos imprescindibles para la procedencia de la diso-

7.- DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., 3a. edición, México, 1963, Vol. I, p. 340.

lución del vínculo y éstos son: a) la existencia de un matrimonio válido; b) capacidad de las partes; y c) legitimación procesal.

a) La existencia de un matrimonio válido, es un requisito o presupuesto lógico necesario, para la disolución del vínculo matrimonial. Este requisito queda satisfecho con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio de quienes pretenden divorciarse. El matrimonio tiene a su favor la presunción de validez mientras no haya sido pronunciada una sentencia ejecutoriada, que declare su nulidad (artículo 253 Código Ci - vil).

b) Por lo que respecta a la capacidad de las partes, esto se refiere a los menores de dieciocho años, requieren la asistencia de un tutor dativo para solicitar su divorcio ya sea necesario o contencioso (art. 499 y 643 frac. II del Código Ci - vil) o por mutuo consentimiento (art. 677 del Código de Procedi mientos Civiles).

La intervención del tutor en el procedimiento de divorcio de menores de edad, tiene por objeto integrar y no substituir - en el procedimiento, la voluntad del pupilo, representando y autorizando con su firma en unión de este último, los escritos o instancias que se presenten durante los trámites del divorcio;

porque se trata de una decisión personalísima de los cónyuges, que no admite la institución de la representación propiamente dicha, para obtener la disolución del vínculo, no puedan ser representados por el tutor. El tutor, se limitará a asistir al cónyuge menor en la secuela del procedimiento judicial del divorcio. Como ya se ha dicho en todos los casos de divorcio voluntario la disolución del vínculo matrimonial, ha de ser fundada en la firme voluntad de los que pretenden obtenerla, esta de terminación aparece clara en el divorcio por mutuo consentimiento, vía en la cual exige la comparecencia personal de ambos consortes, en las juntas previas al pronunciamiento del divorcio, acompañados si se trata de menores de edad, del tutor dativo. (art. 678 del Código de Procedimientos Civiles). Asimismo, basta el sólo hecho de que los consortes que pretenden divorciarse por mutuo consentimiento, vuelvan a reunirse en cualquier momento, antes de que el divorcio hubiere sido decretado para que, este hecho ponga fin al procedimiento de divorcio. De la misma manera la reconciliación entre los cónyuges en el juicio de divorcio contencioso, pone fin al juicio de divorcio cualquiera que sea el estado del procedimiento antes de que se pronuncie propiamente la sentencia que decreta la disolución del vínculo.

El tutor debe intervenir en la celebración del convenio que presentan los menores de edad que pretenden divorciarse,

por mutuo consentimiento, respecto de sus bienes y en cuanto a la situación y guarda de los hijos de ambos.

c) Legitimación procesal. Desde el punto de vista de la misma, se refiere a los consortes que pretenden divorciarse, ya que son los únicos en obtener la disolución del vínculo.

Si respecto de los menores de edad es improcedente la solicitud de divorcio suscrita sólo por el tutor, tratándose de mayores de edad, con plena capacidad de goce y de ejercicio, nada impide que puedan instituir apoderado para tramitar el juicio de divorcio necesario, mas no en el caso de divorcio por mutuo consentimiento.

El juez competente para conocer del divorcio es el del domicilio conyugal y en caso de abandono de hogar es el del domicilio del cónyuge abandonado. Cuando existe una separación de hecho, entre los cónyuges, el juez competente es el del domicilio del cónyuge abandonado.

Una vez explicado lo anterior, es necesario indicar que existen tres clases de divorcio, que se tratarán cada uno por separado debido a su diverso procedimiento, y éstos son: el divorcio administrativo (art. 272 del Código Civil), el divorcio por mutuo consentimiento (273 a 276 del Código Civil y su procedi-

miento se lleva a cabo en los arts. 674 a 682 del Código de Procedimientos Civiles), y el divorcio necesario o contencioso (en el Código Civil se encuentran sus XIX causales reguladas por los artículos 267, 268). Por lo que es menester pasar al estudio de cada uno de estos divorcios.

2.1 El Divorcio Voluntario Administrativo

Este tipo de divorcio, se encuentra regulado en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, así como la forma de llevarse a cabo, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, deberán comprobar con las copias certificadas respectivas que son casados, mayores de edad, manifestarán que no tienen hijos y propiamente liquidaron la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, y la manifestación de voluntad de divorciarse. Deberán ocurrir personalmente ante el Juez del Registro Civil que conozca de la solicitud de divorcio ya que es la autoridad que puede declarar disuelto el vínculo matrimonial, siempre y cuando se haya dado cumplimiento a los requisitos anteriores. El juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, hará constar la solicitud de divorcio en un acta que levantará a efecto y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar la solici--

tud a los quince días. Si ambos cónyuges ratifican la solicitud presentada, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Cuando surgió el divorcio por mutuo consentimiento administrativo, fue objeto de severas críticas ya que era una forma - muy fácil de profunda desintegración familiar, así que la comisión redactora tuvo que exponer sus motivos de justificación indicando que en esta clase de divorcio, los únicos perjudicados directamente eran los cónyuges mismos, que actúan con conocimiento de causa y por tanto, no es necesario cumplir los procedimientos formales de un juicio, en virtud de que ni siquiera - existen hijos y ya se liquidó la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. Razón por la cual surgió este tipo de divorcio.

A pesar de lo anterior, se debe hacer un esfuerzo para prevenir a los consortes, buscando la permanencia del matrimonio y de esta forma tratar de mantener la unidad conyugal que juega - un papel muy importante en nuestros días.

2.2 Divorcio por Mutuo Consentimiento

Este tipo de divorcio, tiene lugar cuando los consortes no se encuentran en el caso previsto con anterioridad, es decir, - si no son mayores o tienen hijos, o no han liquidado la sociedad conyugal, pero tiene la voluntad de divorciarse, entonces, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo ante el juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

Dentro del Código de Procedimientos Civiles se ventila la tramitación para este tipo de divorcio, que aparece en sus artículos 674 a 682, y de esta forma los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento, deberán presentar ante el Juez de lo Familiar, la solicitud de divorcio junto con su convenio, en el cual se fijarán los siguientes puntos:

- 1.- La persona que tendrá la custodia de los hijos durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el mismo.
- 2.- El modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto en el procedimiento como después de ejecutoriado el mismo.

- 3.- El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- 4.- Los alimentos que un cónyuge dará al otro en los términos del artículo 288 del Código Civil, durante el procedimiento como después de ejecutoriada el mismo, la forma de hacer el pago y la garantía que debe de otorgarse.
- 5.- La forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal, durante el procedimiento y la de liquidarla al ejecutoriarse el divorcio.

Además de como lo señala el artículo 674 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, hay que anexar una copia certificada del acta de matrimonio y la de nacimiento de los hijos menores.

Presentada la solicitud, citará el Tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, en la que se exhortará a los interesados a procurar su reconciliación.

Si no hay avenimiento entre las partes, aprobará provisio-

nalmente el convenio que ambos presentaron, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de su aseguramiento. (Art. 675 del Código de Procedimientos Civiles).

Si los cónyuges insistieren en divorciarse citará el tribunal a una segunda junta, que se efectuará ante el juez, después de los ocho y antes de los quince días de solicitada, si a pesar de la nueva exhortación que haga el tribunal a los cónyuges y oyendo al Ministerio Público, es decir, al representante del mismo, el juez estimare que en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los menores hijos o los incapacitados, dictará una sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado (art. 676 del Código de Procedimientos Civiles).

El artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles, exige la comparecencia personal de los consortes a las juntas de avenencia a que nos hemos referido con anterioridad.

Mientras se decrete el divorcio el juez autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas neces

rias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay - obligación de dar alimentos.

Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, se en--viará copia de la misma al juez del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar en que el matrimonio se efectuó y al del nacimiento de los divorciados para efectos de los artículos 114, 116 y 291 del Código Civil.

El divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial o en la vía administrativa no se funda en la violación de los deberes conyugales y, por lo tanto, no se plantea entre los cónyuges conflicto alguno. De allí que el legislador haya optado por simplificar en lo posible los procedimientos de esta clase de - divorcios.

La sentencia que decreta el divorcio judicial, es apelable en el efecto devolutivo, la que lo niegue es apelable en ambos efectos. La apelación puede ser interpuesta por cualquiera de - los cónyuges que pretendan divorciarse (art. 681 del Código de Procedimientos Civiles).

Es obvio que los cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento, no pueden apelar de la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial, pero podrán interponer el recur

so de apelación contra la sentencia que niegue el divorcio y -
contra los puntos resolutive de la sentencia de divorcio que -
modifique una o varias de las cláusulas del convenio presentado
por ellos, tanto sobre la situación y guarda de los hijos como
respecto de la liquidación de la sociedad conyugal o sobre los
alimentos.

El Ministerio Público podrá apelar de la resolución judi--
cial, que decreta o niegue el divorcio y que resuelva sobre los
puntos relativos a la situación y guarda de los hijos, así como
respecto de la liquidación y disolución de la sociedad conyugal.

También debe hacerse notar, que una vez que ha sido aproba
do judicialmente el convenio, no puede ser rescindido por incum
plimiento de sus cláusulas y sólo tiene lugar la ejecución for-
zada de las obligaciones que en él han contraído los consortes,
puesto que la fuerza obligatoria del convenio deriva de la apro
bación otorgada por el juez en la sentencia de divorcio.

2.3 Divorcio Necesario o Contencioso

Cuando los cónyuges no están de acuerdo en obtener la diso
lución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, uno de
los dos, demanda al otro, el divorcio, disolviendo el vínculo -

que los une, con base en una causal expresamente señalada en la ley, es así como surge el divorcio necesario o contencioso.

Como se ha señalado, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, decretada por una autoridad competente y con base en una causa expresamente señalada por la ley; así podemos decir, que dado que el Juez de lo Familiar, en el caso del divorcio por mutuo consentimiento o de un divorcio necesario debe analizar la causa o causas que se le manifiestan, y si una de ellas es probada el juez decretará la disolución del vínculo conyugal.

El artículo 267 del Código Civil, incluye entre las cláusulas de divorcio, unas que operan de modo absoluto, sin sujeción o condición alguna, en tanto que otras sólo dan lugar al divorcio si se encuentran condicionadas por ciertas circunstancias que perturban gravemente la armonía conyugal. En estos casos el derecho deja a la estimación del juez, la calificación de la gravedad de la causa, a lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estipula:

"DIVORCIO, INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LAS DISPOSICIONES LEGALES QUE LO ESTABLECEN. - -
Siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez, es de la sociedad, el Estado - preocupándose por ello mismo, por la estabi-

lidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley, de allí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquél sólo por las causas específicamente enumeradas en la ley."

(8)

"AUTONOMIA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO. Las causales que establece la ley son autónomas y no deben involucrarse las unas en las - - otras. Además son limitadas y no cabe respecto de ellas la interpretación extensiva por analogía o por mayoría de razón."⁽⁹⁾

Las causales de divorcio necesario o contencioso, son de carácter autónomo y no se aplican o amplían por analogía, ni se involucran o mezclan unas con otras, de conformidad a tesis sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este principio de limitación derivado de que la disolución del vínculo matrimonial, es de tal gravedad, que va en contra de la con-

- 8.- Directo 3536/1955, Emidgio Torres Ulrich. Resuelto el 26 de enero de 1956. Por mayoría de 3 votos, contra los señores Mtro. Castro Estrada y Ramírez Vázquez. Ponente el Sr. Matro. García Rojas. Srío. Lic. Raúl Ortiz Urquidí. Citado por Eduardo Pallares, el Divorcio en México, - - México, 1948, p. 213.
- 9.- Sexta época, cuarta parte, Vol. XXX, p. 145, Vol. LII, p. 117, Vol. LXVII, p. 76, Vol. LXIII, p. 11, vol. LXXIV, p. 18. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los fallos pronunciados en los años 1917 a 1965, p. 492.

servación de la unión matrimonial, de la familia y por ende, de la sociedad, ya que como lo establece la Suprema Corte, la conservación del vínculo matrimonial, es de interés público y sólo procede la disolución por causas de tal gravedad que hagan imposible la vida en común de los cónyuges.

Ahora bien, explicado lo anterior, existe además del divorcio vincular (que se encuentra regulado en el artículo 267 del Código Civil), un tipo de divorcio no vincular cuando, por enfermedad de uno de los cónyuges, permite al cónyuge sano optar bien por una separación de cuerpos, en la cual, subsisten las demás obligaciones creadas por el vínculo matrimonial, con la excepción de la obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo. Se trata de una verdadera dispensa de la vida en común.

Las causas de divorcio como ya dijimos pueden derivar de culpa de uno o de ambos de los consortes o provenir de otras razones, en las que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos. Expuesto lo anterior, estudiaremos cada una de las causales enumeradas en el artículo 267 del Código Civil.

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

Como causa de divorcio, el trato carnal de cualquiera de los cónyuges con quien no sea su consorte, no requiere que se -

configure el delito de adulterio. Para que proceda el divorcio por causa de adulterio, no es necesario que se reunan los requisitos que exige el Código Penal (y que se realice el acto sexual con escándalo o en el domicilio conyugal), basta la comprobación de la existencia de esas relaciones sexuales, en cualquier circunstancia para tener por probada la causa de divorcio.

Es por ello que la fracción I, del artículo 267, sólo exige la prueba del adulterio, pero no la condena penal previa contra el cónyuge demandado declarándolo responsable del delito de adulterio. La prueba del adulterio en el juicio de divorcio ha de ser directa, objetiva; en ningún caso es admisible la prueba presuncional, esta causal es absoluta. El cónyuge inocente, puede invocar esta causal de divorcio, dentro de los seis meses siguientes, contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del acto en que hace consistir el adulterio de su cónyuge - (art. 269).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido la siguiente tesis jurisprudencial:

"DIVORCIO, ADULTERIO PERMANENTE (TERMINO PARA INTERPONERLO). Tratándose del adulterio permanente debe considerarse que aunque la antigüedad de su inicio exceda de seis meses el cónyuge ofendido conserva su derecho a de

mandar el divorcio, hasta seis meses de concluir tal estado: pensar de otro modo llevaría al absurdo de que si ese (adulterio) no termina en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente que por amor o respeto a los hijos por ejemplo, haya prolongado por más de seis meses, sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediamente esa forma de agravio." (10)

En el Derecho Civil Mexicano, es ilícito todo adulterio - ejecutado por el marido o la esposa, cualesquiera que sean las circunstancias en que se realice, puesto que, sin distingos produce las siguientes acciones y sanciones privadas que puede - - ejercitar el cónyuge ofendido: el divorcio necesario solicitable dentro de los seis meses contados desde que se tuvo conocimiento de la infidelidad, el cónyuge culpable pierde la patria potestad sobre sus hijos, sin perjuicio de sus obligaciones; - pierde los derechos que tuviere a alimentos, y todo lo que se - le hubiere prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; cuando por el divorcio se originen daños o - perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable - responderá de ellos como autor de un hecho ilícito; además cons

10.- Directo 1634/1949, Corezo.

tituye impedimento no dispensable para contraer matrimonio (y - causa de nulidad en su caso), el adulterio habido entre los que pretenden contraerlo, cuando haya sido judicialmente comprobado. Así pues, en materia civil, existe entre los cónyuges mutuo deber y correlativo derecho a la fidelidad, siendo lícita su observancia. Actualmente el Código Penal Mexicano, aún cuando no establece diferencias en cuanto al sexo de los casados culpables, restringe notablemente los casos punibles de adulterios - limitándolos a los realizados en condiciones de grave cinismo - en sus autores o de extrema afrenta contra el cónyuge burlado, como son los que acontecen en el domicilio conyugal o con escándalo.

Dentro de las tesis relacionadas con este tema, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado - los siguientes criterios:

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y la persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; mas la simple rela-

ción sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causa de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque éste sólo puede subsistir para el legislador mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos." (11)

"DIVORCIO, PRUEBAS EN EL ADULTERIO. El adulterio que se invoca como causal, para demandar el divorcio es susceptible de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural de la cónyuge demandada, habido con persona distinta a su esposo legítimo, porque aún cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron, y quedado demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, cuando aún subsista el vínculo matrimonial, queda deducida la existencia de la causa del adulterio, que es consecuencia de aquel hecho y establecida la pensión relativa a la existencia de la causal invocada." (12)

-
- 11.- Quinta época, Tomo CXXVII, p. 809, A.D. 51521/55 Rufino Fernández Ocaña, Mayoría de 3 votos.
- 12.- Quinta época, suplemento de 1956, A.A. 4433/50 María Elena Aguilar - Vargas, unanimidad de 4 votos.

"Siendo autónomas las causas de divorcio, es indebido considerarlo como una injuria grave (al adulterio). Por tanto, si en la demanda no se invocó como hecho fundatorio de la misma el adulterio, no cabe hacerlo valer como injuria grave." (13)

II.- ES CAUSA DE DIVORCIO, QUE LA MUJER DE A LUZ A UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO Y - QUE JUDICIALMENTE SEA DECLARADO ILEGITIMO.

Esta causa de divorcio, es absoluta. Aparece por primera vez en la legislación de 1884 y se reitera tanto en el Decreto del 29 de enero de 1915, como en la Ley de Relaciones Familiares.

Se trata, de una injuria grave que comete la mujer al enganar al marido, por no informarle que en el momento de la celebración ya se encontraba encinta. Para la debida comprensión de esta disposición debemos tener presente que la materia de la paternidad y filiación contiene reglas cronológicas básicas, fundadas en los plazos mínimo y máximo de la gestación de la vida humana.

Puede ser declarados ilegítimos los hijos concebidos antes del matrimonio, si nacen dentro de los 180 días contados a par-

13.- Quinta época I, Tomo CXVI, p. 582.

tir de la celebración del matrimonio. Los hijos nacidos después de ese período de 180 días, se presumen hijos de matrimonio; - contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido imposible físicamente al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han procedido al nacimiento (artículo 324 fracción I, 325).

Aunque la mujer declare que el hijo nacido después de 180 días no es de su esposo, no se podrá desconocer la paternidad - del marido (y por lo tanto la legitimidad del hijo), alegando - adulterio de la madre, a no ser que el nacimiento se le haya - ocultado o que el marido demuestre que durante los diez meses - que preceden al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

De acuerdo con los términos consignados en las disposiciones transcritas la presunción de paternidad y de filiación está bien situada en los extremos cronológicos que hemos especificado. Además se requerirá que sobrevenga una sentencia de autoridad competente, ejecutorizada que declare que el hijo no es legítimo. En el caso que se examina, la justificación de la causal tiene la raíz en la ofensa y lesión que se le causa al varón, - con el ocultamiento y el engaño del que se le hace víctima.

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

MITIR QUE OTRO TENGA RELACIONES CARNALES CON SU MUJER.

Esta disposición se encontraba en el Código de 1870 y se reiteró en el de 1844, repitiéndose en la Ley de Divorcio de 1915 y en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. En esta causal encontramos una inversión desde el punto de vista del ofendido a lo que se contrae la fracción que antecede, pues si en aquélla sólo puede figurar como víctima el hombre, en ésta, es la mujer la que resulta ofendida.

Desde luego debe apreciarse gravemente ultrajante el que el marido se atreva a proponer a la esposa una conducta de tal dimensión que por sí sola es suficiente para justificar la acción de divorcio, contemplándose en ese dispositivo una conducta alternativa, el que se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso que él ha buscado.

Del análisis del contenido del precepto que se examina se deducen pues, dos alternativas que señalamos: una propuesta y la otra la recepción de dinero, ellas pueden actuar independientemente y en ambas opciones puede operar plenamente la causal a la que nos estamos refiriendo y la degradación moral, que se revela en el marido, pone en relieve la imposibilidad de que el matrimonio llene la función que está llamando a cumplir la formación física y moral de la prole, causal que opera de modo absoluto.

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

El peligro que entraña esta incitación por la intimidad de la vida que existe entre los cónyuges, es motivo muy grave para disolver el vínculo. Esta disposición se encuentra en toda nuestra tradición jurídica como causal de divorcio. En ella es irrelevante el sexo del ofendido, pues opera indistintamente de su condición. Se entiende además, que en ella también existe una injuria grave, pues independientemente del resultado que se obtenga con la incitación o con la violencia, se dará la causal; debiendo tenerse en cuenta que en el evento de que la parte ofendida llegue a cometer el delito para el cual fue incitada o bien, sometida a la violencia física o moral, se verá sujeta a las consecuencias de la comisión de una conducta sancionada por las leyes penales y, seguramente, tendrá que proceder la privación de libertad que resulta su consecuencia, con la afrenta y deshonra que implícitamente le sobrevienen.

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

En esta disposición existe un giro en la visión del legis-

lador, pues no considera a los cónyuges como los posibles sujetos pasivos de esa conducta, sino que los directamente ofendidos serán los hijos y resultará cónyuge inocente quien indirectamente padezca ese proceder.

En esta disposición se encuentra también la injuria grave que va a experimentar uno de los padres de hijos que torpe y dolosamente están siendo víctimas de una conducta tortuosa que está dirigida y empeñada en su corrupción.

Tan grave y peligrosa es esta causa como la prostitución de la mujer o la incitación a la comisión de un delito hecha por un cónyuge al otro. Su presencia desvirtúa la función del matrimonio y contradice en su raíz la razón de ser de la subsistencia del vínculo matrimonial.

VI.- PADECER SIFILIS, TUBERCULOSIS O CUALQUIERA OTRA ENFERMEDAD CRONICA O INCURABLE QUE SEA, ADEMÁS, CONTAGIOSA O HEREDITARIA, Y LA IMPORTANCIA INCURABLE QUE SOBREVenga DESPUES DE CELEBRADO EL MATRIMONIO.

En esta causal encontramos básicamente una razón que podemos calificar de biológica, para generar la justificación del divorcio; sin embargo, no puede terminantemente excluirse la posibilidad de que en ella concorra la injuria, por cuanto al

posible contagio venéreo extramatrimonial. Sin embargo nuestra atención se concentra en la limitación aparente que consigna - en el texto el legislador, al referirse solamente a dos que - hasta entonces, habían venido siendo azote de la humanidad: la sífilis y la tuberculosis, mas sin embargo, cuando decimos que la limitación derivada de esos dos males es aparente, la fundamos en las calificaciones que a continuación agrega la redacción del precepto que se examina, pues dentro del género de enfermedades crónicas o incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias, cabe cualquiera otra que entrañe tanto el riesgo para el cónyuge, como para los hijos.

En efecto, el primero de esos padecimientos, la sífilis, - ha venido siendo una enfermedad infecciosa (de origen generalmente venéreo) contagiosa y hereditaria; de evolución lenta y crónica. Es causada por un agente llamado espiroqueta (pues - tiene forma de tirabuzón) a la que se llama Spirochaeta pallida o Treponema Pallidum. Se atribuye el calificativo por su débil refringencia que hace muy difícil verla con los microscopios comunes; pero puede verse con el ultramicroscopio. Se - transmite por contacto directo; también por contacto indirecto mediante sustancias recién contaminadas; por transferencia de sangre o plasma recién infectado, o a través de la placenta de la madre al hijo. Adicionalmente, al considerar esa enfermedad,

se separan dos grandes grupos: la sífilis adquirida y la hereditaria o congénita. Esta última es transmitida al hijo en la vida intrauterina.

Está a la vista el que esta enfermedad contiene un alto grado de contagio, tanto a uno de los cónyuges, como a los hijos que van a nacer. De ahí que el legislador la colocó en el primer lugar de estas causales para justificar la acción de divorcio.

Por cuanto al segundo de los males reconocidos en esta fracción, la tuberculosis, a la que se le llamó "La peste blanca", causando más muertes en el mundo que cualquier otra enfermedad. Debe reconocerse que es una enfermedad contagiosa que ataca a todas las razas humanas y a muchos animales domésticos. El contacto puede ser por contacto con alguien enfermo o con los objetos de su uso (del enfermo), siendo la puerta de entrada la vía respiratoria o la digestiva, lo que la lleva sea directamente al pulmón o a colonizar cualquier otra parte del cuerpo humano.

El precepto que se examina se refiere finalmente a la impotencia incurable que sobrevenga, después de celebrado el matrimonio. En este aspecto debe destacarse que si el fin y objeto natural de la unión matrimonial es la procreación, resultará

que la impotencia se manifiesta como una incapacidad para la realización de los actos que en la naturaleza son propios para lograrla. No se debe confundir ese aspecto con la esterilidad, que resulta de una ineptitud para generar vida humana, sino en la capacidad para la cópula. Contra lo que muchos creen, esa deficiencia no es exclusiva del varón, pues puede darse en razón de deformaciones o por la ausencia de desarrollo, también en la mujer. De ahí que es requisito básico el que esta impotencia incurable, sobrevenga después de celebrado el matrimonio, ya que de haber llegado a existir antes de él, entonces deberá reconocerse como un impedimento previo y preexistente a la celebración de la unión; lo que determinará la nulidad de ésta, aún cuando deberá reclamarse sólo por el cónyuge que resulte afectado, dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio. En caso contrario, dicha causa de nulidad caduca y la unión se confirma y convalida.

No se debe soslayar la doble perspectiva en la que el Derecho observa y sanciona la impotencia incurable si es anterior a la unión, como impedimento que puede determinar la anulación del matrimonio. Si es posterior, como causa de divorcio que romperá el vínculo conyugal.

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

Esta causal era reprobada por el Código de 1870, que en su artículo 261 disponía:

"La demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquier otra calamidad semejante - de uno de los cónyuges, no autoriza el divorcio; pero el juez con conocimiento de causa, y sólo a instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en - - cualquiera de dichos casos la obligación de cohabitar quedando sin embargo, subsistentes las demás obligaciones para el cónyuge desgraciado."

Efectivamente, el padecimiento al que se contraría este - precepto, tenía que ser apreciado como una calamidad y por tanto, a la Comisión redactora del proyecto de este Código, no le pareció justo aumentar con un mal moral la desgracia padecida - por el enfermo. Sin embargo, no creyendo prudente ni tampoco - equitativo obligar al cónyuge sano a sufrir (contra su voluntad) dejó a la prudencia del juez suspender la cohabitación, sin tocar a las demás condiciones del matrimonio. En este aspecto, y además de que sí es obligación personal de los cónyuges el de--

ber de asistencia, resulta contraria a ella el disponer la causal que pueda determinar (en la ley anterior) la separación y en la actual, la ruptura del vínculo.

Es ostensible que en esta causal no puede concurrir la idea de una injuria, sino totalmente lo que hemos observado, es una razón de orden biológico que afecta la salud.

El Código de 1884 mantuvo esta causal en el texto de su artículo 238; el Decreto de 1915 la sostiene igualmente en su artículo 238 y la Ley sobre Relaciones Familiares en su artículo 87.

La redacción del precepto ahora vigente (a partir de su promulgación), solamente hacía referencia a su primera fase: VII - "Padecer enajenación mental incurable", sin embargo, debe estimarse que ha sido muy acertada la adición que exige en la actualidad "previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge". Resulta incongruente, en efecto, que pudiera iniciarse un procedimiento en el que la fuente de la reclamación del divorcio fuera el padecimiento de la enajenación mental, y que se emplazará a la parte interesada y se le oirá, se le permitirá rendir pruebas e intentar todos los recursos procesales, pues en el evento de que fuera fundada la causal, implícitamente se estaba reconociendo que existía la enajenación mental incurable y que sin embargo, no se le había sometido a la indispensa-

ble incapacidad; designándole un tutor que la representará. De ahí que la reforma comentada, con la redacción actual, permite una situación justa en el tratamiento del presunto incapaz.

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

Esta causal es una de las más utilizadas por los presuntos divorciantes para reclamar la disolución del vínculo conyugal, ya que en otras palabras se le denomina "abandono de hogar", se cree abandono o separación, sin causa justificada entraña en sí misma una injuria, pues contiene una conducta que lesiona profundamente la sensibilidad de uno de los cónyuges que se ve - - abandonado sin justicia por parte del otro; cesando así materialmente el deber de cohabitación y aquéllos otros que le resultan implícitos; viéndose recrudescida esa situación, particularmente cuando la víctima es la mujer, pero el desamparo en el que se le sitúa complementariamente, cuando no se le proporciona elementos suficientes para satisfacer sus propias necesidades y las de sus hijos.

Desde luego debe reconocerse que esta causal está apoyada en la obligación conjunta que el matrimonio impone a los cónyuges para vivir juntos, bajo el mismo techo, pues es uno de los medios que permite la realización de sus fines y la separación

va imponiendo (a medida que avanza), ese estado profundo de alejamiento entre los consortes, que ha roto de hecho, el vínculo de mutua consideración que es indispensable en la vida matrimonial.

La hipótesis normativa que analizamos contiene un elemento básico que dispone que la separación debe ser de la casa conyugal. De ello resulta que será presupuesto indispensable que la misma exista, como un domicilio independiente, en el que los cónyuges tengan facultad de dirigir y administrar sus labores y cuidados, lo que no sucede cuando ellos viven en la casa de otras personas, sean padres, suegros, cuñados, etc., siendo muy expresivo el léxico común que se utiliza para estos casos y se califica como de "arrimados", a la pareja que convive en esas circunstancias. Por tanto, la jurisprudencia ha declarado que en ausencia de esa casa conyugal no puede operar la causal de abandono, de acuerdo con las tesis y las ejecutorias relacionadas que aparecen publicadas en el apéndice del Semanario Judicial de la Federación.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. La causal de abandono del domicilio conyugal requiere la comprobación plena de los hechos o supuestos que la integran, y que son: a) la existencia del matrimonio; b) la existencia del domi

cilio conyugal; y c) la separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado."

Sexta Epoca Cuarta Parte:

Vol. LXXX, pág. 34. A.D. 5436/62. Gustavo Prisciliano Rosas Pavón. Unanimidad cuatro votos.

Vol. CXXXIV, pág. 33. A.D. 9337/67. María Ofelia Jiménez de Aguilar. Unanimidad 4 - votos.

Séptima Epoca Cuarta Parte:

Vol. 4, pág. 35. A.D. 9570/67. José Domínguez Capeán Unanimidad de 4 votos.

Vol. 4, pág. 35. A.D. 5013/68. Raymundo Morales Fragoso. 5 votos.

Vol. 38, pág. 53. A.A. 1838/71. Jorge Fuentes Manriquez. Unanimidad 4 votos.

"DIVORCIO ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. (TESIS RELACIONADA).- La causal de divorcio consistente en la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada tiene estos tres elementos: 1. La falta de vida en común, en la casa habitación de los cónyuges; 2. Que esa separación se prolongue por más de seis meses; y 3. Que no esté justifica-

do, por parte del cónyuge abandonante. Cada uno de estos elementos tiene supuestos lógicos y jurídicos a saber: el primero, el hecho de que el hogar conyugal propiamente dicho exista antes, en el momento de la separación y después de ella, por lo menos hasta el final del lapso establecido en el segundo elemento, seis meses, por lo que éste tiene también el mismo supuesto de hecho y de derecho; el alejamiento de la vivienda conyugal, además debe ser continuo, por - - seis meses, o debe mediar ese lapso, por lo menos, entre dos soluciones de continuidad, en la referida separación; por último, la falta de justificación para tal abandono debe existir en el momento en que tal cosa suceda y a lo largo de todo el período mencionado."

Séptima Epoca, Cuarta Parte:

Vol. 34, pág. 17. A.D. 5142/70. Benigno García Vargas. Unanimidad de 4 votos.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. SEÑALAMIENTO DE UNA CIUDAD COMO DOMICILIO ABANDONADO. (TESIS RELACIONADA).- El domicilio conyugal no sólo es el lugar donde conviven los cónyuges, sino donde ambos disfrutan de la misma autoridad y consideraciones iguales, o la morada en que

estuviere a cargo de la mujer la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar. - Consecuentemente, es necesario precisar la casa en que se constituye el domicilio conyugal que hubiere sido abandonado ya que - la sola mención de una ciudad no es suficiente."

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. CIX, pág. 49.A.D. 8609/62. Gerardo Ra
fael Catalán Calvo. 5 votos.

Séptima Epoca Cuarta Parte:

Vol. 61, pág. 31. A.D. 1229/73. Isafas Ra-
mos Orta. Unanimidad de 4 votos."⁽¹⁴⁾

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. La causa de divorcio consiste en el abandono o separación de la casa conyugal por más de 6 meses sin causa - justificada, se refiere a un lapso conti--nuo y es de tracto sucesivo o de realiza--ción continua por lo que la acción no cadu--ca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el aban

14.- Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Novena Par-
te, Jurisprudencia y Tesis relacionadas en materia en que cambió el -
sistema de competencia. Tesis jurisprudencial 201, visible en las pági-
nas 307 y 308 del citado apéndice.

dono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita."

Quinta Epoca:

Tomo XCI, pág. 2809. A.D. 8523/42. Curriel
Juan. Unanimidad de 4 votos. (15)

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

Admitir que el cónyuge inocente pueda romper la comunidad de vida conyugal por sí mismo, unilateralmente, sería tanto como aceptar la disolución de la vida en común por simple determinación de uno de los consortes.

El plazo del año para presentar la demanda de divorcio concedido al cónyuge inocente que abandonó el hogar, por causa justificada, ha sido establecido para dar lugar a una posible reconciliación de los cónyuges mediante el perdón del cónyuge inocente y para permitir, de una manera excepcional, y sólo duran-

15.- Idem. Tesis jurisprudencial 202, visible en páginas 314 y 315 del citado apéndice.

te ese lapso, una situación de separación entre los cónyuges, - cuando la vida en común se ha perturbado, si puede quizá, ser - restablecida. La ruptura del vínculo jurídico, sólo puede tener lugar por una resolución de autoridad competente, ante la cual deberá hacerse valer la causa que dio lugar a la separación de hecho.

He aquí el texto mismo que estaba reconocido en la fracción VI del artículo 227 del Código de 1884, en la que se reiteraba que era causal de divorcio la violación del deber de convivencia que el matrimonio impone a los cónyuges.

En este caso existe una inversión o reenvío de la fórmula precedente, pues, si en aquella, la acción se da al cónyuge que resulte abandonado, y éste demanda al que se separó; en la especie se cambia la situación precedente, pues anticipa la existencia de una separación del hogar conyugal, pero motivada por una causa que sea justificada. De ahí que si el que se fue del hogar prolonga su separación por más de un año, sin presentar la demanda de divorcio, entonces el que la provocó (cónyuge originalmente culpable), adquiere el derecho para reclamar esa separación y su consecuente divorcio, en contra del esposo inicial-

mente inocente y ahora culpable.

"DIVORCIO, ABANDONO DE HOGAR. LA ACCION CORRESPONDE AL CONYUGE ABANDONADO. La acción para pedir el divorcio por abandono del hogar conyugal por más de 6 meses, cuando no hay causa justificada para hacerlo, o por más de un año cuando existe esa causa, debe entenderse, en ambos casos, concedida a favor del cónyuge que permaneció en el hogar, o sea el abandonado y no el otro que se separó, aunque fuera con causa, debido a que, si este último tuvo causa justificada para separarse y para pedir el divorcio, debió deducir la acción dentro del término concedido por la ley, y si no lo hizo su separación se tornó injustificada y transcurrido en plazo legal sin reincorporarse al hogar, se convirtió en cónyuge culpable."

Quinta Epoca, Cuarta Parte:

Suplemento de 1956, pág. 199. A.D. 1724/52.
Emilio Velasco. Unanimidad de 4 votos.
Tomo CXXVIII, pág. 395. A.D. 5959/. Isabel
Custiani de Martínez. Unanimidad de 4 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. III, pág. 94. A.D. 4417/56. Isafas Salazar Vázquez. 5 votos.

Vol. V, pág. 70. A.D. 7048/56. Miguel Lama-
drid Ortiz. Unanimidad 4 votos.

Vol. V, pág. 71. A.D. 679/57. Jerónimo Mar-
tínez Yáñez. 5 votos." (16)

X.- LA DECLARACION DE AUSENCIA LEGALMENTE HECHA, O LA PRE-
SUNCION DE MUERTE, EN LOS CASOS DE EXCEPCION EN QUE -
NO SE NECESITA PARA QUE SE HAGA ESTA QUE PRECEDA LA -
DECLARACION DE AUSENCIA.

Recordemos que la declaración de ausencia legalmente pro-
nunciada, no produce por sí sola, el efecto de disolver el vín-
culo conyugal. Por estas razones la fracción X, del artículo -
267, prevé la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial -
por medio del divorcio, reconociendo como causa de él, la decla-
ración de ausencia o la presunción de muerte legalmente pronun-
ciada.

Esta causa de divorcio se funda, en la culpa del cónyuge -
cuyo paradero se ignora, porque aparte de que es un abandono de
los deberes conyugales, la desaparición del consorte ausente o
presuntivamente muerto, ha provocado una situación grave de in-
certidumbre, cuyo mantenimiento el derecho no puede tolerar en

16.- Op. cit., tesis jurisprudencial 199, visible en la p. 305.

perjuicio del otro cónyuge, de los hijos y aún de los terceros. Esta causa de divorcio opera de un modo absoluto.

La ruptura del vínculo conyugal, en los casos de ausencia o de presunción de muerte, sólo se produce si con base en la resolución judicial (presunción de ausencia o declaración de muerte), se intenta la acción de divorcio en un juicio que concluirá con una sentencia que declare expresamente la disolución del matrimonio.

Debe observarse que, aunque la razón jurídica fundante de esta causal, como la de las mencionadas en las fracciones VIII y IX, del artículo 267 (Código Civil), que aluden a la separación del domicilio conyugal, es en último análisis, la misma; es decir, la ruptura de la vida en común y el incumplimiento de sus obligaciones, en que incurre el cónyuge ausente. Tratándose del abandono de hogar, el juez debe analizar los motivos de la separación, para calificar si éstos son o no justificados. En el caso de la fracción IX, la causa de divorcio descansa en el hecho de la inactividad del cónyuge inocente para ejercitar la acción de divorcio correspondiente, dentro del término de un año, a partir de la separación.

En cambio en los casos de ausencia o declaración de muerte, el juez no está autorizado para analizar por qué se ha roto la

comunidad de vida entre los consortes y si esta ruptura obedece a motivos justificados o injustificados. En el supuesto que analizamos, la causa de divorcio proviene exclusivamente de la declaración de ausencia o de presunción de muerte. El cónyuge que funda su acción de divorcio en la fracción X del artículo 267 - sólo está obligado a probar que se ha pronunciado una resolución judicial que declara legalmente ausente o presuntivamente muerto a su consorte.

El procedimiento en materia de ausencia ordinaria es lento y demasiado largo, existiendo también un procedimiento calificado (son los casos de excepción) a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 705 del Código Civil, para obtener la declaración de presunción de muerte.

En los casos de excepción, previstos en el precepto ya indicado, se señalan dos plazos alternativos: dos años o seis meses; dependiendo ellos de la naturaleza del siniestro en el que el ausente ha desaparecido, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que preceda la de ausencia en estos eventos, los herederos y demás interesados entrarán en posesión definitiva de los bienes y la sentencia respectiva pondrá término a la sociedad conyugal.

Queriendo destacar todas estas situaciones que resultan tan

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

to en el complejo procedimiento de ausencia como en el de declaración de presunción de muerte porque ellos están considerados como causas de divorcio. Resulta incomprensible, puesto que ante la incertidumbre que prevalece en todo proceso de esta naturaleza, el cónyuge presente estará preferentemente en condiciones de reclamar (a partir del sexto mes de la desaparición del cónyuge), el divorcio fundado en la causal de la separación injustificada de la casa conyugal, evitándose así una gravosa demora del proceso que requiere tanto la ausencia como la presunción de muerte, en los que no hay indicios de que el desaparecido continúe vivo.

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

Comprende los malos tratos de palabra y de obra de uno de los cónyuges para el otro y toda palabra o actividad ultrajante de uno de los esposos hacia su consorte que rompan el mutuo respeto y la recíproca consideración a que están obligados en las relaciones de ambos, las cuales han de descansar sobre una sólida base de armonía, de comprensión y de consideración recíproca.

La realización de los hechos a que alude la fracción XI, - del artículo 267, no es causa absoluta de divorcio, están sujetas a la apreciación del juez, quien deberá determinar y tomar

en cuenta, la educación y cultura de los cónyuges y el medio social en que viven.

En este caso, el juez no sólo está autorizado para calificar la gravedad de las sevicias, las amenazas y las injurias, sino que está obligado a estudiar en su sentencia si esos actos o palabras injuriosas, revelan una falta de consideración de un cónyuge hacia otro y, por lo tanto, la ruptura efectiva de la armonía conyugal.

Para calificar la procedencia de la causal, debe darse a conocer al juez, los actos precisos, las palabras concretas, las actitudes o hechos injuriosos específicos o las amenazas proferidas por el cónyuge a quien se le imputa su realización.

El mismo hecho, la misma palabra, la misma actitud, de un cónyuge hacia el otro, pueden reputarse amenazas o injurias graves o leves, según que se trate de personas que pertenezcan a diversas categorías sociales con distintos grados de educación, de cultura, de costumbres, etc.; ahora bien, dentro del concepto de injurias graves a que se refiere la fracción XI, que analizamos; es posible que ciertos hechos no específicamente comprendidos en ninguna de las otras fracciones como causa de divorcio, entrañen una injuria grave para el cónyuge inocente. El concepto de injurias graves es muy elástico y permite además, -

que dentro de él se incluyan actos o hechos ejecutados por uno de los cónyuges que no van a integrar perfectamente causa de divorcio conforme a las demás fracciones del artículo 267.

XII.- LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR -
 CON LAS OBLIGACIONES SERALADAS EN EL ARTICULO 164, -
 SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR PREVIAMENTE LOS PROCEDI-
 MIENTOS TENDIENTES A SU CUMPLIMIENTO, ASI COMO EL IN-
 CUMPLIMIENTO SIN JUSTA CAUSA, POR ALGUNO DE LOS CONYU-
 GES, DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA EN EL CASO DEL ARTI-
 CULO 168.

La causal prevista en esta fracción comprende el caso no sólo de negativa de uno de los consortes a ministrar alimentos a su consorte y a sus hijos, como lo provefa este dispositivo - antes de su modificación, sino que ahora comprende el caso de - abandono moral o espiritual del cónyuge que elude el cumplimien- to del hogar, proveyendo a la formación y educación de los hi- jos, de acuerdo con su consorte, actuando de una manera indife- rente o desaprensiva con mengua de la colaboración mutua que se deben entre sí los cónyuges.

Comprende también esta causal, el caso de contumacia o de- sacato del marido o de la mujer a la sentencia que pronuncie el Juez de los Familiar, para resolver el desacuerdo que haya sur-

gido entre los esposos en lo que se refiere al manejo del hogar, a la educación de los hijos, o a la administración de los bienes de éstos.

Desde luego debemos reconocer que en esta causal también se encuentra una conducta injuriosa, pues el hecho de negar injustificadamente los elementos básicos para la subsistencia, como lo son la comida, la habitación, el vestido, la asistencia y en los casos de menores, la educación, constituyen por sí mismos, formas de degradar al ofendido, sometiénolo a una condición de profunda humillación y de desprecio.

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

Dicha acusación por su carácter calumnioso revela, que entre los cónyuges ha desaparecido todo nexo de afección y estima, al punto que la acusación es el signo de que ha dejado de existir la afición al matrimonio.

Es evidente que esta causal también está presente el concepto de la injuria. Se trata obviamente de una acusación que lesiona el prestigio y la dignidad de la persona; siendo un concepto muy afín a la difamación. Estas dos figuras constituyen -

delitos en contra del honor de las personas; concurriendo en esa clasificación el delito de injurias cuando éstas estaban vigentes en el Código Penal. Para diferenciar las conductas debía tenerse presente que la injuria se dirigía de una persona a otra, y en condiciones de que ésta conociera aquella manifestación; la difamación requiere necesariamente tres personas: una que hace la manifestación denigrante, otra a quien se comunica y una tercera, que es aquella a quien se refiere la expresión difamatoria. En cambio la calumnia se tipifica por los siguientes elementos, comunicación de una persona a otra de un hecho imputado a una tercera; la naturaleza del hecho (que debe ser determinado y falso) y además, ser reputado por la ley como delito.

Es objetivo que en la especie, la calumnia a la que se contrae esta causal de divorcio, debe ser la que acabamos de exponer y que se ubica en el campo concreto del Derecho Penal, pues obviamente tiene el propósito, en el acusador, de que se le imponga al sujeto pasivo una pena mayor de dos años de prisión.

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

La naturaleza infamante del delito, es difícil de determi-

nar. En general por infamia se entiende el descrédito en el honor, la reputación, o el buen nombre de una persona, desde un punto de vista amplio, toda condena penal produce descrédito.

Esta causal no la encontramos en los Códigos del siglo pasado. Aparece en nuestra legislación en la Ley de 1915, cuantificándose la pena de prisión o destierro mayor de 10 años, la Ley sobre Relaciones Familiares reitera el principio pero reduce la cronología de la pena a dos años y no contemplaba el factor "político", como elemento constitutivo de su tipicidad.

Encontramos también en esta causal el vértice de una injuria. Sin embargo la verdadera calificación de la conducta radica en el carácter de infamante y no en la comisión de un delito en perjuicio de terceros, pues es evidente que hay un numeroso catálogo de actos u omisiones que sancionan las leyes penales, que acarrearán infamia y sin embargo, en los delitos culposos imprudencias, pudiera ser distinta su visión. De todas maneras, - el punto de partida del ejercicio de la acción de divorcio debe ser la sentencia definitiva que imponga al cónyuge causante, - una pena mayor de dos años de prisión.

XV.- LOS HABITOS DE JUEGO O DE EMBRIAGUEZ O EL USO INDEBIDO Y PERSISTENTE DE DROGAS ENERVANTES, CUANDO AMENAZAN CAUSAR LA RUINA DE LA FAMILIA, O CONSTITUYEN UN -

CONTINUO MOTIVO DE DESAVENENCIA CONYUGAL.

Esta fórmula no aparece en ninguno de los Códigos del siglo pasado; ni el Decreto de 1915. Surge por vez primera en la Ley sobre Relaciones Familiares, en su fracción X del artículo 76, como "el vicio incorregible de la embriaguez".

Desde luego que la causal ha sido ampliada en el texto vigente; incluyéndose en ella los hábitos de juego así como el uso indebido y persistente de drogas enervantes.

A este respecto debemos observar que tanto el juego como la embriaguez y la adición a drogas enervantes, sus conductas que no sólo lesionan e injurian la dignidad del cónyuge, sino que le rebaja y degrada social y moralmente. Sin embargo es oportuno agregar que cualquiera de estos tres elementos, por sí solos, son suficientes para fundar una causal de divorcio; pero que, sin embargo, se están vinculando a una circunstancia condicional, que en nuestra visión resulta demasiado abstracta y genérica: "el que amenacen causar la ruina de la familia". En este aspecto es difícil encontrar la idea concreta de lo que la ruina es, pues puede ser social, económica o moral; quedando en el ambiente esa interrogante que pudiera ser suficiente cualquiera de esas alternativas, para justificarla; subsistiendo también como incierta la calificación de lo que en este aspecto

entraña la amenaza. Sin embargo, la frase con la que culmina el precepto "o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal, parece facilitar una puerta de salida a ese texto, pues es irrefutable que cualquiera de esos vicios implica un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Otro aspecto muy importante que resulta del precepto en consulta es el antiguo sentido de lo que son las drogas enervantes, pues esa redacción proveniente de 1928, no se ajusta en la actualidad a otras fórmulas previstas en la legislación sanitaria en materia de psicotrópicos o de otras sustancias químicas que lesionan gravemente la salud.

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

Esta fórmula aparece por vez primera en nuestra legislación en la Ley sobre Relaciones Familiares. Debe observarse que la redacción advierte "un acto que sería punible si se tratara de persona extraña", lo que quiere decir, que debe referirse a la excluyente de responsabilidad cuando se trata de cónyuges; - señalándose a dicho acto en la ley, una pena que "no baje de un año de prisión".

A diferencia de la causal consignada en la fracción XIV, - antes verificada, en la que el sujeto pasivo de la conducta criminal es cualquier tercero extraño en esa fórmula, el ofendido es uno de los cónyuges. De ahí que con mayor razón debe decirse que también se gesta una injuria pues obviamente el hacerlo víctima de un hecho o de una abstención sancionada penalmente, la afectación se dirige a su propia persona o a sus bienes y por - tanto, rompe el vínculo de mutua consideración que se debe en - la unión.

El texto que se examina tiene seguramente un contenido que estaba inspirado en otras circunstancias en el orden de la vigencia de las leyes penales, en las que por ejemplo, pudiera - ser que no se sancionara el robo o el fraude entre cónyuges. En la actualidad estas conductas tienen un trato especial en el Código Penal vigente, pues si poseen punibilidad, aún cuando está sujeta a la formulación de la querrela necesaria; planteándose la factibilidad de que pudiera darse entre cónyuges el delito - de violación que en cuanto a otra persona no permitiría que se dudara de su comisión.

XVII.- EL MUTUO CONSENTIMIENTO.

Causal que ha sido tratada con anterioridad, por lo que - respecta al divorcio por mutuo consentimiento, manejado en este

capítulo con el punto 2.2.

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

Esta causal es nueva en la legislación del Distrito Federal; dado que su publicación ocurrió en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983.

Habíamos señalado que las tres causales de separación, previstas en las fracciones VIII, IX y X de este mismo precepto, - entrañaban el inferimiento de una injuria. Sin embargo, en el - texto de este dispositivo y en su propósito social, no puede - vislumbrarse con claridad que exista esa conducta lacerante que haya afligido y agobiado a uno de los cónyuges. Muy por el contrario, parece que se han desvanecido la causa real o la aparente y el legislador aquí sólo ha tomado un factor: la separación como la determinante del divorcio mismo; independientemente del motivo que la haya originado o de quién fue el que se separó.

El artículo 268 del Código Civil señala que cuando un cónyuge haya perdido el divorcio o la nulidad del matrimonio por - causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la de-

manda o de la acción sin conformidad del demandado, éste tiene a su vez, el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la última notificación.

De las acusales anteriormente descritas podemos señalar, - que el hecho de que la conducta de alguno de los cónyuges encuadre dentro de alguna de las causas de divorcio previstas por la ley, se considera violación de los deberes y obligaciones conyugales, generando de esta forma un hecho ilícito. De lo que concluimos que el proceso de divorcio necesario o contencioso está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, y así lo previene el artículo 288 del Código Civil, al señalar al conculparte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito.

Visto lo anterior y para que proceda un divorcio necesario, se requieren los siguientes supuestos:

- Existencia de un matrimonio válido, lo que se comprueba con el atestado del Registro Civil, que acredita que fue celebrado un matrimonio cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.
- Ejercitar la acción ante juez competente; siendo éste un Juez de lo Familiar del domicilio conyugal. Y en ca-

so de abandono el domicilio del cónyuge abandonado.

- Expresar la causa por la que se le solicita el divorcio, no es necesario invocar sólo una causa, puede invocarse al mismo tiempo dos o más causales; pero todas y cada una de ellas específicamente determinadas.
- Ejercitar la acción exclusivamente los cónyuges ya que es una acción personalísima, por lo que no puede ejercitarse un tercero. Sin embargo ello no quiere decir que tenga que llevar por sí mismo el proceso, ya que pueden perfectamente los cónyuges actuar a través de apoderado.

A este respecto, el maestro Galindo Garfias Ignacio, manifiesta:

"Si respecto de los menores de edad es improcedente la solicitud de divorcio suscrita sólo por el tutor, tratándose de mayores de - - edad, con plena capacidad de goce y de ejercicio nada impide que puedan instituir apoderado para tramitar el juicio de divorcio necesario, mas no en el caso de divorcio por mutuo consentimiento."⁽¹⁷⁾

17.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, primer curso, parte general, personas, familia, séptima edición, Editorial Porrúa, S.A., p. 588.

- Es importante que no haya existido perdón, por parte de alguno de los cónyuges.

- Seguir el juicio con todas las formalidades marcadas en la ley, ya que es un juicio de carácter ordinario. Siendo las etapas procesales las siguientes:
 - a) Demanda,
 - b) Emplazamiento,
 - c) Contestación de la demanda (reconvención en su caso),
 - d) Audiencia conciliatoria,
 - e) Ofrecimiento de pruebas,
 - f) Recepción y audiencia de desahogo de pruebas ofrecidas por las partes,
 - g) Alegatos,
 - h) Sentencia,
 - i) Algún recurso (apelación),
 - j) Si no se interpuso algún recurso en contra de la - sentencia, la declaración de que ha causado ejecutoria,
 - k) Remitir copia certificada de la sentencia, así como del auto que la declaró ejecutoriada, y el oficio - rizado al C. Jefe del Registro Civil, para efectos de la anotación marginal (art. 291 del Código Civil).

2.3.1 Medidas Provisionales en el Juicio de Divorcio Necesario

El juez al admitir la demanda de divorcio, debe ordenar que se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional, mientras se tramita el divorcio, que atañen a la persona de los cónyuges y de los hijos, y en cuanto a los bienes de los consortes respecto de las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos y en relación con los hijos.

Las medidas provisionales son las siguientes:

- 1.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.
- 2.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor alimentista y a los hijos.
- 3.- Las que el juez estime convenientes para evitar que los cónyuges se causen perjuicios en sus bienes.
- 4.- Dictar las medidas precautorias en caso de que la mujer esté encinta.
- 5.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos. Si no hay acuerdo de los cónyuges so

bre cuál de ellos quedará al cuidado de los hijos, - - quien demande el divorcio propondrá a la persona en cu yo poder quedarán provisionalmente éstos y el juez, - previa audiencia de las partes, resolverá lo que juz-- que conveniente, aún cuando en la práctica judicial - suele omitirse esta audiencia, con notoria violación - del artículo 14 de la Constitución Política.⁽¹⁸⁾ Los - hijos menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, salvo que ello implique peligro grave pa-- ra su normal desarrollo.

Creemos importante mencionar, respecto al último párrafo de la quinta medida provisional, que si bien es cierto que la madre es la persona idónea para el cuidado de los infantes y - que, normalmente las madres desean y reclaman la custodia de - sus hijos, pese a la enorme tarea y responsabilidad que ello - les exige, no es menos cierto también que en los casos de di-- vorcio, la mujer tendrá una doble tarea, el cuidado de los hi-- jos y el trabajo remunerado que debe tener para proveer a ella y a sus hijos de los alimentos necesarios; por ello, este de--

18.- "MENORES, MODIFICACION DE LA SITUACION EN CUANTO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS. De conformidad con el artículo 268 del Código Civil para el Estado de Chihuahua, tratándose de menores, el juez en interés justificado de los mismos, puede modificar su situación, pero en todo caso, a la parte interesada le corresponde acreditar la necesidad de esta medida." Amparo directo 3536/80. Rosa María Reynal de Pastrana. - 20 de marzo de 1981. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Raúl Ponce Farías. Tercera Sala. Informe de 1981. Mayo Ediciones, p. 63.

bar, que se le impone a la madre, "los hijos menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre". Este precepto debiera estar acompañado del deber correlativo del padre, ya que éste debe otorgar una pensión alimenticia provisional completa a los hijos y a la madre.

CAPITULO TERCERO

DIFERENTES CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL DIVORCIO,
EN RELACION AL DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS
DIVORCIADOS CON SUS HIJOS

A fin de poder estudiar los efectos del divorcio es conveniente hacer una separación en las causas y efectos que se originan, por un lado, en el divorcio voluntario y por el otro, en el divorcio necesario. Independientemente que en ambos existen medidas provisionales como se señaló con anterioridad, su duración es sólo exclusivamente mientras exista el procedimiento, - que en su caso se esté tramitando. En relación a los efectos de de finitivos y cuya primera consecuencia es la disolución del vínculo matrimonial, debemos tomar en cuenta, que en el derecho de familia algunas disposiciones o resoluciones judiciales firmes, pueden en un momento dado, ser alteradas o modificadas en virtud de haber cambiado las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción, como puede ser lo relativo a los alimentos, - el ejercicio de la patria potestad, la suspensión de la tutela, entre otros, dependiendo en el momento preciso de la situación a resolver.

3.1 Consecuencias Jurídicas en el Divorcio Voluntario

Creemos importante resaltar que, en lo que se refiere al - Divorcio Administrativo, siempre es voluntario. El Código Civil no contiene disposiciones especiales respecto a los efectos de este divorcio, ya que si los consortes, como ya se mencionó en capítulos anteriores, ratifican su voluntad de divorciarse ante el Juez del Registro Civil, éste declarará disuelto el vínculo matrimonial, no existiendo otro efecto más, que la misma disolución, quedando cada uno de los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, pasado un año de decretada la disolución del vínculo matrimonial, debido a que no hay hijos, ni sociedad que liquidar.

Por lo que respecta a los efectos provisionales en el divorcio voluntario judicial a fin de correlacionarlos con los de finitivos, se dice lo siguiente:

EN RELACION A LOS CONYUGES.-

Estos presentarán al Juzgado correspondiente el convenio - en el que se designará la casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

EN RELACION A LOS HIJOS.-

En el convenio celebrado se debe de señalar a la persona a la que serán confiados los hijos de matrimonio durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el mismo.

EN RELACION A LOS ALIMENTOS.-

Las medidas necesarias para asegurar y subvenir las necesidades de los hijos y la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el mismo, garantizando los alimentos, para uno como para el otro, por cualquier forma conocida de acuerdo a lo previsto por el artículo 317 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

EN RELACION A LOS BIENES.-

Si fueron casados bajo el régimen de sociedad conyugal, en el convenio presentado deberán expresar la forma de liquidar dicha sociedad, si fueron casados bajo el régimen de separación de bienes no hace falta dicha liquidación pues cada quien se quedará con lo suyo, y en caso de que algún bien haya generado frutos, pertenecerá exclusivamente al dueño del bien.

Por lo que respecta a los efectos definitivos en el divor-

cio voluntario judicial éstos son los siguientes.

EN RELACION A LOS CONYUGES.-

Quedan con la capacidad de contraer nuevo matrimonio ya - que dejan de estar casados adquiriendo el estado de divorciados, respecto a lo marcado por la Ley, en relación a un término que debe de transcurrir antes de celebrar un nuevo matrimonio, siendo éste de un año, contado a partir de que la sentencia definitiva causó ejecutoria, es conveniente señalar que este término no se respeta, ya que en la práctica algunos jueces del Registro Civil son complacientes y no exigen a los interesados que - compruebe con la sentencia de divorcio definitivo y del auto - que la declaró ejecutoriada, la fecha del mismo.

EN LO QUE RESPECTA A LOS ALIMENTOS.-

Una reforma de 1983, señala en los términos del artículo - 288 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que la - mujer siempre tendrá el derecho a recibir alimentos en carácter de pensión alimenticia y no como indemnización, por el mismo - lapso de duración del matrimonio, siempre y cuando no tenga ingresos suficientes y no contraiga nuevas nupcias o se una en - concubinato, el varón sólo tendrá este derecho cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficient

tes y mientras no se una en concubinato o contraiga nuevas nupcias.

La pensión alimenticia podrá variarse aumentando o disminuyendo según sea el caso de necesidad, y de conformidad con el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito Federal habrá ajuste automático según varíe el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Fene- cido el plazo al que tiene derecho la mujer para recibir pen- sión alimenticia ésta carecerá de derecho para exigir la conti- nuación de la pensión.

En relación a los hijos, una vez aprobado el convenio, el cónyuge que se obligó a subvenir las necesidades alimenticias de sus hijos y garantizó, deberá cumplir hasta que sus hijos lleguen a la mayoría de edad o puedan mantenerse por sí mismos, o se dé alguna de las causas enumeradas en el artículo 320 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

"Cesa la obligación de dar alimentos:

- I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III.- En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el

que debe prestarlos;

IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas;

V.- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables." (19)

EN RELACION A LOS HIJOS.-

Ambos cónyuges conservarán la patria potestad, ya que ésta es irrenunciable, todos los derechos y deberes los conservarán ambos progenitores. Sólo uno de ellos tiene la custodia de los hijos por convenio; teniendo el otro cónyuge la obligación de vigilar y ayudar al que directamente ejercita la patria potestad.

EN CUANTO A LOS BIENES.-

Al aprobarse el convenio, se aprueba también como parte del convenio formulado por los consortes de la forma de liquidar y disolver la sociedad conyugal, ya que si estuvieran casados por separación de bienes, no habría necesidad de liquidar ninguna sociedad.

Por lo que una vez aprobado el convenio en forma definitiva

19.- Artículo 320, op. cit.

va por la sentencia, implica la aprobación y partición de bienes entre ambos cónyuges de conformidad al convenio, y con los pedimentos del Ministerio Público cumplimentados.

3.1.1 Efectos Provisionales en el Divorcio Necesario

Los efectos provisionales consisten en que el Juez de lo Familiar, al admitir la demanda de divorcio, debe decretar las medidas cautelares conducentes que regirán, mientras se tramita el divorcio que atañe a la persona de los cónyuges, y de los hijos y en cuanto a los bienes de los consortes respecto de las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos y en relación con los hijos (artículo 282 del Código Civil vigente para el Distrito Federal), mismas que en cualquier etapa del procedimiento pueden modificarse.

Artículo 282:

"Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- Derogada.

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimien--

tos Civiles;

III.- Señalar y asegurar los alimentos que de be dar el deudor alimentario al cónyuge acree dor y a los hijos.

IV.- Las que estime convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en - sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso;

V.- Dictar en su caso las medidas precauto- - rias que la Ley establece respecto a la mujer que quede encinta.

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la perso na que de común acuerdo hubieren designado - los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En - efecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder - deben quedar provisionalmente los hijos. El - juez previo el procedimiento que fije el Códi go respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de - los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre."⁽²⁰⁾

Si bien es cierto que la madre es la persona idónea para el cuidado de los menores, ya que normalmente las madres reclaman - y exigen la custodia de sus hijos, aún con la enorme tarea y res

20.- Artículo 282, op. cit.

ponsabilidad que ello exige y requiere, no es menos cierto, que en los casos de divorcio, la mujer tiene una doble tarea, ya - que primero tiene la responsabilidad de trabajar para proveerse ella y sus hijos de los alimentos necesarios que se requieren - día con día y la responsabilidad de los hijos.

Una vez que la sentencia de divorcio necesario haya causado ejecutoria, es decir, que quede firme se inician las consecuencias que acarrea la disolución del vínculo matrimonial, derivado de una controversia judicial, estas consecuencias serán divididas en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a sus bienes y en cuanto a los hijos.

Las demás consecuencias que se dan en el divorcio, o sea, a las relaciones con los cónyuges y en cuanto a los bienes que éstos adquirieron, considero que son de menor importancia en - cuestión de grado en relación a la consecuencia del divorcio, - en lo que se refiere a los hijos menores de edad.

Por lo que hace a la persona de los cónyuges:

Como sabemos el efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo matrimonial, quedando los excónyuges en aptitud que para el cónyuge inocente declarado así, la pueda ejercitar de inmediato; y por lo que respecta al cónyuge culpable, la

Ley impone, como sanción, dos años de espera para poder con- -
traer nuevo matrimonio válido.

Señalar y asegurar los alimentos que se deban tanto a un -
cónyuge como a los hijos.

El artículo 323 del Código Civil dice al respecto lo si- -
guiente:

"El cónyuge que se haya separado del otro, sigue obligado a cumplir con los gastos a - que se refiere el artículo 164. En tal virtud, el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al Juez de lo Familiar de su - residencia, que obligue al otro a que le ministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción en que lo venía haciendo hasta antes de aquélla, así como también satisfaga los adeudos contrai- dos en los términos del artículo anterior. Si dicha proporción no se pudiera determi- nar, el Juez según las circunstancias del - caso, fijará la suma mensual correspondien- te y dictará las medidas necesarias para - asegurar su entrega y de lo que ha dejado - de cubrir desde que se separó." (21)

21.- Artículo 323, op. cit.

Con lo cual se está condenando al cónyuge culpable, al pago de una pensión alimenticia para el cónyuge inocente así como para sus hijos, alimentos que además, deben garantizarse como lo establece el artículo 317, que manifiesta diferentes formas de garantizar dicha pensión alimenticia, comprendiéndose desde luego, que los alimentos deben ser proporcionados a las posibilidades de quien debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Los alimentos deben ser comprendidos no solamente como comida sino como lo establece el artículo 308 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Artículo 308:

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honesto y adecuados a su sexo y circunstancias personales."⁽²²⁾

Por lo que respecta a las medidas que el juez estime pertinentes para que los cónyuges no se causen perjuicios en sus bienes.

22.- Artículo 308, Idem.

El divorcio disuelve la sociedad conyugal, procediéndose - desde luego a la división de los bienes comunes, y se tomarán - las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges y respecto a los hijos.

En cuanto a los bienes, el cónyuge culpable pierde en favor del cónyuge inocente, todo lo que hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona en consideración al matrimonio - (donaciones antenuptiales y donaciones entre consortes). El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho (artículo 286 del Código Civil).

El cónyuge culpable además, debe pagar al cónyuge inocente los daños y perjuicios que le produzca el divorcio.

Es efecto de la sentencia de divorcio según lo dispone el artículo 197 del Código Civil, la disolución de la sociedad conyugal, la cual debe ser puesta en liquidación, de acuerdo con - las bases que establezca la sentencia de divorcio, conforme a - lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales.

Debe advertirse que en la propia sentencia deberán decretarse las medidas precautorias necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que quedan pendientes entre los - cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados

tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos hasta que lleguen a mayoría de edad. (Artículo 287 del Código Civil).

El juez sentenciador, deberá enviar copia de la sentencia de divorcio, al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente. Un extracto de la resolución de divorcio, deberá publicarse durante quince días en las tablas destinadas al efecto. (Artículo 291 del Código Civil). Esto es con la finalidad de que los bienes habidos en dicha sociedad o que pertenezcan a uno sólo, es decir, que un cónyuge haya comprado dicho bien y que por el simple hecho de haberse casado bajo el régimen de sociedad conyugal ahora pertenezca a los dos y quiera venderlo sin consentimiento del otro cónyuge, no se podrá si no es con su consentimiento pero una vez divorciados, podrán repartirse sus bienes y vender los bienes habidos en matrimonio, asegurando desde luego, los alimentos de los menores hijos.

Con estas disposiciones, contenidas en el Código Civil, se evita que los cónyuges se puedan causar algún daño o perjuicio a sus bienes.

Las precautorias en el caso de que la mujer esté encinta.

Al respecto el maestro Eduardo Pallares en lo que se refiere a estas medidas dice lo siguiente:

"Precauciones que deben tomarse cuando la mujer quede encinta. Las prescriben los artículos 1638 y 1648, que son aplicables en el juicio de divorcio.

a) La mujer que crea encontrarse encinta, deberá avisarlo al juez dentro del término de cuarenta días para que lo haga saber al marido (artículo 1639 del Código Civil); la ley no precisa a partir de qué día comienza a correr el mencionado término. Es de suponerse que desde el día que a la mujer se le suspendan sus reglas;

b) El marido puede pedir al juez que dicte las providencias necesarias para evitar la sustitución de parto, la sustitución de infante o que se haga pasar por viable el hijo que nazca muerto. Tratándose de divorcio, no tiene importancia que el hijo nazca viable si muere después, porque en el caso no hay la obligación del marido de alimentarlo. Se entiende que nace viable cuando, desprendido totalmente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo en el Registro Civil (artículo 337 del Código Civil);

c) El juez cuidará de que no se ataquen el pudor ni la libertad de la mujer con las medidas que dicten para garantizar los derechos del marido en la forma expuesta (artículo 1639 del Código Civil);

d) La mujer está obligada a dar aviso al juez de que se acerca el día del parto para que lo haga saber al marido, y éste tiene derecho de pedir al juzgado que nombre un médico o partera que se cerciore del parto, según lo previene el artículo 1640 del Código Civil. Aunque la norma no lo prescriba, debe entenderse que la persona nombrada por el juez, tiene derecho de asistir al parto, porque de otra manera no puede cerciorarse de que en realidad se verificó y de que no hubo sustitución de infante;

e) En todas las actuaciones relativas a las medidas de que se trata, deberá ser oída la mujer;

f) Si bien la ley sanciona a la viuda que no da al juez el aviso de su preñez y de la inminencia del parto, con la pérdida del derecho de recibir alimentos, tal sanción no tiene lugar en el juicio de divorcio porque ese derecho depende de que sea decretado o no conyuge culpable el marido en la sentencia definitiva. Por tanto, cabe preguntar -

qué consecuencia se pronunciará por la falta de esos avisos;

Si el hijo nace después de que los esposos han sido separados y la mujer no ha dado - aviso de su preñez, el marido no pudo ejercitar oportunamente los derechos que se le conceden y, por tanto, no nace en él la - - obligación de pagar alimentos porque no se debe considerar legalmente probado para él la realidad del parto, la identidad del hijo ni su viabilidad. En tal supuesto, la mujer debe demostrar por los medios probatorios del derecho común esos tres extremos;

Otro tanto puede afirmarse, si el juez que conoce del divorcio no aplica debidamente - los preceptos legales que de que se ha hecho mérito."⁽²³⁾

Por lo que respecta al cuidado de los hijos:

Se cree importante que antes de las reformas al Código Civil vigente (D.O. 27-XII-83), la Ley imponía como sanción al - cónyuge culpable la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos o la suspensión de la misma, mientras vivía el cónyuge ino-

23.- PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México, Editorial Porrúa, S.A., - - México, 1968, p. 113.

cente, y en forma enumerativa indicaba el Código las causas por las cuales se perdía o suspendía la patria potestad. Ahora con la reforma del artículo descrito, la pérdida o suspensión de la patria potestad, derivada de las causas de divorcio, queda a criterio del juez; y se cree que con todo acierto se reformó, ya que los que se divorcian son los cónyuges, no los padres de sus hijos, ya que un individuo puede ser un mal cónyuge, pero al mismo tiempo puede ser un buen padre, responsable, amoroso, al que sería una injusticia privarlo de la patria potestad, que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación y contacto con el hijo.

Y por otro lado, es conveniente darle al Juez de lo Familiar, la más amplia facultad para resolver todo lo relativo a la patria potestad, su pérdida o suspensión o limitación como lo señala la Ley actualmente, sin embargo, creemos que es necesario limitar o fijar por Ley un margen de arbitrio discrecional al tomar sus decisiones para ceñirse a la Ley o algún principio, ya que desgraciadamente la conjunción de virtudes en los seres humanos (sabiduría, calidad humana, honestidad, etc.), no es la regla general de comportamiento en los seres humanos.

Ahora en caso de sanción a la pérdida de la patria potestad de un padre para con su hijo, el padre sancionado queda su-

jeto a todas las obligaciones para con el hijo, como son la de contribuir a la subsistencia y a la educación hasta que llegue a la mayoría de edad.

Por lo que, ejerzan la patria potestad o no, deben de contribuir a la subsistencia y educación de los hijos, señalando - como lo hemos marcado, que el cónyuge que tiene la custodia de los hijos, está cumpliendo con su obligación económica dedicando gran parte de su tiempo a la atención y cuidado de los hijos. Por lo que el cónyuge que no goza de la custodia de sus hijos - debería de contribuir con una mayor cantidad de dinero a su - - equivalente, para ser más equitativo en la distribución de las cargas u obligaciones para con los hijos de parte de uno u otro cónyuge.

3.2 Consecuencias Jurídicas, Sociales y Familiares en el Divorcio Necesario

Hablaremos primero del problema socio-jurídico. El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia, la cohesión y estabilidad del grupo social, exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la - - unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes.

Esta exigencia social se impone, en interés del cuidado y educación de los hijos.

El divorcio, disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo al grupo familiar y con ello, priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.

Prescindiendo de consideraciones ético-religiosas, el divorcio se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto, no se les puede aceptar, por lo menos en el principio como una institución deseable; antes bien, se justifican las medidas que en diversos países se han adoptado para evitar los divorcios o para hacer difícil la disolución del vínculo matrimonial. Al respecto, no debe existir discusión sobre el particular. Por lo tanto, el problema socio-jurídico del divorcio no se plantea en esos términos. Se presenta a discusión considerando la cuestión desde el punto de vista más humano en el sentido de cuáles deben ser los motivos que en la ley se consideren como causas justificadas de divorcio; porque la resolución judicial que declare la disolución del vínculo, debe ser pronunciada el caso que de hecho, el estado matrimonial ya ha desaparecido entre los consortes.

La cuestión se desplaza a la comprobación fehaciente, con-

cienzuda, de que efectivamente ya no subsiste entre los consortes que pretenden divorciarse, la situación socio-familiar de un verdadero matrimonio no puede pensarse que en este caso la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico.

Como el maestro Ignacio Galindo Garfias menciona en su libro Derecho Civil, al autor Ripert y Boulanger por lo que respecta al divorcio, desde el punto de vista social:

Se destruye pues el matrimonio, para satisfacer el interés individual de los esposos. El valor social de la institución se mide por los peligros de esa destrucción. Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones trágicas, es un mal bastante leve. Lo lamentable es que la práctica del divorcio se ha difundido mucho y en todas las clases de la población ... Se termina por considerar el divorcio como la solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la institución de la familia.

En cuanto al interés primordial de los hijos, no puede negarse que las constantes disensiones y riñas entre los padres, lejos de ofrecer un clima favorable para la adecuada formación de la prole, crea un ambiente negativo en la mente de la niñez y de la juventud para su debido desarrollo.

El maestro Bronislaw Malinowsky, sostiene que: "En la actualidad la institución del matrimonio presenta síntomas de desajuste como otras instituciones porque estamos viviendo una época de rápidos y profundos cambios en la estructura de nuestra civilización."

No puede desconocerse en manera alguna que los jóvenes, - hombres y mujeres de las actuales generaciones, son las primeras víctimas de ese desajuste, que se observa en la familia moderna y que el creciente número de divorciados, ha sido uno de los factores importantes que han contribuido a formar este actual estado de cosas respecto de la juventud moderna.

Pero debemos tratar de conocer mejor un criterio objetivo, las raíces del problema. La institución del divorcio, por sí misma, no es la causa de ese malestar o inconformidad de la juventud con el establecimiento, el número creciente de divorcios es índice alarmante de ese desajuste en la familia a que alude Malinowsky. La proliferación de los divorcios, es un síntoma del mal que trata de atacarse. En este sentido el divorcio, que se emplea hoy en día como un medio fácil para eludir las responsabilidades de los consortes frente a la prole y frente a la sociedad, ha recibido las críticas que deben ser enderezadas hacia otras causas más profundas.

La crisis del matrimonio moderno y en consecuencia de la familia, pone en claro que los elementos constitutivos del grupo familiar, no se agotan en la satisfacción sexual, ni en la necesidad de crianza de la prole.

Este elemento psíquico fundamental, el verdadero amor conyugal, que requiere un sentido de responsabilidad y vocación de sacrificio entre los esposos, tiende hoy en día a debilitarse y revierte, en muchos matrimonios modernos en la sola satisfacción de la relación sexual, de la comodidad de vida y de conveniencia personal.

Cuando entre los consortes desaparece la convicción de que el matrimonio es el medio natural de integración del individuo y la sociedad, las causas de la disolución de la familia no se encuentran en la institución del divorcio, ni en el desajuste de los elementos del grupo familiar, sino que el germen destructivo se encuentra en factores de otra índole, de carácter social, político y económico, que han trastocado los valores éticos en la formación del individuo.

Antonio Cicu, citado por el maestro Galindo Garfias Ignacio, observa:

"Antes que el Estado y más que el Estado, la familia se presenta como agregado de formación na-

tural y necesaria... Así como la unión sexual se ha elevado a la unión de las almas en el matrimonio, de la necesidad de la conservación de la especie, ha brotado la primera y más noble e inagotable fuente de afectos, de virtudes y de solidaridad humana... es por lo tanto en el hecho psíquico en donde ha de buscarse el fundamento del vínculo jurídico personal, que es la característica del derecho familiar."

Concluye que, el matrimonio presenta uno de los problemas más difíciles para la vida personal del ser humano; el más romántico y hermoso de los sueños debe ajustarse con la realidad de una tarea común que si es promisoría de la más alta felicidad demanda, en cambio, de cada uno de los cónyuges gran dosis de generosidad y sublimes sacrificios. El matrimonio no es una convivencia por siempre feliz entre los consortes. Siendo la base de la familia, es el fundamento de la sociedad actual, como lo fue de todas las sociedades humanas anteriores y mantener este fundamento es tarea de todos. Cada uno debe contribuir con su esfuerzo individual y los reformadores y legisladores deben permanecer en constante observación de esta institución. Porque como todas las cosas vivientes, el matrimonio se encuentra en constante desarrollo y

cambio. Sabias y moderadas reformas -reformas sin embargo que deben llegar hasta modificar esta institución- son necesarias para prevenir posibles desastrosos movimientos -revolucionarios." (24)

24.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, séptima edición, p.p. 582 y 583.

CAPITULO CUARTO

BREVE COMENTARIO ACERCA DEL DIVORCIO EN
ALGUNAS ENTIDADES FEDERATIVAS

En base a las investigaciones practicadas por el Instituto de Derecho Comparado, dependiente de la Universidad Nacional Autónoma de México, que ha hecho un análisis de las discrepancias entre el Código Civil vigente para el Distrito Federal y los de las entidades federativas, me permito mencionar algunas que desde luego me han parecido más importantes, sobre todo por el tema tratado, prefiriendo no hacer un estudio exhaustivo de dichas discrepancias, ya que no son éstas motivo para la presente tesis.

4.1 Manera de Llevar a Cabo el Divorcio

En la mayoría de los Estados de la República Mexicana, se admiten las tres clases de divorcio, que encontramos regulados por el Código Civil vigente para el Distrito Federal, es decir, el divorcio administrativo, el divorcio por mutuo consentimiento

to y el divorcio contencioso o necesario.

La mayoría de los Estados reproducen, las disposiciones de nuestro Código Civil, en lo relativo a los procedimientos de divorcio, pero existen algunos de los Estados de la República - - Mexicana, que se apartan de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, ya que no regulan las tres clases de divorcio, - como enseguida se estudiará, además omiten en algunos Códigos - Civiles el divorcio administrativo. Como es el caso del Código Civil para el Estado de Morelos, que solamente regula en sus - disposiciones el divorcio necesario o contencioso y el divorcio por mutuo consentimiento, al igual que el del Estado de México, y el Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.

En las disposiciones contenidas en los Códigos mencionados reproducen en su totalidad lo comprendido por el Código Civil - vigente para el Distrito Federal, en lo que respecta al divorcio necesario o contencioso y al divorcio por mutuo consentimiento.

Hablemos ahora de cuatro Códigos Civiles de la República - Mexicana, y como se lleva a cabo el divorcio, cuántas clases - hay o existen:

Empezaremos por el Código Civil para el Estado de Michoa--

cán, éste sí regula en su disposición, al divorcio administrativo, así como al divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio necesario o contencioso. Que textualmente en su artículo 230 - dice:

Artículo 230:

"Cuando ambos cónyuges acuerden divorciarse, sean mayores de edad y no tengan hijos menores, se presentarán personalmente al juez - del Estado Civil, comprobarán con los certificados respectivos que son mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez previa identificación de los cónyuges levantará un acta en que hará constar la solicitud de éstos y los citará para que personalmente se presenten a ratificar su solicitud a los quince días. Si los solicitantes hacen esa ratificación, el juez los declarará divorciados, levantará el acta respectiva y hará en la de matrimonio la anotación correspondiente.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos menores, o son menores de edad; y en tal caso sufrirán las penas que establece el Código Penal.

Los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto por este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, mediante resolución judicial obtenida en la forma que establezcan las leyes adjetivas." (25)

Mas sin embargo, es necesario, aclarar que dicho ordenamiento del Estado de Michoacán difiere de nuestro Código Civil para el Distrito Federal en el sentido de que no se habla sobre la liquidación de sociedad conyugal o bajo qué régimen sobre el cual se hayan casado.

Es también de aclarar que en el mencionado Código Civil de Michoacán, en su artículo 173 dice:

Artículo 173:

"El régimen patrimonial de matrimonio será siempre el de separación de bienes. En consecuencia, el hombre y la mujer al contraer matrimonio, conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente tengan o adquieran después; y ni los bienes ni los frutos y accesiones de ellos serán comunes, sino del dominio exclusivo

25.- Artículo 230, Código Civil para el Estado de Michoacán, Editorial Porrúa, S.A., p. 51.

de su propietario.

Lo dicho no obsta para que los cónyuges celebren entre sí contratos de asociación, sociedad o de corporeidad, previa la autorización judicial prevenida por el artículo 170." (26)

Artículo 170:

"La mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido, con la sola excepción de que podrá conferírle poder para actos de administración y para pleitos y cobranzas."
(27)

De lo anterior puede desprenderse que el referido Código no está apegado a nuestra legislación del Distrito Federal, ya que solamente regula como régimen patrimonial, el de separación de bienes, excluyendo a la sociedad conyugal.

El divorcio necesario en esta legislación se encuentra regulado en XVIII fracciones o causales en su artículo 229, semejante al del Distrito federal, pero a diferencia por lo que respecta al plazo sobre la enajenación mental, con respecto a otras le

26.- Artículo 173, op. cit.

27.- Artículo 170, Idem.

gislaciones, inclusive, ya que el Código Civil para el Distrito Federal en su fracción VII, solamente dice que la enajenación mental debe ser incurable, previa la declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente.

Y el Código Civil para el Estado de Michoacán es muy claro ya que dice que para pedir el divorcio por causa de enajenación mental incurable, es necesario que haya transcurrido un año desde que comenzó a padecerse la enfermedad (causal comprendida en la fracción VII del artículo 226).

Una diferencia más es la que se encuentra en la fracción II del artículo 241 del Código Civil para el Estado de Michoacán, que textualmente se reproduce:

Artículo 241:

"Al administrarse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

Fracción II:

"Depositarse en casa de personas de buenas costumbres a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio, y el marido perdiere el depósito. La casa que para esto se

destine será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya." (28)

Medida que en nuestro Código Civil para esta Ciudad, no se observa, ya que a la mujer que haya dado causa al divorcio ésta señalará exclusivamente el domicilio para oír y recibir notificaciones y documentos y señalará además, en dónde vivirán ella y los menores durante el procedimiento así como después de ejecutoriado éste.

Por lo que respecta al divorcio por mutuo consentimiento, éste se lleva a cabo mediante resolución judicial obtenida en la forma que establecen las leyes adjetivas. Es decir, que la forma de divorciarse por mutuo consentimiento se lleva de la misma manera que aquí en el Distrito Federal, sin que cambie en ningún momento sus disposiciones.

El Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, que como se dijo con anterioridad, reconoce como clases de divorcio el necesario o contencioso y el divorcio por mutuo consentimiento.

28.- Artículo 241, op. cit.

Mas sin embargo, es necesario aclarar que por lo que respecta a la manera de llevar a cabo el divorcio por mutuo consentimiento, difiere bastante del procedimiento en el Distrito Federal, pues en el Estado de San Luis Potosí, cuando los cónyuges o consortes convengan en divorciarse, no podrán hacerlo, si no ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos del 232 al 234, en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán por unidos para todos los efectos legales del matrimonio. Observando que los supuestos contenidos en los artículos 232 a 234, que son los mismos en el Distrito Federal, ya que se presenta ante el juez un convenio, en el que se contemplan los siguientes puntos: la designación de la persona que ha de cuidar a los hijos de matrimonio, durante el procedimiento así como después de ejecutoriado éste; el modo de subvenir a las necesidades de los hijos antes y después de ejecutoriado este procedimiento; la casa que servirá a los cónyuges, - la cantidad que a título de alimentos deben proporcionarse, la forma y la garantía, para cumplir con esta obligación; la liquidación de la sociedad conyugal en su caso.

Como puede verse, es idéntico lo vertido por esta legislación a la del Distrito Federal, mas sin embargo, también en este Estado de la República se habla de la sociedad conyugal y de separación de bienes. Con esto se acerca más a nuestra legislación.

Prosiguiendo con la forma de llevar a cabo el divorcio por mutuo consentimiento, éste no puede pedirse, sino hasta que haya pasado un año de la celebración del matrimonio, se presentará la solicitud ante el juez de primera instancia del domicilio de los cónyuges y éste inmediatamente una vez que haya recibido la solicitud remitirá un extracto de ella al oficial del Registro Civil del mismo lugar, para que éste le haga publicar en las tablas de avisos y citará los solicitantes a una junta, en la cual procurará reconciliarlos y avenirlos, y cerciorarse de la completa libertad de ambos cónyuges para divorciarse. Y si no se logra esto, se celebrarán dos juntas más (juntas de avenencia y son tres), que el juez citará a petición de ambos cónyuges. El lapso para las juntas es de un mes cuando menos entre una y otra.

Por lo que respecta a esta forma de llevar a cabo el divorcio por mutuo consentimiento, se habla de sociedad conyugal o del régimen bajo el cual se casaron acercándose más a nuestra legislación, es decir, al Código Civil para el Distrito Federal, pero cabe hacer la aclaración que se habla de tres juntas (juntas de avenencia) para que se evite desde luego el divorcio, y por lo que cabe al tiempo en que deben de llevarse a cabo, es de un mes entre una y otra.

De acuerdo a estas observaciones, cambia totalmente la forma de llevar a cabo el divorcio por mutuo consentimiento en el Estado de San Luis Potosí, y la forma de cómo se lleva aquí en el Distrito Federal, sobre todo porque aquí (en el Distrito Federal), una vez que se han llevado las dos juntas de aveniencia, y quedan garantizados los derechos de los menores y el Ministerio Público no se opone, se decreta la disolución del vínculo matrimonial, y posteriormente se envía la copia de la sentencia definitiva del auto que la declaró ejecutoriada para que el C. Jefe del Registro Civil haga las anotaciones correspondientes - en el acta de matrimonio, y publicará durante quince días un extracto de la resolución, en las tablas destinadas al efecto.

En el Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, cambia esta situación, ya que como se dijo con anterioridad, primero el cambio es por el lapso del tiempo entre una y otra junta y además son tres juntas después, porque una vez que los cónyuges presentaron la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento, ante el juez de primera instancia del domicilio de los cónyuges, éste remitirá un extracto de la demanda al oficial del Registro Civil del domicilio de los cónyuges, para que lo haga publicar en la tabla de avisos, hecho que no sucede aquí en el Distrito Federal.

Ahora hablemos acerca del divorcio necesario o contencioso en este Estado, de la República Mexicana, que también se encuentra integrado de XVIII causales reguladas en su artículo 226, - del Código Civil vigente para el Estado de San Luis Potosí, también se habla de cuando se quiere pedir el divorcio por causa - de enajenación mental, será necesario que hayan transcurrido - dos años desde que comenzó a padecerse dicha enfermedad y por - lo que respecta al Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 267 fracción VII, se habla de padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción, que se haga del cónyuge demente.

Mas sin embargo, los dos Códigos Civiles, el de San Luis Potosí y el del Distrito Federal, se apegan por lo que respecta a las medidas provisionales sobre los cónyuges e hijos, al aceptar la demanda de divorcio necesario, cambiando o más bien, quitando tajantemente, lo que nuestro Código Civil para esta capital estipula en el artículo 282 parte final, que dice que salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, cosa que omite el - Código Civil para San Luis Potosí, identificándose con el de Michoacán, que también omite esta medida, que como se dijo con anterioridad, puede beneficiar o perjudicar a los menores, pero - principalmente considero que, los beneficia porque los dos o -

cualquiera de ellos puede quedarse con los hijos mientras dura el procedimiento, independientemente de la edad del menor.

Como se ha venido manejando a lo largo de este trabajo, y sobre todo la crítica que se les ha hecho a los Códigos de Michoacán y de San Luis Potosí, en comparación con el del Distrito Federal, sobre esta cuestión, es decir, sobre la omisión que ambos Códigos Civiles tienen a diferencia del nuestro, tal vez favorable para los menores, ya que pueden quedarse con su padre o su madre, sin que por el solo hecho de que por alguna disposición reglamentaria les ordene a los menores de siete años a permanecer al lado de un sólo cónyuge, que generalmente es al lado de la madre. La forma de que tal vez los perjudique, para el caso de si los menores pueden quedar al lado de cualquiera de los dos, vamos a pensar que sea, al lado del padre, qué pasaría si el menor o los menores son de lactancia, lógicamente el padre no podría tenerlos en su poder, pero que tampoco sería un gran problema ya que los podría cuidar y alimentar no de la misma manera pero sí con un mayor cuidado para su alimentación sobre todo.

Pasemos ahora el Código Civil para el Estado de Morelos, - Estado que al igual que el anterior, reconoce dos formas de divorciarse: el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio -

necesario o contencioso.

Por lo que respecta al divorcio por mutuo consentimiento, éste se lleva a cabo de la siguiente manera: se presentará un convenio que fije los puntos que menciona el artículo 366 en sus cinco fracciones, que son idénticas a las que menciona o indica el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal; ahora por lo que hace a la manera de llevar a cabo el divorcio por mutuo consentimiento, es diferente, ya que presentado el convenio ante el juez de primera instancia, el tribunal citará a los cónyuges así como al Ministerio Público a una junta (junta de aveniencia), en la que desde luego, procurará disuadirlos de su divorcio, y si no lograra avenirlos, aprobará provisionalmente, el convenio oyendo desde luego al C. Agente del Ministerio Público; sin embargo, si los cónyuges insistieren en divorciarse, el juez citará a las partes para oír sentencia, y en ella se estudiarán nuevamente la situación de los hijos, y si en el mencionado convenio quedaran bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal dictará la sentencia en la que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Pero desde luego el C. Agente del Ministerio Público, puede oponerse a la aprobación de dicho convenio, que también se -

da esta situación aquí en el Distrito Federal, pero con la diferencia que el Ministerio Público propondrá las modificaciones - que estime pertinentes y el tribunal lo hará saber a las partes para que dentro del término de tres días manifiesten lo que a - su derecho convenga, y si aceptan las modificaciones. En caso - de que no las acepten, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la Ley, cuidando de que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no fuera aprobado ni por el Ministerio Público, ni por el Juez entonces no se disolverá el vínculo matrimonial.

Como puede observarse, cambia la situación de las juntas - de aveniencia ya que en lugar de ser dos, sólo es una, y tam - bién las modificaciones que hace el Ministerio Público al convenio, aquí en el Código Civil, es decir, para el Distrito Fede--ral esas modificaciones que hace el Ministerio Público, se en--cuentran contempladas en el Código de Procedimientos Civiles, - hecho que no sucede en la legislación de Morelos, ya que las modificaciones se encuentran reguladas en el Código Civil para el Estado de Morelos, esto claro es, una simple observación de mi parte.

El divorcio necesario se encuentra regulado por el artícu-

lo 360 en sus XIX fracciones, y por lo que hace a la enajenación mental maneja lo siguiente: la razón de hablar en esta tesis, o bien, tocar ese punto en este capítulo, es porque estamos hablando del divorcio en algunas entidades federativas, y ya que en nuestro Código Civil para el Distrito Federal no hace alguna manifestación en especial sobre la enajenación mental, como lo detalla a continuación el Código Civil para el Estado de Morelos, es motivo para diferenciarlo del nuestro, así que hecha esa aclaración para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental, se habrá de obtener previamente la declaración de interdicción por la autoridad judicial competente. Mas sin embargo, cuando existan datos fehacientes a juicio del juez, que hagan presumir el padecimiento de tal enfermedad, éste podrá decretar, a petición del cónyuge sano del Ministerio Público o de cualquier organismo de protección a la familia, la separación provisional de los cónyuges mientras se cumple el término señalado, debiendo, en todo caso, permanecer los hijos menores bajo la custodia del cónyuge sano. Como puede verse es más amplio el Código Civil para el Estado de Morelos en esta cuestión, a diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, o como los dos Estados anteriores que tampoco amplían tanto o facultan tanto al juez para que en caso de urgencia, él mismo, valiéndose de los datos fehacientes, él pueda decretar -

al momento la separación de los cónyuges, y en su caso, las medidas que él considere necesarias para la protección de la familia.

Esta amplitud a sus disposiciones, para el caso de divorcio también se ve reflejada en las medidas decretadas al admitir la demanda de divorcio, en caso de urgencia que en su primera disposición, cambia por completo a lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 282 y que además en el caso de la primera medida o disposición se encuentra derogada, por lo que procedemos a estudiar esta primera diferencia con el Código Civil y el Código de Morelos, que se basa en lo siguiente: se procederá a separar a los cónyuges y, para este caso, el juez del conocimiento prevendrá al marido que se separe de la casa conyugal y ordenará que le entreguen su ropa y los bienes que sean necesarios para el ejercicio de su profesión, arte u oficio a que está dedicado, deberá asimismo, informar al juez el divorciante, el domicilio de su residencia y si hubiere algún problema sobre esta medida, el juez decidirá sumariamente oyendo a ambos cónyuges. Y sólo a solicitud de la mujer se le autorizará a separarse del hogar conyugal, y de la misma manera se le entregarán sus pertenencias, y también deberá informarle al juez de los autos el lugar de su residencia. - Mientras el juez proveerá lo necesario para asegurar el manejo

del hogar, en tanto se resuelva la situación definitiva. Así como también previene a los cónyuges que no se causen molestias - en ninguna forma. Y por lo que respecta a las demás medidas precautorias en caso de urgencia, son idénticas a las del Código Civil para el Distrito Federal, así como también a diferencia - del Código Civil para el Estado de Michoacán y del de San Luis Potosí, éste sí se apega a lo que establece el artículo 282 en la parte final, que salvo peligro, los hijos permanecerán al - cuidado de la madre. Apegándose más a nuestro Código Civil.

Como puede apreciarse son pocas las discrepancias que hay entre el Código Civil para el Distrito federal y el Código Civil para el estado de Morelos, mas sin embargo, en algunas cuestiones el Código de Morelos es un poco más específico y más amplio que el del Distrito Federal.

Y por último hablemos ahora del Código Civil para el Estado de México, que al igual que el anterior, sólo regula en sus disposiciones legislativas dos clases de divorcio: el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio necesario o contencioso.

En el divorcio por mutuo consentimiento regulado por este cuerpo legal, claramente se puede apreciar que es idéntico al - del Distrito Federal, ya que si los cónyuges quieren divorciarse presentarán su solicitud junto con el convenio respectivo, -

ante el juzgado, y una vez admitida la demanda, el juez de los autos los citará a una junta (de aveniencia) en la que procurará persuadirlos de que no se divorcien, esto es, en presencia del Ministerio Público, y si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente el convenio, si están garantizados los bienes de los menores, es decir, los alimentos para los hijos y para el cónyuge, así como la situación de los menores para con sus padres, esto claro, con la aprobación del Ministerio Público, y si los cónyuges persisten en divorciarse entonces el juez los volverá a citar para una segunda junta; desde luego que con el mismo fin que la anterior para que no se divorcien, pero si no logra esto, entonces se dictará sentencia definitiva sobre el asunto.

El divorcio voluntario, como puede verse en este estudio, es idéntico a como se lleva aquí en el Distrito Federal, ya que inclusive, son dos las juntas de aveniencia que se ventilan en este juicio, y de la misma forma se estudian los puntos sobre los hijos, a quién deben quedárseles y los alimentos que deben darse, en el mencionado convenio.

El divorcio necesario se encuentra regulado en el artículo 253 en sus XVII fracciones, y la fracción que no se regula en este Código, es la de la separación de los cónyuges por más de

dos años, independientemente del motivo, y cualquiera de los dos cónyuges puede pedir ese divorcio, por lo que respecta al artículo 253 del Estado de México en la parte final estipula que el hecho de ser demandado por causa que no se pruebe es una injuria que el juez debe valorar de acuerdo con la fracción XI, para determinar si hay o no divorcio.

Como puede verse este Código omite la separación de los cónyuges por más de dos años, así como de que si no justifica su acción el actor, esto puede tomarse como una injuria y el juez valorará de acuerdo a la fracción XI para determinar si hay o no divorcio.

De la misma manera que el Código de Michoacán y el de San Luis Potosí, para pedirse el divorcio por causa de enajenación mental es necesario que haya transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad. Aclarando que el Código de Michoacán sólo estima necesario que transcurra un año desde que se tuvo conocimiento de la enfermedad.

De la misma manera que el Código Civil para el Distrito Federal, también se regulan medidas precautorias en caso de urgencia y que se encuentren contempladas en el artículo 266 en sus seis fracciones que hablan de separar a los cónyuges provisoriamente, proceder al depósito o separación de los cónyuges, y

por lo que respecta a las demás medidas precautorias es lo mismo que aquí en el Distrito federal, mas sin embargo, también omite sobre los hijos menores que salvo peligro, a quién deben quedarle, como ya se manejó con anterioridad; tal vez esta si tuación favorezca o no a los hijos, ya que este Código lo omite, y cualquiera de los cónyuges puede quedarse con los niños menores de edad.

Como puede observarse en los cuatro Códigos Civiles antes mencionados, cambia la forma para llevarse el divorcio por mutuo consentimiento, ya que en unos Estados, son tres juntas de aveniencia, mientras que en otros son dos y en otros sólo una junta de aveniencia, y así se obtiene el divorcio por mutuo con sentimiento, mas sin embargo, es necesario aclarar que de estos cuatro Códigos Civiles solamente el Código Civil para el Estado de Michoacán, se apega más a nuestra legislación civil vigente para el Distrito Federal.

Por lo que respecta al divorcio necesario, algunos de estos mencionados Estados de la República mexicana, aumentan sus causales y otros las disminuyen pero que, en esencia, es claramente una copia de nuestro Código Civil. Lo mismo puede observarse en lo que respecta a las medidas precautorias que el juez debe hacer valer en caso de urgencia al admitir la demanda de -

divorcio, para algunos aumentan esas medidas, para otros no lo es así.

4.2 Efectos de la Sentencia de Divorcio

Por lo que hace a los efectos de la sentencia de divorcio en relación a nuestro Código, mencionaremos los que se generan en cuanto a la persona de los cónyuges, así como lo relativo a sus bienes, ya que por lo que respecta a los hijos, esto lo manejaremos más adelante y por separado.

Empezaremos por hablar acerca del Código Civil para el Estado de Michoacán, los efectos de la sentencia son los siguientes:

a) En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia ni a la indemnización, consistente en que por el divorcio se originaren daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos, como autor intelectual de un hecho ilícito.

Analicemos esta primera disposición que cambia de acuerdo a nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, ya que

en el artículo 288 parte II, claramente dice, que en caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que se disfrutará si no tiene ingresos propios, suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Tomando en cuenta que en el mencionado artículo (artículo 282 para el Distrito Federal) concede a la mujer alimentos, cuando se haya divorciado por mutuo consentimiento, hecho que no se ve favorecido en el Código Civil para el Estado de Michoacán.

b) En los casos de divorcio necesario la mujer inocente tendrá derecho a alimentos, mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos, cuando esté incapacitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir.

Nuestra legislación para el Distrito Federal habla igualmente de esta situación ya que el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Aclarando que en el Código Civil para el Estado de Michoacán no se habla del concubinato, como en nuestra legislación, ya que sólo mane-

ja la terminología de que "la mujer inocente o el marido inocente sólo tendrán derecho alimentos mientras no contraigan nuevas nupcias o vivan honestamente".

c) Otra característica que cambia o se aparta de nuestra legislación para el Distrito Federal es que la duración para - contraer nuevo matrimonio, no es como lo estipula el Código Civil para el Distrito Federal, sino que para el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse pasado un año, y para el Código Civil del Distrito Federal, se estipula que el cónyuge culpable no podrá volver a casarse sino pasados dos - - años desde que se decretó el divorcio.

En la parte final del artículo 289 del Código Civil para - el Distrito Federal, dice que si el divorcio es por mucho consentimiento, es indispensable que para que contraigan nuevo matrimonio es necesario que haya transcurrido por lo menos un año, desde que obtuvieron el divorcio. Y en el Código Civil para el Estado de Michoacán pueden volver a contraer matrimonio entre - sí, dentro del lapso de un año desde que obtuvieron el divorcio, aclarando que el mencionado Código dice que para que contraigan matrimonio entre sí, es decir, que no puede ser con otra persona, aquí el legislador no fue muy claro ya que sólo maneja el - término entre sí, sin especificar cuál será el término para con

respecto a terceros.

Como puede verse en esta legislación, cambian algunas características con respecto a los efectos de la sentencia, para los cónyuges, pero es omiso el Código Civil para el Estado de Michoacán en lo que respecta a los bienes de los cónyuges, ya que dispone nuestra legislación en el artículo 287 que ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos y los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Y por lo que se puede ver en el Código Civil para el Estado de Michoacán, no hay otro régimen patrimonial más que el de separación de bienes, ahora bien si analizamos detalladamente nos podemos dar cuenta que nuestra legislación es más exuberante y más precautoria para garantizar los alimentos a los hijos, ya que si bien es cierto, en nuestra legislación los consortes divorciados, tendrán obligaciones de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, y a la subsistencia y educación de éstos hasta que lleguen a la mayo--

ría de edad, situación que se ve favorecida aquí en el Distrito Federal.

Reflexionando a lo largo de este estudio, encontramos que el Código Civil de Michoacán reduce el término para que los cónyuges puedan volver a casarse, niega el derecho a alimentos a la mujer cuando se haya divorciado voluntariamente, así como también no obliga a los cónyuges a que garanticen con sus bienes, en su caso, a los alimentos como lo hace nuestra legislación, independientemente de que el Ministerio Público se oponga al convenio cuando no queden garantizados los alimentos de los menores, pero como en este caso estamos hablando de divorcio necesario, éstos no quedan garantizados con los bienes de los cónyuges.

El Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, se asimila mucho a nuestra legislación:

a) Ya que los cónyuges pueden volver a casarse después de un año de decretado su divorcio, si es por mutuo consentimiento y después de dos años si es necesario o contencioso.

b) Una vez ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego, a la división de los bienes comunes (aquí en esta legis-

lación sí existe la sociedad conyugal y el régimen de separación de bienes), y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos, de acuerdo con lo que dispone en artículo 149, que a la letra dice:

Artículo 149:

"La obligación de proporcionar alimentos recaerá en aquel cónyugo que se encuentre en mejor posición económica y de trabajo, el otro contribuirá si tuviere medios para hacerlo, sólo en proporción a sus posibilidades.

Solamente estando imposibilitado para trabajar y careciendo de bienes propios, se eximirá de esta obligación al que se encontrara en este caso.

Quien dolosamente abandone su trabajo, y no teniéndolo no procure conseguirlo, dilapide sus bienes o simule actos con el objeto de parecer insolvente, independientemente de las obligaciones que le impone esta ley. Se le aplicarán las penas a que se refiere el delito de abandono de personas del Código Pe

nal vigente en el Estado." (29)

c) Además dice que el cónyuge inocente en los casos de divorcio tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. Y sólo gozará de este derecho cuando no cuente con recursos, esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes para substituir.

Ahora bien, el Código Civil para el Distrito Federal, hace una clara distinción de que la mujer tendrá derecho a alimentos, en caso de divorcio por mutuo consentimiento, por el mismo término que estuvo casada y, en el necesario, tomará el juez el conocimiento del divorcio necesario, las circunstancias del caso, como la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica y obligará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente, especificando cuando sea necesario o por mutuo consentimiento, y en el caso del Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, sólo se limita a que el cónyuge inocente (hombre o mujer), tendrá derecho a alimentos cuando no contraiga nuevas nupcias, y de acuerdo a que no tenga recursos o esté imposibilitado y no tenga bienes propios para subsistir, ya sea el hombre o la mujer; igualándolos al mismo plano tanto al hombre como a la mujer jurídicamente.

29.- Artículo 149, Código Civil para el Estado de San Luis Potosí; Editorial Porrúa, S.A., p. 30.

Nuestro Código Civil es más específico y más severo de acuerdo a las situaciones que se pueden dar para cada caso de divorcio y para los alimentos que se puedan o deban dar los cónyuges.

El Código Civil para el Estado de Morelos es aún más específico y estricto que nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en lo que respecta a los efectos de la sentencia sobre la división de bienes, los alimentos para los hijos y en cuanto al término para contraer nuevas nupcias, es igual que en el Distrito Federal, a continuación observaremos las siguientes características.

a) Una vez ejecutoriado el divorcio se procederá a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos a la satisfacción de las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos en los términos que dispone el artículo 409 (todo lo concerniente a los alimentos comprendidos como tales), hasta que lleguen a la mayoría de edad, salvo que haya hijos incapacitados física o mentalmente; el juez de lo familiar tomará las medidas que se requieran

previos estudios necesarios, para lograr en lo posible, la adaptación, readaptación, rehabilitación del incapaz, o bien, porque el alimentista siga estudiando, ya que en este caso será hasta los veinticinco años.

Como puede examinarse, este Código da a los hijos una mayor seguridad en los alimentos, ya que la pensión en favor de los menores, puede terminar hasta los veinticinco años.

b) Que habla generalmente de que cuando la mujer inocente que carezca de bienes y durante el matrimonio se haya dedicado a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitada para trabajar tendrá derecho a alimentos. Y en el caso del marido inocente éste sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir.

Claramente se puede desprender de lo anterior que favorece mucho a la mujer inocente, y por lo que respecta al cónyuge hombre, se afirma lo estipulado por nuestro Código Civil para el Distrito Federal. Esto es por lo que respecta al divorcio necesario.

Por lo que hace al divorcio por mutuo consentimiento, se respeta la voluntad de las partes expresadas en el convenio,

salvo que el mismo sea perjudicial a alguno de los divorciantes, en cuyo caso el encargado de regular esta cuestión se opondrá - como es el caso del Ministerio Público, ya que si no quedan - bien garantizados los alimentos para los cónyuges (para uno de ellos) y para los menores obviamente el Ministerio Público se opondrá. Situación que cambia un poco en esta legislación ya - que al hombre y la mujer los deja en igualdad de proporcionarse alimentos y en nuestro Código Civil para el Distrito Federal no se ve regulada.

c) El tiempo, esto es para que puedan volver a contraer - nupcias, los cónyuges divorciados al igual que nuestra legislación, para los cónyuges que hayan dado causa al divorcio no podrán volver a casarse sino pasados dos años después de ejecutoriada la sentencia.

Para el caso del divorcio por mutuo consentimiento, éste - es idénticamente el mismo, de un año para que los cónyuges puedan volver a casarse.

Como puede apreciarse de lo anterior, también esta legislación es parecida a la del Código Civil para el Distrito Federal, mas sin embargo, hay unas cuestiones que están mejor apoyadas - en el Estado de Morelos, que aquí en el Distrito Federal; un - ejemplo de esto podría ser los alimentos para los menores que -

se extiende hasta los veinticinco años, por estudiar, esto quiere decir que si sus estudios los pudiera terminar a una edad de veintidós o veintitrés años, que es la edad para terminar o concluir una profesión, bien pudieran en ese estado, terminar su carrera o profesión hasta los veinticinco, con la seguridad de que no les faltarán alimentos.

O como también es el caso de la mujer que no tenga bienes y que por el solo hecho de estar al cuidado de los hijos o del hogar, se hará acreedora también a alimentos.

El Código Civil para el Estado de México, también tiene algunas características importantes como a continuación veremos:

a) Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes, entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligaciones de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad y en el caso de las hijas aun que sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio siempre que vivan honestamente.

Por otro lado, al igual que nuestra legislación civil, re-

conoce dos regímenes patrimoniales como es, la sociedad conyugal y el de separación de bienes.

Finalmente, se separa de nuestra legislación ya que tajantemente a los cónyuges los obliga a solventar todos los gastos de alimentación, para los hijos menores hasta la mayor edad, pero a las hijas les da el derecho de pedir alimentos o exigirlos hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente, con lo cual también vale la pena manifestar que si las hijas no se casan, los padres tendrán la obligación de proporcionarles - alimentos.

b) Ahora bien, en los casos de divorcio la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a - alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga - bienes propios para subsistir. Además, cuando por el divorcio - se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho - ilícito.

En los casos de divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges no tendrán derechos a alimentos ni a la indemnización que pudiera causarse los cónyuges, salvo pacto en contrario. Apartándose de nuestra legislación, por las razones anteriores.

c) Por lo que respecta al término para que los cónyuges - puedan volver a casarse, éste es idéntico a nuestra legislación ya que para los casos de divorcio necesario, el cónyuge culpable no podrá volver a casarse sino pasados dos años después de decretada la sentencia. Y por lo que respecta al divorcio por mutuo consentimiento, éste de la misma forma que de acuerdo a nuestra disposición civil, es de un año.

4.3 Efectos de la Sentencia de Divorcio en Relación a los Hijos

Para el estudio de este punto tan importante, de igual manera que el anterior, se revisarán las disposiciones contenidas en los mencionados Códigos Civiles, es decir, para Michoacán. San - Luis Potosí, Morelos y para el Estado de México, ya que éste es el punto más importante que se debe destacar dentro de este capítulo, la situación de los hijos.

El Código Civil para el Estado de Michoacán regula esta situación de acuerdo a tres reglas manifestando que la relación de los hijos se va a ser determinada por la o las causales comprendidas en lo referente al divorcio necesario (artículo 226).

I.- Si las causales invocadas para pedir el divorcio se refieren a la separación del hogar conyugal originada por una cau-

sa que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuga separado entable la demanda de divorcio; la declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esto, que proceda la declaración de ausencia; la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; la negativa de los cónyuges para proporcionarse alimentos; la acusación calumniosa por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, hecha por un cónyuge contra el otro; el hecho de que uno de los cónyuges cometa un delito no político, infamante y que merezca prisión mayor de dos años, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Y si los dos fueren culpables quedarán los hijos bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor.

Como puede verse en esta primera reglamentación, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, que esta situación tal vez no favorezca a los hijos, ya que de uno de los dos cónyuges tendrá que separarse sin importar cuál es la respuesta de los hijos para esta disposición. Posteriormente manifiesta en el segundo apartado que si los dos son culpables los hijos quedarán al cuidado de los ascendientes que correspondan y tampoco, como puede observarse, se toma en cuenta a los -

hijos, y aún más, ninguno de los cónyuges tendrá la patria potestad sobre los menores, y esto no beneficia a los hijos en ningún aspecto, ya que como se ha venido cuestionando con anterioridad y en diferentes capítulos, los que se divorcian son los cónyuges y no los hijos, y con esta regla o disposición jurídica deja a los hijos fuera de la potestad de los padres, sin importarle al legislador la vida de los menores, por lo menos, si se pudieran quedar al cuidado de algún cónyuge, que también estamos en contra de esto ya que los hijos siempre deben de permanecer al lado de los dos cónyuges, independientemente de cuál sea su situación.

II.- La segunda regla o norma que se lleva a cabo en esta legislación establece que: si las causales son la separación del hogar conyugal por más de un año por una causal que sea bastante para pedir el divorcio, sin que el cónyuge separado entable la demanda de divorcio; la declaración de ausencia o la presunción de muerte, la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, la negativa de los cónyuges para darse alimentos, la acusación calumniosa por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se trata de persona extraña siempre que a tal acto señale la ley una pena mayor de un año de prisión. Los hijos quedarán bajo la patria pot-

testad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Y si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro, al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quién la ejerza, se les nombrará un tutor.

De lo anterior se desprende que los hijos son dados a quien no ha cometido ningún delito ni se encuentra en alguna de las causales comprendidas someramente en lo anterior, mas sin embargo, esta segunda parte es aún más cruel con los hijos que la anterior, ya que los hijos permanecerán al lado del cónyuge inocente y a la muerte de éste la ejercerá el otro, pero qué pasa si no se muere el cónyuge inocente, y si muere primero el culpable; con esto quiere decirse o pensar que el cónyuge culpable nunca va a poder ejercer la patria potestad sobre sus hijos y ni convivir con ellos por lo menos, y la misma situación se verá reflejada en los hijos, que no podrán convivir con el otro progenitor.

III.- La tercera regla que se lleva a cabo en este Estado de la República es que si los cónyuges padecen sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable que sea,

además, contagiosa o hereditaria, así como la impotencia sexual incurable después de celebrarse el matrimonio; así como también padecer enajenación mental, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Criticando lo anteriormente expuesto, se dice que los cónyuges enfermos tendrán derecho a los bienes y sobre la persona de sus hijos, y si el cónyuge es un enfermo mental, una persona que está bajo el cuidado de otra persona (tutor), cómo es que se va hacer cargo de los hijos y de los bienes de éstos, si no se encuentra en condiciones de administrar los bienes de su propiedad menos de los hijos, y sobre todo la responsabilidad de cuidarlos, no así las otras causales, ya que padecer una enfermedad incurable o padecer impotencia, no quiere decir con esto, que no se encuentre capacitado para guiar a los hijos y poder administrar los bienes de los menores.

Así es como el Código Civil para el Estado de Michoacán, tiene tres reglas para determinar a quién se le darán los hijos siempre y cuando se encuentre regulada la causal, para determinar o decidir a quién o para quién son los hijos, sin tomar en cuenta que no son muebles u objetos, para dárselos a uno o a otro, sin consentimiento de los hijos, los separan de su padre

o madre, sin importar cómo van a vivir o convivir, o con quién platicar o pedir consejo, si para ellos ya no es lo mismo, tener un sólo padre, que vivir o tratar de convivir con los dos, aunque la idea sea el divorcio, el juez debe tomar en cuenta - que los dos son los padres y que los dos deben convivir con los menores, tratarse y no dejar de verse, para que así vivan bien y sin perjudicar a los hijos, que siempre son las personas más afectadas después del divorcio.

El juez de los autos tomará antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad de los hijos, cualquier providencia que beneficie a los menores. Y obligue a los padres que hayan - perdido la patria potestad de los hijos a cumplir con las demás obligaciones con los menores.

El Código Civil para el Estado de San Luis Potosí de la - misma manera que el de Michoacán, regula las formas para la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, basándose en tres - reglas que son idénticas y que de acuerdo al caso los hijos podrán permanecer al lado del cónyuge inocente o sano, o cuando - muera el inocente los hijos pasarán al lado del cónyuge culpable, o en su caso, si los dos fueran culpables los hijos pasarán al lado de los ascendientes y si no los hay, se les nombrará a un tutor.

De lo anterior se desprende que los hijos pasan de un lado a otro como ya se dijo con anterioridad, como objetos, y el juzgador de acuerdo a las reglas dirá para quién son los hijos, con respecto a la causal y de acuerdo a las precauciones que él tome pidiendo a los ascendientes o descendientes mayores de edad, todo lo que favorezca a los menores, sin embargo es de aclararse que, el juez puede modificar su decisión de acuerdo a lo que establece en sus artículos 382, 383 y 394 fracción III, del mismo Código Civil vigente para el Estado de San Luis Potosí.

De lo anterior se desprende que la persona que tiene bajo su patria potestad a un hijo, le incumbe la obligación de educarlo convenientemente, para que sea una persona de provecho y administrar sus bienes ya que como lo hemos venido manejando - desde un principio, los padres son siempre las personas más idóneas para el manejo de los bienes de los menores así como también para el cuidado de los hijos, ya que ellos son sus progenitores.

El Código Civil para el Estado de Morelos contempla tres reglas para determinar la situación de los hijos.

La primera de estas reglas establece que si el divorcio se basa en la separación de los cónyuges sobre desavenencias entre los mismos, cuando esta separación se prolongue más de un -

año, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges, pero si el divorcio es invocado por el cónyuge que se separó, éste deberá acreditar que ha cumplido con sus obligaciones alimentarias; la sevicia, los malos tratos, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para otro, siempre que tales actos hagan imposible la vida de los cónyuges; la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; haber cometido uno de los cónyuges contra la persona o bienes del otro, un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de un año; - el mutuo consentimiento, así como también si uno de los cónyuges pide el divorcio y no justifica su acción el otro puede - - ejercitar su derecho y pedir el divorcio por ese simple hecho; el juez previo los estudios que estime necesarios, decretará - cuál de los dos progenitores deberá quedar con los hijos, atendiendo al interés primordial de los menores. Ambos cónyuges conservarán el ejercicio de la patria potestad y en el caso que - cualquiera de los cónyuges haya cometido un delito intencional que no sea político, y que afecte la integridad física y moral de los hijos, hipótesis en la que perdura la patria potestad al cónyuge que dio causal al divorcio, el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias, la forma y términos - del cuidado y custodia de los hijos menores.

La segunda regla establece que si el divorcio se contempla en alguna de las siguientes causales, es decir, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; 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 con su mujer; la incitación a la violencia o este mismo hecho por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción; la declaración de ausencia legalmente hecha o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga, que proceda la declaratoria de ausencia; la negativa injustificada de cumplir la obligación alimentaria respecto al otro cónyuge y a los hijos. Para hacer valer esta causa de divorcio no es necesario que previamente se haya exigido tal cumplimiento en juicio; los hábitos de juego y embriaguez o el uso no terapéutico de estupefacientes, psicotrópicos o cualquier otro producto derivado o preparado que contenga sustancias de las prohibidas por el Código Sanitario y disposiciones conexas, que amenacen la estabilidad moral o económica de la familia, o constituya un continuo motivo de desavenencia con

yugal. En estos casos los hijos permanecerán al lado del cónyuge que no dio causa al divorcio pero a la muerte de éste el otro - progenitor podrá recuperarla en los casos de la fracción I, es - decir, por adulterio, si los dos cónyuges hubieren dado causa al divorcio se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad, pero a la muerte de uno de ellos la recobrará el otro salvo los casos de que el cónyuge hombre le haya propuesto a su mujer que se prostituya y en los casos de actos inmorales con el fin de - corromper a los hijos, así como la incitación de un cónyuge al - otro para cometer un delito aunque no sea de incontinencia carnal, en estos casos no podrán volver a ejercer la patria potestad sobre los hijos y en este caso, los hijos quedarán bajo la - patria potestad del ascendiente o descendiente que determine el juez y si no hay quien la ejerza, se les nombrará un tutor. En - el caso de la causa de divorcio sea por la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses, con abandono absoluto de las obligaciones inherentes a la familia así como la - negativa injustificada para proporcionar alimentos, el cónyuge - privado del ejercicio de la patria potestad podrá recuperarla si a criterio del juez conviene a los menores, decidiendo respecto del cuidado y custodia de los mismos.

Si la causal del divorcio estuviera comprendida en la enajenación mental incurable o en los hábitos de juego o de embria

quez o el uso de estupefacientes, el cónyuge que hubiere sido - privado del ejercicio de la patria potestad, podrá recuperarla - si comprueba ante el Juez de lo Familiar que se encuentra rehabi- litado, previo el procedimiento respectivo.

La tercera y última regla es, si la causal se trata de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido an- tes de celebrarse el matrimonio, con persona distinta y que judi- cialmente así sea declarado el menor quedará al lado de la madre.

Y el menor quedará al lado del cónyuge sano cuando la causa del divorcio sea por enajenación mental incurable o padecer algu- na enfermedad incurable ya sea de tipo crónico incurable o tam- bién hereditaria y contagiosa.

Este Código es más amplio por lo que respecta a los hijos, ya que según la causal, el juez tomará en cuenta la situación y dirá a quién se le quedarán los hijos, que como se ha venido ma- nejando son tratados como cosas y no como seres humanos aunque - sean menores de edad.

Antes de que se provea definitivamente sobre la custodia de los hijos, el juez tomará en cuenta las precauciones necesarias para el buen desarrollo de los menores, y esto tomando en cuenta la opinión de los abuelos, tíos, hermanos mayores, así como tam-

bién al Ministerio Público.

También el juez antes de dictar sentencia, se cerciorará - de los alimentos, éstos deben quedar bien garantizados para los menores. Y para el caso de que algún menor estuviere enfermo, o incapacitado física o mentalmente el juez de los autos tomará - las medidas que se requieran para la adaptación y readaptación así como la rehabilitación del incapaz.

Aumentando las responsabilidades para los cónyuges que conserven la patria potestad de los hijos menores.

Para el Código Civil del Estado de México no existen reglas al igual que para nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

En la sentencia que decrete el divorcio, el tribunal determinará los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad que conservará cada uno de los cónyuges, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto deberá el tribunal oír al Ministerio Público, a los cónyuges y, en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos o hermanos mayores, pudiendo además, discrecionalmente acordar de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos.

Los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable, debiendo tenerse en cuenta lo que dispone el mencionado Código, ya que una vez divorciados el padre y la madre propondrán los cuidados de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso y, en su caso, como se dijo con anterioridad, el juez podrá modificar esto.

Si los dos cónyuges fueran culpables del divorcio, los hijos quedarán al cuidado de los ascendientes, a quien corresponda la patria potestad y si no lo hubiere, se le nombrará a un tutor.

Y lo mismo que todos los anteriores Códigos, los hijos quedarán al lado del cónyuge sano cuando se trate de la enajenación mental y padecer alguna enfermedad incurable.

CAPITULO QUINTO

EL DERECHO DE CONVIVENCIA EN EL CODIGO CIVIL DEL
DISTRITO FEDERAL, Y EN LA PRACTICA JURIDICA

El derecho de convivencia o de trato corresponde al progenitor que no tiene, físicamente, la guarda o custodia de los hijos menores de edad y que, sin embargo, tiene derecho a visitarlos o tratarlos. Este derecho parece que va íntimamente ligado a la patria potestad y ésta es irrenunciable para ambos padres; exige a éstos el ejercicio de todos los derechos, deberes y - - obligaciones en beneficio de los hijos menores.

5.1 Fundamento de la Patria Potestad

El fundamento de la patria potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la patria potestad.

El profesor Cicu sobre esta materia dice lo siguiente:

"En este campo es en el que más se afirma frente al Estado la libertad familiar y es en ella en la que más que en otras cosas, se piensa. Cuando esta libertad y el derecho relativo son considerados como privados... y la mayor libertad de la familia bajo un cierto aspecto, se deriva de la mayor confianza que se puede poner en ella en virtud del fuerte impulso natural para el cumplimiento de la función: por lo que, precisamente, en aquella libertad es más amplia la patria potestad mientras en la tutela la garantía se busca en una más compleja organización."⁽³⁰⁾

En suma, la fuente real de la patria es el derecho natural de la paternidad y la maternidad. La autoridad paterna se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos, en lo cual el grupo social está interesado.

La mayoría de los autores señalan que el fundamento de la patria potestad lo encontramos en el derecho natural, teniendo como origen la procreación.

Al respecto, el jurista Federico Puig Peña, manifiesta lo siguiente:

30.- Op. cit., p. 672.

"Es pues, una facultad de los padres y de nadie más que dé ellos, no el Estado, según dicen algunos, puesto que no existe - razón que la justifique ni experiencia - que la iguale, ni de la sociedad en general, ni siquiera del grupo familiar en - sentido amplio, sólo los padres la poseen con facultad natural." (31)

Asimismo, José Castán Tobeñas, dice lo siguiente:

"El fundamento de la patria potestad es - el derecho natural que radica en el poder paterno ciertamente en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión, - extrañamente, de derechos y deberes, de - asistir y formar a los hijos. Con razón - dice el profesor Serrano que la patria potestad es una institución natural que no necesita del derecho positivo para actuar - aunque no hubiere estado, habría patria potestad." (32)

Así, en lo que respecta a la finalidad de la patria potestad, se han manifestado grandes cambios ya que en un principio, constituía la finalidad el beneficio que de ella obtenía el jefe

-
- 31.- PUIG PENA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 198.
 32.- CASTAN TOBENAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1978, p. 184.

de familia, es decir, el sujeto encargado de su ejercicio; sin embargo, poco a poco el beneficio se ha orientado hacia el otro extremo, siendo actualmente la persona sujeta a ella quien recibe el provecho, mismo que consiste en su protección y educación. De esta forma considero, que la finalidad principal de la patria potestad radica en el elemento de protección y educación al menor y a la unidad familiar.

5.2 Ubicación de la Patria Potestad dentro del Campo Jurídico

Tradicionalmente se ha ubicado a la patria potestad dentro del derecho de familia, colocándola así, dentro del Derecho Civil; sin embargo, recientemente Luis Mendizabal Oses, ha tratado de crear una nueva disciplina a la cual ha denominado derecho de menores. El maestro español dice que:

"Debido a una errónea interpretación que se ha dado al principio de igualdad, opina que tras el pretexto de la ilusoria norma que enuncia la igualdad entre la ley, se han regulado relaciones, las cuales en razón a los sujetos se encuentran en un plano de igualdad y aquellas otras en las cuales uno de los sujetos se encuentra en franca desventaja, por lo que de esta forma debe existir igualdad entre iguales, así como desi--

gualdad entre los desiguales, lo cual hace necesario una especial reglamentación para las relaciones en que intervienen normalmente personas que se encuentran en un plano inferior al común de la gente; siendo así objeto de la disciplina que intente crear, la reglamentación de todas aquellas relaciones jurídicas en que intervienen personas menores de edad."⁽³³⁾

Para ubicar a la patria potestad dentro del campo jurídico, es necesario primero, hablar de las características de la relación paterno filial. De la función propia de la patria potestad (la protección de los hijos) a la fuente u origen de la institución (la filiación) y a la naturaleza de ella (carga privado de interés público) se desprenden los siguientes caracteres: la patria potestad es irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible.

La patria potestad no puede renunciarse. Así lo establece el artículo 448 del Código Civil; de su ejercicio sólo pueden excusarse en los casos específicamente señalados en este precepto legal; los que por su edad avanzada hayan alcanzado la edad de 60 años y quienes por su mal estado de salud no puedan cumplir -

33.- MENDIZABAL OSES, Luis. Derecho de Menores, Ediciones Pirámide, S.A., - Madrid, 1977, p. 93.

la función de la patria potestad.

Las razones por las que se establecen la irrenunciabilidad del cargo derivan de su propia naturaleza. En primer lugar porque su ejercicio es de interés público. La familia, la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de los menores. En segundo lugar porque el artículo 6° del Código Civil establece que sólo puede renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros. En el caso, la renuncia al - - ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe desempeñar el cargo, implicará el abandono del deber de guarda y protección de los hijos y perjudicará los derechos de los menores que se encuentren bajo ella.

Los derechos y los deberes que integran la patria potestad están fuera del comercio. La patria potestad, considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponde el ejercicio de ella.

Excepcionalmente, la patria potestad se transmite en el caso de la adopción. En efecto, el artículo 403 establece que los derechos y las obligaciones que resultan del parentesco natural

no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante; salvo que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

La patria potestad es intransmisible por voluntad de las - particulares, sólo puede transmitirse como consecuencia de que el Juez de lo Familiar haya aprobado la adopción como medida - protectora del interés del adoptado.

La tercera nota que presenta la patria potestad, es su naturaleza imprescriptible como consecuencia del tiempo, es decir, de su solo transcurso no se extinguen los derechos y obligaciones o deberes derivados de la patria potestad.

En su contenido, la patria potestad descansa en que la autoridad paterna se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo y precisamente, descansa en la confianza que inspira por su razón natural los ascendientes para desempeñar esta función.

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones éticas y sociales para hacer de los padres las personas idóneas para - cumplir esa misión.

La patria potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación) y a veces efectivo (la adopción) de carácter ético

(el deber de mirar por el interés de la prole), y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad).

Por lo que respecta al punto de vista natural, no puede negarse que el ordenamiento jurídico toma en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores para desempeñar - ese cargo en la manera más eficaz.

La patria potestad forma parte importante de la organización de aquel grupo social primitivo primario y originario que es la familia. El grupo de la familia surge de manera natural - dentro del orden social.

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los - progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y de respeto de los descendientes hacia los padres. El artículo 411 del Código Civil dispone que los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Este precepto legal expresa en términos jurídicos, el deber moral de los hijos que contiene el Decálogo: "Honrarás a tu padre y a tu madre".

Por lo que respecta al fundamento ético, desde el punto de

vista de la autoridad paterna, la patria potestad consiste en - que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la - responsabilidad moral de la formación de los mismos desde el pun - to de vista intelectual, físico y espiritual, que es el más im - portante desde el punto de vista ético.

El contenido social de la patria potestad se destaca desde el punto de vista de los poderes conferidos que le son otorgados al padre y a la madre, constituye una potestad de interés públi - co en cuanto a que, realizada esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

De la conjunción de estos elementos se desprende que el or - den jurídico exige que la autoridad paterna se encuentre sólida - mente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez, - por qué en el derecho privado se reúne en esta institución, el - interés de los hijos y de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado.

Hablaremos ahora de los sujetos que intervienen dentro de - la patria potestad, quiénes son y qué deberes existen, así como los derechos que tienen.

LOS SUJETOS.- En el complejo de relaciones jurídicas que -

forman el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad respecto de quienes ejercen la patria potestad, comprende el deber de respeto y obediencia.

El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes, cualesquiera que sea su estado, edad y condición (artículo 411 del Código Civil), no se extingue al terminar la patria potestad. Durante el estado de minoridad del hijo y mientras se encuentra bajo la autoridad de sus padres, el deber de respeto y honrar, impuesto por el artículo 411, lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

Por su contenido moral, el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente como un efecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones paterno-filiales de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia.

Es la contrapartida, por así decirlo, del principio en que descansa la autoridad paterna, que sólo se justifica si se funda en la abnegación y sacrificio de los padres. La naturaleza moral de este principio explica por qué la norma establecida en el ar-

título 411 del Código Civil, carece de una fuerza coercitiva.

El hijo sometido a la patria potestad no podrá dejar la casa de aquéllos que la ejercen, sin permiso de ellos o sin la autorización de la autoridad competente. (Artículo 421 del Código Civil). El hijo menor de edad tiene el deber de convivir con - los padres o ascendientes en ejercicio de la patria potestad.

Por lo que toca a quienes ejercen esa autoridad sobre los - descendientes, encontramos que el deber primordial que se inter- pone a los padres o ascendientes es:

- a) el cuidado y guarda de los hijos;
- b) la dirección de su educación;
- c) el poder de corregirlos y castigarlos mesuradamen-
te;
- d) la obligación de proveer a su mantenimiento;
- e) la representación legal de la persona del menor;
- f) la administración de los bienes del menor.

Este complejo de relaciones jurídicas se apoya en la solidaridad del hombre frente a los demás miembros del grupo social - que existe particularmente respecto de los hijos y en la misma - naturaleza protectora de ese cargo de derecho privado; así como ocurre en ciertos casos de derecho público que invisten a su ti-

tular de un conjunto de potestades correlativas a los deberes - que impone su ejercicio.

La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, la ejercerán el padre o la madre que lo haya reconocido, y en el caso de que vivan juntos la patria potestad y la custodia del hijo será ejercida por ambos. Y aunque no vivieren juntos y lo reconocen en el mismo acto, la patria potestad será - ejercida por ambos progenitores; pero convendrán quién de ellos ejercerá la custodia del hijo. En caso de que no llegaren a un acuerdo el Juez de lo Familiar oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá sobre lo que creyere más conveniente a - los intereses del menor (artículo 380 del Código Civil).

Si los padres no viven juntos y el reconocimiento se efectúa sucesivamente, la patria potestad corresponde no obstante a ambos consortes y la custodia del hijo pertenece al que primeramente lo hubiere reconocido, salvo convenio en contrario entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar no juzgare conveniente modificar al convenio, por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público (artículo 381 del - Código Civil).

Por lo que respecta a los efectos sobre la persona del hijo, es decir, al hijo mismo, la patria potestad en lo que se re

fiere a la autoridad de quien la ejerce sobre la persona de los descendientes, acusa marcadamente, la coincidencia del interés público y el interés privado.

Para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo la patria potestad produce los siguientes efectos:

- a) Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna - (artículo 303 del Código Civil);
- b) De educarlos convenientemente (artículo 422 del - Código Civil).
- c) Otorga a quienes ejercen la patria potestad, la - facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente (artículo 423 del Código Civil);
- d) Quienes ejercen la autoridad paterna, son los legítimos representantes de los menores que están - bajo ella (artículo 425 del Código Civil);
- e) El domicilio de los menores no emancipados sujetos a patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad está sujeto (artículo 31 fracción II del Código Civil).

Considerando a la Institución desde el punto de vista de los ascendientes, la potestad paterna se atribuye con el fin de criar y educar a los hijos. En la medida en que ese deber se cumpla, se justifica la autoridad de los ascendientes sobre los descendientes y se funda la situación de subordinación en que se encuentran éstos respecto de aquéllos.

Las facultades que otorga la patria potestad a los ascendientes se refiere tanto a la persona del hijo, como a los bienes que pertenecen a éste.

Puede observarse que no existe una marcada línea de separación entre los deberes y las facultades de los padres, porque entre unos y otros existe una íntima correlación que permite calificar a cada una de esas atribuciones a la vez como poderes-deberes. Parece más clara la denominación de potestades; entendidas éstas como conjunto de derechos o facultades que deben ser ejercidas para gestionar intereses ajenos.

Así, la obligación que establece el artículo 422 del Código Civil a las personas que ejercen la patria potestad de educar convenientemente al hijo, requiere de la facultad de corregirlo. En caso necesario podrán recurrir a las autoridades que deben prestar apoyo a los padres para ese efecto. Deben los ascendientes observar una conducta que sirva de buen ejemplo a

los descendientes (artículo 423 del Código Civil).

De la misma manera, el cuidado del hijo y su educación, - exige que éste no pueda dejar la casa de los que ejercen la patria potestad, sin permiso de éstos o decreto de autoridad competente (artículo 421 del Código Civil).

El derecho de guarda y custodia o derecho de vigilancia de la conducta del menor de edad sujeto a patria potestad, se vincula a la vez con el deber de educación del menor y con la obligación (y el derecho) del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.

"La guarda del hijo es un medio de protección material y es el elemento de hecho, - en casos determinados; la no existencia de la guarda material de la persona del hijo, no afecta al concepto jurídico de 'patria potestad'. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado claramente la distinción entre la guarda o custodia del hijo - que en casos de divorcio, pueden quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad: 'La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye - una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse -

desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio in discutible para protegerlo y cultivarlo físicamente y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades...". (34)

Que el domicilio legal del menor de edad sea el de las personas a cuya patria potestad está sujeto (artículo 31 fracción II del Código Civil), es una natural consecuencia del poder impuesto al hijo de convivir con quienes ejercen aquella función.

De la obligación de vigilancia y corrección del hijo se desprende la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre él la patria potestad por los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo su poder y que habitan con ellos; si esos daños se han causado por falta de adecuada vigilancia de quienes ejercen la patria potestad sobre la persona del hijo que se encuentra bajo su custodia, aún cuando el hecho dañoso haya ocurrido fuera de su presencia (artículos 1919 y 1922 del Código Civil).

La obligación alimenticia que deben cumplir en primer lugar los padres respecto de los hijos, no es específica de la pa-

34.- Amparo directo 4029/67 Juan Cantú Villanueva. 3 de febrero de 1969, - Mayoría de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís López. Informe del Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1969, p. 26.

tria potestad; tiene su fuente en el parentesco, puesto que no desaparece con la mayor edad del hijo. La obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y el deber de estos últimos de proporcionarlos a sus padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la patria potestad; pero la obligación alimenticia subsiste, aunque se acabe la patria potestad, cualesquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad de quien debe recibirlos (artículos 303 y 311 del Código Civil).

Sin embargo, siendo la filiación el nexo más fuerte de parentesco y atendiendo a la función esencial de la patria potestad que consiste en el cuidado y formación de la persona del hijo menor de edad no emancipado, este deber de proporcionarle alimentos, tiene caracteres más apremiantes y ostensibles respecto de los ascendientes que ejercen la patria potestad, por la naturaleza misma de la función, en la que coinciden como ya se ha dicho, el interés estatal. Mientras subsiste la autoridad paterna, la obligación alimenticia que se impone a los ascendientes en favor de los hijos, presenta la característica de que, cuando quienes ejercen la patria potestad disfrutan de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad hasta donde alcance a cubrirlos y sólo el exceso, será de cuenta de los ascendientes que la ejerzan (artículo

319 del Código Civil).

Ofrece también la particularidad de que la forma normal en que los ascendientes deben cumplir con esa obligación alimenticia, es manteniendo al hijo en el seno de la familia, en el hogar; en tanto que la obligación alimenticia que deriva en general del parentesco, se satisface cubriendo los gastos que demande la prestación de alimentos, ya que no existe ninguna obligación respecto de esos parientes, de incorporar al acreedor alimentista al seno de la familia.

La representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y de los bienes del menor; porque parece evidente que aquél que desempeña esa función protectora y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad en la celebración de toda clase de actos y contratos, que el hijo no puede llevar al cabo por su estado de minoridad. El menor no emancipado, sujeto a patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin el consentimiento de los ascendientes que desempeñan esta función, quienes son los legítimos representantes de los hijos que se encuentran sometidos a ellos

(artículos 424, 425 y 427 del Código Civil).

Por lo que respecta a los efectos de los bienes de los hijos, la patria potestad produce efectos no sólo sobre la persona del hijo; de ella derivan otras consecuencias de carácter patrimonial.

En efecto, la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes (artículos 646 y 647 del Código Civil).

Los ascendientes que ejercen la patria potestad administran los bienes del menor y lo representan en toda clase de actos y de contratos, en juicio y fuera de él (artículos 425 y 427 del Código Civil).

Sin embargo, esta facultad de administración sobre los bienes del menor no comprende la gestión de todo el caudal del hijo.

La administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo, corresponde a este último.

En cuanto a los bienes que el hijo ha adquirido por causa distinta de su trabajo (herencia, legado, donación o por don de la fortuna), la propiedad y la mitad de usufructo le pertenecen,

en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo, -
corresponde a las personas que ejercen sobre él la patria potes-
tad. Sin embargo, si adquiere bienes por herencia, legado o do-
nación, el testador legatario o donante pueden excluir a las -
personas que ejercen la patria potestad, de usufructo de los -
bienes que constituye la herencia, el legado o la donación (ar-
tículos 428, 429 y 480 del Código Civil). La distinción que se
hace sobre los bienes del menor tiene su origen en la Institu-
ción Romana de los peculios.

La administración de los bienes del menor no otorga a quie-
nes la ejercen, la facultad de disponer de todos los bienes del
hijo. Sin embargo, dentro de la administración de los negocios
del menor, es necesario disponer de ciertos bienes. Por ejemplo,
de sumas de dinero de la administración.

En términos generales, los actos de administración son to-
dos aquéllos que tienden a la conservación de los bienes que -
tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimo--
nio y a la percepción de los frutos que éste produzca "según la
natural destinación" de la cosa de que forma parte.

La doctrina designa a esta clase de actos como de "adminis-
tración ordinaria".

Por el contrario, se entiende en términos generales por actos de disposición, aquéllos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y los que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en los casos de la donación. Quedan comprendidos dentro del concepto de actos de disposición, los que tienen por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravamen real, sobre algún bien que pertenezca a éste (hipoteca, prenda, fianza, - - constitución de servidumbre, etc.).

En ciertos casos, en protección de los intereses del menor, será necesario que quienes ejercen la patria potestad, dispongan de ciertos bienes que forman parte del patrimonio. En este caso, las personas que ejercen la patria potestad, no obstante que tienen la representación del menor, excederían las facultades de administración que les corresponde, si se les permitiera ejecutar libremente actos de disposición.

La idea fundamental que preside las facultades de administración en materia de patria potestad es la de conservación de los bienes y los actos de disposición, son contrarios a ese principio. Por ello, las personas que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni gravar en manera alguna, los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, sin

previa autorización del Juez de lo Familiar ante quien deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, con la ejecución de esos actos.

Otorgada esa autorización judicial, el Juez de lo Familiar que conceda la licencia, deberá cuidar que el producto de la venta se dedique al objeto para el que se destinó y que el saldo se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Además el precio de la venta, se depositará en una institución de crédito y quien ejerza la patria potestad, no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Cuando el patrimonio del menor está constituido en todo o en parte por una empresa mercantil, la conservación y desarrollo de la empresa (que por su naturaleza está destinada a la producción de bienes o servicios con propósito de venta), el acto de administración comprende la ejecución de actos de enajenación de los bienes de la negociación, la ejecución de esos actos de disposición de la mercadería, destinada a la operación normal del negocio mercantil.

Por otra parte, las facultades de representación del hijo, que corresponde a los que ejercen la patria potestad encuentran

otra limitación, porque no pueden realizar los siguientes actos:

- a) Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años;
- b) Recibir la renta anticipada por más de dos años;
- c) Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganado por menos valor del que se cotice en la plaza el día de la venta;
- d) Hacer donaciones de los bienes de los hijos;
- e) Renunciar de los derechos de éstos; y
- f) Renunciar a la herencia en representación de los hijos (artículos 436 y 437 del Código Civil).

La patria potestad confiere a los ascendientes que la ejercen, la mitad del usufructo de los bienes que el menor adquiriera por cualquier otro distinto de su trabajo (bienes adventicios), - es decir, pertenecen a los ascendientes, la mitad de los frutos o productos de las cosas que adquiriera el menor, excepto los productos del trabajo o industria de éste.

El derecho de los ascendientes a percibir la mitad del usufructo, de los bienes del menor, que se encuentra sometido a la

patria potestad de aquéllos, es una compensación que se concede a los ascendientes, por la administración del patrimonio del hijo. Jossierand por su parte, no encuentra otro fundamento a este derecho, que la tradición histórica que se inicia con la institución de los pueblos en el derecho romano.

Los peculios en Roma considerados en su propia significación, o sea, como patrimonio perteneciente al hijo sometido a la patria potestad, fueron introducidos a manera de privilegio... El emperador Augusto establece el peculio castrense, a favor de la milicia armada y Adriano y Antonio Pío, el cuasi-castrense, otorgándole a la milicia togada. A la vez que éstos, admitió la legislación germana el peculio denominado profecticio, designando con tal, las adquisiciones que provenían del padre o con ocasión de él y denominado adverticios, todos los demás... Según el antiguo derecho germano, el hijo podría adquirir de cualquier modo, pero no disponer, y el usufructo que tenía el padre, al decir de Stobbe, no era una consecuencia de la patria potestad, si bien más tarde prevaleció el derecho romano.

Ha sido frecuente considerar el usufructo legal como una ayuda al progenitor, en justa compensación a sus cuidados sobre el hijo y a la carga de los gastos que la manutención y educación de éste le producen.

Algunos autores empero como Venezian y Cicu, han puesto en conexión este derecho, con los fines familiares que el padre debe perseguir como cabeza de familia, considerándolo como un medio concedido al padre, para asegurar el libre ejercicio de su autoridad y la unidad de dirección de la gestión de los intereses familiares, que son durante la menor edad del hijo, necesariamente solidarios.

De acuerdo con esta orientación, la doctrina parece hoy inclinarse a acentuar los fines familiares de la institución, - - viendo como borda la razón de ser de este usufructo en la unidad solidaria de la familia, tal como la concebimos en nuestra civilización occidental y cristiana, o considerándola como - - Lehmann una manifestación de la comunidad familiar en su aspecto económico.

Hablemos ahora de la responsabilidad civil por la administración de los bienes del hijo, así en el artículo 441 del Código Civil se observa que a instancias de cualquier interesado, - del menor si hubiera cumplido catorce años o del Ministerio Público, los Jueces de lo Familiar, pueden tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de sus ascendientes, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan; finalmente el artículo 442, ordena que las personas que ejercen la -

patria potestad deben entregar a sus hijos "todos los bienes y frutos que les pertenecen".

La figura del "buen padre familiar" es el criterio que ha servido tradicionalmente para juzgar de la buena administración en la gestión de bienes ajenos.

De la interpretación de los artículos 430, 441 y 442 del Código Civil, citados en el párrafo anterior se puede concluir que, las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeta a ella, por su mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad, es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, están obligados a reparar el daño (disminución patrimonial) y el perjuicio (falta de ganancia lícita que debiera haber obtenido el hijo) que causen al descendiente por los actos dañosos contrarios a la conservación del patrimonio del hijo, cuando no sea extremado la atención que un diligente padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo.

Considerando que, no obstante la validez de los fundamentos, el maestro Mendizabal Osés, es necesario tener en cuenta que, ordinariamente los sujetos que integran una relación jurídica, no se encuentran en un plano de igualdad, excepción, ac--

tualmente, cuando las contrapartes se encuentran en total igualdad, razón por la cual existen otros métodos para subsanar la situación del menor, considerando que dentro de ellos se encuentra la patria potestad, la cual sí está bien ubicada dentro del campo del derecho de familia: derecho que ha tomado una gran importancia en nuestros días, ya que la familia es la célula primaria de toda sociedad, y de ella depende el desenvolvimiento de las relaciones sociales. Razón por la cual el país tiene especial interés en su desarrollo, constándose lo antes citado por lo establecido en el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Artículo 940:

"Todos los problemas inherentes a la familia, se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad." (35)

35.- Artículo 940, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

5.3 Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad

La patria potestad está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

"Es interesante observar, que la doctrina se refiere siempre aquí a un derecho; pero no al derecho correspondiente al deber, éste es, a un derecho del hijo sino, por el contrario, al derecho del mismo progenitor. De lo que resulta ante todo que la doctrina reconoce en el progenitor, aquella coincidencia de derecho y deber que - hemos visto, es característica de las relaciones de derecho público. Y hemos visto que la misma, se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, el momento de la finalidad; de manera que el imperativo jurídico en lugar de plantarse en los términos 'si quiere alcanzarse este fin deben observarse estas normas', se plantea en cambio en estos otros: 'debe alcanzarse este fin,

observando estas normas." (36)

En el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres que deben coincidir con el interés general del grupo social. En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público.

Desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen, un conjunto de facultades. Desde el punto de vista externo, la patria potestad se presenta como un deber subjetivo; quiere decirse que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto, encontramos nuevamente una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos. No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa fun--

36.- CICU, Antonio. Citado por el maestro Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., p. 673.

ción y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio. - El padre y la madre tienen cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad, a la manera y a la idoneidad de los me di os empleados para llenar esa función. Esa libertad se encuen- tra circunscrita dentro de los límites que marca el cumplimiento de los deberes propios de la institución.

Los poderes que atribuye la patria potestad, debe ejercerse siempre en interés del hijo. No se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurí d i co al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confia - a sus titulares, el interés familiar, la protección de los bie- nes de los hijos y la administración de los bienes de éstos.

El derecho objetivo que al conferir un ámbito de libertad - al titular de la patria potestad ha procedido en una manera dis- tinta a como ha organizado a la tutela como institución protecto ra de los menores de edad e incapacitados. En la patria potestad la garantía del cumplimiento de esa importante función descansa en los lazos de afecto, que existen en el progenitor para educar y formar a los hijos; en tanto que en la tutela, el eficaz cum- plimiento de las obligaciones que pasen sobre el tutor, descansa en una regulación más estricta, más acuciosa y en una más comple ja organización.

Buscando no profundizar en el tema, es necesario mencionar algunas características más sobresalientes respecto a la naturaleza jurídica de esta institución, misma que ha evolucionado, - para poder finalmente un concepto de patria potestad, e ir introduciéndose más en el tema a examinar. De esta forma examinamos como características:

1.- PODER: en el derecho romano se consideraba la patria potestad (poder del pater-familias sobre sus descendientes), - junto con la Manus (autoridad del marido sobre la mujer casada), Mancipium (autoridad de un hombre libre sobre otro hombre libre), y la Dominica potestas (autoridad del amo sobre el esclavo). Estos cuatro tipos de potestad existían en la época del derecho romano; considerada dicha potestad como un derecho absoluto, un estado de completa sumisión frente al que la ejercía.

El paso del tiempo, aunado a la influencia del cristianismo dio origen a la evolución de esta institución, pasando de un poder a constituir un derecho, ya que como se señaló anteriormente, la finalidad de la patria potestad es proteger a la persona sujeta a esta potestad.

2.- DEBER-DERECHO: algunos autores clasifican a la patria potestad, diciendo que su naturaleza jurídica es de un deber-derecho por considerar que existen dos fases de esta figura,

ya que en la primera fase, o sea, en el aspecto interno relación padre-hijo, surge como un deber de los primeros para con los segundos y frente a terceros la relación aparece como un auténtico derecho, siendo ésta la segunda fase. Se dice que el aspecto interno es un deber y no una obligación, porque al ser la relación entre padre-hijo de tipo extrapatrimonial, se le atribuyen entre otras características un contenido económico, una influencia religiosa y moral.

5.4 Concepto Jurídico de Patria Potestad

Antes de hablar del concepto de la patria potestad, es menester hablar de su evolución, cómo se originó, cuándo y dónde.

La familia romana se organizó como agrupación monogámica patriarcal. Los parientes agnados y cognados así organizados, constituyen una familia que merced a ese sistema patriarcal, adquiere duración y estabilidad y facilita la transmisión hereditaria. La organización patriarcal tiene bases a la vez religiosas y económicas; el jefe de la familia es el sacerdote, el juez, el legislador. dentro del grupo de parientes que se desenvuelven de manera autónoma. Para lograr esa unidad y la duración y estabilidad del grupo, el pater familias se encuentra in

vestido de un conjunto de poderes y de derechos en el ejercicio de esa autoridad, que es la patria potestad.

Es una autoridad en sus principios absoluta vitalicia. Para ejercer sus funciones de autoridad suprema dentro del grupo familiar, el pater familias se hallaba investido de un poder - que respecto de la mujer era la manus y respecto de los hijos - ese poder era la patria potestad. En cuando a los esclavos que también formaban parte del grupo familiar, la autoridad del jefe de la familia era ejercida por medio del Mancipium. La base sobre la que descansa la organización de la familia romana, difiere enteramente de la familia moderna. En efecto en la actualidad, el grupo familiar está constituido por los parientes con sanguíneos y toma su origen del concepto de filiación; en cambio, en Roma la familia no se refiere a la idea de generación o de paternidad, no alude al concepto de descendencia, sino solamente indica una organización autónoma como un poder de mando: la patria potestad que se ejerce por el pater familias dentro - del grupo de la familia. En el derecho romano primitivo, la autoridad del pater era casi absoluta, tenía el derecho de castigar a los filius familias, poseía el derecho de vida y muerte - sobre ellos, podía vender a los hijos, exponerlos y a través - del jus noxae dandi, podía entregarlos a un extraño para libra se de toda responsabilidad por los delitos cometidos por ellos.

Podía exponerlos o desampararlos.

Esta autoridad dictatorial absoluta, que en los orígenes - se atribuían al pater familias durante el desenvolvimiento del derecho romano, fue suavizándose a través de los siglos, así - por ejemplo, un edicto de Constantino, atenuó las facultades - del padre y mejoró grandemente la situación del hijo, declarando que la patria potestad no in atrocitate, set in pietate consistere.

Sucesivas atenuaciones en el desarrollo del derecho romano, sufrió este poder o autoridad constitutivo de la patria potestad, como puede observarse fácilmente a través de la institución de los peculios, en efecto, desde el punto de vista del derecho patrimonial, en sus orígenes el jefe de familia sui juris, era el titular del patrimonio de sus hijos y de sus esclavos, - que mientras permanecían en la patria potestad o en Mancipium - eran alieni juris. Después al reconocerse la facultad del pater para otorgar a sus hijos un patrimonio en administración y en usufructo (peculio profecticio) y conferir a los hijos la capacidad para recibir en propiedad y en administración y usufructo del peculio castrense, el peculio casi castrense y los bona adventicia, permitió a éstos, sustraerse paulatinamente a la autoridad paterna.

En el derecho germánico, desde épocas muy remotas tal vez desde sus orígenes, la munt (institución equivalente a la patria potestad), tuvo siempre un carácter tuitivo. En ese derecho, el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayor edad; comprende el derecho de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes. La mujer participaba o podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre.

En la España medieval, encontramos que en el fuero juzgo se percibe claramente una influencia germánica respecto de la organización de la patria potestad. En este cuerpo de leyes la influencia del derecho romano, como es sabido, se vio obscurecida por el derecho germánico.

No obstante que las partidas acogieron para España el derecho romano y que en este cuerpo de leyes la patria potestad se denomina officium birile y se constituye como un poder absoluto y perpetuo en favor del padre, se percibe respecto del ejercicio de la patria potestad, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron sobre esta institución ya desde el imperio romano (particularmente a partir de Constantino) en el sentido de que la patria potestad, debía ser ejercida con piEDAD paternal.

Debe observarse que siguiendo la tradición del derecho romano, la patria potestad en el derecho español antiguo, sólo se concebía en la familia legítima. Durante ese período casi desaparece el concepto romano de patria potestad como derecho del pater y se transforma, a través del derecho consuetudinario, en su deber de protección hacia el hijo. Desde entonces, empezó a considerarse que la patria potestad tenía su fundamento no en el derecho positivo sino en el derecho natural.

Una huella perceptible de estas características de la patria potestad que tomaron su origen en el derecho consuetudinario, aparece en los fueros españoles.

El derecho foral aragonés, es ejemplo de cómo la patria potestad era considerada desde la Edad Media, no como autoridad, sino como una institución protectora de los menores hijos.

Continuando con esta tradición aragonés un proyecto reciente en materia de familia ha prescindido de denominar a la institución "patria potestad" y se habla en cambio del "deber de crianza y educación de los hijos" y de la atribución de la autoridad familiar adecuada para cumplirla.

La patria potestad en el derecho francés ha acentuado el principio de la autoridad paterna en la familia legítima. El C6

digo Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio de la patria potestad. Este poder se extingue a la mayoría de edad del hijo. - A partir de la Ley de 22 de septiembre de 1942, la patria potestad concebida en el Código Civil como un poder-autoridad del padre, se transforma en una potestad que debe ser ejercida en interés común del patrimonio y de los hijos. Adquiere así la patria potestad el carácter de una función temporal, ejercida en interés del grupo familiar legítimo. También la ley de 22 de mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar del ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre - que por su conducta, o su salud puedan comprometer la formación adecuada de los hijos.

A partir de esta Ley de 1946, se acentúa la dirección del derecho francés, hacia una mayor intervención de los tribunales en el ejercicio de la patria potestad y en el control de la misma.

El Código Civil vigente de 1928, para el Distrito Federal, establece que el ejercicio de la patria potestad compete conjuntamente al padre y a la madre, a falta de ambos, la patria potestad será ejercida por el abuelo y la abuela paternos o por el abuelo y abuela maternos, según lo determine el juez. Nuestro Código, organiza la patria potestad como un grupo de dere-

cho privado y de interés público.

Aún cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores; sino que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y por la madre, siempre mirando por la educación y formación del hijo. Nuestro Código no establece en qué manera deberá ejercerse esa función, a la vez por el padre y por la madre pero puesto que se trata de un conjunto de deberes y obligaciones que deben ser cumplidos indistintamente por aquél y por éste, debe interpretarse que en todo deberán ambos actuar de acuerdo, no sólo en lo que se refiere a la administración de los bienes de los hijos, sino que también en lo que atañe a los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo.

En el caso de disentimiento entre el padre y la madre, el Juez de lo Familiar podrá resolver lo que convenga, siempre mirando por la protección del interés del hijo.

Esta opinión que adopta el Código Civil respecto del ejercicio conjunto de la patria potestad, es el corolario natural del principio de igualdad del marido y la mujer, dentro del se-

no de la familia nuestro sistema legislativo, establece la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio; y por lo que se refiere a la patria potestad el derecho civil mexicano, adopta un sistema en que se coordina el interés de la familia, la unidad del matrimonio y los principios de orden público que atañen a la educación y formación de la prole.

La patria potestad no es renunciabile, puede perderse, de acuerdo con la fracción III del artículo 444 por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o por abandono de sus deberes en forma tal que se compromete la seguridad, la salud o la moralidad de los hijos aún cuando no cayeron estos hechos bajo la sanción de la ley penal. Asimismo, el artículo 447 fracción III del Código Civil establece que los jueces pueden imponer la sanción del ejercicio de la patria potestad. De estos preceptos se desprende que en nuestro derecho, la patria potestad es una función que se ejerce por los padres en interés público, para hacer posible el cumplimiento de las finalidades superiores de la familia en favor de los hijos.

Después de hablar acerca de la evolución de la patria potestad, podemos dar un concepto de la misma.

La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho con las finalidades de

asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de matrimonio o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).

Para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez, por el padre o por la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.

La atribución de estos derechos y facultades conferidos al padre y a la madre, les permiten cumplir los deberes que tienen hacia sus hijos.

Colin y Capitant definen a la patria potestad diciendo que es:

"El conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento

to de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados."

(37)

Por su parte, Planiol define a la patria potestad como:

"El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales." (38)

La patria potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar. En las antiguas legislaciones, surgía legalmente sólo dentro de la familia legítima, no se establecía respecto de los hijos naturales. En nuestro Código Civil, la patria potestad es una institución que nace de la relación pater-filial. En esta manera la ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la procreación o de la adopción - que impone a cargo de los padres la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

El cuidado y protección de los menores, que corresponde de sempenar en manera original y por decirlo así, natural al padre

- 37.- COLIN, Henry y CAPITANT, Ambroise. Curso Elemental de Derecho Civil, - versión al castellano de Desmófilo de Buen, de la segunda edición - francesa, Editorial Reus, Madrid, 1952, Tomo II, p. 20.
- 38.- PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, traducción de la 12a. edición francesa por el Lic. José Ma. Cajica Jr. Puebla, México, Tomo II, p. 251, número 1636.

y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad puedan cumplir esa función ético-social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido, el concepto de patria potestad es la autorifaf atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad.

Etimológicamente, el sustantivo patria potestad se encuentra compuesto por dos vocablos provenientes del latín, patria de pater potestad de potestas. En sus orígenes este sustantivo ponía de manifiesto el contenido de la institución; pero debido a su evolución ya no es un poder y su ejercicio le corresponde directamente al padre.

Considerando que cambiar la denominación, posiblemente de esta institución, traería confusiones de mayor trascendencia.

Por lo que respecta a un concepto jurídico, existen varias definiciones que tratan de englobar el contenido de esta institución, señalando que en algunas de ellas o en la mayoría, to-

das manifiestan de antemano el deber de cuidar y educar a los hijos.

El jurista italiano Alberto Trabucchi, la define como: "la patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos menores no emancipados." (39)

El jurista español Castán Vázquez, la define como:

"...El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medios de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar la prole." (40)

Legalmente, ninguna codificación mexicana que ha regulado la patria potestad la ha definido, pero personalmente la definiría como:

La institución que tiene por objeto regular los deberes, - derechos y obligaciones surgidos de las relaciones entre los padres o abuelos, y los hijos o nietos menores de edad no emancipados con el fin de protegerlos y educarlos.

- 39.- TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, - - 1967, p. 96.
- 40.- CASTAN VAZQUEZ, José María. La Patria Potestad, Editorial Revista de - Derecho Privado. Madrid, 1960, p. 196.

Habiendo esclarecido en forma muy simple, pero con el fin de recordar lo que es la patria potestad como institución jurídica, cabe señalar que toda vez que el divorcio produce el efecto de disolver el vínculo matrimonial, por el cual los padres vivirán separados, concediéndole a alguno de ellos la custodia o guarda de los hijos menores de edad, por convenio o por sentencia y a ambos la patria potestad por ley, siempre y cuando algunos de los padres no hubiese sido condenado a perderla.

CAPITULO SEXTO

LA IMPORTANCIA DE REGULAR EL DERECHO DE CONVIVENCIA O DE TRATO EN NUESTRO CODIGO CIVIL

Como lo hemos señalado en páginas anteriores, el derecho de convivencia o de trato, motivo del presente trabajo, no se encuentra regulado en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, sin embargo, considerando que es muy importante recalcar que este derecho de convivencia o de trato, está cobrando mucha importancia en la actualidad, debido al número tan elevado de casos de divorcio que se están ventilando en nuestros Tribunales de lo Familiar en estos últimos años.

Por tal motivo, y dado aún más todavía la extrema facilidad que se ha conseguido con las últimas reformas en materia de divorcio en nuestro Código Civil (adiciones de causales al artículo 267, para facilitar la manera de disolver el vínculo matrimonial), ya que sólo basta la simple separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente de la causa o motivo que haya originado dicha separación, misma que puede ser solicitada por cualesquiera de los cónyuges y que ha ocasionado tantas rup-

turas conyugales dado que al invocarse esta causal, se ha llegado al extremo de que no es necesario probar si hubo causa justificada o no para la separación, importando exclusivamente el hecho físico de la separación.

Ya que con la separación de los cónyuges se rompe la convivencia matrimonial, que es uno de los fines de la unión civil entre un hombre y una mujer, y no se concibe de esta forma la existencia de la relación jurídica conyugal, motivo por el cual no se justifica la existencia del matrimonio.

Se señala como característica particular de este tipo de causal que da origen a la ruptura del vínculo matrimonial, la no existencia de un cónyuge culpable y otro inocente con las consecuencias y efectos legales que ello implica.

De tal forma, y en virtud del número incalculable de divorcios que se tramitan en nuestros días, es muy conveniente regular el Derecho de Convivencia o de Trato, institución, que dada la falta de preceptos legales que la normen, ocasiona y está ocasionando muchos daños a los más afectados en la ruptura del vínculo matrimonial: LOS HIJOS.

6.1 El Derecho de Convivencia o de Trato Derivado del Divorcio

En nuestra legislación positiva vigente el derecho de convivencia o de trato no está contemplado en nuestro Código Civil sin embargo, surge de la necesidad cuando ambos padres conservan la patria potestad, y éstos deban de ejercerla en forma conjunta, por lo que al progenitor que se le confiera la custodia de los menores hijos, necesariamente ejercerá la patria potestad, aún cuando ambos la conserven. Ya que por conveniencia de los hijos, uno, el más apto, los va a atender, no queriendo decir con esto, que el otro cónyuge no conserve o deje de tener derechos y obligaciones para con sus hijos, así como el contacto con ellos.

Es por ello que para asegurar al progenitor que se le priva de la guarda, condiciones adecuadas para vigilar la educación, formación y asistencia moral, así como el trato y contacto con ellos que surge del derecho de convivencia, que nuestro Código Civil no regula.

Sin embargo, se podría deducir la existencia de este derecho de convivencia, interpretando el artículo 412 del Código Civil vigente para el Distrito Federal aunque como ya se hizo mención, no se contempla en forma expresa.

Los cónyuges deben dialogar, ya que partiendo de que uno -

de ellos tendrá la guarda de los hijos y será quien conviva mayor tiempo con ellos y sus relaciones interpersonales sean más profundas, será el que más apto sea para el ejercicio de la custodia, sin dejar al otro cónyuge sin derecho a participar en la formación de sus hijos y a tener trato con ellos.

Por lo anterior, y dado como ya lo señalamos, no se encuentra regulado en el Código Sustantivo el derecho de convivencia, es muy necesario regular esta figura ya que en nuestros tiempos día a día y con mayor frecuencia, se presentan en los Tribunales de Justicia de la República Mexicana, más y más casos de divorcio, dando como resultado casi automático, un rompimiento entre las relaciones padre-hijo, siendo este último el más afectado y no culpable.

En el divorcio voluntario judicial, al presentarse el convenio requerido para la procedencia de este divorcio, nos encontramos dentro de su regulación, la obligación de señalar a - - quién de los padres le corresponderá la guarda y la custodia de los hijos, sin embargo, además de lo requerido por convenio dando cumplimiento a la Ley, en la práctica encontramos en cierta forma regulado, el derecho que tiene el padre de poder visitar a sus hijos, llevárselos a pasear de vacaciones e intervenir, - en cierto modo, en su formación moral y civil. De esta forma y

quedando plasmado por convenio en los puntos anteriormente señalados, quedan garantizados los derechos y consecuentemente, las obligaciones que sólo se ejercen teniendo o conservando la patria potestad, ya que según la opinión de varios autores, el de recho de convivencia no es ajeno a la patria potestad, señalando también dichos juristas, que perdiendo la patria potestad, - se pierde el derecho de convivencia, afirmación con la que tampoco muy de acuerdo se acepta, como se señalará más adelante.

Sin embargo, no siempre la disolución de un vínculo matrimonial surge del divorcio voluntario, ya que las condiciones - cambian y por lo tanto surgen dificultades que no pueden terminar por convenio, es cuando se da origen al divorcio necesario o contencioso, en estos casos, al existir una divergencia de - opiniones entre los consortes y al no ponerse éstos de acuerdo en sus pretensiones, comienzan las dificultades respecto al derecho de convivencia o de trato hacia los hijos, y por ejercer ambos la patria potestad y no gozar igualmente o por lo menos, bajo algún parámetro de igualdad o equidad a sus hijos, por lo que nace la necesidad de regular el derecho de convivencia.

Ahora, si alguno de ellos por sentencia definitiva se le - concede la custodia y no la puede ejercer o los hijos desean es ta con el otro progenitor, es posible si es que no llegan a un

acuerdo, que surjan mayores problemas, en los que los únicos -
afectados serán los hijos en custodia.

Si surge la disolución del vínculo matrimonial en forma ne-
cesaria, lo más seguro es que no habrá acuerdo de voluntades, y
el Juez de lo Familiar tomará a su cargo la determinación de la
custodia en favor de algún padre, y relacionará la patria potes-
tad directamente con el derecho de convivencia, ya sea como me-
dida provisional o bien, al dictarse la sentencia definitiva se
resolverá en los términos del artículo 283 del Código Civil vi-
gente para el Distrito Federal, que se refiere a la pérdida, -
suspensión o limitación de la patria potestad, o la conserva- -
ción de todos los deberes, derechos y obligaciones de los proge-
nitores, pero siempre ligado a la patria potestad.

Señalando que se relaciona la patria potestad con el dere-
cho de convivencia, siendo que no depende una de la otra, ya -
que la patria potestad la pueden perder cualquiera de los proge-
nitores, suspenderse o limitarse, mientras que el derecho de -
convivencia de los padres con sus hijos es irrenunciable, no se
suspende ni se limita y mucho menos se pierde, razón bastante -
para no relacionar o querer parecer sinónimo de la patria potes-
tad sobre la custodia, que es lo que se viene manejando con el
nombre de derecho de convivencia o de trato.

Dado lo anterior podemos afirmar que, el derecho de convivencia no se encuentra regulado en nuestra legislación positiva vigente (aunque por interpretación podríamos tal vez inferirlo), y que en la práctica lo encontramos por una necesidad real (sin embargo y recalcando lo antes dicho, el derecho de convivencia como algunos autores del derecho familiar, afirman en que el derecho antes indicado trae implícito el cumplimiento de los deberes y obligaciones de quien ejerce la patria potestad.

Ya que si bien se puede decir que hay cierta relación entre el derecho de convivencia y la patria potestad, o por lo menos se piensa que caminan a la par, considerando que esta relación no es total, además de que, según las investigaciones realizadas una no depende de la otra.

6.2 Cómo Regular el Derecho de Convivencia o de Trato

De conformidad con el artículo 273 fracción I, y 282 fracción VI del Código Civil vigente para el Distrito Federal, pueden presentarse las siguientes situaciones:

1.- Los cónyuges se han puesto de acuerdo sobre la persona o personas a cuyo cuidado han de quedar los hijos menores, - durante el procedimiento del juicio de divorcio así como des- -

pués de ejecutoriado el mismo (señalando que el divorcio que se ventila en el primer supuesto, el que se lleva a cabo por mutuo consentimiento), conviniendo sobre el derecho de convivencia o de trato que podrá ejercer el cónyuge que no tenga la guarda de los hijos menores. (Práctica que se lleva a diario ante los - Tribunales Familiares).

2.- O por el contrario, los cónyuges no se han puesto de acuerdo sobre el punto descrito anteriormente, es decir, con - quién van a quedarse los hijos, antes y después de ejecutoriado el divorcio (señalando que en este caso se está ante la presencia del divorcio necesario-contencioso).

Por lo que respecta al primer supuesto, se estará a lo con - venido por los cónyuges, el padre o la madre, por lo que se regula la forma de convivencia o trato con los hijos.

En el segundo supuesto, cuando no hay acuerdo entre los - consortes, el cónyuge que pide el divorcio, propondrá la persona en cuyo poder deban quedar los hijos menores, provisionalmen - te; teniendo el Juez de lo Familiar, previo procedimiento que - fija el Código Civil en vigor para el Distrito Federal, facultad de resolver lo conveniente.

A qué procedimiento se refiere el Código Civil en vigor pa - ra el Distrito Federal:

En la práctica, sucede que el Juez de lo Familiar, sin - -
 substanciar dicho procedimiento, ni oír al demandado (con excep-
 ciones), designa a la persona que tendrá, durante el procedi- -
 miento del juicio, la guarda y custodia de los hijos, procedién
 dose en este sentido en forma arbitraria, ya que además de vio-
 lar el artículo 282 fracción VI del Código Sustantivo, atenta -
 contra el artículo 14 Constitucional (garantía individual de au-
 diencia), ya que otorga al cónyuge que demanda el divorcio, la
 posesión jurídica de los hijos, sin haber escuchado previamente
 a la otra parte.

Por lo anterior observamos:

1.- Que no está regulado en el Código de Procedimientos -
 Civiles para el Distrito Federal, no se hace mención en particu-
 lar en dicho ordenamiento, el procedimiento al que se refiere -
 el artículo 282 fracción VI del Código Civil.

2.- El Juez de lo Familiar en la práctica viola el artícu-
 lo 14 Constitucional (...Nadie podrá ser privado de la vida, de
 la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino -
 mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente estable-
 cidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del pro-
 cedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al
 hecho...), así como el artículo 282 fracción VI del ordenamien-

to sustantivo vigente (...Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo, resolverá lo conducente...)

3.- Por tal motivo y debido a la falta de regulación del procedimiento a que hace mención el Código Civil y dado que, con cierta frecuencia nace la inconformidad del cónyuge que fue despojado materialmente de la guarda y custodia de sus menores hijos, se ha dado lugar a grandes injusticias y a todas costas deben evitarse, ya que debido a que son despojados de los derechos mencionados con anterioridad, los hijos son tratados como si fueran objetos que deben ser depositados en lugar o en otro sin que tomen en cuenta los divorciados (padres de los menores hijos) que los más afectados en esta situación son los hijos, y que debido a sus contingencias personales ellos son los que deben pagar por sus culpas.

Estudiado lo anterior, propondría modificar o reformar el artículo 282 fracción VI del Código Civil, a efecto de que cuando el Juez de lo Familiar admita la demanda de divorcio (y los cónyuges no se hayan puesto de acuerdo a quién le corresponderá la

guarda y custodia de los hijos), y éste dicte las medidas provisionales, se le imponga oír en vía incidental al cónyuge demandado, antes de resolver en poder de quién va a quedar los hijos menores, evitándose de esta forma muchos abusos, ya que en ocasiones el procedimiento de divorcio se prolonga por varios meses e inclusive por años. Al reformar esta fracción del Código Civil del artículo 282, no sería necesaria la modificación o creación del procedimiento al que se refiere el multicitado ordenamiento sustantivo, ya que al hablar de la reforma en la Vía Incidental, se aplicaría la regla general contenida en el artículo 88 del ordenamiento adjetivo vigente, que se refiere a los incidentes.

Artículo 88:

"Los incidentes se tramitarán, cualquiera que sea su naturaleza, con un escrito de cada parte, y tres días para resolver. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre los que verse, y citará para audiencia indiferible dentro de ocho días en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones y se cite para sentencia interlocutoria que deberá pronunciarse dentro de los ocho días siguientes." (41)

41.- Artículo 88, op. cit.

La referida reforma a la que se hace alusión sobre la frac-
ción VI del artículo 282, quedaría de la siguiente manera:

Artículo 282:

Al admitirse la demanda de divorcio o antes, si hubiera ur-
gencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el -
juicio, las disposiciones siguientes:

- I.- (Derogada);
- II.- Proceder a la separación de los cónyuges de con--
formidad con el Código de Procedimientos Civiles;
- III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el
deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hi-
jos;
- IV.- Las que se estimen convenientes para que los cón--
yuges no se puedan causar perjuicios en sus res--
pectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal
en su caso;
- V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que
la ley establece respecto a la mujer que quede en
cinta;
- VI.- Los hijos quedarán al cuidado de la persona que de
común acuerdo hubieran designado los cónyuges (pu-
diendo ser uno de ellos), en caso de desacuerdo, -

el cónyuge que pide el divorcio, propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos, teniendo en este caso la obligación, - el Juez de lo Familiar, de dar vista al demandado para que por vía incidental éste manifieste lo - que a su derecho convenga, mandándole notificar - personalmente, y en caso de rebeldía, el juez resolverá lo conducente.

Así como también la parte final de dicho artículo.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, a menos que el padre con elementos convincentes en su caso, probare la exis--tencia de un peligro mayor.

Considerando que con esta reforma propuesta por - un lado, se le impone una obligación al Juez de - lo Familiar, de respetar la garantía de audiencia en favor del demandado, evitando con esto el vicio que, en la práctica existe de designar inmediatamente a la persona a quien deberá otorgársele la guarda y custodia. Y por otro lado, se le - indica el procedimiento para oír al demandado, de

sapareciendo de esta forma, la violación consagrada en el artículo 14 Constitucional.

También es conveniente regular, dentro de las medidas provisionales, que se encuentran previstas en el artículo 282, el derecho de convivencia o de trato, motivo de la presente investigación, ya que a quien se le otorga la custodia, ejercerá la patria potestad directamente, teniendo una mayor comunicación con los hijos en relación al progenitor, al que no se le otorgó o concedió la custodia. Por tales circunstancias propondría que se agregue como medida provisional una fracción más al artículo 282.

La fracción propuesta sería la número siete:

VII.- El cónyuge que no le corresponda ejercer la guarda y custodia de los menores hijos durante el procedimiento, siempre tendrá el derecho de ver a sus hijos, convivir con ellos, guiarlos, tratarlos y vigilarlos; teniendo obligación el cónyuge al cuidado de ellos, de facilitar entrevistas y cooperar al mejor desarrollo de los menores, al convivir con su progenitor.

El agregar esta fracción al artículo 282 del Código Civil, tendría su correlativo procedimental en caso de violación en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito Federal que a la letra dice:

Artículo 942:

"No se requiere formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial."⁽⁴²⁾

Así, una vez regulada la guarda y custodia de los menores, se procederá a resolver sobre el divorcio. Dentro del campo de la resolución definitiva que extingue el vínculo matrimonial, o sea, la sentencia de divorcio; en nuestra legislación positiva -

42.- Artículo 942, op. cit.

son urgentes ciertas reformas a nuestro Código Civil, en el caso que nos ocupa, respecto al derecho que tienen los padres de ver a sus hijos, para lo cual se considera hacer el siguiente comentario previamente:

En base al estudio hecho con anterioridad, ha sido un acierto el hecho de reformar nuestro Código Civil, en lo relativo a la regulación de la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, quitando la dependencia de esta pérdida, suspensión o limitación a las causales probadas en juicio, dejando ahora al Juez de lo Familiar, la facultad discrecional para resolver, según el caso en concreto, todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, pérdida, suspensión o limitación de la misma y, en especial, a la custodia y cuidado de los hijos; decidiendo para ello con los elementos de juicio necesario.

Por otro lado, es importante mencionar que hay que tratar de regular con mayor humanidad y justicia el problema de la patria potestad, que si bien es cierto ha sido regulado por las reformas del Código Civil, también es cierto que no pocos dramas y sufrimientos y en algunos casos, y hasta muertes se han producido, debido a la errónea interpretación, según de la patria potestad, que la sentencia de divorcio decreta en contra -

del cónyuge culpable, condenándolo (con los elementos del juicio y facultades del Juez de lo Familiar) de tal forma que pierda todo derecho respecto a sus hijos, hasta el más sagrado y elemental (al derecho de verlos, convivir con ellos o simplemente de tratarlos); siendo tal condena grave y trascendental para la vida del cónyuge culpable y de los hijos.

Por lo anterior, se considera que debe desaparecer o en su defecto, darle otro enfoque a esta interpretación respecto a la condena de la pérdida de la patria potestad, ya que viola rotunda y contrariamente a la ley natural, misma que no la establece, expresa ni tácitamente algún precepto legal por lo que se encuadra en el principio de no hay pena sin ley. Compartiendo la opinión del maestro Eduardo Pallares, acerca de la condena de la pérdida de la patria potestad:

"Es una pena trascendental, de las que prohíben el artículo 22 de la Constitución - Mexicana, ya que hiere no sólo al cónyuge culpable, sino también a seres inocentes, de manera que en muchos casos los hijos son arrancados de los brazos de su madre en una edad temprana, cuando más necesitan de ella." (43)

43.- PALLARES, Eduardo. Reforma al Código Civil en Materia de Divorcio. Revista Foro de México. Editorial Centro de Investigaciones Jurídicas y Trabajos Sociales, México, 1960, p. 9.

Teniendo presentes estos breves comentarios, manifiesto - que sería un logro el hecho de poder regular en forma escueta, pero clara, el derecho de convivencia o de trato que tienen los padres sobre sus hijos menores, en el caso que a uno de ellos - no se le otorgue la custodia o guarda, derecho que según se desprende desde nuestro punto de vista, no forma parte de la patria potestad, y como lo hemos manifestado anteriormente, al no coincidir con las opiniones de algunos juristas y autores de de recho de familia, como el jurista Manuel Chávez Ascencio, el he cho de perder o ser condenado a perder la patria potestad, no - implica consecuentemente perder el derecho de convivencia o de trato, ni el cumplimiento del mismo, trae implícito el cumplimiento de los derechos y obligaciones de quien ejerce la patria potestad, ya que según el criterio sostenido con anterioridad, - el derecho de ver a los hijos no forma parte de la patria potesta da, ni nace o se deriva de ella.

Afirmando lo anterior, ya que la patria potestad como institución y como su nombre lo indica, es un poder jurídico que - los padres tienen sobre sus hijos, por lo cual aquéllos pueden mandarlos, educarlos, exigirles que vivan con ellos, llamarles la atención e incluso, obligarlos y guardarles respeto o consideración para con ellos. Ya que para tal efecto, hay fundamento legal en nuestro ordenamiento legal, en nuestro ordenamiento -

sustantivo para poder hacerlo valer en caso de contrariedad. - Sin embargo, se perdería el tiempo buscando en el Código Civil un solo precepto del que podamos deducir o inferir (a excepción del artículo 411 del Código Civil interpretándolo), que el derecho de poder convivir y tratar a los hijos, es consecuencia o se deriva de la patria potestad o supone ésta su ejercicio. Además de que es muy importante considerar que el derecho de ver a los hijos es un derecho recíproco, el cual no tiene su fundamento en la ley, ni depende de la voluntad de un legislador siendo ésta una afirmación tan válida que, hasta hoy en día, no ha - - existido legislador alguno que lo declare, e inclusive, suponiendo sin conceder, que se diera el caso de regular esta situación, se podría rebatir con un simple argumento natural:

El fenómeno de que cuando los hijos llegan a cierta edad - (que no es la mayoría de edad), es imposible que vean, convivan o traten al padre, por razón de que en una sentencia fue condenado a la pérdida de la patria potestad.

Por otro lado, se cree importante señalar que en la práctica, en algunos casos, se decreta la disolución del vínculo matrimonial, y la sentencia de divorcio no condena a la pérdida - de la patria potestad, pero el progenitor que se le confirió la guarda y custodia de los hijos menores en forma definitiva, se

siente con mayores derechos que el otro y, por lo tanto, no permite que este último vea a sus hijos, conviva con ellos, lo - - ayude a educarlos, los guíe o vigile. Es por estas razones por las cuales es necesario regular el derecho de convivencia o de trato en nuestro Código Civil.

Se considera que la reforma a seguir, como se señala con - anterioridad, debe ser clara y concisa, a fin de que no se preste a interpretaciones erróneas y no se llegue al extremo de privar al ascendiente, condenándolo a la pérdida de la patria po-- testad y de los demás sagrados derechos que tiene un padre para un hijo.

Al regular el derecho de visita, se considera que también es importante imponer alguna sanción o aplicación de ciertas medidias de apremio o correcciones disciplinarias que menciona el Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito Fede-- ral en sus artículos 62 y 73, en contra del progenitor que no - permita las visitas, la convivencia o el trato a los hijos menores, a fin de que se respete este derecho natural de que goza - todo progenitor.

6.3 Propuestas y Soluciones al Respeto

Por lo que respecta a las propuestas y posibles soluciones que pudiera darse a este derecho de convivencia, o de trato, - propongo lo siguiente:

Aumentar a nuestro Código Civil para el Distrito Federal, - en materia común y en toda la República en materia federal, dentro del Capítulo X denominado "del divorcio", un artículo que - incluiría entre los actuales artículos 283 y 284.

El artículo propuesto tendría el número 284, y el enunciado de éste sería el siguiente:

ARTICULO 284:

EN EL CASO DE DIVORCIO, NI EL PADRE NI LA MADRE PERDERAN EL DERECHO DE VER A SUS HIJOS, DE HABLAR CON ELLOS, DE TRATARLOS, CONVIVIR U ORIENTARLOS, INDEPENDIENTE--
MENTE DE QUE CONSERVEN O NO LA PATRIA POTESTAD. ASI--
MISMO, AL PADRE QUE SE LE CONFIERA LA GUARDA DE SUS -
MENORES HIJOS, ESTA OBLIGADO A PERMITIR EL TRATO O -
CONVIVENCIA DEL OTRO PROGENITOR CON LOS MENORES, EN -
CASO CONTRARIO, SE LE IMPONDRAN CORRECCIONES DISCIPLINARIAS A CRITERIO DEL JUEZ DE LO FAMILIAR POR LA VIOLACION A ESTA OBLIGACION.

Analizando esta propuesta del artículo 284 tenemos lo siguiente:

- 1.- A ninguno de los padres se les puede privar del derecho de convivir, ver y tratar a sus hijos. Derecho natural que nace por una relación de filiación; entendida ésta como la relación entre dos personas, una de las cuales es la madre o padre de otra, constituyéndose así un estado de por vida.

- 2.- Al no privarlos de ver a sus hijos, podrán orientarlos, guiarlos, auxiliarlos y vigilarlos. Ya que si bien es cierto, no tiene la custodia de los menores, no por esto significa que no los pueden ver o bien, en caso de que pierda la patria potestad uno de los progenitores, esta pérdida pudo haber tenido origen, o haber nacido por la relación directa de los cónyuges y por ende, haber tenido un comportamiento anormal entre ellos; pero la relación con los hijos y el llamamiento de la sangre implica otra posición, surgiendo la relación de derecho natural padre e hijo. Tan es así, que cuando el hijo crece sin llegar a la menor edad, él manifiesta su deseo de convivir o tratar con su progenitor y muchas veces busca la manera

de encontrarse con él o con ella. No implicando con esto en todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, sino por el contrario, la suma de deberes y responsabilidades es mayor.

- 3.- Con esta propuesta se obliga al padre al que se le confirió la guarda y custodia definitiva, a permitir las visitas o convivencias del otro progenitor con los menores, evitando con esto una situación a veces complicada y triste para los menores que son los más afectados en el divorcio de sus padres. Y dado que este derecho es recíproco y no tiene su frente en la ley, ni depende de la voluntad de un legislador, permitirlo es dar libertad entre ambas partes a fin de que ejerciten o no su derecho, confirmando con esto que el derecho de ver a los hijos o viceversa, no deriva de la patria potestad o supone éste su ejercicio.
- 4.- También se regula que en caso de incumplimiento al no permitir las visitas o de la falta de convivencia o del trato a los hijos, existe capítulo expreso en el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito Federal, denominado "de las controversias del orden familiar", a fin de hacer

se respetar este derecho. Independientemente de que el Juez de lo Familiar, mediante petición de parte pueda aplicar correcciones disciplinarias en contra del padre que no permita que el otro progenitor vea a sus menores hijos, así como conviva con ellos.

Considerando que con esta reforma al Código Civil y las anteriores propuestas que han quedado transcritas, nuestro ordenamiento sustantivo puede quedar regulado en forma más clara y concisa el derecho que tiene todo padre de ver o tratar a sus hijos. Ya que en la actualidad y al no estar debidamente interpretada la figura jurídica de patria potestad y no estar contemplado el derecho de convivencia o de trato, se están cometiendo innumerables injusticias y privando a los padres de un derecho que nace por el simple y natural acontecimiento de tener un hijo. Ya que los padres no se divorcian de los hijos.

De esta forma se evitan traumas y problemas graves en su desarrollo, a los menores, ya que son los más afectados y los no culpables del divorcio de sus padres.

CONCLUSIONES

- PRIMERA.- El divorcio es un mal necesario pero en ocasiones, -
es la solución de males mayores, que pueden surgir -
en perjuicio de los hijos, ya que son los más afecta
dos y no culpables de la ruptura del vínculo matrimon
ial de sus padres.
- SEGUNDA.- El divorcio parece contradecir al aspecto básico, es
to quiere decir, en cuanto a mantener la cohesión de
mística para lograr una solidaridad estrecha en las
relaciones familiares, porque en lugar de ser una -
institución de solidaridad, es un medio de desunión en
lugar de mantener la cohesión de la familia, da lu--
gar a romper el vínculo matrimonial y, por consiguiente
te, a destruir un hogar y a imposibilitar el ejercicio
normal de la patria potestad por ambos cónyuges.
- TERCERA.- No es posible olvidar que el divorcio se presenta, -
bien como sanción o remedio ante los casos en que ya
se ha roto toda solidaridad familiar y, en algunas -
ocasiones, el divorcio no es la causa que motiva el
rompimiento de las relaciones conyugales, sino al -

contrario, es el efecto; mas sin embargo, cabe aclarar que aunque en ocasiones el divorcio como problema o solución, por lo regular afecta a los hijos que son los que van a separarse de cualquiera de sus padres, por causas que en ocasiones desconocen o bien, conociéndolas, no están de acuerdo con tal separación; hecho que a los cónyuges en su afán de divorciarse no les permite percatarse que a las únicas personas que afectan son a los hijos habidos en matrimonio.

CUARTA.- Por lo que respecta a los Códigos vigentes en los Estados de la República Mexicana, en lo conducente a la patria potestad, guarda y custodia, propondría que se agregara a los mismos, un apartado concerniente al derecho de convivencia que deben tener los hijos con sus padres, en los casos de divorcio, independientemente de cuál sea la causa que dio origen al mismo, salvo que a criterio del juzgador representara un serio peligro para el normal desarrollo de los menores, dicho trato y convivencia, limitando para ello las causas para que opere la pérdida de la patria potestad.

- QUINTA.- El derecho de convivencia o de trato corresponde al progenitor que no tiene físicamente la guarda y custodia de los hijos menores de edad y que sin embargo, tiene derecho a visitarlos y convivir con ellos.
- SEXTA.- El derecho de convivencia o de trato, para algunos juristas, va íntimamente ligado a la patria potestad, inclusive afirman que no puede darse el primero sin tener por objeto regular los derechos y obligaciones surgidos de las relaciones entre padres e hijos o abuelos y nietos menores de edad no emancipados, con el fin de protegerlos y educarlos.
- SEPTIMA.- El derecho de convivencia o de trato no está contemplado dentro de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, por lo que es necesario reformar el mismo para poder regularlo, situación que en la actualidad es urgente, ya que debido al número tan elevado de casos de divorcio que existen, cada vez surgen más injusticias y problemas en donde los más afectados son los hijos.
- OCTAVA.- El derecho de convivencia de acuerdo a mi opinión se da independientemente del ejercicio de la patria potestad, por lo que no forma parte de ésta. Ya que la

patria potestad sólo es un poder jurídico que tienen los padres sobre los hijos y el derecho de convivencia o de trato es recíproco y nace de la relación padre-hijo; emana ésta de la filiación entendida como la relación entre dos personas una de las cuales es el padre o madre de la otra, constituyéndose así un estado de por vida.

NOVENA.- A ninguno de los padres se le puede privar del derecho de ver a sus hijos, ya que es un derecho natural que surge por una relación de filiación. Derecho que no depende su existencia o ejercicio, de la patria potestad.

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

- 1.- CASTAN TOBENAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral, Derecho de Familia, Madrid, Ed. Reus, S.A., 1976.
- 2.- CASTAN VAZQUEZ, José María. La Patria Potestad, Madrid, - Ed. Revista de Derecho Privado, 1960.
- 3.- CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Méxi- co, Ed. Porrúa, S.A., 1985.
- 4.- DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Méxi- co, Ed. Porrúa, S.A., 1981.
- 5.- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, S.A., 1965.
- 6.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, México, Ed. Po- - rrúa, S.A., 1980.
- 7.- GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Dere- - cho, México, Ed. Porrúa, S.A., 1980.
- 8.- GIL DE LESTER, Clementina. El Divorcio, Situación Actual, México, *Obra Jurídica Mexicana*, - - P.G.R. Vo. 2, México, 1985, 1013- - 1053.

- 9.- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, México, Ed. Porrúa, S.A., 1984.
- 10.- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1986.
- 11.- PALLEREA, Eduardo. El Divorcio en México, México, Ed. Porrúa, S.A., 1968.
- 12.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas, México, Ed. Mayo, S. de R.L., México, - 1981.
- 13.- PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, T. I. México, Ed. Cajica, S.A., 1980.
- 14.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, T. II, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, S.A., - 1980.
- 15.- SANCHEZ MEDAL, Ramón. El Divorcio Opcional, México, Ed. - Porrúa, S.A., 1974.
- 16.- SANCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, México, Ed. Porrúa, S.A., 1979.
- 17.- VILORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, México, Ed. Porrúa, S.A., 1984.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL en materia común, y para toda la República en materia federal, 1928, Quincuagésima séptima edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1991.
- 2.- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, 1932, trigésima segunda edición, puesta al día, Ed. Castillo Ruiz Editores, S.A. de C.V., México, 1991.
- 3.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, el 5 de febrero de 1917, décimo séptima edición, puesta al día, Ed. Andrade, México, 1991.