

318509

14
20

QUI ET DOCE



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U. N. A. M.

1987-1992

**"EL DIVORCIO Y LA PATRIA POTESTAD
EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CECILIA GARCIA-PADILLA HIGUERA

Asesor de Tesis: Lic. Javier Arnaud Viñas

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

1993



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 T R O D U C C I O N

Se ha admitido el divorcio en casi todos los tiempos y todos los países y bien pudiéramos decir que las leyes que lo han reglamentado han diferido según el tiempo y el lugar y los efectos que han producido -- han sido más o menos funestos según haya sido más o menos atinada la reglamentación.

Siendo el divorcio la forma legal de disolver un matrimonio válido, y siendo uno de los juicios más importantes y relevantes en materia -- procesal por sus efectos y consecuencias dentro de cualquier procedimiento civil, requiere y merece un estudio por separado. De aquí se desprende nuestro interés en presentar un análisis crítico del divorcio en México, no sólo a nivel teórico sino además en un sentido práctico enfocado directamente a nuestra realidad social, porque los opositores al mismo aducen que éste es factor primordial de la disgregación familiar y de la descomposición social, por ser la familia la base de toda sociedad.

Este trabajo tiene la intención de plasmar algunos de los problemas que ocasiona el divorcio desde el punto de vista social, sin olvidarnos que en este tema influyen mucho los prejuicios que se tengan, los cuales muchas veces ocasionan que se llegue únicamente a la separación de cuerpos por rechazar completamente el divorcio.

En este trabajo partiremos hablando de los antecedentes históricos del divorcio, así como éste en diferentes legislaciones, y su evolución hasta llegar a nuestros días, sin dejar de considerar, que la Iglesia Católica ha estudiado y reglamentado el divorcio en forma cuidadosa y detallada, por lo que consideramos que este trabajo no sería completo si al referirnos a esta materia no dedicáramos unas páginas en hablar acerca del divorcio en la legislación eclesiástica, ya que, como es sabido, la legislación civil moderna ha tenido como base para reglamentar su derecho de familia a esta legislación. Mas tarde nos dedicaremos a la historia del divorcio en México, dando a conocer lo que actualmente se entiende por divorcio, así como las diferentes causales que señala nuestro Código Civil vigente; posteriormente se hará un análisis de los tres tipos de divorcio que acepta nuestra legislación, así como la forma en que se debe llevar a cabo cada uno de ellos y ante qué autoridad o funcionario debe realizarse. Se tratarán de señalar los problemas por los que comunmente pasan los hijos de padres divorciados, así como también en lo referente a la patria potestad de los mismos, donde se hablará del cuidado de la persona y de los bienes del hijo tanto antes como después del divorcio; como también todo lo concerniente a la custodia de los hijos y de la importancia de la tutela. Ya por último se hablará del divorcio desde el punto de vista de los opositores y el por qué van en contra de él, así como también la opinión de los que están a favor del mismo.

El fin último de este trabajo es el de tratar de concientizar a toda la gente que sea posible acerca de lo que realmente el divorcio implica, ésto para evitar que se lesione lo menos posible a la familia y consecuentemente a la sociedad.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN MEXICO Y EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- Generalidades.

Para comprender la naturaleza jurídica del divorcio hay que precisar en qué consiste el matrimonio mismo.

El matrimonio significa la unión de dos seres, es una forma para la constitución de la familia, se persigue la educación de los hijos, el bienestar general, la mutua comprensión conyugal, etc.

El matrimonio es una comunidad, se constituye por amor y bajo normas legales, una de las principales finalidades es la procreación y educación de los hijos.

Históricamente, todos los pueblos han establecido el matrimonio como la forma socialmente aceptada de establecer las relaciones sexuales conocen también la disolución del vínculo matrimonial por diversas causas, a saber: la muerte de uno de los cónyuges, el repudio, la nulidad y el divorcio. Este último no ha sido siempre aceptado como disolución del vínculo, sobre todo en las legislaciones con fuerte influencia del derecho canónico que sólo permite el llamado divorcio-separación con persistencia del vínculo matrimonial.

Nuestro Código Civil vigente establece que el matrimonio se disuelve por tres causas: la muerte de uno de los cónyuges, la nulidad y el divorcio.

Comenzaremos por decir que gramaticalmente hablando, la palabra divorcio significa separar, apartar; etimológicamente proviene de la --- raíz latina Divortium, la cual a su vez deriva de Divertere, irse cada uno por su lado.

La forma más común de definir al divorcio es como la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos. Nuestra ley en su artículo 266 define al divorcio como la forma de disolver el vínculo matrimonial y dejar en posibilidad a los cónyuges de contraer otro.

Se diferencia entonces el divorcio de las otras dos causas que existen para terminar con el matrimonio y que son la nulidad y la muerte de uno de los cónyuges, puesto que, el divorcio supone un matrimonio -válido y, es la terminación del matrimonio en vida de los esposos.

Nos parece redundante lo que establece el artículo en estudio en su parte final sobre que el divorcio sea la disolución del vínculo, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro, pero creemos que se explica tal defecto, en razón de los antecedentes históricos de ésta institución, ya que en el Código Civil de 1884 se le dió el nombre de divorcio a la simple separación de cuerpos, figura en la que los separados no tenían la posibilidad de contraer matrimonio en tanto viviese -su otro cónyuge, y al establecerse en nuestra legislación la figura --del divorcio absoluto, se subrayó dentro del texto de la ley, la capacidad de los divorciados para unirse en nuevo matrimonio con otra persona.

El divorcio ha sido definido de muy diversas formas, no obstante de eso la forma más común es la que establece nuestro Código Civil en su

artículo 266 como ya se dijo anteriormente; sin embargo, por ser ésta institución el objeto de nuestro estudio proporcionaremos dos definiciones mas en las que se podrá observar que aunque la forma sea distinta el fondo de la definición sigue siendo el mismo; así tenemos que:

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente, basada siempre en una causa determinada específicamente en la ley, y surgida con posterioridad a la celebración del matrimonio. (1)

El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. (2)

La diferencia entre nulidad de matrimonio y divorcio consiste en que éste último disuelve un matrimonio válido, o sea, el que se contrae cumpliendo con todos los requisitos legales de fondo y de forma, mismos que cuando faltan, dan lugar a la nulidad.

El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular, pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos; y así por ejemplo nos encontramos con Galindo Garfias (3) que nos dice que el divorcio es una institución jurídica que surgió al mismo tiempo en que el Derecho intervenía para organizar jurídicamente al matrimonio.

(1) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Diccionario Jurídico Mexicano, T. III, P. 311.

(2) *Ibidem*, P. 329.

(3) Galindo Garfias, Ignacio. Primer Curso De Derecho Civil, P. 576. Número 288.

Al divorcio se le ha llamado un mal menor o mal necesario; es un mal debido a que es el que manifiesta el rompimiento de la supuesta -- unidad familiar; y es un mal menor porque va a evitar que sigan unidas legalmente y de por vida aquellas personas que están totalmente desvinculadas de hecho.

El divorcio siempre ha existido, ya que como dijimos anteriormente en todos los órdenes jurídicos hay razgos de su presencia.

Desde los tiempos más remotos de la humanidad se ha hablado de alguna manera del divorcio; así tenemos que todas las previsiones de la -- Biblia acerca de la repudiación están contenidas en el Deuterónimo.

Desde tiempos muy remotos el pueblo hebreo practicó la repudiación, si bien no fundada en ninguna ley, se basaban en la costumbre oral, de tan fuerte ascendencia, la cual regía las vinculaciones entre los cónyuges y hacía factible deshacer el matrimonio donde no existían los -- signos de la armoniosa convivencia.

Por su parte en Roma se formalizaba de dos maneras:

- a) Bona Gratia, es decir, por mutua voluntad de los cónyuges, sin ningún otro requisito; y
- b) Por Repudiación, es decir, por simple decisión de uno de los cónyuges, aún sin causa alguna. Posteriormente la Ley Julia Adulteris exigió que el que intentase el divorcio debía facilitar una prueba que -- diera motivo a la repudiación y debía notificar al otro su voluntad en presencia de siete testigos; y más tarde se impusieron severas penas -- para el responsable de la repudiación del cónyuge inocente.

En un principio fue un derecho exclusivo del varón el poder repu---

diar a su mujer por distintas causas, como serían el adulterio, la esterilidad, la torpeza, etc.; y ocasionalmente se le concedía a la mujer el derecho de repudiar al varón cuando éste no cumplía con las obligaciones del matrimonio o cuando le daba un mal trato.

Como se puede observar en la historia antigua el repudio era la forma de romper con un matrimonio válido.

2.- El Divorcio en el Derecho Romano.

Se puede afirmar que el origen del divorcio fue Roma, pues según -- Cicerón estaba permitido por la Ley de las XII Tablas; e inclusive se podía pedir sin que existiera una causa jurídica justificable;(4) esto lo fundamentaban en que no era necesario que existiera una causa determinada para que se pudiera legitimar el divorcio, ya que el matrimonio romano se basaba principalmente en el afecto conyugal y no en la mera cohabitación. Por lo que los romanistas consideraban que si desaparecía el afecto conyugal, era procedente el divorcio. (5)

Se dice que el repudio, apareció en el Derecho Romano Antiguo; y -- nos encontramos con que "en el primitivo derecho romano, para los matrimonios en los que la mujer quedaba sujeta a la manus del marido, es decir, a una potestad marital férrea, equiparando a la mujer a una hija, sólo el marido tenía derecho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio y había por consiguiente, la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral". (6)

(4) Petit, Eugène. Derecho Romano. P. 110.

(5) CFR. Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. P. 11.

(6) Rojas Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas Y Familias. P. 368.

Posteriormente en los casos en que la mujer ya no estaba sujeta a la manus del marido, podía tener un patrimonio propio y mantener una situación de igualdad con respecto a su marido; por lo que el derecho de repudiación se concedía a ambos cónyuges, en donde el marido o la mujer podían disolver el vínculo conyugal por su sola voluntad, sin que interviniera para nada el Magistrado o Sacerdote, e inclusive como ya dije anteriormente sin que existiera alguna causa justificada.

Posteriormente, ya cuando el derecho romano adquiere cierto grado de desenvolvimiento, apareció una reglamentación positiva de divorcio. Y es así, que la Ley Julia de Adulteris determinó las condiciones a que quedaba sometida la repudiación. Sin embargo, la intervención de los tribunales, y la necesidad de que el juez aprecie las causas de divorcio, fueron desconocidas en el derecho romano. (7)

Aunque el cristianismo se fue introduciendo en el Imperio Romano -- llevando consigo la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, el derecho romano no abandonó el divorcio, sino lo que ocurrió fue que dicha institución jurídica fue objeto de ciertas medidas restrictivas -- por parte de los emperadores romanos; de ahí que las constituciones imperiales señalaban penas contra el esposo culpable de haber repudiado a su cónyuge sin justa causa o de haber ocasionado el divorcio por sus faltas.

En el derecho romano el divorcio podía efectuarse de dos maneras:

1.- BONA GRATIA.- Se realiza por la mutua voluntad de los esposos, no

(7) CER. Floris Margadant, Guillermo, Derecho Privado Romano. P. 212.

necesitando formalidad alguna, ya que pensaban que el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido. En nuestros días es el llamado divorcio voluntario.

2.- REPUDIACION.- Esta se realiza por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa justificada. La mujer tenía ese derecho siempre y cuando no estuviera bajo la manus del marido o que fuera libre y estuviera casada con su patrón. (8)

Constantino únicamente permitió, el divorcio cuando existía una causa justificada para obtenerlo; y en caso de que no existiera dicha causa se castigaba al infractor de ésta norma, pero no se nulificaba el divorcio.

Justiniano estableció como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse, las siguientes:

- 1) Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.
- 2) Adulterio probado de la mujer.
- 3) Atentado contra la vida del marido.
- 4) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.
- 5) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.
- 6) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia. (9).

A su vez, la mujer podía pedir el divorcio en los siguientes casos:

- 1) La alta traición oculta del marido.

(8) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit., P.357.

(9) Pallares, Eduardo. Op. Cit., P.12.

- 2) Atentado contra la vida de la mujer.
- 3) Intento de prostituirla.
- 4) Falsas acusaciones de adulterio.
- 5) Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes. (10)

Justiniano quiso ir más lejos; intentó abolir el divorcio por mutuo consentimiento, y solamente lo autorizaba en el caso de que los esposos se separaran en virtud de voto de castidad. Dicha prohibición la anuló su sucesor Justino II porque la opinión pública se lo exigió.

En la época del reinado de Augusto y para facilitar la prueba de repudiación, la Ley Julia de Adulteris exige que el que intenta divorciarse deberá notificar al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos oralmente o por medio de un acta escrita.

Ya en la época de los emperadores cristianos, como Constantino, Teodocio y Valentiniano, no se pudo suprimir el divorcio porque estaba profundamente arraigado en las costumbres, pero buscaron hacerlo más difícil, exigiendo a las partes que precisaran las causas de repudiación; por otra parte se fijaron penas más o menos graves contra el esposo culpable o contra el autor de una repudiación sin una causa legítima.

Como podemos observar, tanto en ésta época que analizamos como en -

(10) *Ibidem*. P.13.

nuestros días se ha tratado de poner obstáculos para mantener la institución de la familia, y que no por causas sin importancia, se rompan los lazos de unión que ésta supone.

3.- El Divorcio en el Derecho Musulmán.

Los musulmanes utilizan una sola palabra aplicable a todos los casos de disolución del vínculo matrimonial la cual es " talaq " que quiere decir liberar o deshacer el lazo.

El derecho musulmán permite que se disuelva el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges por cuatro formas: repudio del hombre, divorcio obligatorio para ambos, el mutuo consentimiento y el consensual retribuido; el cual consistía en que el marido renunciaba a los derechos que tenía sobre su mujer, mediante una compensación que ésta le pagaba. Para la validez de este convenio se requería que la mujer tuviere una plena capacidad de disposición. Los efectos que producía este convenio eran los mismos que los del repudio; inclusive el divorcio era obligatorio cuando existía la impotencia, cuando hubiera una enfermedad grave que hiciera peligrar la vida del cónyuge sano, cuando se incurría en adulterio por cualquiera de los cónyuges o simplemente porque no se cumpliera con alguna condición del contrato, como por ejemplo que no se le diera la dote al marido o porque éste no le proporcionara los alimentos a la mujer. (11)

(11) CFR. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Op. Cit. T.III.P.329.

El Corán que data del 610 - 631 aproximadamente es considerado el Libro Sagrado Musulmán, el cual consagró el divorcio por consentimiento mutuo. Y el Islam no es sólo su religión sino también su Ley.

4.- El Divorcio en el Derecho Canónico.

El derecho canónico no admitió el divorcio. Según San Lucas y San Marcos el matrimonio no podía disolverse, ni aún por adulterio; sin embargo, hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateos donde según él, se le permitía al marido repudiar a su mujer por causa de adulterio. (12)

El que estuvo más acertado en relación con la teoría de la indisolubilidad del matrimonio fue San Agustín, quien defendía al matrimonio y no permitía que fuera disuelto.

Se consolidó la idea de que ni siquiera por adulterio era posible el divorcio y fue así como en el siglo XIII se estableció que el matrimonio consumado, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no se podía disolver ni aún por adulterio.

En el caso de que el matrimonio no se haya consumado el derecho canónico permite que se disuelva en dos casos:

- 1) Por profesión solemne en una orden religiosa reconocida por la Iglesia, y
- 2) Por dispensa pontificia. (13)

(12) Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit..P.370 y 371.

(13) Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit..P.578.

En el caso de que el matrimonio ya esté consumado, el derecho canónico declara que es indisoluble el matrimonio, pues lo considera sacramento perpetuo, y así lo establece su canon 1118 que a la letra dice: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte". (14)

Solamente permite disolver el vínculo por dos causas:

- 1) El matrimonio no consumado, y
- 2) El matrimonio entre no bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo esté; también se puede disolver el matrimonio válido y legítimo entre los no bautizados por el llamado privilegio paulino.

En virtud de éste privilegio, se disuelva el matrimonio aún estando éste consumado, si uno de los cónyuges se convierte a la fe mediante el bautismo y el otro queda fuera de la Iglesia.

A parte de éstas dos causas el derecho canónico regula el llamado divorcio-separación; el cual consiste en que se separen del lecho, mesa y habitación, pero persistiendo el vínculo. Esta separación puede ser permanente o temporal. La primera sólo es en caso de adulterio. La separación de cuerpos, siempre la decreta la autoridad eclesiástica competente y nunca puede ser por la simple voluntad de los cónyuges.

La influencia del derecho canónico fue decisiva en las legislaciones de Europa y en todos los demás países de ascendencia jurídica romano-germánica, entre ellos los códigos mexicanos del siglo pasado; pero

(14) Pallares, Evando, Op. Cit., P. 21.

con la Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859 y la Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio del mismo año desapareció dicha influencia en nuestro país.

Sin embargo, subsistió atenuadamente durante algún tiempo, ya que resultaba sumamente difícil modificar de la noche a la mañana situaciones ya tan arraigadas en el Derecho de Familia y de las Personas, hasta que nuestra Carta Magna de 1917 lo hizo de manera terminante, aunque siguen teniendo vigencia algunas disposiciones como por ejemplo el artículo 327 fracción VI del Código de Procedimientos Civiles que establece que las constancias existentes en archivos parroquiales deben ser considerados documentos públicos, siempre y cuando se refieran a actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil y deberán ser cotejados por un Notario Público.

5.- El Divorcio en el Derecho Español.

En la legislación española antigua, en el año 1241 aproximadamente, se observa que el Fuero Juzgo se constituía por diversas leyes, y es precisamente la Ley II que permite el divorcio por adulterio de la mujer, mediante la autorización del obispo, e incluso ordena al marido que tenga conocimiento de éste delito, que acuse a su mujer. Si no lo hace, peca mortalmente. La Ley III autoriza al cristiano o cristiana, separarse de la mujer o del marido, con quien estaba casado antes, por otra ley no cristiana. (15)

(15) Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit..P.578.

El derecho español sólo admite el divorcio relativo, así el Código Civil Español siguiendo el precedente inmediato de la Ley de Matrimonio Civil rechaza ésta institución jurídica.

El derecho español como el derecho italiano sólo admiten la muerte como único medio de disolución del matrimonio.

Se dice que es relativa la admisión del divorcio en ésta legislación porque establece que éste sólo produce la suspensión de la vida común de los casados.

En el derecho español sólo se admite que el divorcio sea pedido por el cónyuge inocente según lo establece el artículo 106 del Código Civil Español, esto es con el fin de evitar que el cónyuge culpable, se aproveche de sus mismos actos culposos; la petición de divorcio siempre debe estar fundada en la existencia de algún motivo que lo justifique y que sea alguna de las causas que el mismo ordenamiento español determine.

En el artículo 105 del Código Civil Español se mencionan las siguientes causas:

- 1) El adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.
- 2) Los malos tratamientos de obras o las injurias graves.
- 3) La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.
- 4) La propuesta del marido para prostituir a la mujer.
- 5) El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o prostituir a sus hijas y la convivencia en su corrupción o prostitución.

6) La condena o reclusión perpetua del cónyuge.

La legislación española admite la separación temporal o perpetua de los cónyuges por medio del divorcio, ya que ésta no se opone a la indisolubilidad del matrimonio.

La indisolubilidad del matrimonio que admite la legislación española se basa en principios morales, en el interés de los mismos cónyuges y en el interés de los hijos, además, y principalmente basándose en el principio admitido por los países católicos de que Jesucristo proclamó la perpetuidad del matrimonio.

La legislación española acepta el mismo criterio que fija el derecho canónico, que dice, como mencionamos anteriormente, que el matrimonio sólo se disuelve con la muerte de los cónyuges.

Las mismas causales de divorcio que admite el derecho canónico son aceptadas por la legislación española.

6.- El Divorcio en el Derecho Francés.

En Francia en un principio se prohibió el divorcio en el siglo IX .

La prohibición del divorcio subsistió durante todo el derecho antiguo francés, hasta que en el siglo XVI la Reforma provocó un gran movimiento en favor del divorcio, porque se consideró que era inaudito --- autorizar el divorcio únicamente por adulterio de la mujer como lo señalaba el Evangelio; dulcificándose su rigor con los dos medios siguientes:

1) Cuando la vida en común se hacía insoportable para los dos esposos se seguía el criterio del derecho canónico, se realizaba la separación de cuerpos y el matrimonio subsistía, debiendo mediar la resolución judicial que liberaba del deber de cohabitación; la mujer podía pedir dicha liberación a la autoridad judicial por cualquier causa y el esposo sólo en caso comprobado de adulterio de la mujer.

2) La separación no podía ser por mutuo acuerdo.

En la época de la Revolución Francesa, se consideró al matrimonio como una relación contractual de carácter civil, por lo que sí se debía admitir el divorcio.

Finalmente en la ley de 1792 se admite legalmente el divorcio. Se admitió el divorcio por mutuo consentimiento llegando hasta permitir como causal de éste, la incompatibilidad de caracteres, siempre y cuando fuere alegada por una de las partes.

Posteriormente el Código Civil Francés conservó el divorcio, pero siendo muy cauteloso para reglamentarlo para poder detener el torrente de inmoralidad que se venía sucediendo, debido a su excesivo empleo.

Mas tarde se suspendió el divorcio por incompatibilidad de caracteres, poniendo mayores requisitos procesales y formales para obtener el divorcio por mutuo consentimiento y el Código de Napoleón de 1804 redujo las causas que daban lugar al divorcio a sólo tres:

- 1) El adulterio;
- 2) La sevicia, y
- 3) Las injurias graves.

Sólo acepta el divorcio por actos culposos de uno de los cónyuges y no permite que se lleve a cabo el divorcio cuando alguno de los cónyuges padezca una enfermedad mental, ya que no se le puede imputar culpa alguna a los consortes.

Todas las medidas precautorias tomadas fueron positivas, sin embargo, se cayó en el exceso contrario, porque en Francia, después del abuso que se hacía del divorcio, se suprimió durante setenta y ocho años volviéndose a implantar hasta 1884, en la forma que estableció el Código de Napoleón. (16)

7.- El Divorcio en el Derecho Italiano.

La única causa de disolución del matrimonio según el artículo 148 - del Código Civil Italiano es la muerte. Por lo cual en Italia no se acepta el divorcio, lo que supone un rechazamiento absoluto por parte de dicho país actualmente.

El Código Civil Italiano admite:

- 1) La separación personal de los cónyuges que puede ser a su vez:
 - a) Judicial.- supone una contestación e implica un juicio, en el cual cada cónyuge obra como actor frente al otro.
 - b) Consensual.- requiere la intervención del juez, pero sólo para la aprobación.
- 2) La separación consensual.

(16) Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit., P.372.

Son causales de separación según el artículo 150 del Código Civil Italiano:

- a) El adulterio,
- b) Los malos tratamientos.
- c) El abandono voluntario.
- d) Condena criminal (artículo 151 del Código Civil Italiano).
- e) La negativa del marido de fijar residencia (artículo 152 del Código Civil Italiano) (17)

Como se puede observar el legislador italiano se apega al criterio establecido por el derecho canónico, ya que no admite el divorcio por considerarlo peligroso y contrario al buen orden de las familias.

8.- El Divorcio en el Derecho Alemán.

En el derecho germánico antiguo el divorcio se llevaba a cabo mediante un convenio celebrado entre el marido y los parientes de la mujer. Mas tarde se realizó mediante el convenio celebrado entre los dos cónyuges y posteriormente, el derecho germánico reconoció el divorcio por la simple declaración unilateral del marido, quién podía abandonar legítimamente a su esposa por dos causas:

- 1) por adulterio, y
- 2) por esterilidad.

Actualmente las disposiciones relativas al divorcio se encuentran -

(17) Ruggiero, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. P. 185 a 187

comprendidas en los artículos 1564 a 1587 inclusive.

La ley del 6 de julio de 1938 establece dos grupos de causales:

- 1) por culpa, y
- 2) sin culpa.

Dentro de las primeras se cataloga el adulterio, la conducta repro-
bable, la negativa a la procreación de hijos o a darse alimentos, la -
inducción a la corrupción misma de los hijos o de la cónyuge. En el -
segundo grupo se listan: la locura, las enfermedades venéreas o conta-
giosas, la esterilidad y el abandono por más de tres años. Las cuales
quedan estipuladas en el Código Civil en los artículos antes menciona-
dos.

Ahora haremos una pequeña síntesis del divorcio en las diferentes -
legislaciones antes señaladas para poder llegar a tener una mayor vi-
sión y entendimiento de ésta institución, para después enfocarnos por-
completo al divorcio en México y poderlos comparar fácilmente.

Hay que considerar, que el divorcio en cuanto separación de los cón
yuges, ha existido en todos los tiempos, unas veces con mayor amplitud
que otras, es decir, unas veces restringido a un mínimo de causas de--
terminadas por la ley y otras se han ampliado éstas al máximo, pero la
mayoría de las legislaciones lo han admitido, aun cuando ha sido desig-
nado con diversos vocablos.

El divorcio ha evolucionado a lo largo de la historia y si examina-
mos las distintas legislaciones del mundo nos encontraríamos con que -
casi todos los países civilizados admiten el divorcio, a excepción de-

unos pocos que hasta la fecha no lo aceptan; dentro de éstos países te ne mos a Italia, por la influencia próxima de la Santa Sede y España, - que sólo admiten la separación de cuerpos. Por su parte la Iglesia Ca t ó l i c a prohíbe el divorcio, ya que al matrimonio lo considera per pe t u o e indisoluble, aunque en casos excepcionales anula el mismo.

Por otra parte tenemos a Francia la cual influyó decisivamente en - sentido favorable al divorcio originando en un principio grandes exce- sos debido a que se permitió causal de divorcio la simple incompatibi- lidad de caracteres, por lo que se impuso su abolición aunque poste- riormente fue restablecido pero con un carácter más rígido, conserván- dose así hasta la fecha.

Mientras que el Derecho Musulmán y el Derecho Alemán también desde un principio han admitido el divorcio como una institución sumamente - importante e imprescindible al lado del matrimonio.

Causales de divorcio en las diferentes legislaciones:

En el DERECHO ROMANO : En un principio no se requería ninguna causal para pedir el divorcio, poste- riormente se exigió notificar al otro cónyuge la voluntad de divorciarse en presencia de siete testigos.

En el DERECHO MUSULMAN : La impotencia, la enfermedad grave y contagiosa, el adulterio y el no cumplir alguna condición del contrato.

En el DERECHO CANONICO : El matrimonio es perpetuo e indisoluble, pero si no se ha consumado puede ser anulado y cuando ya se consumó puede ser anulado cuando es entre no bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo es; también existe el divorcio-separación donde únicamente dejan de cohabitar juntos persistiendo las demás obligaciones.

En el DERECHO ESPAÑOL : El adulterio, los malos tratamientos o injurias graves, la violencia ejercida por el marido para que su mujer cambie de religión, la propuesta del marido para prostituir a la mujer, el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o prostituir a sus hijas y la convivencia en su corrupción o prostitución, la condena perpetua del cónyuge. No admite el divorcio absoluto.

En el DERECHO FRANCES : El adulterio, la sevicia y las injurias graves.

En el DERECHO ITALIANO : El adulterio, el abandono voluntario, los malos tratamientos, la condena criminal y la negativa del marido de fijar residencia. No admite el divorcio absoluto.

En el DERECHO ALEMÁN : El adulterio, la conducta reprochable, la negación de procrear o de darse alimentos, la inducción a la corrupción de hijos o cónyuge, la locura, enfermedades venéreas o contagiosas, esterilidad y el abandono por más de tres años.

9.- Principales Sistemas Que Se Practican En Los Pueblos Modernos.

El divorcio es una de las instituciones jurídicas que más controversias ha presentado a lo largo de la historia por lo que no hay un criterio uniforme que sigan las distintas legislaciones con respecto al mismo, algunas ni siquiera lo reglamentan, sino que tan sólo admiten la separación de cuerpos y bienes, en la misma forma que lo hace la Iglesia Católica. Con respecto a las legislaciones que lo admiten, encontramos que algunas admiten nada más el divorcio necesario, otras admiten el divorcio necesario y el voluntario y por último hay legislaciones que van más lejos todavía y reglamentan el divorcio unilateral, es decir, el divorcio por la voluntad de una sola de las partes, así como también hay países que aceptan el divorcio sin que medie para ---

ello alguna causa grave, como también los hay que sólo lo admiten por causas graves y determinadas.

En fin como se puede observar el divorcio es una figura sumamente compleja y será muy difícil que algún día todos los países del mundo puedan contar con la misma legislación en lo que respecta a ésta institución debido a las costumbres e historia de cada país.

Por el momento nuestro objetivo es que se tenga una idea de los países que admiten el divorcio y de los que no, y en el caso de los primeros de que manera lo hacen, por lo que nos hemos permitido transcribir un pequeño cuadro sinóptico de algunos países para que pueda ser entendido más fácilmente.

Las legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio son:

Italia;
España;
Irlanda;
Argentina;
Colombia;
Brasil;
Chile, y
Paraguay.

Las legislaciones que rechazan el divorcio para los católicos son:

Inglaterra;
Austria;
Servia, y
Bulgaria.

Las legislaciones que admiten el divorcio, pero sólo por causas determinadas que implican faltas graves de los cónyuges son:

Francia;
Portugal;
Inglaterra;
Holanda, y
Honduras.

Las legislaciones que admiten el divorcio, aún por ciertos hechos - que no revisten el carácter de faltas son:

Alemania;
Suiza, y
Estados Unidos de América.

Las legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento mutuo- son:

Bélgica;
Portugal;
Ecuador;
Venezuela;
Guatemala;
Cuba;
Santo Domingo, y
Nicaragua.

Las legislaciones que admiten el divorcio por voluntad de uno solo- de los cónyuges son:

La Unión Soviética, y
en algún aspecto Uruguay. (18)

10.- El Divorcio en el Derecho Mexicano.

Del período precolonial muy poco podemos decir, los datos que de él se tienen son escasos y muchos de ellos dudosos; nuestras historias de ésta época se ocupan de ritos, costumbres, guerra, etc., concediéndole una importancia casi nula a la organización jurídica de nuestros antepasados; por lo que existen diferentes opiniones al respecto.

De la época precolonial nos vamos a referir con mayor atención al pueblo azteca, tanto por ser el mejor estudiado, cuanto porque es el que reviste mayor importancia.

Los pueblos que habitaron en el Anáhuac tenían en su mayoría costumbres similares; existían diversos ritos en relación con el matrimonio y como regla general existía la poligamia entre sus habitantes, lo que nos impide determinar con precisión la existencia del divorcio, aunque Galindo Garfias dice que en el derecho azteca se aceptaba el divorcio en los casos de adulterio o esterilidad de la mujer; y al parecer es el criterio más aceptado; por lo que comenzaremos por hacer la afirmación de que entre los aztecas estuvo instituido el divorcio. Por otra parte su régimen patrimonial del matrimonio estaba sujeto a la separación de bienes, esto es, que los bienes aportados por los cónyuges continuaban siendo de su exclusiva propiedad y a la disolución del matri-

(18) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit., P. 372.

monio, cada uno tomaba su parte, pero el cónyuge culpable del divorcio perdía un cincuenta por ciento de estos bienes en beneficio del inocente. Esta medida estaba tomada más que como una indemnización a la víctima, como un castigo al que originaba la disolución del matrimonio.-- (19)

El divorcio como acabamos de ver, estaba aceptado, pero no se concedía precipitadamente sino que al igual que en las legislaciones posteriores existía en el derecho azteca una alta concepción de la necesidad absoluta de mantener hasta donde fuera posible el hogar.

Entre los mayas existía el matrimonio con una gran formalidad, y no existía una forma de disolverlo, sino sólo por el repudio de los cónyuges.

La infidelidad de la mujer era causa de repudio y si al momento del repudio los hijos eran pequeños se los quedaba la mujer; si eran grandes, las niñas se iban con la mujer y los varones con el esposo; y una vez concedido el divorcio por la ley, los esposos divorciados ya no podían contraer nupcias por segunda vez entre ellos mismos y si lo hacían eran castigados con la muerte. (20)

Se supone la existencia del divorcio en los pueblos aborígenes, pero no se puede afirmar en forma concreta si éste estaba reglamentado por medio de leyes o si la repudiación de uno de los cónyuges suponía éste.

(19) CFR. Montero Duhal, Sara. Derecho de Familia. P.208 y 209.

(20) CFR. Mandieta Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial. P.41.

Por lo que respecta a la época colonial podemos decir en términos generales que el espíritu del Derecho Colonial, en lo que se refiere a las relaciones de familia, está altamente influenciado por el Derecho Canónico: el matrimonio es un sacramento solemne e indisoluble y en materia de divorcio sólo es admisible la separación de cuerpos.

Los códigos vigentes a partir de la Independencia de México de 1870 y 1884 no aceptan en su totalidad el divorcio, sino que la influencia que sobre ellos ejercieron las leyes españolas es tan notable que sólo se permite la separación temporal o indefinida de los cónyuges permaneciendo íntegro el vínculo del matrimonio y algunas de las obligaciones que de él demanan. Lo único que los diferencia es que el Código de 1870 establecía mayores requisitos, audiencias, y plazos, para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos; mientras que el Código de 1884 redujo considerablemente dichos trámites.

En el Código Civil de 1870 después de que se realizaban varias separaciones temporales y en las que el juez exhortaba a los cónyuges a finalizar cada una de ellas a que se desistieran del juicio de divorcio, y finalmente intentaba en la última audiencia que se reconciliaran antes de que pronunciara la sentencia definitiva. En éste código se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando se tratara de un matrimonio que llevara veinte o más años de constituido, y para que se pudiera llevar a cabo el divorcio por separación de cuerpos debían haber transcurrido dos años como mínimo, desde que se hubiera celebrado el matrimonio, ya que si no era así la acción de divorcio era improcedente.

En el Código Civil de 1884 cuando ambos cónyuges querían separarse de lecho y habitación, debían acudir ante el juez para que éste decre-

tara la separación de cuerpos, ya que forzosamente debía decretarse dicho divorcio por la autoridad judicial competente, no bastaba la simple voluntad de los cónyuges.

Como se dijo anteriormente, éste código redujo notablemente los trámites necesarios para lograr el divorcio, ya que sin tener que abolir por completo todas las trabas que señalaba el Código de 1870, hizo mucho más fácil la separación de cuerpos.

Tanto el Código de 1870 como el de 1884 en sus artículos 240 y 227- respectivamente mencionan las siguientes causas de divorcio:

- 1) El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer.
- 3) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea por incontinencia carnal.
- 4) El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción.
- 5) El abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de un año (en el Código de 1884) o de dos años (en el Código de 1870).
- 6) La sevicia, las amenazas o las injurias de un cónyuge para con el otro.
- 7) la acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Además de éstas causas, el Código de 1884 menciona las siguientes:

- a) La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos -- conforme a la ley.
- b) El hecho que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- c) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

- d) La enfermedad crónica e incurable.
- e) La infracción a las capitulaciones matrimoniales, y
- f) El mutuo consentimiento.

Dentro de las legislaciones del siglo XIX se encuentra la Ley de Matrimonio Civil de 1859, expedida por Benito Juárez, en la cual le quitan el carácter de sacramental al matrimonio, originando con esto que se pueda establecer el divorcio vincular, el cual se convierte en realidad hasta 1914; cuando Venustiano Carranza promulga en la Ciudad de Veracruz la Ley del Divorcio Vincular. (21)

La Ley de 1914 en su artículo primero dispuso que "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas, que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima". (22)

En 1917 el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza promulga la Ley de Relaciones Familiares, que viene a romper definitivamente con las ideas del derecho canónico y declara en su artículo trece de una manera clara y terminante, que el matrimonio es un vínculo disoluble, y en su artículo setenta y cinco, manifiesta que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

(21) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Op. Cit. Tomo III, P. 330.

(22) Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit. P. 376.

En lo que se refiere a los antecedentes sociales en que se basó Venustiano Carranza para establecer la necesidad imperiosa del divorcio absoluto, decía que era anacrónico seguir considerando al matrimonio - en la misma forma que nos lo legó el derecho canónico; ya que las anteriores legislaciones a la Ley de Relaciones Familiares, aunque no dejaron de reconocer que el matrimonio era un contrato aceptando la influencia política y religiosa, tomaron la idea canónica de la indisolubilidad del matrimonio, dándole en lo que se refiere a los bienes de los cónyuges el carácter de una sociedad por tiempo ilimitado y de carácter universal, la cual, sólo terminaba con la autorización del juez siempre que obedeciera a la voluntad expresa de los cónyuges y mediara una causa grave. Esto, según el Primer Jefe no tenía razón de ser, ya que la mujer por el simple hecho del matrimonio se consideraba en una situación inferior muy parecida a la que tenía en el derecho romano, - por lo que el Código Civil de 1884 estaba en contraposición con el artículo quinto constitucional, el cual prohibía cualquier pacto o convenio por el cual el hombre sufriera menoscabo, pérdida o irrevocable sacrificio de su libertad.

Esta ley establece doce causales de divorcio, semejantes a las que recoge el Código Civil vigente de 1928 en sus primeras fracciones del artículo 267 y admite también entre las causales el mutuo consentimiento.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, desde el dos de octubre de 1932 regula el divorcio en los artículos 266 a 291 inclusive. Permite este ordenamiento tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. Reprodujo las mismas causales de la Ley de Relaciones Familiares, y suprime la infracción de las capitulaciones matrimoniales, e introduce nuevas cau-

sas como son los vicios, no sólo la embriaguez consuetudinaria, sino - también el uso inmoderado de las drogas, enervantes y el juego.

Finalmente se establecen dieciocho causales de divorcio en el artículo 267 del Código Civil vigente, las cuales son:

1) El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.- Uno de los deberes de los cónyuges es el de guardarse mutua fidelidad, y la falta de cumplimiento de este deber, no es otra cosa que el adulterio; causal de divorcio. En el Código Civil de 1884, no existía una igualdad al considerar el adulterio del hombre y de la mujer; pues para ésta era causa de divorcio en todas las ocasiones y para el hombre sólo en determinadas circunstancias. Es cierto que la infidelidad de la mujer puede traer consecuencias más graves que el adulterio del marido; ésta sería una razón para aplicarle una pena mayor, pero en materia de divorcio no se trata de ninguna pena, sino únicamente de la violación de una obligación recíproca y bajo este aspecto, los daños de los dos esposos son ciertamente los mismos. El Código Civil vigente, tomó en cuenta estas consideraciones y con gran acierto considera igual el --- adulterio del hombre y de la mujer borrando así toda distinción.

2) El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo - concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea - declarado ilegítimo.- Nuestro código considera tal hecho como causal de divorcio y en verdad ésta decisión no puede ser más razonable, pues pocas injurias habrán más graves y que más justificadamente ameriten - el divorcio que el engaño o disimulo criminal de la mujer, que sin con sideraciones para quien va a darle su nombre, lleva en su seno el fruto de su deshonor, salvo que dicho hijo sea consecuencia de relaciones sexuales entre los cónyuges, realizadas antes de la celebración del ma trimonio.

3) La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.- El marido debe a su mujer protección y amparo, y de ningún modo falta más al cumplimiento de sus deberes que incitándola a la prostitución; la degeneración del esposo llega a su más alto grado cuando él mismo se hace -- productor de la deshonra; injusto sería obligar a la mujer a hacer vida común con el hombre que la empuja al vicio; por lo que el legislador merece nuestra admiración al fijarla como causal de divorcio.

4) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.- Esto podemos considerarlo como una causa más que justa para pedir el divorcio, -- constituida por el abuso de la autoridad marital, o la incitación de -- uno de los cónyuges de colocar a su otro compañero dentro de una calidad vulgar de delincuente.

5) 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. El deber más sagrado que tienen los padres, es el educar a sus hijos. Es natural, que la falta de cumplimiento de su deber está revelando -- una degeneración completa de los sentimientos. Este es sin duda un motivo suficiente de divorcio respecto del otro cónyuge, que no podrá menos que ver con repugnancia a su consorte, que, lejos de procurar el bien de sus hijos, los corrompe o trata de corromper, el intento de -- corrupción y aún la simple tolerancia, se han considerado como causas del divorcio, sin embargo, la tolerancia debe consistir en actos positivos, no bastando las simples omisiones. En consecuencia para que el divorcio proceda se requieren actos concretos que no dejen lugar a duda sobre la intención del cónyuge que ejerza la corrupción.

6) Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica

o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.- El padecimiento de enfermedades, principalmente de aquellas que son consideradas como crónicas y transmisibles, son causa de divorcio. El cónyuge sano puede pedir el divorcio, esto se considera muy lógico, no sólo en beneficio del cónyuge sano, sino también de los hijos. Además, si la finalidad del matrimonio es la procreación de nuevos seres, éstos deben ser personas sanas y que no padezcan taras ni enfermedades hereditarias; cuando alguno de los cónyuges tiene alguna de las citadas enfermedades, traerá al mundo sujetos que padezcan las mismas enfermedades, y se provocará en ellos no sólo su transmisión sino también una serie de complejos, que irremisiblemente serán lastre para ellos y las cras en la sociedad.

7) Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.- Este es un tipo singular de enfermedad que si bien, no ofrece peligro al contagio, sí lo ofrece de agresividad. La enfermedad mental, es una desgracia, un accidente, que puede provocar perturbaciones profundas en las relaciones conyugales. Hay que considerar este hecho como una causa de divorcio, por razones de humanidad, pues obligar a que continúe en el matrimonio, el cónyuge sano con el demente, equivaldría a constituir un celibato forzoso.

8) La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.- Los esposos tienen el deber de hacer vida común y ayudarse mutuamente. La falta de cumplimiento de este deber que se traduce en el abandono del domicilio conyugal, es una grave infracción del contrato del matrimonio que da lugar al divorcio; sin embargo, para que éste proceda es necesario, como lo dice nuestro código, que el abandono sea sin causa justificada.

9) La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea --

bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año: sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.- La ley no quiere que se prolongue mucho tiempo la separación de hecho de los esposos, por los graves inconvenientes que acarrea, y para evitar esto obliga al esposo que abandonó el domicilio conyugal con causa justificada, a que presente su demanda, fundada en dicha causa, dentro del --plazo fijado; la ley dice que pasado este plazo el otro cónyuge podrá intentar el divorcio basándose en el hecho mismo del abandono.

10) La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia.- La presunción de muerte, sin necesidad de declaración de ausencia, tiene lugar respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrarse a bordo de algún buque que naufrague o en la verificación de --una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante; en estos casos la declaración de presunción de muerte se hace a los dos años, sin que sea necesaria la previa declaración de ausencia, porque las circunstancias especiales en que la desaparición tuvo lugar, establecen una presunción de muerte más poderosa que la seguida por el simple tiempo transcurrido en la mayoría de los casos.

11) La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.- La sevicia, la constituye los malos tratamientos de obra, --que revelan crueldad en quien los ejercita, sin que, impliquen, sin --embargo, un peligro para la vida de la persona; amenazas son los actos en virtud de los cuales se hace nacer en un individuo el temor inminente sobre su persona, bienes, o sobre la persona o bienes de seres queridos; finalmente, injuria es toda expresión proferida o toda acción --ejecutada con el ánimo de manifestarle a otro desprecio o con el fin --de hacerle alguna ofensa.

La significación de todas estas palabras es semejante; la interven-

ción del legislador al dictarlas no ha sido la de indicar taxativamente cuales sean injurias, sevicias, etc.. Sin duda se ha querido manifestar un concepto general aplicable al juez y a los particulares.

De lo dicho se infiere que deben considerarse dentro de estas expresiones mencionadas, todas aquellas causas de divorcio que suponen graves infracciones a la consideración y respeto que ambos cónyuges deben tenerse para ser posible entre ellos la vida en común.

No es necesario que los actos de amenazas, sevicias o injurias hayan sido aislados o continuos, sólo se requiere que la gravedad sea -- tal que haya de considerarse que todo sentimiento y afecto ha terminado entre los esposos y que por lo tanto es imposible la vida en común.

El divorcio se impondrá aunque la causa que lo motive, sea sevicia, amenaza o injuria, cuando haya tenido verificativo una sola vez; por el contrario, si los hechos alegados para fundar el divorcio son de poca importancia y no revelan falta de consideración de uno de los cónyuges para con el otro, no serán motivos suficientes para promover el divorcio aún cuando se pruebe que no han sido aislados.

En esta materia, todo depende de las circunstancias y el único criterio que se puede tener para definir si los motivos invocados deban o no fundar el divorcio, es saber si son bastantes o no para hacer insostenible la vida común entre los esposos.

12) La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación, y la asistencia en caso de enfermedad; y para los menores incluye los gastos de la educación - primaria y el de proporcionarles algún oficio, arte o profesión hones-

tos. Por lo que dada la gran importancia que reviste el proporcionar los alimentos tanto al cónyuge como a los hijos su negativa de proporcionarlos es suficiente para que surja el derecho de solicitar la demanda de divorcio.

13) La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.- Las calumnias son sinónimo de inestabilidad y cuando se llega a ese punto en que ni siquiera el ser con el que se comparte todo nos cree y nos apoya sino que por el contrario trata de destruirnos a base de mentiras es necesario y justo pedir el divorcio por el daño que nos está causando y si se tienen hijos también por el daño que se les puede causar a ellos.

14) Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.- Aún cuando la condena que autoriza el ejercicio de la acción de divorcio es la que tiene lugar dentro del matrimonio, quien se decide a contraer matrimonio con una persona ya condenada, acepta la suspensión forzosa de la vida en común, al unirse en vínculo matrimonial con un delincuente. Pero el que una vez contraído el matrimonio tenga que vivir separado de su otro cónyuge, por la comisión de un delito, es muy justificable la petición de divorcio para no vivir encadenado a los actos realizados por el cónyuge delincuente.

15) Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.- Esta causal nos parece muy acertada dado que por regla general el juego, la embriaguez o el uso de drogas enervantes, traen como consecuencia la ruina de un hogar y cuando los hijos existen, es motivo no sólo de mal ejemplo, sino también de descuido, no sólo en su educación sino también en todo aquello que es necesario para la formación de individuos útiles, por esto, el ejercicio de la acción de divorcio en éste caso,-

es procedente.

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

Al igual que las causas antes mencionadas, serán causa de divorcio el que un cónyuge cometa en contra del otro, un acto que con terceras personas, se consideraría delictivo ya sea que ese acto sea contra la persona o bienes del cónyuge inocente, ya que el hecho de que estén casados no los faculta para perjudicar y hacerle daño a su cónyuge, por lo que son considerados como simples seres humanos sin ningún nexo que los una.

17) El mutuo consentimiento.- El mutuo consentimiento como causa de divorcio es de gran importancia, muy benéfico porque cubre muchas faltas de los esposos, que darían lugar a escándalos al trascender al público; escándalo que perjudica grandemente a toda la familia; creemos que a título de evitar escándalos es por lo que se ha admitido el divorcio por mutuo consentimiento en casi todas las legislaciones del mundo.

18) La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.- Esta causal pensamos que se dió de bido a que la ley no quiere que existan familias desintegradas sin la oportunidad de volver a consolidarse con ayuda de otra persona, es decir, con esta causal se pretende evitar que se den las separaciones de cuerpos y se lucha por el divorcio para que ambos cónyuges puedan encontrar la felicidad nuevamente cada quien por su lado.

Estas causales se han clasificado en cinco grupos:

1.- Los delitos están comprendidos en las fracciones: I, IV, V, XI, --

XIII, XIV, y XV.

2.- Los hechos inmorales están comprendidos en las fracciones: II, III y V.

3.- Los hechos contrarios al estado matrimonial están previstos en las fracciones: VIII, IX, X, y XII.

4.- Las enfermedades están previstas en las fracciones: VI, y VII.

5.- Los vicios están comprendidos en la fracción: XV.

El divorcio que tenía lugar entre los romanos cuando cesaba la ---- "Affectio Maritalis", quedó prohibido por la Iglesia por muchos siglos y fue hasta la Revolución Francesa cuando renace nuevamente esta insti tución, acogida después por varias legislaciones tanto europeas como - americanas.

Nuestra legislación no pudo escapar tampoco a esta corriente transformista, de tal manera que el matrimonio considerado en la época colo nial como un sacramento, fue substituído por el concepto de contrato - civil, pero regulado en el fondo como una verdadera institución.

Los primeros códigos mexicanos, al reglamentar el derecho de fami-- lia, no pudieron sustraerse a la influencia de la Iglesia que había le gislado sobre esta materia durante la colonia, por lo que, el divorcio que era prohibido por la Iglesia, se excluyó de estas legislaciones. Mas tarde, en 1917, se admite el divorcio, como disolución del vínculo conyugal, lo que trajo como consecuencia que se deshechara de plano - el régimen anterior, dejando sólo la institución del divorcio como úni ca forma de separación conyugal.

11.- Cuadro Comparativo de las Causales de Divorcio en el Derecho Mexicano.

| C. C. vigente | L.R.F. | C.C. de 1884 | C.C. de 1870 |
|---|-----------------|--------------------------------|------------------|
| Adulterio | SÍ | SÍ | SÍ |
| Dar a luz un hijo ilegítimo. | SÍ | SÍ | No |
| Propuesta del marido para prostituir a la mujer. | SÍ | SÍ | SÍ |
| Incitación de un cónyuge al otro para cometer un delito. | SÍ | SÍ | SÍ |
| Corrupción de los hijos. | SÍ | SÍ | SÍ |
| Enfermedad hereditaria o contagiosa, crónica e incurable. Impotencia. | SÍ | SÍ | No |
| Enajenación Mental. | SÍ | No | No |
| Abandono del domicilio conyugal -- (6 meses) | SÍ (6 meses) | SÍ (Con justa causa un año) | SÍ (dos años) |
| Separación del domicilio conyugal con justa causa por más de un año | No | SÍ | No |
| Declaración de Ausencia. | No | No | No |

| C. C. vigente | L.R.F. | C.C. de 1884 | C.C. de 1870 |
|---|--|---------------------------------|---|
| Sevicias o injurias graves. | Sevicia o injurias graves que hagan imposible la vida en común. | SÍ | Sevicia de un cónyuge para con el otro. |
| Negarse a dar alimentos el cónyuge obligado a ello. | Ausencia del marido abandono obligaciones inherentes al matrimonio, más de un año. | SÍ | No |
| Acusación calumniosa en delito que merezca más de dos años de prisión. | SÍ | SÍ (Sin límite de penalidad) | SÍ (Sin límite de penalidad) |
| Cometer un delito no político, que sea infamante, con pena mayor de dos años. | SÍ (No requiere que sea infamante) | No | No |
| Hábitos de juego o de embriaguez, uso de drogas enervantes | Embriaguez | No | No |
| Delito de un cónyuge contra el otro en cuanto a los bienes, o su persona. | SÍ | No | No |
| El mutuo consentimiento. | SÍ | SÍ | SÍ (23) |

C A P I T U L O I I

LAS DIFERENTES CLASES DE DIVORCIO EN MEXICO Y SUS EFECTOS.

1.- Generalidades del Matrimonio.

Para poder entender en sí el concepto de divorcio es necesario tratar de establecer antes que nada lo que es el matrimonio.

Podemos decir que la noción jurídica del matrimonio es que éste no es sino la unión de dos personas de sexo diferente que ha sido consagrado por la ley; sin embargo, esto no es suficiente para entender lo que significa la palabra matrimonio por lo que nos permitimos definirlo, y así tenemos que "el matrimonio es una institución o conjunto de normas jurídicas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne".

(24)

Dicho acto jurídico solemne consiste en la manifestación o declaración que hacen los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio.

En nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 en los artículos 159 y 155 respectivamente, consideran al matrimonio como: "La sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

(24) CFR. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Op. Cit. Tomo VI. P. 149.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, en el artículo 13 establece: --
"El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mu
jer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayu-
darse a llevar el peso de la vida".

En el Código Civil vigente ya no se contiene una definición de ma-
trimonio, de tal suerte que ya no se le caracteriza como un contrato,-
pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de con-
trato.

Así tenemos el artículo 156 que expresamente reconoce el carácter -
contractual del matrimonio al decir: "Son impedimentos para celebrar -
el contrato de matrimonio . . . Posteriormente en diversos artículos
de la ley vuelve a aceptar el carácter contractual de la institución.

Por ejemplo en el artículo 178 del mismo ordenamiento dice: "El con
trato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyu-
gal o bajo el de separación de bienes".

Por otra parte, el artículo 130 de la Constitución de 1917 declara-
terminantemente: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los de-
más actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva compe-
tencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los térmi
nos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las --
mismas les atribuyan".

Aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917 tan-
to en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y des-
pués el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza-

contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto - de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el de recho canónico que dió carácter de sacramento al matrimonio.

Por esto en el artículo 130 de la constitución de 1917, se afirma - que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia - de los funcionarios y autoridades del orden civil.

Es decir, no debe considerarse, que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio, y en los impedimentos para ese acto.

Cuando una persona decide contraer nupcias es porque ama a su pareja porque sienten atracción física o afectiva, o tal vez por conveniencia. en realidad en algunos casos se sabe y en otros no, que fue lo - que llevó a tomar dicha decisión, pero, el hecho es que la mayoría de las veces los que se casan están seguros o tienen la esperanza de ser inmensamente felices.

Con el matrimonio se crea una familia que persigue la procreación y educación de los hijos, el bienestar general, la mutua comprensión con yugal, etc., algunas parejas logran durante mucho tiempo o inclusive - toda la vida esta felicidad tan anhelada que el matrimonio puede proporcionar, sin embargo, hay otras que por innumerables circunstancias - fracasan en su intento de ser felices en su vida común dentro del matrimonio.

Cuando esto sucede los cónyuges comienzan a distanciarse provocando con esto la desintegración de su vida marital, y aunque vivan bajo el mismo techo ya no existe el motivo que los impulsó a casarse; por lo que la mayoría de las veces deciden disolver el vínculo matrimonial.

Se dice que "El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido, en vida de los cónyuges, por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido". (25)

Como establece la definición anteriormente mencionada el divorcio significa extinción de la vida conyugal y al disolverse el vínculo matrimonial se deja en libertad a los divorciados de contraer nuevo matrimonio, si así lo desean.

2.- Clases de Divorcio.

El divorcio puede ser de dos formas:

1) VINCULAR. que es aquel que produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges deja de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio. Dentro de éste sistema se puede hacer una división bipartita:

(25) *Ibidem*, Tomo III, P. 329.

- a) Divorcio Necesario, y
- b) Divorcio Voluntario.

El Divorcio Necesario se subdivide en:

a.1) divorcio sanción.- es motivado por delitos cometidos entre los -- cónyuges en contra de terceras personas; por hechos inmorales; por no cumplir con las obligaciones fundamentales del matrimonio, es decir, - por todas las causales que establece el artículo 267 del Código Civil-vigente con excepción de las enfermedades.

a.2) divorcio remedio.- es admitido como una medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro cónyuge padece una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria.

El Divorcio Voluntario puede ser de dos tipos:

b.1) administrativo.- se efectúa ante el juez del Registro Civil y procede solamente en un caso determinado (artículo 272 del Código Civil).

b.2) voluntario por la vía judicial.- se lleva a cabo ante el juez de primera instancia del domicilio conyugal y procede por un acuerdo de - voluntades de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial sin-necesidad de invocar ninguna causal legal (artículo 674 del Código de- Procedimientos Civiles).

Los cuales explicaremos más tarde con mayor detenimiento.

2) **NO VINCULAR.** Se da en los casos en que uno de los cónyuges sufra - una enfermedad crónica o incurable, contagiosa o hereditaria o cuando-

padezca impotencia o sufra enajenación incurable, en cuyo caso el cónyuge puede solicitar al juez competente, que en éste caso es el juez de lo familiar, la autorización para vivir separado de su consorte enfermo, liberándolo del deber de cohabitación, pero quedando subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal (artículo 277 del Código Civil). Sería el caso del divorcio remedio, el cual ha sido encasillado como un tipo de divorcio necesario, por ser absolutamente necesario para el cónyuge sano dejar de cohabitar con su consorte, pero, realmente no es un divorcio vincular, ya que la sentencia es restringida porque solamente permite que no vivan juntos, subsistiendo las demás obligaciones, entre ellas el deber de fidelidad, por lo que no podrán contraer nuevas nupcias.

3.- El Divorcio Administrativo.

Esta clase de divorcio es nueva en nuestra legislación y carece de antecedentes dentro de la historia del Derecho Mexicano; ni los anteriores Códigos de 1870 y 1884, ni la Ley Sobre Relaciones Familiares, hacen referencia alguna sobre este tipo de disolución matrimonial. Toca al legislador del Código Civil de 1928, en su intensa búsqueda de figuras jurídicas nuevas por las diversas legislaciones de los países más avanzados, hacer encajar esta institución que nos ocupa dentro del Derecho Positivo Mexicano.

"La tendencia social del régimen del general don Plutarco Elías Calles, cuyo espíritu revolucionario iba sinceramente acorde con las ideas que motivaron el movimiento de 1910; aunada a la inclinación siempre atractiva de todo lo nuevo que en éste caso era la naciente Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, con su moderna legislación apoya

da en un sistema doctrinario totalmente distinto al que había inspirado los anteriores códigos de naciones que tradicionalmente se han considerado como avanzadas; motivó que el legislador sintiera especial inclinación por determinadas instituciones de éstos países, que, a la vez que significando un progresista avance jurídico y social, no fueran contrarias al espíritu de nuestra organización administrativa. Es así como entra a formar parte de la tradición jurídica mexicana el divorcio administrativo, que es reglamentado en nuestro actual Código Civil en su artículo 272. (26)

Nuestros legisladores decidieron adoptar esta figura del Derecho Sociético, reduciendo su aplicabilidad a una sola hipótesis de cuyos efectos la sociedad no se resintiera; creyendo encontrarla en aquellos matrimonios donde la ausencia de hijos y carencia de bienes hacían presumir en una unión conyugal innecesaria.

La enunciación de ésta clase de divorcio hecha por el artículo 272 del Código Civil vigente se halla respaldada por la exposición de motivos del mismo código, bajo la siguiente argumentación: "El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente, pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos o terceros, no se dificulten innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos". (27)

(26) García Samiento, Jorge Enrique, El Divorcio Administrativo. Tesis. P. 61.

(27) Exposición de Motivos del Código Civil vigente. P. 17.

Para que el divorcio administrativo pueda llevarse a cabo se requiere que:

- I Los consortes sean mayores de edad;
- II Que no tengan hijos;
- III Que presenten la liquidación de la sociedad conyugal, si se casaron bajo ese régimen;
- IV Que exista mutuo consentimiento de los cónyuges, y
- V Que lleven por lo menos un año de casados. (artículos 272 y 274 del Código Civil vigente).

Procedimiento:

Los consortes se presentan personalmente ante el juez del Registro Civil de su domicilio conyugal con las copias certificadas en las que conste que son casados, y mayores de edad y le manifiestan al juez su deseo de divorciarse.

El juez del Registro Civil una vez que identifica a los consortes levanta un acta en la que hace constar la solicitud de divorcio y cita a los cónyuges para que la ratifiquen a los 15 días. Si los consortes la ratifican, el juez del Registro Civil los declara divorciados y levanta el acta respectiva y hace la anotación que corresponde en la del matrimonio anterior, según lo establece el artículo 272 del Código Civil vigente.

El divorcio que se obtenga así no va a surtir efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces los cónyuges van a sufrir -

las penas que establezca el código de la materia; el cual en éste caso es el Código Penal, el cual establece en su artículo 247 fracción I -- que se impondrán de dos meses a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: I Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellas, -- faltare a la verdad.

El juez es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir los litigios, es decir, es el funcionario titular de jurisdicción, que juzga.

Es una corrupción del lenguaje jurídico, que se denomine juez al encargado del Registro Civil, ya que carece de la facultad de juzgar.

El divorcio administrativo no es realmente un juicio, sino un procedimiento administrativo. La resolución que lo declara, dictada por el juez del Registro Civil, es un acto de carácter administrativo, por lo que en lugar de llamarlos jueces del Registro Civil sería más correcto denominarlos oficiales del Registro Civil por ser un acto meramente administrativo, ya que sólo se dedican a realizar actos relativos al estado civil de las personas físicas; por lo que atendiendo a las funciones que realizan deben ser llamados oficiales del Registro Civil.

4.- El Divorcio Voluntario Por La Vía Judicial.

Esta clase de divorcio tiene como antecedente remoto, el establecido en el Derecho Romano bajo la denominación de Bona Gratia, donde sin existir formalidad alguna para su aplicación, era suficiente el consen

timiento de los esposos. Sin embargo, su antecedente inmediato y directo dentro de su regulación jurídica actual lo encontramos en las leyes emanadas de la Revolución Francesa.

En la legislación mexicana, nuestros códigos de 1870 y 1884 lo admiten, aunque solamente para el efecto de suspender determinadas obligaciones matrimoniales y no como divorcio vincular.

El Código Civil actual basado en la Ley Sobre Relaciones Familiares lo admite en la fracción XVII de su artículo 267. El divorcio por mutuo consentimiento procede cuando los esposos de común acuerdo acuden ante el juez de primera instancia de su domicilio conyugal, solicitan la disolución del vínculo que los une, sin necesidad de fundarse en ninguna de las causales que la ley enumera.

Para este tipo de divorcio se deben reunir los mismos requisitos que para el divorcio administrativo, pero, la diferencia estriba que en el divorcio voluntario por la vía judicial los cónyuges tienen hijos, por lo que deben recurrir al juez de lo familiar de su domicilio conyugal.

Cuando solicitan el divorcio, los cónyuges adhieren a dicha solicitud un convenio cuya finalidad primordial es garantizar los derechos de los menores o incapacitados, y secundariamente los intereses de los cónyuges y la administración y liquidación de la sociedad conyugal. Su total contenido versa sobre los siguientes 5 puntos:

- 1) Quién se quedará con la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

- 2) El modo en que se cubrirán las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después.
- 3) El domicilio de los cónyuges durante el procedimiento.
- 4) Los alimentos que un cónyuge dará a otro durante el procedimiento, como después de que se ejecutorié el divorcio, la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.
- 5) La forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidarla al ejecutoriarse el divorcio. Se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad (artículo 273 del Código Civil).

Procedimiento:

Como se dijo anteriormente, los cónyuges recurren al juez de lo familiar de su domicilio conyugal presentando el convenio, y una copia certificada del acta de matrimonio y una copia certificada de las actas de nacimiento de sus hijos menores.

Una vez que se recibe la solicitud de divorcio el tribunal o juzgado cita a los cónyuges y al Ministerio Público a la primera junta de avenencia, después de los ocho días y antes de los quince días de que fue admitida la solicitud. El juez intenta conciliar a los cónyuges y si no lo logra, aprueba provisionalmente el convenio oyendo al Ministerio Público. El juez dictará las medidas cautelares que establece el artículo 282 del Código Civil y que son las siguientes:

- 1) separar a los cónyuges;
- 2) señalar y asegurar los alimentos que se deben tanto a un cónyuge como a los hijos;
- 3) las que el juez estime convenientes para evitar que los cónyuges se

causen perjuicios en sus bienes;

- 4) las medidas precautorias en el caso de que la mujer esté en cinta;
- 5) decidir sobre el cuidado de los hijos, que pueden quedar a cargo de cualquiera de ellos o de la persona que hubieran designado de común -- acuerdo y en su defecto a cargo del cónyuge que solicite el divorcio o de la persona que éste designe, y
- 6) los menores de siete años quedan al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para su normal desarrollo.

Si los cónyuges insisten en divorciarse el tribunal cita a la segunda junta de avenencia que se efectúa después de los ocho días y antes de los quince días de solicitada, en la cual el juez volverá a intentar conciliar a los cónyuges. Si el juez no logra que se concilien y en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal una vez que oiga el parecer del representante del Ministerio Público dicta sentencia de divorcio y decide sobre el convenio presentado.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio, el juez remite copia de ella al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique la resolución durante quince días en las tablas que se destinan para ello (artículo 291 del Código Civil).

Si el Ministerio Público se opone a la aprobación del convenio que mencionamos anteriormente, porque considera que viola los derechos de los hijos o porque no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que crea necesarias, las cuales se harán saber a los cónyuges para que dentro de los tres días siguientes manifiesten si las aceptan en caso negativo el juez resolverá en la sentencia, cuidando de que --

los derechos de los hijos queden debidamente garantizados. Si el convenio no es aprobado no puede decretarse la disolución del vínculo (artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles). Esto no quiere decir que en caso de que no se apruebe el convenio los cónyuges tengan que volver a iniciar todo el trámite de divorcio, sino únicamente el asunto versará sobre el convenio y el Ministerio Público hará las observaciones que crea convenientes hasta que los cónyuges acepten el convenio en beneficio de los hijos, y será hasta ese momento en que se dictará la sentencia de divorcio.

En las juntas de avenencia, la comparecencia de los cónyuges será en todo caso personal, sin perjuicio de la asistencia del tutor, cuando lo tengan, como en el caso del menor que necesita un tutor especial para poder solicitar ésta clase de divorcio.

Cuando los cónyuges dejan pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento el tribunal declara sin efecto la solicitud y manda archivar el expediente. (artículo 679 del Código de Procedimientos Civiles). Los cónyuges que hayan solicitado esta clase de divorcio no podrán volver a solicitarlo sino pasado un año desde su reconciliación.

La reconciliación es posible con tal de que el divorcio no haya sido decretado. Salvo pacto en contrario, los cónyuges divorciados por mutuo consentimiento, no tienen derecho a la pensión alimenticia que concede la ley.

Esta clase de divorcio se justifica en función de su propósito de evitar el escándalo que se origina dando a conocer públicamente las causas graves y conflictos personales de desavenencia de los cónyuges.

5.- El Divorcio Necesario.

Este divorcio se tramita ante un juez de primera instancia del domicilio conyugal, mediante demanda presentada por uno de los cónyuges y por estimar que se actualiza cualquiera de las hipótesis del artículo- 267 del Código Civil vigente, con excepción de la fracción XVII o basada en el artículo 268 del mismo ordenamiento.

Para que pueda proceder el divorcio necesario se requiere que:

- 1) exista un matrimonio válido;
- 2) acción ante el juez competente;
- 3) expresar la causa, la cual debe estar determinada en la ley;
- 4) legitimación procesal;
- 5) tiempo hábil;
- 6) que no haya habido perdón, y
- 7) formalidades procesales.

1) **La Existencia del Matrimonio Válido.**- se da cuando presentan una copia certificada del acta de matrimonio.

2) **Acción Ante el Juez Competente.**- en un divorcio necesario el juez competente es el juez de lo familiar del domicilio conyugal; cuando el divorcio se solicita por abandono de hogar el juez competente es el del domicilio del cónyuge abandonado y cuando no existe domicilio conyugal es competente el juez del domicilio del demandado.

3) **Expresar la Causa, la cual debe estar determinada en la Ley.**- la causa invocada debe ser cualquiera de las que señala el artículo 267 -

del código Civil vigente con excepción de la fracción XVII por ser mutuo consentimiento, y el artículo 268 del mismo ordenamiento legal, y se pueden invocar al mismo tiempo dos ó más causales, pero, cada una de ellas debe estar bien determinada.

4) Legitimación Procesal.- únicamente los cónyuges tienen acción para solicitar el divorcio.

El divorcio solamente lo puede solicitar el cónyuge que no dió lugar a él y en un plazo de seis meses, contando a partir de que tuvo noticias del hecho en que se está fundando su demanda. (artículo 278 del Código Civil)

Al cónyuge menor de edad siempre se le nombrará un tutor dativo en el juicio de divorcio, ya sea actor o demandado, según lo establece el artículo 643 del Código Civil; todo esto con el objeto de defender debidamente los intereses del menor y por considerarse su presencia necesaria para que sean válidos los actos del incapaz.

Posteriormente trataremos un poco mas a fondo el tema de la tutela, por considerarla una institución que va íntimamente ligada con la patria potestad y por consiguiente con el divorcio, ambas instituciones de nuestro estudio.

5) Tiempo hábil.- la acción para solicitar el divorcio necesario se puede iniciar en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes del instante en que se enteró del hecho o hechos en que se funde su demanda.

Cuando la causa del divorcio es un hecho determinado en el tiempo, - como el adulterio, injurias, etc. caduca a los seis meses a partir del momento en que se configura la causal o en que se entera el cónyuge de mandante, y si éste no interpone su demanda, caduca su derecho con res pecto a esa causa.

Cuando la causa es permanente como por ejemplo el abandono del hogar no caduca y se puede solicitar el divorcio en cualquier momento -- porque la causa sigue vigente, es decir, persiste.

6) Que No Haya Habido Perdón. - no se pueden alegar ninguna de las causales del artículo 267 del Código Civil cuando exista un perdón expreso o tácito. Si se inició el divorcio y los cónyuges se reconcilian - se extingue éste y deben notificárselo al juez, pero si no lo hacen no pasa nada.

7) Formalidades Procesales. - se deben cumplir con todas las formalidades procesales para que se lleve a cabo el divorcio, lo rigen los artículos 255 al 429 del Código de Procedimientos Civiles.

Son nueve las etapas procesales que se deben cumplir para que el divorcio necesario sea válido:

- a) demanda;
- b) contestación (y reconvencción en su caso);
- c) traslado de la reconvencción (si es que se hizo);
- d) ofrecimiento de pruebas;
- e) recepción y desahogo de las pruebas;
- f) alegatos;
- g) sentencia (y apelación en su caso);

- h) declaración de que la sentencia ha causado ejecutoria, y
- i) envío de la copia de sentencia al juez del Registro Civil.

Procedimiento;

a) **Demanda.**- con la demanda que presenta el cónyuge ofendido se inicia el procedimiento para disolver dicho matrimonio, donde el cónyuge ofendido señala la (s) causa (s) que establecen los artículos 267 y 268 -- del Código Civil y con dicha demanda se adjunta una copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos si es que los hay, y el juez dicta las medidas cautelares.

b) **Contestación (Y Reconvención En Su Caso).**- una vez que se admite la demanda, el juez de lo familiar emplaza al cónyuge que dió motivo al divorcio, y que tendrá el carácter de demandado en dicho juicio, estos con el fin de que conteste dicha demanda en un plazo de nueve días, según lo establece el artículo 256 del Código de Procedimientos Civiles.

Cuando contesta la demanda, el cónyuge dice si son ciertos o no los hechos que se le imputan y por lo tanto si ha incurrido en la o las -- causales de divorcio que se hachacan. También puede en el mismo escrito de contestación, promover la reconvención lo cual significa que puede hacer valer a su vez, causas de divorcio en contra del demandante, - y en éste caso actor y demandado compartirán ambos papeles en el juicio.

c) **Traslado de la Reconvención (Si La Hubo).**- el juez corre traslado - al cónyuge demandante para que la conteste en un plazo de nueve días.

d) Ofrecimiento de Pruebas.- a partir de la fecha de notificación del auto en que se tuvo por contestada la demanda o la reconvencción en su caso, el juicio se abre a pruebas y se les concede diez días a las partes para que cada uno ofrezca las pruebas que crean convenientes para probar sus hechos, tanto de la demanda como los de la contestación, esto con el fin de probar al juez que existen las causales de divorcio. (artículo 290 del Código de Procedimientos Civiles).

Quando transcurren los diez días de plazo para ofrecer las pruebas, el juez resuelve diciendo que pruebas se admiten y cuales no.

e) Recepción y Práctica de Pruebas.- únicamente corresponde a las pruebas admitidas, según lo establece el artículo 299 del Código de Procedimientos Civiles.

Hay pruebas que para su recepción o desahogo necesitan de una audiencia, en la cual deben presentarse los cónyuges personalmente o a través de un apoderado legal así como testigos y peritos en el caso de que los haya; como es el caso de la confesional, testimonial, pericial y reconocimiento o inspección judicial.

La documental pública o privada, la que consista en fotografías, copias fotostáticas, etc. se desahogan por su propia naturaleza por lo que quedan integradas en el expediente.

Antes de celebrar la audiencia que señala el artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles, deben presentarse las pruebas oportunamente y se celebrará el día y hora que señale el juez de lo familiar, se inicia cuando se indica que personas comparecen, las cuales interpondrán en el juicio. Después se desahogan las pruebas, primero las -

de la parte actora y después las de la parte demandada.

f) **Alegatos.**- cuando se hayan recibido todas las pruebas el tribunal - dispone que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados- y una vez que lo hacen el juez valora las pruebas que le rindieron para poder dictar la sentencia que procede, pero, si le queda alguna duda de algún punto, antes de dictar la sentencia puede decretar la práctica o ampliación de cualquiera diligencia probatoria.

g) **Sentencia (Y Apelación En Su Caso).**- si se probaron la o las causas de divorcio en que se basó la demanda el juez dicta sentencia y de clara disuelto el vínculo matrimonial y los excónyuges quedan con la - libertad de volver a contraer nuevas nupcias, además de que el juez de termina en la sentencia todo lo relativo a la situación de los hijos,- de los bienes y al pago de alimentos.

h) **Incidente de Sentencia Ejecutoriada.**- una vez que se notifica la -- sentencia se da un plazo de cinco días para apelarla y si pasado ese - tiempo no es apelada se tramita el incidente de sentencia ejecutoriada para que cuando se declare que la sentencia ha causado ejecutoria, se considere la verdad legal y se ejecute según sus términos.

La apelación debe interponerse por escrito, o verbalmente en el acto de notificarse, ante el juez que pronunció la sentencia; y únicamente podrán apelar el cónyuge si creyere haber recibido algún agravio, - los terceros que hayan salido al juicio y los demás interesados a quie nes perjudique la resolución judicial, así como el vencedor que no obtuvo la restitución de frutos, la indemnización de daños y perjuicios- o el pago de costas, no así el que obtuvo todo lo que pidió.

i) Envío de Copia de Sentencia al Juez del Registro Civil.- es uno de los puntos resolutive de la sentencia de divorcio, esto es con el fin de que se haga la anotación marginal en el acta de matrimonio.

6.- Efectos de la Sentencia de Divorcio.

La Sentencia es la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso. (28)

El divorcio tiene como efecto principal la disolución del vínculo matrimonial y en consecuencia producir la separación de la vida común de los esposos; ahora bien, al disolverse la forma de vida marital necesariamente se tienen que producir efectos consecuentes con esta forma de vida; y así afectar a las personas de los cónyuges, a las de los hijos y a los bienes obtenidos durante la comunidad marital.

Los efectos pueden ser de carácter:

- 1) Provisional.- su duración es temporal, de la fecha de la admisión de la demanda a la ejecutorización de sentencia.
- 2) Definitivo.- las disposiciones que contienen estos efectos resuelven finalmente las situaciones creadas por el divorcio.

Los efectos de carácter PROVISIONAL duran sólo mientras el juicio, y consisten en:

(28) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Op. Cit. Tomo.VIII.P.105.

- a) separar a los cónyuges;
- b) fijar el lugar donde quedará depositada la mujer;
- c) aseguramiento de alimentos;
- d) proveer que el marido no cause perjuicios en bienes de su esposa y viceversa;
- e) dictar medidas precautorias en caso de que la mujer quede en cinta,
- f) la guarda y cuidado de los hijos.

Como se puede observar estos efectos son las medidas cautelares que establece el artículo 282 del Código Civil.

Los efectos **DEFINITIVOS** se producen en:

- a) Los Cónyuges;
- b) Los Hijos, y
- c) Los Bienes.

En cuanto a los Cónyuges, podemos decir, que como una consecuencia de la disolución vincular el marido deja de tener el derecho de administrar los bienes de la sociedad conyugal; el derecho a la vida en común se extingue; la mujer deja de requerir autorización del esposo para los actos de su vida civil. En cuanto a la ayuda mutua se transforma en obligación alimentaria para el marido si éste ha dado causa al divorcio y mientras la mujer no vuelva a casarse y viva honestamente; si es la mujer quien ha motivado la causal toca al esposo el derecho a los alimentos en el caso de estar imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios para subsistir. En los casos en que el cónyuge inocente sea afectado por los daños y perjuicios que el divorcio origina, toca al culpable responder de ellos como autor de un hecho ilícito. La pérdida de la patria potestad se resuelve a favor del inocente y en perjuicio del culpable. La sucesión legítima que nació con el matrimonio

nio se extingue conjuntamente con éste.

En los casos de divorcio necesario, señala la ley, que el cónyuge culpable si bien recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio, no la puede ejercitar sino pasados dos años a partir de que se decretó el divorcio. En cuanto a los cónyuges que por mutuo consentimiento ob tuvieron el divorcio, la espera para poder contraer nuevas nupcias es por un año a partir de que obtuvieron el divorcio.

Con relación a los Hijos, podemos decir que en primer lugar se priva de la patria potestad al cónyuge culpable, esto es como una sanción a su conducta y en razón de su incapacidad moral para ejercer aquélla; se concede esa patria potestad al cónyuge inocente como una satisfacción a la ofensa recibida y a los ascendientes o a los tutores por con siderar perniciosa la que los padres ejercen respecto de sus hijos.

La patria potestad es una institución que tiene su origen en la filiación, en la relación padres-hijos, ascendientes-descendientes y tiene por objetivo la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados, por lo que se puede decir que ésta institución siempre ha existido.

Lo que debe quedar bien claro es que la pérdida de la patria potestad, no libera al padre y a la madre de las obligaciones que tienen con sus hijos.

En cuanto a los Bienes se puede decir que puede darse el caso de que el cónyuge culpable, haya recibido del cónyuge inocente o bien de un tercero algunos bienes o alguna promesa a este respecto; pero como

por su culpabilidad se ha colocado en una situación de ingratitud, la ley no considera justo que subsista el beneficio económico y determina que debe quedar sin efecto, al igual que las promesas.

El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Al contraer matrimonio pueden los cónyuges celebrarlo bajo el régimen de separación de bienes, en cuyo caso conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, siendo además del dominio exclusivo del dueño de ellos los frutos y accesorios de dichos bienes. (artículo 212 del Código Civil). En este caso no se presenta dificultad alguna con motivo de la sentencia de divorcio.

Si el matrimonio se hizo bajo el régimen de sociedad conyugal, entonces se procederá a la división de los bienes comunes, tomando las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. (artículo 287 del Código Civil).

Del párrafo anterior se desprende que los cónyuges tienen la obligación de contribuir en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos hasta que lleguen a la mayor edad, o después de ésta si se encuentran imposibilitados para trabajar y carecen de bienes propios suficientes.

Para concluir este punto podemos decir que numerosos argumentos se han expuesto para combatir la autorización legal para disolver el ma-

rimonio en vida de los cónyuges, mediante el divorcio, nosotros creemos que la razón práctica del establecimiento de esta institución deriva de la necesidad de poner fin a la falta de concordia y paz que ha dejado de reinar en el hogar, que se ve convertido de pronto en un foco de escándalo; en una causa permanente de disgustos. Es un mal que resulta de las pasiones y debilidades humanas, no es ya la unión legal una garantía de moralidad que permite realizar los fines para los que el derecho lo ha creado; sin embargo, hay quien aboga por la simple separación de cuerpos.

Sin embargo, nosotros consideramos que ésta forma de resolución no es más que un paso que se da hacia la liberación o al escándalo; pero si la tendencia trata de justificarse con la forma que establece el derecho, sólo habrá motivos para lograr la realización de un acto que puede nivelarse, por su magnitud, a aquél en que se consagró la unión: la libertad por medio del divorcio.

Este viene a determinar la posibilidad de nuevos horizontes, de perspectivas nuevas, de reivindicaciones, de esperanzas y de llegar a la reconstrucción espiritual y material de la existencia. El hombre flagelado por el fracaso, con una positiva visión de la vida, la gran maestra en el dolor, puede encauzar su existencia en la corriente de un optimismo, y transformarse en un nuevo jefe de hogar, ejemplarizando con sus actos un proceso abierto en la vida social, en que su personalidad adquiere caracteres de temática, dentro del honor, la dignidad y el estímulo.

La mujer que en otro matrimonio fue mártir, puede así mismo llenar su misión con amor, adornando con su dulzura y alegría una nueva misión en que el idilio hace olvidar la nostalgia de otros días. Que el

hecho de haber roto la aspereza de un hogar pasado, no es causa suficiente para que se lastime una nueva relación.

El estado ideal de la vida humana es el matrimonio monogámico y vitalicio para la ayuda mutua, la conservación de la especie y la conquista de la felicidad; sin embargo, tenemos que reconocer que en la vida real se presentan una serie de problemas que se derivan de las naturales fricciones del trato constante, y aquello que pudo ser un sólido refugio lleno de amor y comprensión para los esposos, se transforma en un nido de discordias donde lo mejor que puede ocurrir es el alejarse mutuamente en busca de la felicidad ansiada.

Con respecto al divorcio administrativo hay quienes dicen que su existencia en nuestra legislación no se justifica plenamente por la pronta resolución que da de la situación concreta que encuadra en su hipótesis legal, que en última instancia va siempre en perjuicio de la naturaleza de la institución matrimonial y del interés social que el Estado tiene en la seriedad de los matrimonios, resultando de tal manera contraproducente e inadecuada la forma reglamentaria del divorcio administrativo, ya que con él se provoca el relajamiento de la moral y las buenas costumbres, sin embargo, nosotros consideramos que nuestro derecho trata de proteger a la familia, la cual se integra por los cónyuges y los descendientes de éstos, y que cuando no existen éstos y la vida entre los cónyuges se vuelve insoportable ¿por qué se les debe obligar a permanecer juntos y vivir en un infierno cuando tienen la posibilidad de ser felices?, así que nuestro legislador tomó muy en cuenta éstas circunstancias y legisló perfectamente ésta clase de divorcio.

Aún cuando puede apreciarse que su procedimiento es demasiado senci

llo y máxime su carácter eminentemente oral ya que en la práctica no media ningún escrito de las partes sino su comparecencia ante el oficial del Registro Civil, podemos considerar que el divorcio administrativo está debidamente reglamentado; y si el legislador consideró que debía agilizarse su procedimiento fue porque no tenía ningún caso tratar de mantener juntos a una pareja que únicamente se hacen daño.

Por lo que respecta al divorcio voluntario por la vía judicial podemos decir que éste ha sido muy criticado porque se dice que con el se ocultan las verdaderas causas que lo originan, so pretexto de proteger del escándalo y del descrédito los intereses de los hijos y de los mismos cónyuges, sin embargo, nosotros somos de la opinión de que esto no es verdad y que ésta clase de divorcio es mucho más sensata y sana tanto para los hijos como para los cónyuges que el divorcio necesario, ya que en ésta clase de divorcio los consortes van serenos y sin intención de ofenderse, sino que quedan como buenos amigos, lamentando el que su matrimonio no haya sido como lo habían pensado, y generalmente siempre están dispuestos a apoyarse y a ayudarse por el bien de sus hijos.

Ya por último sólo nos queda decir que en cuanto al divorcio necesario es una institución jurídica eficaz para resolver el problema de los cónyuges mal avenidos, pero solamente cuando es aplicado en casos extremos, y como último recurso; cuando ya no es posible otra solución y se impone demandar la disolución del vínculo ante el juez competente haciéndole conocer las causas que lo originan, dando en esta forma oportunidad para que con pleno conocimiento de ellas y procediendo con diligencia, en la estricta aplicación de la ley, dicte su fallo; valorando y tomando en cuenta todas y cada una de las pruebas presentadas, evitando así el dictar una sentencia mal ajustada a derecho y asegure-

por todos los medios posibles, el interés de los hijos.

Nosotros consideramos que éste es el divorcio más nocivo, ya que -- los cónyuges se enfrentan con todo, no importándoles cuanto daño les -- causen a sus hijos si es que los hay o a sí mismos; ya que ésta clase -- de divorcio es ruda y desgastante por tener que ventilar ante descono- -- cidos sus intimidades.

Ya para acabar diremos que consideramos que el matrimonio perfecto -- exige indudablemente la comprensión mutua de los cónyuges, determina- -- das virtudes que en nuestra época actual tienden a desaparecer, por -- ejemplo, la ayuda mutua y la procreación de nuevos seres. Por eso es -- concebible la aceptación de la única institución jurídica que hace po- -- sible el rompimiento o ruptura del vínculo matrimonial en vida de los -- esposos y por procedimiento judicial debidamente tramitado.

Por la realidad actual, es preferible para el interés colectivo y -- para el porvenir de nuestro querido México, la aceptación del divorcio -- como lo hace nuestro Código Civil actualmente en vigor, ya que el di- -- vorcio viene a solucionar los conflictos existentes, abriendo una bre- -- cha legal a todas aquellas víctimas de la indisolubilidad del matrimo- -- nio, dándoles oportunidad para que en lo futuro puedan encontrar aque- -- llo que indudablemente tenían para siempre perdido: la tranquilidad y -- el derecho a hacer una nueva vida.

7.- La Tutela.

Una función muy principal del Estado es la de velar por aquellos in

dividuos que, por su corta edad, o por el defectuoso desarrollo de sus facultades mentales, no tienen plena conciencia de sus actos, y que, - por lo mismo, no pueden conducirse por sí mismos; mientras están sujetos a patria potestad, tienen en la persona del que la ejerce un protector natural que cuida de ellos; pero una vez que pierden esta protección, se encuentran solos, aislados y expuestos a las mil contingencias de la vida; entonces el Estado se encarga de darles una protección, en sustitución de la que han perdido y para asegurárselas, nada ha parecido más eficaz a los legisladores que declararlos incapaces, - poniéndolos al cuidado de un tutor, o sea, de un representante que -- atienda a su persona e intereses.

Una vez extinguida la patria potestad, quedan los individuos que es taban sujetos a ella fuera de la acción de esa autoridad, pero de esos individuos unos entran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, - y otros por su incapacidad, son inhábiles para atender por sí mismos a su persona e intereses y necesitan del auxilio y dirección de otros -- que con su intervención complementen su capacidad jurídica.

De aquí proviene la distinción de las personas en capaces e incapaces, las primeras son aquellas que tienen el goce y el ejercicio de -- sus derechos jurídicos civiles, y las segundas las que sólo tienen el goce, pero no el ejercicio de esos derechos, es decir, que toda persona tiene el goce de los derechos jurídicos, pero no siempre tiene el - ejercicio de ellos, pues aquél consiste en la aptitud o facultad para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, capacidad - que es común a todas las personas; pero la capacidad de ejercicio consiste en la posibilidad jurídica de la persona para hacer valer directamente sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, ser - susceptible de contraer obligaciones y ejercitar las acciones respecti

vas ante los tribunales.

Rafael de Pina (29) nos dice que la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación; a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar a su persona y derecho por sí mismos, para regir en fin, su actividad jurídica. Es, por lo tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia.

El artículo 449 del Código Civil establece que: el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la -segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413 del mismo ordenamiento.

Tienen incapacidad natural:

I Los menores de edad;

II Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos, y

III Los sordomudos que no saben leer ni escribir.

(29) Pina de, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I. P. 385.

Tienen incapacidad legal:

Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Por lo que respecta a la representación interina del incapaz ésta se presenta cuando existe oposición de intereses entre el tutor y el pupilo, y en los demás casos que señale nuestra ley; debiéndose nombrar un tutor interino para la defensa del incapacitado.

La tutela no puede tener lugar más que cuando haya terminado la patria potestad, ya que una y otra no pueden coexistir, porque de esto resultaría que estando el incapaz bajo la patria potestad de una persona, sería innecesario nombrarle un nuevo protector, a virtud que éste se vería privado de sus facultades. Sin embargo, existe la excepción, cuando las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, quienes serán representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez; como se desprende de la lectura del artículo 440 del Código Civil.

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima (artículo 452 del Código Civil) y el que se negare a ejercerla será responsable de los daños y perjuicios causados al menor por su negativa. (artículo 453 del Código Civil). La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del juez pupilar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos por éste código. (artículo 454 del Código Civil).

Procurando que la guarda del menor o incapacitado se realice en con

diciones de ser eficaz, de proceder con rapidez y de ser vigilada constantemente, nuestro código ha proclamado en el artículo 455 la unidad de la tutela, al prescribir que "Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos".

La ley ha querido que en ningún caso y por ningún motivo queden los menores o incapacitados en estado de abandono ni por un sólo instante; y con tal fin ha dictado las reglas convenientes, obligando a los jueces a ordenar las providencias necesarias para evitar a esas personas todo género de perjuicios. Por esa razón ha ordenado en el artículo - 460 que cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentorio, y en caso de intestado, los parientes y personas con quienes ha ya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar, dentro de ocho días, a fin de que se provea a la tutela, bajo la pena de veinticinco a cien pesos de multa. Los oficiales del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de dar aviso a los jueces pupilares de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones. (artículo 460 del Código Civil). Esta obligación tiene por objeto que el juez provea a la guarda del incapaz y a la administración de sus bienes.

Siendo la tutela el remedio de la incapacidad, según sea el grado - de ésta, así será el contenido de ella, es decir, que haya modalidades en la tutela, las cuales atendiendo a su carácter las podríamos clasificar en tutela ordinaria y en tutela especial.

La tutela ordinaria tiene un carácter permanente y general; es permanente, porque subsiste durante todo el tiempo que la hacen necesaria las condiciones que son origen de su institución; es decir, dura mien-

tras dura la incapacidad del tutelado o mientras no se verifique alguna causa especial que haga cesar la tutela, como su muerte o que quede sujeto a patria potestad; es general, porque abarca todos los actos civiles que miran a la persona y bienes del incapaz.

Por estos caracteres no se puede confundir la tutela ordinaria que es permanente y general con la tutela especial que siempre es dativa y que no confiere las atribuciones del tutor ordinario, como ejemplo de esta tutela especial tenemos la del emancipado.

Para ser un tutelado se requiere que no se esté sujeto a patria potestad, pues de ser así, no haría falta la protección especial de la tutela; y que sea incapaz de gobernarse por sí mismo, pues de lo contrario no haría falta la protección tutelar.

Nuestro Código Civil vigente en su artículo 461 reconoce tres clases de tutela:

- 1) Testamentaria;
- 2) Legítima, y
- 3) Dativa.

De esta clasificación, se ha dado preferencia al tutor nombrado por testamento, en razón de que es una consecuencia del derecho de patria potestad. Esto nos lo explicamos, teniendo en cuenta que el objeto de la tutela es en este caso la protección del hijo. Como los padres tienen interés en el bienestar de sus hijos, nombrarán como tutores a las personas que crean más convenientes para los mismos, inclinándose por aquellas personas que ellos conozcan y no por extraños; obteniéndose así la elección más acertada en beneficio del incapaz.

A falta de la tutela testamentaria, en orden de importancia le corresponderá el segundo lugar a la legítima y el último a la dativa. En general se puede decir que sólo a falta de tutor testamentario entra a ejercer la tutela el tutor legítimo y sólo a falta de ambos se abre la tutela dativa.

La tutela testamentaria es aquella instituída a través de un testamento por quienes se encuentran facultados por la ley, para que funcione respecto a los incapacitados que la misma ley indica.

Como dicho que el derecho de nombrar tutor testamentario es una prerrogativa de la patria potestad, por lo que sólo corresponde al padre o al ascendiente que tiene el ejercicio de ésta.

El que ejerza la patria potestad tiene derecho, aunque sea menor, a nombrar tutor en su testamento para aquellos sobre quien la ejerza, con inclusión del hijo póstumo. Este derecho se entiende para el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deban ejercer la patria potestad, conforme a las reglas preestablecidas en el artículo 414 del Código Civil.

Es tal la confianza que el legislador tiene en el acierto del nombramiento hecho por el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, que no ha vacilado en sacrificar los derechos de los demás ascendientes a quienes correspondería el ejercicio del poder paterno a falta de aquellos, excluyéndolos en lo absoluto de tal ejercicio, tan es así que el artículo 471 dispone: "El nombramiento de tutor testamentario, hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los --

ascendientes de ulteriores grados".

Siguiendo este criterio, nuestro artículo 472 del mismo ordenamiento prescribe: "Si los ascendientes, excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela".

La razón de esto es, el deseo del legislador de que los huérfanos - queden bajo la guarda de las personas que mejor pueden atender a sus - necesidades; y es evidente que, cuando los abuelos, por su edad o por - otras causas no son a propósito para el ejercicio de la patria potes- - tad, asiste al padre un justo motivo para elegir un tutor cuya inter- - vención evite graves perjuicios a sus hijos.

Confirmando lo anterior, el artículo 473 del Código Civil dice: "El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje".

Es muy justo, que el que hace un beneficio a un menor, tenga dere- - cho de proveer a la conservación de los bienes que deja, ya para que - el mismo heredero no los dilapide, ya para que los que lo representen, no los conviertan en su propio provecho. El tutor nombrado en estas - condiciones, no es propiamente un tutor, sino un administrador de los - bienes dejados al incapaz; en efecto, la tutela es una institución que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los menores y de - más incapacitados, que no están sujetos a patria potestad, es una con-

tinuación, por decirlo así del ejercicio del poder paterno; ahora bien una tutela como esta, que tan sólo tiene por objeto la administración de algunos de los bienes que forman el patrimonio del incapaz, una tutela que no comprende la guarda de la persona del incapaz, su educación, su representación en la mayoría de los actos de su vida civil, - no puede decirse que sea propiamente una tutela.

La tutela testamentaria tiene lugar, no solamente respecto de los menores de edad, sino también respecto de los individuos sujetos a interdicción por incapacidad intelectual; así lo determina el artículo 475 del Código Civil "El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela. La madre, en su caso, podrá hacer el nombramiento de que trata este artículo".

Si el interdicto tiene cónyuge o hijos no puede nombrársele tutor testamentario, debido a que en tales casos no puede ser el padre o la madre tutor de dicho interdicto, y no siéndolo, claro está que no podrán nombrarle tutor testamentario; en efecto, según los artículos 486 487 y 488 del Código Civil. La tutela de los interdictos pertenece, - en primer lugar, al cónyuge, a falta de él a los hijos mayores de edad y sólo a falta de unos y de otros, al padre o madre del interdicto.

En la actualidad, para la mejor protección de los incapacitados la institución de la tutela prevee el caso de que el adoptante que ejerza la patria potestad, tenga asimismo derecho de nombrarle tutor testamentario a su hijo adoptivo, sujetándole a las reglas establecidas para la designación de tutor testamentario, que hace el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad

en la forma como se ha señalado.

Realizado el análisis de los caracteres que presenta la tutela testamentaria, concluimos que la intención del legislador ha sido la de respetar la voluntad, de quienes teniendo el derecho de ejercitar la patria potestad, a su vez tienen la facultad que les confiere la ley de disponer para después de su fallecimiento a la persona que represente y proteja al incapacitado.

La tutela legítima se establece como forma sustitutiva de la voluntad de los que ejerzan la patria potestad y la ley la establece en favor de los parientes más próximos en grado a partir de los colaterales eligiendo en caso de haber varios del mismo grado a juicio del juez, - el que juzgue más apto o en su caso si el incapaz fuere mayor de dieciséis años corresponderá a éste dicha elección.

El artículo 482 del Código Civil nos dice expresamente cuando proce de la tutela legítima al declarar: Ha lugar a la tutela legítima:

- a) Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;
- b) Cuando deba nombrarse tutor por causa de Divorcio.

El primer supuesto se da cuando no exista persona alguna que ejerza la patria potestad y además, no se le haya nombrado tutor testamentario al incapaz por el último ascendiente que tuviera derecho.

En el segundo caso, se advierte que aún teniendo el incapacitado padres que pudieran ejercer la patria potestad no pueden ejercerla, ni tampoco la tutela por privárseles de ello en sentencia dictada en jui-

cio de divorcio.

El cargo de tutor legítimo corresponde a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

El principio que ha guiado al legislador en la fijación de las personas llamadas a la tutela de los menores, es la relación de mayor afecto e intimidad que existe entre parientes.

Si hubiera varios parientes del mismo grado, el artículo 484 del Código Civil, faculta al juez para que a su prudente arbitrio elija entre ellos al que considere más apto para el ejercicio de la tutela; pero si el menor hubiere cumplido ya los dieciseis años, como se le supone con el discernimiento necesario para saber quien de sus parientes siente más afecto por él, se le deja en libertad de elegir el que más le convenga.

Tratándose de la tutela de los menores de edad, la tutela testamentaria ocupa el primer lugar y la legítima el segundo. En la tutela de los dementes, idiotas, imbeciles, sordo-mudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, pasa lo contrario, la tutela legítima ocupa el primer lugar, quedando relegada al segundo lugar la testamentaria, cuya aceptación está restringida, al caso previsto por el artículo 475 de nuestro Código Civil, o sea para el caso en que sean los padres del interdicto los que ejerzan la tutela legítima, pues, sólo así podrán nombrar tutor testamentario.

El marido es tutor legítimo forzoso de su mujer y ésta lo es de su-

marido. Lo anterior se entiende siempre y cuando sean mayores de edad toda vez que la tutela no puede recaer en menores. A falta de cónyuges, la ley llama al ejercicio de la tutela legítima a los hijos mayores de edad.

Cuando existan dos o más hijos, será preferido para el ejercicio de la tutela el que viva en compañía del padre o de la madre, porque es de suponerse que viviendo junto al interdicto tendrá por él más afecto que los hijos que viven alejados. Siendo varios hijos los que vivan en compañía del incapaz, es facultad del juez elegir al que le parezca más apto.

No teniendo el interdicto cónyuge, ni hijos que puedan desempeñar la tutela, la ley confiere su ejercicio a los padres; quienes se deberán poner de acuerdo respecto a cuál de los dos ejercerá el cargo.

Cuando faltaren los padres, y no habiendo nombramiento de tutor testamentario, la ley confiere la tutela del interdicto a los abuelos, -- los hermanos del incapacitado y los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive y si son varios los parientes del mismo grado, el juez elegirá al tutor entre ellos.

El que sea tutor del interdicto, lo será también de los hijos menores que están bajo la patria potestad del incapaz, si no hubiere otro ascendiente, a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

Para la designación de las personas que deben desempeñar la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados, la ley ha tomado como base, al igual que en la de los menores, el afecto que se presume debe

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

existir en ellos.

El Código Civil vigente en el Capítulo V del Título relativo a la tutela, previene que: "La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores". En el caso expuesto, podemos darnos cuenta que quién mejor para cuidar al menor, que la persona que voluntariamente se ha obligado a hacerse cargo del expósito. "Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos -- del establecimiento". En este caso, no será necesario el discernimiento del cargo porque sería muy engorroso que para cada menor internado, se verificaran los trámites del discernimiento.

Se ha entendido generalmente por tutela dativa aquella que tiene su origen en el nombramiento judicial, considerándola como subsidiaria de la testamentaria y la legítima y como un deber por parte del Estado de no dejar en desamparo a los huérfanos menores de edad y a las personas en quienes concurre alguna incapacidad de las que son causa de tutela; dado que en ciertos casos, el juez no hace más que confirmar el nombramiento del tutor, hecho por el mismo menor, y porque en el caso del menor emancipado la tutela dativa no suple a la testamentaria o legítima sino que se abre de un modo principal.

El artículo 495 del Código Civil establece que la tutela dativa tiene lugar:

I Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley, corresponda la tutela legítima, y

II Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejer--

cer su cargo, y no hay pariente de los designados para desempeñar la tutela legítima.

En cuanto al nombramiento de tutor dativo, la ley faculta al menor si éste ha cumplido dieciseis años para que lo designe, toda vez que lo considera capaz para escoger entre sus familiares o amigos, a la persona que se hará cargo del desempeño; pero se deberá confirmar el nombramiento por el juez si no tuviere justa causa para reprobalo. Sin embargo, si el menor no tuviere la edad requerida, la designación la hará el propio juez de entre las listas formadas cada año por el Consejo Local de Tutelas, con el parecer del Ministerio Público, quien comprobará la honorabilidad de la persona que se elija.

La falta oportuna de designación de tutor dativo por parte del juez origina para esta autoridad la sanción legal consistente en pagar los daños y perjuicios que le fueren ocasionados al menor.

No solamente a falta de tutor testamentario o tutor legítimo, se abre la tutela dativa, puesto que además se prevee el caso de que siempre será dativa la de los menores de edad emancipados, con el fin de que se les represente en asuntos judiciales.

También da lugar a la tutela dativa cuando se está en la hipótesis de que los menores de edad, aún cuando no tengan bienes, no estén sujetos a patria potestad, ni a la tutela testamentaria o legítima. Estendrá por objeto la guarda del menor para que se le eduque, de acuerdo con sus posibilidades económicas y sus aptitudes. El nombramiento de tutor en este caso, será a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor y aún de oficio por el juez de lo Familiar. (artículo 500 del Código Civil).

La tutela dativa se desempeña, en el caso antes mencionado, por el Presidente Municipal del domicilio del menor o por cualquiera de los demás Regidores del Ayuntamiento; por las personas que desempeñan la autoridad administrativa; por los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde radica el menor; por los miembros de la beneficencia pública o privada y los directores de establecimientos de beneficencia pública. (artículo 501 del Código Civil).

Esta tutela no tiene como las anteriores, por fundamento el cariño-presunto de la persona nombrada; y por ello el legislador ha querido que llegando el menor a la edad en que esté dotado de discernimiento, elija él mismo a su tutor, pues se halla entonces en aptitud de conocer la persona que mayor afecto le profesa y de quien puede esperar mayores consideraciones en su orfandad.

No trataremos nada acerca de la extinción, cuentas, personas inhábiles para el manejo de la tutela, retribución, etc., así como de la curatela por no ser objeto de nuestro estudio.

Para concluir diremos que al tener hoy la institución de la tutela algunas innovaciones en su objeto, prepondera el interés de que primordialmente se atienda al cuidado de los sujetos que carecen de capacidad, más que a la administración de su patrimonio, es decir, que la finalidad de la institución va encaminada a una función protectora de los desvalidos y en un segundo término a la administración de su patrimonio. Por ello en nuestra legislación mexicana surgen organismos que tienen la finalidad de cuidar la persona y bienes del incapacitado, como lo son los Consejos Locales de Tutelas y los Jueces Pupilares y con ese motivo, el Estado quedó obligado a proteger y educar a los menores

que por no tener bienes, ni familiares que cuiden de ellos, necesitan que la sociedad los auxilie.

En nuestra opinión consideramos que la tutela es una institución organizada por la ley, para suplir la incapacidad civil de las personas y tiene como finalidad la de protegerlas en la realización de sus actos jurídicos en general.

La tutela está reconocida como función de orden público que tiende a compensar las deficiencias y estado de indefensión en que se encuentra el hombre en sus primeros años de vida, por la falta de experiencia, de educación, o las circunstancias físicas o mentales que producen graves desventajas en la convivencia; la tutela como forma de protección tiene su fundamentación y principal contenido en el sentido gregario y en la solidaridad que toda sociedad jurídicamente organizada ha de fomentar y sancionar debidamente.

LA PATRIA POTESTAD ANTES Y DESPUES DEL DIVORCIO.

1.- Generalidades de la Patria Potestad.

Es la patria potestad una de las instituciones jurídicas más antiguas que ha reconocido la humanidad, tal y como se ha visto en capítulos precedentes; tiene sus orígenes más remotos en el Derecho Romano, del cual se conservan principios rectores en la legislación actual. El antecedente más inmediato de nuestras leyes lo encontramos en la Legislación Francesa. Tanto el Derecho Romano como el Francés y nuestra legislación vigente; determinan como objeto principal de la institución la protección de los descendientes.

No obstante observamos que en los primitivos tiempos de Roma, el poder que ejercían los padres sobre los hijos era absoluto, tanto en su persona como en sus bienes; sin embargo, al correr de los años el derecho antes estricto y riguroso se va humanizando y perfeccionando. Los padres en la época Imperial sólo tienen sobre sus hijos un conjunto de prerrogativas naturales de disciplina que la ley les confería. Aquí - ya observamos la tendencia a la protección de los hijos, objeto principal de la institución. (30)

En Roma la patria potestad se adquiría de tres formas:

- 1) Por Justas Nupcias;
- 2) Por Legitimación, y
- 3) Por Adopción. (31)

(30) CFR. Foignet, René, Manual Elemental de Derecho Romano, P.44-46.

(31) CFR. Petit, Eugene, Op. Cit., P.103.

Actualmente se trata de una institución con fines de protección a niños no emancipados, ya sean hijos legítimos o ilegítimos o inclusive respecto de los hijos adoptivos. (32)

Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores respecto del cual ha quedado establecida legalmente la filiación, sea ésta consanguínea o civil; para que se pueda cumplir con ésta finalidad debe ser ejercida a la vez por el padre y por la madre.

La patria potestad comprende un conjunto de poderes y deberes, impuestos a los ascendientes que ejercerán sobre la persona y bienes de los hijos menores para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia en la medida que su estado de minoridad lo requiera.

Es en realidad la atribución de derechos y obligaciones que se confieren al padre y madre que van a permitir que se cumplan con los deberes que el ordenamiento jurídico imponen para sus hijos.

Colin y Capitant, definen a la patria potestad como "El conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados". (33)

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, so-

(32) CFR. Garfias Galindo, Ignacio, Op. Cit., P. 629. Número 317.

(33) Colin y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo II, P. 20.

bre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales". (34)

Para Galindo Garfias, la patria potestad es "La autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En ésta manera aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad". (35)

Consideramos que ésta última definición es la más acertada, ya que partimos de la idea de que el cuidado de los menores que se atribuyen a los padres se da frente al conjunto de facultades y obligaciones que descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes para desempeñar ésta función.

La patria potestad tiene su origen en la filiación, la cual según Planiol es "La relación que existe entre dos personas de las cuales -- una es el padre o la madre de la otra". (36)

El artículo 414 del Código Civil vigente establece que la patria potestad sobre los hijos del matrimonio se ejerce:

- a) Por el padre y la madre;
- b) Por el abuelo y la abuela paternos, y
- c) Por el abuelo y la abuela maternos.

(34) Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II. P. 251. Número 1636.

(35) Garfias Galindo, Ignacio. Op. Cit. P. 630. Número 317.

(36) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Op. Cit. Tomo IV. P. 214.

Por lo que de éste artículo se desprende que a falta o por impedimento de los padres, ejercen la autoridad los abuelos en el orden que determine el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En resumen, podemos decir que, la patria potestad, en el Derecho Moderno, no sólo ha reducido su ámbito de aplicación hasta el momento de la mayor edad o emancipación de los hijos, sino que ha evolucionado radicalmente, transformándose de un poder absoluto de carácter eminentemente privado, establecido en beneficio del padre, en una función defensora de carácter social y casi público, en beneficio de los menores, controlada por órganos y autoridades especiales que aseguran y garantizan los derechos de aquellos, respecto de sus personas y de los bienes que les pertenecen, ya que como establece el artículo 413 del Código Civil la patria potestad se va a ejercer tanto en la persona como en los bienes de los hijos, puntos que analizaremos posteriormente.

2.- Efectos Sobre La Persona Del Hijo Antes Del Divorcio.

Nuestro Código Civil vigente en su artículo 411 establece que: "Los hijos tienen la obligación de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, cualquiera que sea su estado, edad y condición". Sin embargo, éste precepto es únicamente ético originado en el Código de Napoleón, que no tiene señalada ninguna sanción, y que es, sin embargo la base para la subsistencia sólida de la familia, pues no existiendo el respeto de los hijos para sus padres, no tendrían los padres ninguna autoridad moral sobre ellos para educarlos, dirigirlos, corregirlos etc.

Ya vimos que el código dispone que los hijos deben honrar y respe-

tar a sus padres; pero ésta obligación no es exclusiva o derivada de la patria potestad, puesto que sus alcances van más allá de ésta institución, la cual se termina con la mayor edad del hijo sin que la obligación de honrar y respetar se extinga.

Con respecto a la patria potestad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, podemos decir, que la ejercen el padre o la madre que lo hayan reconocido y en caso de que vivan juntos la patria potestad y la custodia ambos.

Si no viven juntos y lo reconocen ambos, la patria potestad la ejercen ambos y la custodia la ejercerá el cónyuge, conforme al convenio que se haya establecido, y si no se llegó a convenio alguno decidirá el Juez de lo Familiar, según lo establece el artículo 380 del Código Civil.

En el caso en que vivieran juntos y el reconocimiento haya sido hecho en forma sucesiva, la patria potestad será de ambos progenitores y la custodia le corresponderá al que lo haya reconocido primero, salvo que exista un convenio entre los padres y el Juez de lo Familiar no juzgue conveniente modificar el convenio por causa grave. (artículos 415, 380 y 381 del Código Civil).

En tanto en el caso de los hijos adoptados, el adoptado continuará formando parte de su familia natural y seguirá conservando en ella todos sus derechos, salvo la patria potestad que pasará al adoptante, según lo establece el artículo 403 del Código Civil.

La patria potestad no se extiende a los ascendientes de los padres adoptivos, sobre el hijo adoptivo, sólo la ejercen las personas que lo

adoptan según lo establece el artículo 419 del Código Civil vigente.-- Al no haber lazos sanguíneos de unión entre las partes, no podrá confiarse ésta importante misión a los demás ascendientes de los adoptantes y sólo pueden ejercerla éstos, quienes fueron debidamente autorizados e investigados al conferirles ese derecho.

La relación jurídica que implica la patria potestad supone la existencia de derechos y obligaciones para ambas partes, es decir, derechos y obligaciones de las personas sujetas a la patria potestad y derechos y obligaciones de las personas que la ejercen; sin embargo, --- nuestra legislación no es abundante en lo que se refiere a obligaciones de las personas sujetas a patria potestad, no así en lo que se refiere a las obligaciones que tienen quienes ejercen la patria potestad.

Por poner un ejemplo de las obligaciones que estipula nuestro Código Civil a las personas que están sujetas a la patria potestad podemos mencionar el artículo 421, el cual establece que: "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la --- ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente". -- Sin embargo, nosotros consideramos que ésta obligación del hijo, necesaria para poder cumplir funciones educativas y de corrección de los -- padres, es, desde otro punto de vista, un derecho, el derecho que tienen los hijos a recibir habitación; por lo que se puede ver que las -- personas sujetas a la patria potestad cuentan con un mayor número de -- prerrogativas de aquellos que la ejercen.

La costumbre admite que los padres tienen derecho de castigar a sus hijos para obligarlos a someterse a su autoridad, pero con la condi--- ción de que se trate de castigos sin gravedad, aplicados en interés -- del hijo y de la familia, ya que todo abuso está sancionado por la ley

con la privación del ejercicio de la patria potestad, según lo establece el artículo 444 fracción III del Código Civil.

Es conveniente precisar, tratándose del derecho de corrección en -- unión del derecho de dirección general sobre la persona del hijo, que no se trata en realidad de derechos distintos, sino que por el contrario, el primero es más bien la sanción del segundo, o sea, el derecho de corrección es un medio dado a los padres para obligar a sus hijos - a la obediencia; el cual se encuentra contemplado en el artículo 423 - del Código Civil.

Concretamente podemos decir que los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente; - por consiguiente, actualmente no resulta ya exacto del todo, hablar de un derecho de corrección paterna, como se entendía en la antigüedad en todas las sociedades, o sea, el correspondiente al castigo corporal -- del hijo indisciplinado o vicioso. Por lo que consideramos que es muy importante citar la opinión de los juristas franceses Mazeaud, en el - sentido de que consideran al derecho de corrección inútil, incluso con las atenuaciones que le han sido introducidas, debiendo pues, ser éste derecho condenado, (37). Opinión que hacemos nuestra en virtud de que consideramos tanto al derecho en cuestión, como a su ejercicio indebido, como resultantes del problema que representa la infancia desventurada.

Se puede decir que el derecho de corrección en poder de los padres es duramente criticado, y aún más el rigor con que se pueda ejercer, -

(37) Mazeaud, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. IV. P. 99.

ya que es de considerarse, como uno de los principales orígenes del -- abandono de hogar por parte de los hijos.

Podemos resumir brevemente diciendo que éste derecho es sólo un ves tigio del antiguo Derecho Romano, concretamente del ejercicio de la pa tria potestad acompañado de su primitiva rudeza hasta llegar a conside rarse en la actualidad como una simple medida disciplinaria o como facultad limitadísima otorgada a los padres.

Aunque el matrimonio es el medio normal para la paternidad, en realidad el matrimonio no es la institución generadora de la patria potes tad, la cual deriva de la paternidad reconocida de un hijo, haya matri monio o no lo haya.

Por lo que respecta a los alimentos, podemos decir que en principio la obligación de proporcionarlos recae sobre los ascendientes y a favor de sus descendientes, pero éstos también están obligados a proporcionar alimentos a sus ascendientes; por lo tanto, la obligación alimenticia es recíproca. Quien está obligado a proporcionar alimentos - lo debe hacer según sus posibilidades y con relación a la necesidad de quien los recibe. (artículos 301, 303, 304 y 311 del Código Civil).

Los alimentos comprenden:

- a) La comida;
- b) El vestido;
- c) La habitación, y
- d) Los gastos en caso de enfermedad.

Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además:

- 1) Los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y
- 2) Proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (artículo 308 del Código Civil).

En cuanto a la educación de los hijos, la ley exige que cuando menos se les proporcione la instrucción primaria (artículo 3 Constitución Fracción VI). Con esto se evita que los hijos menores sean unos analfabetas y por lo tanto una carga para sus padres y para la sociedad. La instrucción primaria aunque sólo proporciona algunos conocimientos generales y básicos, ya es el sustento para que los hijos puedan obtener un modo honesto y decoroso para subsistir. Sin embargo, -quisiéramos recalcar que educar convenientemente no es tan solo dar --instrucción, su alcance es considerablemente mayor. La escuela instruye, pero el hogar es el que educa, por lo que los padres no deben delegar la obligación de educar a sus hijos a los maestros.

3.- Efectos Sobre Los Bienes Del Hijo Antes Del Divorcio.

Comenzaremos por distinguir los dos tipos de bienes que existen --- mientras el hijo se encuentra sujeto a la patria potestad. (artículo - 428 del Código Civil).

En primer lugar encontramos los bienes que adquiera por su trabajo, los cuales pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo (artículo 429 del Código Civil); como podemos observar nuestro código sigue el criterio de quien es capaz de obtener un bien por su trabajo-

personal, es también capaz de administrarlo, y, por lo tanto no le concede ningún derecho de usufructo a los padres.

En segundo lugar, están los bienes que adquiriera por cualquiera otro título; en este caso la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado se estará a lo dispuesto por el testador o donante en el testamento o donación. (artículo 430 del Código Civil).

Con esto podemos observar que nuestra legislación busca fundamentalmente la protección de los intereses de los hijos y deja la puerta --- abierta para que los padres si desean mayor beneficio del hijo, renuncien en su favor al usufructo que les corresponde, renuncia que deben hacer por escrito y que se considera como donación. (artículos 431 y 432 del Código Civil).

De la lectura del artículo 433 se desprende que el criterio del legislador es concederle derecho de usufructo a quien ejerce la patria potestad, como una compensación por la administración de los bienes -- del menor, pero no como un derecho derivado de la patria potestad misma, pues dicho artículo dispone que los réditos y rentas que se hubieren vencido antes de que tome posesión de los bienes quien ejerza la patria potestad, corresponderán íntegramente al hijo, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza dicha potestad.

Podemos observar que la administración y el usufructo de determinados bienes corresponden a quienes ejercen la patria potestad. La ley-

así lo determina, (como fue constatado anteriormente), en vista de que son incapaces y faltos de experiencia los hijos para gobernarse así -- mismos, y administrar sus bienes durante cierto período de su vida.

Como se ha venido mostrando a lo largo de éste inciso, la administración es una facultad limitada en sí misma, ya que no comprende la libre disposición de los bienes del hijo, pues atentaría contra el principio de conservación de dichos bienes que impera en ésta figura. Cuando sea de absoluta necesidad o evidente beneficio para el hijo la disposición de ciertos bienes, el ascendiente que ejerce la patria potestad, deberá solicitar autorización al Juez de lo Familiar para la ejecución de los actos tendientes a ello y será en éste momento cuando se demuestren los extremos de necesidad o beneficio a que hace referencia el Código Civil en su artículo 436. El juzgador está obligado además a cuidar que el producto de la disposición de los bienes se invierta en favor del menor, según lo establece el artículo 437 del mismo ordenamiento legal.

El Código Civil establece en sus artículos 439 y 442 que los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuentas de la administración que realizan de los bienes de los hijos y que una vez que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad les deberán de entregar todos sus bienes y frutos a que tengan derecho.

Como se puede observar, nuestra legislación sigue la corriente moderna en el sentido de proteger lo más posible los intereses del hijo; no sigue los lineamientos romanos de proteger esencialmente los intereses del padre, concede siempre al hijo la propiedad de los bienes que adquiere aún cuando parte del usufructo lo conceda al administrador -- que ejerce la patria potestad. Por otra parte en nuestro código la pa

tria potestad se concede por igual al varón y a la mujer.

4.- La Representación Del Hijo Antes Del Divorcio.

Dice el artículo 425 del Código Civil: "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de éste Código".

Cuando la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, mutuamente designarán al administrador y el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración. (artículo 426 del Código Civil).

Antes de ésta reforma el administrador era siempre el varón. (Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1954).

No nos dice el código cuales son los actos importantes en la administración, de suerte que en caso de discrepancia de opinión entre quienes ejercen la patria potestad, habrá que recurrir a la resolución judicial, a través de las llamadas controversias de orden familiar.

Los ascendientes que ejercen la patria potestad representan al menor en toda clase de actos jurídicos tanto dentro como fuera del juicio. Esta facultad se ejerce en razón de que el menor no puede por sí mismo disponer de sus bienes ni de su persona, en virtud de ser un in-

capaz y de contar únicamente con la capacidad de goce, no así la capacidad de ejercicio, es decir, los menores de edad tienen la facultad para ser titulares de derechos o sujetos de obligaciones, pero no pueden jurídicamente hacer valer esos derechos o contraer obligaciones. (artículo 427 del Código Civil).

La representación legal derivada de la patria potestad también tiene ciertos límites, de tal suerte que quien la ejerce no puede celebrar contrato de arrendamiento por más de cinco años; recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados por menor valor del que se cote en la plaza el día de la venta, hacer donaciones de los bienes o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en su representación. (artículo 436 del Código Civil).

5.- La Situación Durante El Juicio De Divorcio.

Durante el juicio de divorcio, la patria potestad la ejercerán tanto el padre como la madre. Lo que acontece durante la tramitación del juicio no son más que alteraciones que se sufren en forma provisional, por lo tanto, lo más conveniente será el no alterar el régimen de la patria potestad sino en lo más indispensable; por lo que hasta que no exista sentencia ejecutoriada no se pierde ésta; a menos que exista una razón suficiente para que se pierda antes, como lo señala nuestro Código Civil en su artículo 444.

No sólo por el divorcio decretado se modifica la situación de los cónyuges en relación a sus hijos, sino desde que se inicia el divorcio los hijos quedan sujetos a situaciones previstas por la ley.

Cuando se inicia el juicio de divorcio con la demanda correspondiente o antes, si hubiere urgencia se dictarán provisionalmente, y sólo - mientras dure el juicio, las medidas cautelares que establece el artículo 282 del Código Civil y que ya fueron vistas en el capítulo anterior, por lo que ya no nos detendremos a mencionarlas nuevamente.

De éstas medidas cautelares se desprende que la ley es protectora - de los menores sujetos a patria potestad, tanto en su persona, como en sus intereses económicos.

De acuerdo con el artículo 284 del Código Civil, antes de que se resuelva en definitiva sobre la patria potestad o tutela de los hijos, - el juez podrá acordar cualquier providencia que se considere benéfica- a los menores, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores.

Por ser la patria potestad una consecuencia de la relación paternidad-filiación, las obligaciones derivadas de ella no se extinguen; el artículo 285 del Código Civil dispone que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones -- que tienen con sus hijos.

La situación estable nacerá al dictarse la sentencia definitiva. - En el aspecto de la guarda de los hijos es donde en realidad encontramos mayores problemas, y por lo tanto hay que tomar las medidas necesarias para resolverlos, teniendo como principios rectores las reglas generales determinadas en la ley, como son la edad de los hijos y la conducta de los cónyuges, para resolver la situación en que deben quedar - en forma provisional los hijos.

La guarda de los hijos consiste en la obligación que tienen los pa-

dres de tener a su lado a los hijos, dirigir su persona, reglamentando todo lo relativo a su educación, amistades y principalmente su vida espiritual.

Los padres podrán hacer que sus hijos menores vuelvan al hogar conyugal, aún por medio de la fuerza pública, según lo establece el artículo 423 del Código Civil.

El cónyuge que pierda, aunque sea en forma provisional la guarda de sus hijos, quedará obligado a contribuir a los gastos de los mismos y tendrá el derecho de vigilar tanto sus relaciones, como su educación, y de oponerse en lo que crea que sea perjudicial para ellos, según lo establece el artículo 275 del Código Civil.

La educación consiste en la obligación que tienen los padres de proporcionar a sus hijos los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad, tanto moral como intelectual. Pero los padres no están obligados a proporcionar un capital a sus hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado. (artículo 314 del Código Civil).

Mientras que la dirección va a consistir en la obligación que tienen los padres de ver por sus hijos, cuidando de sus acciones y de su desenvolvimiento, dirigiendo sus acciones y reglamentando sus relaciones sociales.

En lo que se refiere a la administración y al usufructo de los bienes de los hijos, por lo general no sufren cambios en ésta etapa provisional; ya que en la mayoría de los casos es el padre el que realiza -

la administración y continúa con el usufructo de los bienes de los hijos, por lo tanto, lo más conveniente será que continúe en ella, a no ser que existan motivos especiales, por los cuales fuere necesario, a juicio del juez, removerlo del cargo.

Si la administración la tienen tanto el padre como la madre, se deben poner de acuerdo para determinar quién de los dos será el administrador, pero con la obligación de consultar al otro cónyuge en todos los actos importantes de la administración.

Tratándose de la situación durante el procedimiento de divorcio, lo anteriormente expuesto resultaría casi imposible el que los cónyuges se pusieran de acuerdo por la misma situación existente, por eso creemos que tanto la administración, como el usufructo de los bienes de los hijos los debe conservar el padre, quien es el que generalmente se encarga de dichas funciones, excepto cuando existan causas graves que ameriten su destitución; como serían todos aquellos casos en que tenga un interés opuesto al de sus hijos.

En cuanto a la representación de los hijos, sí se altera, ya que la tendrá en todo lo relativo a su persona y educación el cónyuge que tenga la guarda de ellos, con esto se evitan las interferencias entre ambos cónyuges.

Con respecto a los alimentos, por regla general, el esposo es el -- obligado a proporcionarlos, tanto a los hijos como a su esposa, según lo establece el artículo 282 fracción II del Código Civil.

Durante el procedimiento de divorcio, los hijos están obligados a --

vivir con el cónyuge o con la persona a quien el juez le otorgue el de recho provisional de la guarda de ellos.

Ya antes se afirmó que para que los hijos puedan abandonar la casa de sus padres, necesitan permiso de la autoridad competente, ya que -- los padres pueden obligar a sus hijos a regresar al hogar aún por la - fuerza pública.

En el divorcio por mutuo consentimiento, ninguno de los cónyuges di vorciados perderá la patria potestad sobre sus hijos. Sin embargo, su ejercicio sufrirá modificaciones, que se determinarán en el convenio - que se acompaña a la demanda inicial, y no obstante que dicho convenio lo formulan de común acuerdo los esposos, éste se deberá regular con-- forme a las disposiciones expresas de la ley. Por lo tanto, los con-- sortes no podrán convenir en que los hijos menores de siete años que-- den al lado del padre, salvo casos excepcionales que la misma ley de-- termina. Ni se harán valer disposiciones en las que se perjudiquen a los menores; precisamente la labor del Ministerio Público será la de-- fensa de los intereses de los menores.

Podemos decir que el legislador dejó que en estos casos de divorcio sean los propios cónyuges quienes determinen quien se encargará de la guarda de los hijos.

En el Divorcio Necesario, el cónyuge que diere causa al divorcio, - perderá la patria potestad sobre sus hijos; en caso de que ambos con-- sortes fueren culpables, la patria potestad se transmitirá al ascen-- diente que la ley determine y a falta de éste, se le nombrará al menor un tutor.

6.- Efectos Sobre La Persona Del Hijo Después Del Divorcio.

Así como el derecho de guarda corresponde solamente a uno de los -- cónyuges, el de vigilancia siempre lo tendrán ambos. Claro está que -- por ejemplo, la educación de los hijos principalmente será dirigida -- por el cónyuge que tiene a su lado a los hijos, pero el otro consorte -- tendrá derecho de controlar ésta y manifestar lo que crea conveniente, y en caso de que no exista común acuerdo entre los cónyuges podrá ha-- cerlo saber así al juez competente. Por lo tanto, más que un derecho -- de vigilancia, es un deber irrenunciable que tiene el esposo que no -- conserve la guarda de sus hijos.

En todo lo que se refiera a la educación, religión, alimentos, etc. cada uno de los padres tiene acción para recurrir a la autoridad compe -- tente cuando crea que el otro cónyuge está actuando en perjuicio de -- sus hijos.

El cónyuge inocente del divorcio podrá reglamentar las relaciones - de sus hijos, sus amistades, proporcionarles orientación para elegir - una carrera profesional, darles consejos y en general, todo aquello -- que sea benéfico y provechoso para ellos.

Quien tiene la guarda de los hijos, tiene la obligación de educar-- los convenientemente, pero como ya antes se ha afirmado, el cónyuge -- privado de la guarda, tiene derecho a vigilar todo lo relativo a la -- educación y dirección de sus hijos, y oponerse a todo aquello que crea inconveniente, para lo cual podrá recurrir al juez, quien deberá resol -- ver el caso concreto como buen padre de familia, y siempre defender el interés de los menores. Pero aquí sólo se trata de un simple derecho -- de vigilancia ya que el cónyuge culpable perderá el derecho de dirigir

la educación de sus hijos.

El derecho de corregir a los hijos lo conserva únicamente el cónyuge que tiene la guarda de sus hijos. Ya que el derecho de corrección es un complemento al de la guarda y educación de los menores, el cónyuge que tenga la guarda de los hijos podrá también solicitar que se apliquen las medidas que crea necesarias con relación a sus hijos. También solicitar el auxilio de las autoridades en caso necesario, y éstas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos, prestarán el apoyo suficiente a las personas que ejerzan la patria potestad, según lo establece el artículo 423 del Código Civil.

El cónyuge que ha sido privado del derecho de guarda, tiene pleno derecho a visitar a sus hijos. Los padres son los que deben llegar a un acuerdo mutuo en lo que se refiere a éste derecho, y a falta de él, los jueces deberán establecerlo, tomando como principio el que no se perjudique a los hijos, ni se lesione la dignidad de los padres, y según las circunstancias de cada caso concreto, los cónyuges, de común acuerdo, pueden determinar el lugar en donde se puedan llevar a cabo las visitas, ya sea el domicilio de los propios padres, o el de algún pariente o amigo, o bien en algún lugar neutral, procurando que se disponga de las comodidades, ambiente y libertad adecuados para tal objeto, y procurando en todo caso, evitar las discusiones entre los padres que resultarían perjudiciales a los hijos. El sistema establecido para llevar a cabo las visitas, podrá ser modificado cuantas veces sea necesario; en caso de que no se pongan de acuerdo los padres en éste punto, el juez lo reglamentará, tomando en cuenta todas las circunstancias existentes.

En el divorcio necesario el cónyuge culpable es sentenciado al pago de alimentos en favor del inocente. Mientras que en el divorcio por -

mutuo consentimiento, la mujer tiene derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de tiempo que duró el matrimonio, siempre y cuando no se vuelva a casar o se una en concubinato. Por lo que respecta al hombre en éste tipo de divorcios tendrá el mismo derecho de que goza la mujer siempre y cuando esté imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes para subsistir, esto mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. (artículo 288 del Código Civil).

Por regla general ambos cónyuges están obligados a proporcionar alimentos a sus hijos, según sus recursos, y con relación a las necesidades de aquellos. Los padres quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, sin importar quién fue el culpable del divorcio, según lo establece el artículo 287 del Código Civil.

Por medio del derecho de vigilancia, el cónyuge privado de la guarda de sus hijos y obligado a proporcionar alimentos, tiene derecho a exigir del padre que tiene bajo su custodia a los hijos, rinda cuentas y precise en qué empleó o invirtió el dinero que le entregó por concepto de pensión alimenticia para sus hijos y aún puede requerir la intervención judicial, cuando sea necesario.

Quisiéramos mencionar las características de la obligación alimenticia para poder entender su importancia, así pues, éstas son:

I ES RECÍPROCA.- el que dá alimentos tiene a su vez el derecho de pedirlos. (artículo 301 del Código Civil).

II ES PERSONALÍSIMA.- y se extingue con la muerte del deudor alimentario, o con el fallecimiento del acreedor.

III ES INTRANSMISIBLE.- tanto por herencia, como durante la vida del -

acreedor o del deudor alimentario.

IV ES INEMBARGABLE EL DERECHO CORRELATIVO.- ya que si la ley permitiera su embargo, se suprimiría a las personas de lo necesario para subsistir.

V ES IMPRESCRIPTIBLE.- la obligación de dar alimentos, pero no las pensiones vencidas, las cuales prescriben en cinco años contados desde el vencimiento de cada una de ellas.

VI ES INTRANSIGIBLE.- sólo podrá haber transacción sobre las cantidades vencidas. El Código Civil define al contrato de transacción como aquel por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura. (artículo 2944).

VII ES PROPORCIONAL.- según las posibilidades de quien debe dar alimento y con relación a las necesidades de quien los recibe.

VIII ES DIVISIBLE.- ya que se puede cumplir en diferentes prestaciones. Si son varios los obligados a dar alimentos y todos tuvieren posibilidades para hacerlo, se repartirá el importe entre todos según los haberes de cada uno. Si sólo uno tiene posibilidades, éste cumplirá la obligación totalmente, según lo disponen los artículos 312 y 313 del Código Civil.

IX CREA UN DERECHO PREFERENTE.- en favor de la esposa y de los hijos sobre cualquiera otra obligación del esposo, que debe dar alimentos.

X LOS ALIMENTOS NO SON COMPENSABLES, NI RENUNCIABLES, .- por ser un crédito de interés público.

XI NO SE EXTINGUE POR SU CUMPLIMIENTO.- ya que tratándose de prestaciones continuas, subsistirán éstas mientras tenga necesidad de ellas el acreedor y que el deudor tenga posibilidades para cumplir con ellas(38)

(38) Cfr. Rojas Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Vol. I, P. 274 a 297.

7.- Efectos Sobre Los Bienes Del Hijo Después Del Divorcio.

Con respecto a los bienes de los hijos podemos decir que éstos quedan exactamente igual que antes de que se divorciaran los padres, y -- por lo tanto ambos seguirán administrando los bienes del hijo, a menos que a causa del divorcio el juez considere que uno de ellos es culpable y amerite la pérdida de la patria potestad y en éste caso el que -- conserve la patria potestad sobre su hijo será quien administre sus -- bienes.

En nuestro derecho el juez está facultado para tomar las medidas -- que crea convenientes para impedir que las personas que administran -- los bienes del menor los derrochen o disminuyan. Estas medidas las to -- marán:

- a) a instancia de las personas interesadas;
- b) del menor si ha cumplido catorce años, o
- c) del Ministerio Público. (artículo 441 del Código Civil)

Por lo tanto, puede el juez privar de la administración a las perso -- nas que ejerzan la patria potestad cuando así lo crea conveniente para los intereses del menor.

Como se dijo anteriormente, nuestra legislación otorga la mitad del usufructo de los bienes de los hijos a las personas que ejercen la patria potestad, por lo tanto, el cónyuge culpable del divorcio perderá el usufructo de los bienes de los menores, ya que éste perderá la patria potestad sobre sus hijos.

El cónyuge inocente se beneficia del derecho de usufructo legal, --

aún cuando no tuviera a su hijo en custodia. Cuando los dos esposos son culpables, el derecho de usufructo legal se extingue. (39)

Los padres que disfruten indebidamente de los bienes de sus hijos, deberán restituir los frutos; pero si no tienen el usufructo de los bienes de los hijos y han proporcionado alimentos al hijo, podrán deducir dichos gastos de la cantidad a que están obligados a devolver, ya que en éste caso teniendo el hijo rentas de las cuales pueda vivir, los padres no están obligados a proporcionárselos.

Lo anterior no tendrá efectos si el hijo hubiere trabajado para el padre, ya que todo el que se aproveche del trabajo de otro, tendrá la obligación de proporcionarle cuando menos, los alimentos. (40)

El artículo 980 del Código Civil define al usufructo como el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos. El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos, sean naturales, industriales o civiles. (artículo 990 del Código Civil).

Por su parte Genty nos dice que:

Son Frutos Naturales, los productos espontáneos de la tierra. Las crias y productos de los animales.

Son Frutos Industriales, los obtenidos mediante cultivo.

Son Frutos Civiles, los alquileres de las casas de habitación y fincas rústicas, y los intereses de sumas exigibles. (41)

(39) Ibarrola de, Antonio. Derecho de Familia. P. 372.

(40) Genty. Tratado del Usufructo del Uso y de la Habitación. P. 408.

(41) *Ibidem*. P. 85-87.

Si tanto el padre como la madre ejercen la patria potestad sobre -- sus hijos se dividirán el usufructo en partes iguales.

8.- La Representación Del Hijo Después Del Divorcio.

Como se mencionó anteriormente, las personas que ejerzan la patria-potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella. Si la patria potestad se ejerce tanto por el padre como por la madre,-- se deben poner de acuerdo para que uno de ellos sea el que administre- los bienes de los hijos. Sin embargo, requiere el consentimiento ex-- preso del otro consorte para la realización de los actos más importan- tes.

Por regla general, el padre es el representante de los hijos, pero se puede dar el caso de que las personas que ejercen la patria potes-- tad tengan intereses opuestos a los de los menores; en éste caso, a -- los hijos los representará un tutor que nombra el juez, según lo esta- blece el artículo 440 del Código Civil. En los casos de divorcio, el- cónyuge no culpable conservará la patria potestad sobre sus hijos; por lo tanto, aquí no existe problema ya que quien conserva la patria po-- testad tendrá también la representación de sus hijos.

Como antes se ha afirmado, por lo general quien representa a los hi jos es el padre, pero ésta no sería la solución adecuada, ya que si -- por ejemplo, en un divorcio voluntario, quien tiene la guarda de los - hijos es la madre, ésta no tiene porque seguir dependiendo del esposo, independientemente de que ambos conservan la patria potestad sobre sus hijos; ya que sería además, molesto y se originarían infinidad de con- flictos entre los padres de los hijos, ya que la esposa tendría que --

acudir a su esposo para cualquier gestión, que se refiera a la persona de los hijos que se le han encomendado.

Por lo tanto, la solución adecuada sería que quien tenga la guarda de los hijos, tuviera también la representación de ellos para toda clase de asuntos judiciales y extrajudiciales en los que sea necesaria su intervención, sin importar que ambos conserven la patria potestad de sus hijos, y únicamente llamar al cónyuge que no tenga la guarda de sus hijos en caso de que se observe un interés opuesto al de los hijos por parte del otro cónyuge.

Esta propuesta, pensamos que se podría incorporar en el artículo 427 del Código Civil, el cual establece que: "La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente". Por lo que consideramos que podría quedar así: "La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio, y en caso de que los que ejerzan la patria potestad estén divorciados, quien tenga la guarda de los hijos, tendrá también la representación de ellos para toda clase de asuntos judiciales y extrajudiciales en los que sea necesaria su intervención, sin importar que ambos conserven la patria potestad de sus hijos, y únicamente llamar al cónyuge que no tenga la guarda de sus hijos en caso de que se observe un interés opuesto al de los hijos por parte del otro cónyuge; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso del consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".

9.- La Custodia Del Hijo.

Comenzaremos diciendo que: "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 guarda o custodia del hijo que en casos de divorcio, puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad: La guarda del menor hijo, implica esencialmente la atención, defensa, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la atención del menor hijo, porque tal atención es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurar lo en la satisfacción de todas sus necesidades". (42)

Por lo anteriormente expuesto podemos observar que la custodia o guarda (como es llamado más frecuentemente) implica una gran responsabilidad, por lo que hemos decidido dedicarle un inciso completo, no obstante de que ya fue tratada someramente.

Pues debe entenderse que no es la regla el que los progenitores detentan con exclusividad el ejercicio del derecho de guarda, pues en contra del dogma de la intangibilidad de la autoridad paterna, se acude a los intereses más caros como lo son la protección a la infancia desgraciada o abandonada; el quitar al padre indigno el ejercicio de la patria potestad y los atributos más efectivos de que se encuentra dotada, procediendo a la amputación del más importante de todos o sea el derecho de guarda y sus corolarios los derechos de vigilancia y educación, para investir de los mismos a la madre, o a una persona de la

(42) 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.

familia o en última instancia a un establecimiento idóneo; en consecuencia la pérdida a que aludimos se concentra y se limita al derecho de guarda, por ser lo esencial al sustraer al hijo del medio funesto en que se encuentra o donde se le inflingen malos tratos, conservará pues el padre desprovisto del derecho de guarda los restantes atributos de la patria potestad mas no la custodia. (43)

El derecho de guarda es definitivamente por su naturaleza uno de los intereses más caros de la sociedad y del estado, por el solo hecho de estar ligada íntimamente a las instituciones de la patria potestad y de la tutela, instituciones cuyo mecanismo lo determinan.

La custodia de los menores es de una importancia considerable en los casos de divorcio, puesto que constituye la disputa principal en la mayoría de éstos. Las medidas que se toman al respecto, ya sean provisionales o definitivas, por los tribunales, siempre atendiendo al interés de los hijos, siendo las facultades del juez o del tribunal amplísimas, fijándoseles como único límite a estos poderes el que sus medidas tengan como base el que hayan sido solicitadas sea por uno de los cónyuges, el Ministerio Público o por la familia en general, aún en el caso de un pariente cualquiera que no tenga interés en el juicio (44). En uso de tales facultades pueden otorgar la custodia incluso a terceros prefiriéndose a los abuelos. En principio los hijos son confiados al cónyuge que haya obtenido el divorcio a menos que el juez a petición de los familiares del menor disponga otra cosa por considerar lo de mayor conveniencia de los intereses del menor.

(43) *Josserand, Louis, Derecho Civil. P. 295.*

(44) *Mazeau, Henri, León y Jean. Op. Cit. .P. 488.*

El cónyuge que se encuentre retirado de este derecho, conserva determinadas prerrogativas como lo son el vigilar el mantenimiento y educación de los hijos, en la inteligencia de que la vigilancia del hijo por aquel de sus progenitores que carece de la guarda, no tan sólo reviste un derecho sino la obligación de contribuir al mantenimiento y a la educación del mismo.

Estas prerrogativas implican para el otro cónyuge la obligación de tolerarlas así como escuchar opiniones y permitir la correspondencia - como las visitas con el menor sujeto a su guarda, todo ello de conformidad con las modalidades que establezca la resolución judicial.

En éste sentido los juristas Mazeaud exponen acertadamente que: "La cuestión de la guarda de los hijos es la que origina los debates más violentos, por tender generalmente cada uno de los esposos a obtenerla o conservarla". (45). Aspecto al que añadimos nosotros que frente al egoísmo de los progenitores no se debe olvidar que el menor ante éstas controversias, puede tener preferencias por uno de los progenitores, - preferencias que pueden tener bases fundamentadas y que al ser escuchadas por el tribunal puedan influir en una justa decisión.

Podemos decir que el derecho de guarda supone en sí, la necesidad de dirigir al hijo, vigilar su correspondencia, sus relaciones, velar por su instrucción, su carácter y extensión, y elegir su religión.

Es manifiesto el sinnúmero de problemas a resolver que se plantean al pronunciarse el divorcio y aún dentro del proceso, problemas que re

(45) *Ibidem*, P. 488.

visten una gravedad extrema cuando al aspecto de la guarda se refieren dado que la situación anterior no puede continuar siendo la misma para los hijos una vez que se haya fallado en el divorcio, puesto que ya el hogar no existe por decirlo así ante su presencia. Es tanta la importancia que las legislaciones le dan a las medidas que sobre la guarda de la prole se tomarán en los casos de divorcio, que aunado a la labor de los tribunales, del Ministerio Público y la familia, se tiende a -- evitar que los hijos sufran lo menos posible las consecuencias que implican la disolución del vínculo matrimonial.

De aquí que hagamos nuestro, el planteamiento general que de éste - problema expone el jurista Jossierand, considerando que: Primero; no de be privarse a los hijos de un matrimonio divorciado, de ninguna de las ventajas que les confieren las leyes; Segundo, los progenitores no deben ser eximidos del cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley, tales como la de alimentos, el proporcionar a los hijos una -- educación, etc. y Tercero, al ser regulada principalmente en el divorcio la cuestión de la guarda de los hijos deberán perseguirse diferentes finalidades, todas ellas con un común denominador, el de proverse a las mejores condiciones de existencia siempre en interés de la prole (46).

Nosotros consideramos que ésta propuesta tan brillante que hace Jossierand bien podía incorporarse en el artículo 283 de nuestro Código - Civil el cual establece que: "La sentencia de divorcio fijará la situa ción de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias fa-- cultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, - según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, -

(46) Jossierand, Iouis.cp. Cit.,P.187.

debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor. Quedando de la siguiente manera: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, a los cuales no se les privará de ninguna de las ventajas que les confieren las leyes, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, persiguiendo diferentes finalidades, todas ellas con un común denominador, el de proveerse a las mejores condiciones de existencia siempre en interés de la prole debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello; así como también el asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones que les impone la ley a los progenitores, tales como la alimentación, educación, etc.. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

Por principio los hijos son confiados judicialmente a aquél de los cónyuges que ha obtenido el divorcio, la guarda es pues una de las materias más importantes de la controversia en el juicio de divorcio.

Empero el principio enunciado en el párrafo anterior puede sufrir determinadas excepciones como lo son el confiar la custodia del hijo al cónyuge culpable, contra quien se pronunció el divorcio, por considerarse necesario e imprescindible, como lo sería la utilidad de que viera por el hijo de tierna edad.

Colín y Capitán señalan que puede confiársele la guarda del hijo -

al cónyuge culpable, partiendo del supuesto bastante lógico por cierto de que un mal marido no es necesariamente un mal padre. (47)

Ya en ésta etapa la guarda de los hijos se considera definitiva; se vuelve estable. Sólo será causa de modificaciones cuando la situación del caso concreto así lo amerite; ya que a los hijos se les causaría graves daños, tanto en lo relativo a su educación, a la administración de sus bienes y en sus mismos sentimientos, si continuamente pasan de la dependencia de un cónyuge al otro y que éste cambio provenga de causas insignificantes.

Insistimos que las medidas que afectan a la guarda de la prole nunca serán definitivas, ni antes de demandarse el divorcio ni en la escuela del procedimiento y por último ni con posterioridad a la sentencia del juicio; es decir, en todo momento los tribunales podrán dejar sin efecto sus resoluciones confiando a los hijos a determinada persona o institución que presenten mayores garantías; en atención a determinadas circunstancias como lo serían: el hecho de que, quien ejerce la custodia lleve una vida licenciosa sin ocuparse de los hijos, los maltrate, así como en los casos de enfermedad o fallecimiento. Es decir, en ésta materia se vive continua y perpetua provisionalidad.

Así nuestras autoridades judiciales llegan inclusive a tomar decisiones de oficio, con base en lo dispuesto por nuestra legislación positiva (artículo 213 de Código de Procedimientos Civiles y 275 y 282 - del Código Civil); consisten principalmente en: dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos y el de la persona

(47) Colin y Capitant.Op. Cit..P.46.

que deba cuidarlos, en el depósito de la mujer en casa de personas honorables, así como evitar que el marido cause perjuicios en bienes de la mujer, y las medidas del caso cuando la mujer quede encinta, todo - esto oyendo siempre al Ministerio Público, ya que es el representante de la sociedad y por lo mismo busca siempre su beneficio, y en éste ca so en especial el de los hijos, por lo que no se podrá tomar ninguna - resolución sin su aprobación.

La decisión sobre la guarda presenta graves dificultades de tipo hu mano y psicológico, familiares y sociales, en las que el juez no es -- normalmente un especialista y que sólo conoce lo que su experiencia o estudios como aficionado le hayan reportado; de ahí la necesidad de un asesoramiento por parte de especialistas, terapeutas familiares, psi-- quiatras, sociólogos, psicólogos y demás imparciales que proporcionen una luz en el problema; su aportación representa un importante auxilio al juez en la decisión sobre el destino de los hijos.

En nuestro país, desafortunadamente, no se utilizan estos auxilios-- aún, pero es de esperarse que en un futuro no muy lejano se establez-- can como obligación para el juez tomar en consideración los dictámenes de especialistas, antes de adoptar su decisión.

Actualmente en nuestro país contamos con LA PROCURADURIA DE LA DE-- FENSA DEL MENOR Y LA FAMILIA, regulada por la Ley Sobre El Sistema Nacional De Asistencia Social y El Estatuto Orgánico del Sistema Nacio-- nal Para El Desarrollo Integral de La Familia, cuyo programa consiste en la prestación organizada, permanente y gratuita de servicios de --- asistencia jurídica y de orientación social a menores, ancianos y mi-- nusválidos sin recursos, así como a la investigación de la problemáti-- ca jurídica que les aqueja, especialmente la de los menores.

Por su naturaleza se ha convertido en un órgano especializado en Derecho de Familia, y su actividad principal consiste en intervenir en juicios relativos a alimentos, adopción de menores o incapacitados, -- rectificación de actas, divorcios y maltrato a menores.

No obstante de contar con ésta institución, podemos observar claramente que no se le da la protección que se debiera a los menores, ya que más que nada ésta Procuraduría resuelve asuntos jurídicos, olvidándose casi por completo de la ayuda psicológica y psiquiátrica que se le debe brindar no sólo al menor sino también a los cónyuges para que puedan sobreponerse y aceptar y vivir con optimismo su nueva vida. -- Por lo que consideramos deberían de tomarse medidas al respecto, para solucionar lo antes posible tan lamentable descuido.

10.- Modos De Acabarse Y Suspenderse La Patria Potestad.

La patria potestad es una consecuencia de la paternidad, por consiguiente, si fallece el que la ejercía y no hay persona que lo reemplaza conforme a la ley, queda extinguida esa potestad.

La emancipación y la mayor edad del hijo ponen también fin a esa potestad, porque teniendo ésta la finalidad de la guarda, cuidado y -- protección del menor de edad, en su persona y en sus bienes, por la in capacidad del menor derivada de su falta de edad y experiencia, deja -- de tener razón ésta institución cuando la ley supone en él la experien cia y aptitud suficientes para atender por sí mismo a sus intereses -- (artículo 443 del Código Civil).

El artículo 444 del Código Civil nos proporciona una lista de cau--

sas por las cuales se pierde la patria potestad; pero antes de mencionar esas causas, debemos aclarar que la patria potestad en realidad no se pierde, pues como ya vimos, el artículo 285 del mismo ordenamiento establece que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, lo cual nos lleva a la conclusión de que lo único que se pierde es el conjunto de derechos que pudieran corresponderle a los padres en función de la patria potestad, pero las obligaciones siguen subsistiendo en todos los casos.

Hecha ésta aclaración, se puede comprender mejor el artículo 444-- que establece que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código Civil; cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse su salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; por la exposición que los padres hicieren de sus hijos y porque los dejen abandonados por más de seis meses.

El artículo 403 del Código Civil establece que la patria potestad se pierde por la adopción, ya que ésta pasa al adoptante, no obstante que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural -- persistan.

La ley nos proporciona algunas causas por las cuales se suspende la patria potestad, pero la restitución en el ejercicio de la misma es posible mediante el cumplimiento de ciertas condiciones previstas por la ley, como ejemplo ilustrativo podemos señalar el caso siguiente: el --

culpable que haya obtenido su rehabilitación, después de determinado tiempo, contado a partir de la fecha en que se pronunció la sentencia, podrá solicitar se le restituya en el ejercicio de este derecho. Por lo que se puede decir que si desaparece la causa que motivó la suspensión, vuelve a adquirirse la patria potestad. Dichas causas, conforme al artículo 447 del Código Civil son:

- a) la incapacidad declarada judicialmente;
- b) la ausencia declarada en forma, y
- c) la sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión.

Tienen incapacidad natural y legal:

- a) Los menores de edad;
- b) Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- c) Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir, y
- d) Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes. (artículo 450 del Código Civil).

La patria potestad se explica por la necesidad que tiene el menor de edad de alguien que lo cuide, lo proteja, lo eduque, etc, pero si quien debe ejercer la patria potestad a su vez es declarado incapaz, es obvio que no está en condiciones de cumplir las funciones que implica ésta institución, pues él mismo necesitará una persona que lo cuide en su persona y en sus bienes y lo represente.

Respecto a los incapacitados mientras sean menores de edad y tengan padres éstos ejercerán la patria potestad y una vez que sean mayores de edad se les nombrará tutor, quien generalmente será uno de sus pa--

dres, ya que la patria potestad únicamente es para menores de edad.

El ausente, por su misma condición, no está en aptitud de cumplir - con las obligaciones o ejercitar los derechos de la patria potestad, - por lo que la ley lo suspende de su ejercicio, mientras dure su situación de ausencia, ya que no sería justo que los hijos y sus bienes que daran abandonados.

La patria potestad de los hijos del ausente corresponderá ejercerla al cónyuge de éste.

La patria potestad es consecuencia de la filiación o de la paternidad o maternidad, y por lo mismo no es posible renunciar a ella, según lo establece el artículo 448 del Código Civil; sin embargo, pueden presentarse algunos casos en que la persona que deba ejercerla no esté en aptitud de hacerlo con eficiencia, lo cual iría en perjuicio de los intereses del menor. En estos casos, aquellos a quienes corresponda --- ejercerla pueden excusarse:

- a) Cuando tengan sesenta años cumplidos, y
- b) Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

Quisiéramos concluir éste capítulo diciendo que una vez que se dicta el divorcio el hogar queda deshecho, desaparece esa comprensión que existía y brota la pasión y el egoísmo; dejarán de ser los jueces equitativos y desinteresados; desaparecerá la garantía de techo y de mesa-compartida; ya no existirá la unión de esfuerzo, ni tampoco el sacrificio ni la confianza, ni el desinterés, fruto del amor común. Sólo se observará la incomprensión, y por lo tanto cada uno de los padres bus-

cará su independencia y conveniencia; tratarán de interferir en la acción del otro, con el fin de obtener la guarda, educación y mantenimiento de los hijos, todo lo cual traerá infinidad de malestares y sufrimientos para los hijos, víctimas inocentes de la situación creada, ya que éstos muchas veces son considerados parte del botín a repartirse entre los cónyuges y un elemento de venganza contra el otro.

Siendo los hijos la parte débil de la familia y como los padres son responsables de la vida que engendran, están obligados a proporcionarles un régimen de diligente protección para que adquieran la plenitud de sus aptitudes físicas, morales e intelectuales durante su vida. -- Por lo tanto, todo uso torcido que de ella se haga, debe tener la sanción necesaria para restablecer el orden adecuado a su finalidad.

De lo anterior se justifica que la intervención del Estado sea mayor una vez disuelto el vínculo matrimonial, ya que aquí los problemas se agudizan y es cómo la actividad del juez toma un carácter moral cu ya única finalidad será la de obtener el bienestar de los hijos. Pero hemos de aclarar que ésta intervención sólo se deberá limitar a lo estrictamente indispensable ya que no obstante lo acontecido, en todo ca so sólo los padres serán los naturales guardadores de sus hijos y muy justo será que conserve la patria potestad aquel de los cónyuges que resulte inocente una vez decretado el divorcio. El Estado se concrerá a dar a cada quien lo que le corresponda, y a tratar de dar una solución adecuada a los problemas que se susciten con relación a los hijos. Pero nunca tratar el Estado de sustituir a los padres bajo la pe na de lanzar a la sociedad hijos materialistas y desnaturalizados. -- Porque tal es la patria potestad que no puede ser ni extinguida ni absorbida por el Estado.

De esto se desprende que una visión multidisciplinaria de las rela-

ciones paterno-filiales resulta indispensable, pues las cuestiones relativas a la patria potestad, presenta además de los conflictos jurídicos, dificultades psicológicas y sociales que el juez deberá tomar en cuenta.

Los hijos constituyen el seno de la familia; los años y la convivencia dentro de ella contribuirán principalmente a su desarrollo intelectual y moral de su personalidad. Por tanto, de una familia bien constituida depende el éxito futuro de los hijos; en una familia en la que se observa un orden, un respeto mutuo y buenos ejemplos, los hijos crecen y se educan asimilando lo que ven y oyen. Por lo tanto, la necesidad de los padres de cuidar de las relaciones que se establezcan en la vida en sociedad ya que tanto de éstas como de los ejemplos que ellos les proporcionen y de los principios que les inculquen, dependerá en gran parte el éxito o fracaso futuro de sus propios hijos.

Puesto que su principio es igual al de la vida misma de los hombres los hijos son algo de los padres y como una amplificación de ellos, -- quiénes mejor que éstos sean los que los guíen, aconsejen y eduquen para que más tarde honren su nombre y sean benefactores de la sociedad. No obstante que actualmente, tanto el hombre como la mujer están en un plano de igualdad, sin embargo, con relación a la familia, el hombre tiene cierta prevalencia. Esta característica la observamos desde los primitivos tiempos de Roma. La mujer está sujeta al esposo en cuanto que la ley quiso dotar a la familia de una cabeza, la mujer debe obedecer al marido, pero no a modo de esclava, sino como compañera, de tal forma que a su obediencia no le falte ni honestidad ni dignidad, con el objeto de propagar la especie, y lograr la unión de la familia.

Sólo nos resta decir que deben recordar quienes ejercen la patria -

potestad que: "Si un niño vive en un ambiente de críticas, aprende a - condenar; si en uno de marxistas hostilidad, aprenderá a pelear; si vi ve ridiculizado, aprenderá a ser tímido; si vive en medio de castigos, aprenderá a sentirse culpable; si en medio de palabras de aliento, --- aprende a tener confianza; si recibe palabras de alabanza, aprende a - apreciar; si vive en un ambiente de justicia, aprende a tener fe; si - en un ambiente de aprobación, aprende a quererse; si en uno de acepta- ción y de amistad, aprende a encontrar amor en el mundo" (Vida del Alma, 26 de diciembre de 1976; DIN). (48)

Busquemos pues, la manera de sembrar en nuestros hijos la semilla - del amor, de la confianza y de la lealtad, para que el día de mañana - veamos orgullosos su fruto florecer.

(48) Ibarrola de, Antonio, Op. Cit., P.363 Número 569.

C A P I T U L O I V

LAS DIVERSAS CORRIENTES DEL DIVORCIO.

1.- Generalidades.

La institución de divorcio, como disolución del vínculo matrimonial ha producido las más grandes, profundas y apasionadas discusiones, tanto entre los juristas, como entre los sociólogos y los sacerdotes católicos, pues como sabemos mientras San Marcos y San Lucas sostienen que el matrimonio por ningún motivo y en ningún caso, es disoluble, por -- significar bajo el dogma religioso, la unión de Cristo con la Iglesia; San Mateo admite que el matrimonio, sí puede ser disuelto por adultério de la mujer. Las discusiones que se han provocado en torno al divorcio, se deben a que en ninguna materia más que ésta, han predominado los prejuicios sociales y religiosos. Esto ha ocasionado que surjan dos corrientes:

- a) Los Adversarios del Divorcio, y
- b) Los Defensores del mismo.

El divorcio como disolución del vínculo conyugal, está íntimamente ligado con la naturaleza del matrimonio.

Para los católicos, el matrimonio es esencialmente de naturaleza religiosa, por lo tanto indisoluble.

Para los autores que consideran al matrimonio como un contrato civil, si puede ser disuelto. Para otros autores, como Sánchez Román, - el matrimonio es una institución social y debe ser perpetuo.

La Iglesia Católica desconoce la existencia del matrimonio civil, a

la Iglesia únicamente le interesa el matrimonio regulado por ella, que tiene carácter de sacramento y que siendo éste la representación de la unión de Jesucristo con la Iglesia, es esencialmente indisoluble.

Ahora pasaremos a señalar someramente las ideas o pensamientos de los adversarios y defensores del divorcio para que posteriormente los estudiemos a cada uno más a fondo.

Comenzaremos hablando de los adversarios, dentro de los cuales se encuentra en primer lugar La Iglesia Católica, seguida por Valverde y Valverde, Calixto; A. Boistel; Carion Nisas; Felipe Sánchez Román; Osorio y Gallardo; Trulhard; Ignacio y Casso; Cervera y Jiménez Alfaro; éstos tratadistas que están en contra del divorcio lo consideran como elemento de disolución social, propicio al amparo de todos los abusos, a exaltar las más bajas pasiones, y en varias ocasiones a que impere el capricho sobre la razón; a facilitar las satisfacciones de los apetitos sexuales con olvido de sus deberes, trayendo todo ello por consecuencia el menosprecio de la mujer, el sacrificio de los hijos y la ruina del hogar.

Las razones en que se apoyan los adversarios del divorcio son bien conocidas:

Partiendo del principio de que el matrimonio es una institución civil, que engendra relaciones permanentes, sostienen que este mismo carácter ha de tener el vínculo contraído, a éste argumento filosófico agregan otros muchos de carácter moral y religioso, dicen que la sola perspectiva que tienen los esposos de contraer una nueva unión legítima es bastante para acabar con la santidad del matrimonio, provocado primero por la corrupción de la familia y después por la de la socie--

dad; alegan que la disolución del vínculo hace imposible la reconciliación de los esposos con perjuicios principalmente de los hijos que quedan privados para siempre del afecto y cuidados de uno de los padres; cuando no es que sometidos a la dura autoridad del padrastro o de una madrastra; hablan también de las funestas consecuencias que ha producido el divorcio en los países que lo han admitido, y finalmente atacan dicha institución como contraria al sentimiento de los pueblos que profesan la religión de Cristo.

Por su parte, los defensores del divorcio consideran a éste como el único remedio para enmendar las imprevisiones y errores dentro del matrimonio, que si no existiese éste resultarían irremediables; teniendo como consecuencia la perpetua desgracia de los cónyuges y de la familia es, por así decirlo, la salida real a las situaciones difíciles -- que da la vida a los casados que no supieron sospechar ni pudieron prevenir; es, en fin, el medio legal de evitar hechos horribles y escandalosos, desastrosos ejemplos para los hijos cuyas consecuencias fatales -- repercuten dentro de la sociedad.

Sin dejar de reconocer que el matrimonio es una institución social, sostienen que deben disolverse cuando han dejado de existir las condiciones que dieron lugar a su formación, como se disuelve toda sociedad cuando se haga imposible la convivencia; afirman que lejos de ser corruptor el divorcio, es moralizador, porque con él los esposos divorciados pueden buscar en un nuevo matrimonio la satisfacción de sus aspiraciones, sin necesidad de recurrir a uniones ilegítimas, o de condenarse a un celibato forzado contrario a la naturaleza; por lo que respecta a la situación de los hijos, dicen que si mala es con el divorcio, peor es fuera de él, pues los padres obligados en la mayor parte de los casos, a entregarse a un vergonzoso libertinaje, que es la con-

secuencia de toda unión forzada, al mal ejemplo que con esto reciben los hijos tienen que hacerse resentir en sus caracteres e inclinaciones, sin que ni por eso pueda decirse que quedan liberados de la autoridad de un padrastro o de una madrastra, con la sola diferencia de -- que en vez de ser un padrastro o madrastra legítimos los que la ejerzan, serán un padrastro o madrastra ilegítimos, finalmente, invocan en favor de sus tesis el principio de la libertad de conciencia y los buenos resultados que en algunos países ha dado la implantación del divorcio.

2.- Razonamientos De Los Que Están En Contra Del Divorcio.

Los adversarios del divorcio dicen que los que abogan por éste, y consideran al matrimonio como un contrato, no tienen en cuenta que el matrimonio es un contrato excepcional en que la sociedad es siempre -- parte, al lado de los cónyuges. Si se admite el divorcio el matrimonio será más frágil e inestable; y continúan diciendo que el divorcio es el cáncer que destruye la célula de la familia, a su vez principio y base de la sociedad.

No están de acuerdo en considerar al matrimonio como un simple contrato, para que por las reglas de éstos se rijan aquél, ellos sostienen que en cuanto a su forma, el matrimonio tendrá parecido con los contratos, mas no en el fondo. En los contratos son las partes las que fijan las condiciones que han de regir el acto jurídico. Se nos puede -- objetar, que en los contratos, tampoco son libres las partes para fijar las condiciones de fondo, que deban regirlo, ya que están estipuladas por la ley, y cualquiera condición contraria a ella, será nula; lo único que pueden hacer las partes es fijar las condiciones de forma, --

pues bien, ni esas, se pueden modificar en el matrimonio, las personas que deseen casarse deben acatar todas las disposiciones de la ley, de lo contrario no habrá matrimonio. Y a ceberan que éstas y otras diferencias, demuestran que el matrimonio no puede considerarse como un -- contrato simplemente, sino como un contrato solemne.

Y ésta es la opinión de Cimbali (49), quien dice que: "El matrimonio es un contrato igual a los otros, en cuanto para su constitución -- necesita del consentimiento, no pudiendo de ningún modo recibir existencia y valor donde falta la libre voluntad de los esposos. Mas de -- otro lado (teniendo por objeto la persona misma de los esposos que --- constituyen el sujeto, y cuyo fin es atender más que a ellos a la conservación de la especie reproduciéndola, de la que el matrimonio es el primero y más sólido vínculo) se ofrece como un contrato sui generis -- de naturaleza eminentemente compleja; ya que mientras atiende a los intereses particulares de los esposos entra en la esfera del derecho privado; con relación a los intereses generales de la sociedad penetra en la esfera del derecho público; y sigue diciendo que de aquí que el matrimonio, afectando a los intereses más elevados de la vida y estando-enlazado así bien a la reproducción de la vida misma, no debe ser abandonado al arbitrio individual, sino regulado provisoriamente por la palabra social de la ley cuanto a los modos y a las condiciones que lo -- originan, lo mantienen y lo disuelven; no se deduce la consecuencia -- que el mismo subsiste a la fuerza aunque le falten sus condiciones --- constitutivas, ni pueda cumplir la ordenada función social que está -- llamado a llenar. La consecuencia verdaderamente lógica es que el matrimonio, a semejanza de cualquiera otro organismo, subsista mientras conserve las condiciones de la vida; mas no cuando han cesado las causas juntamente con las condiciones de la misma. Los esposos son li---bres de contraerlo o no, mas al contraerlo, no pueden someter a condi-

ciones y modalidades el vínculo conyugal, como tampoco son libres, una vez contraído, de proclamar a su arbitrio la disolución".

Como todos sabemos la Iglesia es el más ferviente adversario del divorcio, y considera de su competencia la reglamentación del matrimonio. Ve en él un sacramento único e indisoluble, en que los mismos esposos son sus ministros. Se trata de un lazo que unido por Dios, los hombres no pueden romper. En consecuencia, condena la institución del divorcio perfecto o vincular.

Ellos sostienen que Jesucristo ha dicho:

"NO ES DADO AL HOMBRE SEPARAR LO QUE DIOS HA UNIDO", y con éstas palabras, los padres de la Iglesia fundan la doctrina cristiana que se basa en la indisolubilidad del matrimonio. Y así por ejemplo podemos -- mencionar a Giannangelo Braschi (Papa Pío VI) (50), que escribió: "El matrimonio, aún en el estado de naturaleza pura, y sin ningún género -- de dudas ya mucho antes de ser elevado a la dignidad del sacramento -- propiamente dicho, fue instituido por Dios, de tal manera que lleva -- consigo un lazo perpetuo e indisoluble, y es por tanto imposible que -- lo desate ninguna ley civil".

Por su parte Achille Ratti (Papa Pío XI) (51), decía que: "Apenas -- hay necesidad de decir que tanta es la cosecha de males del divorcio, -- cuanto es inmenso el cúmulo de beneficios que en sí contiene la firmeza indisoluble del matrimonio. De una parte, contemplamos los matrimo

(49) Cimballi, Enrico. La Nueva Fase Del Derecho Civil. P. 69 y 70.

(50) AFUD. Achille Ratti (Papa Pío XI). Enciclica Sti. Annibali, Sobre El Matrimonio -- Cristiano. P. 18.

nios protegidos y salvaguardados por el vínculo inviolable; de otra -- parte, vemos que los mismos pactos matrimoniales resultan inestables o están expuestos a inquietudes sospechosas, ante la perspectiva de la -- posible separación de los cónyuges o ante los peligros que se ofrecen de divorcio. De una parte el mutuo afecto y comunión de bienes admira blemente consolidados; de la otra, deplorablemente debilitado por la -- misma facultad que se les concede para separarse. De la una, la fide- lidad casta de los esposos encuentra conveniente defensa; de la otra, -- se suministra a la infidelidad perniciosos incentivos. De la una, que dan atendidos con eficacia el reconocimiento, protección y educación -- de los hijos; de la otra, reciben gravísimos quebrantos. De la una, -- se evitan múltiples disensiones entre los parientes y familia; de la -- otra, se prestan frecuentes ocasiones de división. De la una, más fá- cilmente se sofocan las semillas de la discordia; de la otra, más co- piosa y extensamente se siembran. De la una, vemos felizmente reinte- grada y restablecida, en especial, la dignidad y oficio de la mujer, -- tanto en la sociedad doméstica como en la civil; de la otra, indigna- mente envilecida, ya que se expone a las esposas al peligro de ser --- abandonadas una vez que han servido de deleite del marido".

En el mismo sentido podemos observar la manera de pensar y de sen- tir de León XIII (52), quien dijo: "Nada contribuye tanto a la perversión de las familias y a la ruina de las naciones como la corrupción -- de las costumbres, fácilmente se echa de ver cuánto se oponen a la --- prosperidad de la familia y de la sociedad los divorcios que nacen de- de la depravación moral de los pueblos y que, como atestigua la expe- riencia, franquean la puerta y conducen a las más relajadas costumbres

(51) *Ibidem*. P.47 y 48.

en la vida pública y privada. Sube de punto la gravedad de estos males, si se considera que, una vez concedida la facultad de divorciarse no habrá freno alguno que pueda contenerla dentro de límites definidos o preestablecidos. Muy grande es la fuerza de los ejemplos, pero mayor la de las pasiones; con estos incentivos tiene que suceder que el capricho de divorciarse, cundiendo cada día más, inficione a muchas almas, como una enfermedad que se propaga por contagio o como las caudalosas aguas que, saltando por encima de los cauces, se desbordan".

Se argumenta, pues, que el divorcio es contrario al dogma esencial de la religión y que por tanto, no debe admitirse, está de por medio la conveniencia social de la perpetuidad, de los peligros del abuso -- del divorcio, los hijos, el interés de la mujer que resulta la parte débil en el matrimonio, todo ello en contra del divorcio; así tenemos que por lo mismo la Iglesia Católica sólo permite el divorcio o mejor dicho la anulación del matrimonio en los siguientes casos:

En caso de que el matrimonio no se haya consumado, el Derecho Canónico permite que se disuelva por:

- 1) Profesión solemne en una orden religiosa reconocida por la Iglesia,
- 2) Por dispensa Pontificia.

Si ya se consumó el matrimonio éste es indisoluble, la única excepción es el privilegio paulino, el cual consiste en que cuando los cónyuges no están bautizados o uno si lo está y el otro no.

Por último el Derecho Canónico regula el divorcio-separación, la -- cual puede ser permanente (sólo en caso de adulterio) o temporal (por ejemplo por alguna enfermedad).

Por su parte Valverde (53), nos dice que: "Ninguna razón de orden - general y objetivo puede legitimar la admisión del divorcio, como causa de disolución del matrimonio. Los motivos invocados desde el punto de vista teórico y desde el punto de vista práctico, no tienen valor - decisivo en moral. El divorcio es absolutamente condenado por la ley moral y en consecuencia por el derecho natural".

Es por esto que la mayoría de los adversarios del divorcio lo condenan, ya que ellos deben obedecer a las enseñanzas de la Iglesia.

Siguen diciendo los partidarios de la indisolubilidad del matrimonio, que al aceptar al divorcio, se hace imposible una futura reconciliación entre los consortes desavenidos; también opinan que el divorcio puede dar lugar a una poligamia sucesiva autorizada por la Ley. Y así nos encontramos con el profesor A. Boistel (54), quien dice que: - "Los motivos alegados en favor del divorcio, son de una parte las uniones desgraciadas y de otra, la no buena conducta de los esposos separados y vueltos a casar; cuyos argumentos no son decisivos para decidirnos por el divorcio, ¿ por qué si en efecto existen causas, motivos, - para que no vivan juntos, quién asegura que no podrá haber reconciliación entre ellos ? y continúa diciendo; y en cuanto a la conducta de - los que se separan, no admitiendo el divorcio, ¿ por qué ha de ser mala la conducta seguida por ellos ?, ¿ quién sabe si aquella separación

(53) Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. P.167.

pueda ser saludable para su reconciliación ?, ¿ quién sabe si después de pasar aquel arrebató les pesa el haberse divorciado ?, ¿ quién sabe por fin, si volverá en el segundo matrimonio a reincidir el culpable y así practicar una poligamia sucesiva, siempre y en todo caso repugnante ? "

En cuanto a la suerte de los hijos, sostienen los que pugnan en contra del divorcio que el perjuicio más grande se causa a los hijos, --- quienes sin culpa alguna se ven privados de la dirección, apoyo moral, educación y cuidados en la época en que más lo necesitan: en la adolescencia y en la juventud.

Ellos insisten en que las consecuencias negativas del divorcio se agudizan en los hijos que son las víctimas impotentes y que ven dividido su mundo afectivo en dos fracciones irreconciliables. Los hijos, - cualquiera que sea su edad y condición sufren irremisiblemente la desunión de los padres. (55)

Para los adversarios del divorcio, éste aviva el odio mutuo de los cónyuges, siendo un mal ejemplo para los hijos; además de que con el - divorcio, los hijos están expuestos a caer, por consecuencia de un nuevo matrimonio, de aquél de sus padres a quien la justicia los haya confiado, bajo la dura autoridad de un padrastro o una madrastra, quienes por razón natural, por no llevar su sangre, no pondrán el mismo empeño en su educación, el mismo amor y cariño que el que tendrán con los hijos propios. Esta afirmación que hacen de que a los hijos se les impo

(54) APUD. Valverde y Valverde, Calixto. Op. Cit..P.165.

(55) Montero Duhal, Sara. Op. Cit..P.200.

ne una madrastra o un padrastro no consideramos que sea una situación-- siempre en su perjuicio, ya que existe también en el segundo matrimo-- nio contraído después de la muerte de uno de los cónyuges.

Argumentan que el divorcio debilita al hogar, pues los cónyuges que se saben unidos indisolublemente ponen todo de su parte para sobrelle-- varse mutuamente, en cambio, los que saben que pueden utilizar el re-- curso del divorcio, echan mano a dicho procedimiento hasta por desave-- niencias leves e injustificadas. Inclusive para algunos autores el di-- vorcio facilita la política matrimonial de los Estados, puesto que, si los solteros sienten verdadera aversión a unirse para toda la vida, - no cabe duda que irán prontamente al matrimonio cuando sepan que si no les va bien podrán deshacer el vínculo y casarse de nuevo; entre los - autores que piensan así tenemos a Marcel Planiol (56), quien dice: "El divorcio trastorna la situación del matrimonio; es peligroso que el -- vínculo conyugal sea demasiado frágil. Se casarán las personas a la - ligera si se siente detrás de sí una válvula de escape, si el matrimo-- nio es indisoluble, la situación se examinará dos veces antes de com-- prometerse. Tiene gran fuerza cuando los tribunales decretan con faci-- lidad el divorcio, lo que desgraciadamente acontece en la tendencia -- actual".

Afirman, que desde el punto de vista de la mujer, el divorcio la ha-- ce víctima directa, que en esas condiciones pasa a ser una madre solte-- ra, precisamente cuando el peso de los años y su santa misión de la ma-- ternidad han consumido sus mejores energías y agregan, una mujer divo-- rciada por regla general incita a la concupiscencia de los hombres, --- quienes sólo ven en ella a una persona en quien satisfacer ilegítima--

(56) Planiol, Marcel. Op. Cit..P.17.

mente sus pasiones. Los representantes de la Iglesia declaran, entre otras cosas que el divorcio es perjudicial porque favorece tan sólo la satisfacción de las pasiones del marido. Sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo, ya que esto querría decir que el marido una vez que ha satisfecho sus pasiones, abandona a su mujer. Entonces ¿ cómo se puede explicar el hecho de que en algunos países, los Estados Unidos, por ejemplo, la mayor parte de los divorcios sean pedidos por la mujer ? (57)

Por el lado de la moral, sostienen que el divorcio sólo trae consigo que una mujer tenga en vida varios maridos y viceversa, con lo cual se va en contra de las buenas costumbres; y continúan diciendo que el matrimonio es una institución que se concierta para toda la vida, es decir, en ésta institución tanto desde el punto de vista moral como -- desde el punto de vista religioso debe ser considerada como perpetua.

Los que no admiten el divorcio, dicen, que el remedio suficiente para acabar con aquella situación es la separación de cuerpos; si la causa del mal es la vida en común, puede hacerse terminar con la separación, y vivir los cónyuges separados, subsistiendo todas las demás --- obligaciones del matrimonio, solución que no consideramos la adecuada y que posteriormente trataremos, además de que subsisten las mismas -- obligaciones que con el divorcio.

Entre los autores que piensan así destaca Carion Nisas (58), quien sostiene que: "Las separaciones legales (no el divorcio), evitan el escándalo, impiden la publicidad, satisfacen el orden en el presente y -

(57) Mendoza Durán, José Crofre. El Divorcio. Tesis. P. 59.

lo procuran en el porvenir, no arrebatando la esperanza, ni a la sociedad, ni a los esposos, de su futura conciliación, y esa esperanza caballamente, es la que destruye o aniquila el divorcio absoluto".

Valverde (59), por su parte dice que: "La disolubilidad del matrimonio es evidente, que dará al más fuerte de los cónyuges cierta disposición a maltratar al más débil, para arrancarle el consentimiento para el divorcio y por lo mismo se hace necesario poner un freno saludable, como es el de la indisolubilidad, para evitar la corrupción moral, --- pues la pasión de la concupiscencia, siendo como es de las más vehementes hará que uno de ellos trate de romperlo".

Los impugnadores del divorcio le atribuyen las siguientes calamidades:

- a) La posibilidad del divorcio incita a la comisión del delito de adulterio.
- b) Obstaculiza las relaciones entre pretendientes.
- c) Conduce a las uniones precipitadas.
- d) Trae como consecuencia la práctica del matrimonio de ensayo.
- e) Disminuye el índice de la natalidad.

Consideramos inexacta éstas afirmaciones, ya que en primer término es el divorcio el causante de la disminución de la natalidad, ya --- que una práctica moderada de divorcios sería desde los puntos de vista estadísticos sin verdaderas consecuencias, como ejemplo tenemos nuestro país, en donde aún aumentando anualmente el número de divorcios no

(58) AFUD. Valverde y Valverde, Calixto.Op. Cit..P.164.

(59) Ibidem. P.166.

afecta el considerable aumento de la natalidad.

Más bien se podría considerar que es el abuso del divorcio el verdadero causante de la disminución de la natalidad, y es más bien porque muchos individuos al no estar seguros de obtener una verdadera felicidad en el matrimonio celebrado evitan la procreación de hijos con el fin de evitarse problemas posteriores en el momento de demandar el divorcio.

Los adversarios del divorcio sostienen que debido a él se hacen los vínculos matrimoniales mudables, se debilita la mutua benevolencia, se suministran perniciosos motivos, se perjudica el cuidado y educación de los hijos, se da ocasión para desunir las sociedades domésticas, se esparcen semillas de discordia entre las familias, se aminora y deprime la dignidad de las mujeres que estarán en peligro de ser despedidas cuando hayan servido a la liviandad de los hombres, cuando hayan perdido su juventud o encantos, separada del marido, se encontrará en el mundo sola y desamparada, la mayor de las veces, con la carga de los hijos. Con el divorcio se corrompen las costumbres, se ve sin dificultad que es enemigo de la prosperidad de las familias y de los pueblos y según enseñan los hechos abre de par en par la puerta y el camino a costumbres públicas y privadas corruptas.

Esta crítica que se hace a la institución del divorcio es en efecto severa y contundente, pero su argumentación es apriorística y las afirmaciones que hacen no encuentran siempre en la realidad una confirmación plena.

Hay sin embargo, vibrantes palabras condenando al divorcio que con-

sidera un mal para la sociedad y la familia un hondo sentir ético que refleja el pensamiento más puro de la época.

Pero, así como reconocemos que es la argumentación más seria que pudo haberse formulado en contra del divorcio, no podemos dejar pasar -- por alto el hecho de que existen en ella conceptos sofisticados e ideas que han dejado de tener la aceptación rígida de aquellos tiempos, la moralidad de los pueblos evoluciona constantemente y con ella viene la transformación de los valores sociales.

Los defensores del divorcio aprovechan todos los argumentos que les permitan salirse con la suya; que les sirvan para conseguir el mismo fin por opuestos caminos y para obtener a derechas o a torcidas, de -- blanco o de negro, iguales deducciones. Cualquiera que sea el resultado en la práctica, siempre quedará justificado en la teoría. Si el número de divorcios es escaso, ¿ qué mejor prueba de que el divorcio no es un mal terrible ? . Si el número de divorcios es crecido, ¿ qué mejor prueba de la necesidad del divorcio ? . La rareza es un argumento a favor del divorcio y la multiplicidad es un argumento en contra del matrimonio. En verdad, si nos viésemos constreñidos a considerar esa alternativa de un modo especulativo, si en vez de hechos concretos sólo hubiese probabilidades abstractas, nos sería sumamente fácil razonar nuestro pleito. La libertad abstracta que los reformadores conceden tiene muchos puntos de contacto con la anarquía y no ofrece garantía lógica o legal digna de discusión. Los beneficios o las ventajas de la reforma no redundan en provecho de la parte inocente, sino del culpable, en particular si no hay duda de su culpabilidad. (60)

(60) Chesterton, Gilbert. La Separación del Divorcio. P. 139 y 140.

3.- Razonamientos De Los Que Están A Favor Del Divorcio.

Los partidarios del divorcio hacen la defensa de éste desde tres - puntos de vista: a) histórico, b) jurídico y c) social.

Desde el punto de vista histórico, se dice que el divorcio no es -- opuesto al Derecho Natural, ya que existió en el pueblo escogido y go-- bernado por Dios, donde su ley admitió el divorcio, debiendo admitirse también en la naturaleza, ya que de otro modo, siendo Dios el legisla-- dor de las dos leyes se contradiría.

El hecho es que en la antigüedad se permitió el divorcio, por lo -- que nosotros consideramos que en la actualidad, si el legislador lo -- cree conveniente podrá adoptarlo si la sociedad lo acepta.

El argumento jurídico, que invocan los que defienden al divorcio, - es el de considerar al matrimonio como un contrato que se contrae por mutuo consentimiento y que si la voluntad es la creadora del acto jurí-- dico, es ella misma la única capacitada para disolverlo cuando lo de-- see.

El argumento de carácter social, en favor del divorcio absoluto es-- aquel que condena al divorcio relativo por la razón de que con la sim-- ple separación de cuerpos se producen resultados inmorales, ya que el-- hombre no quedará en completa incontinencia y buscará en otra parte la formación de una familia ilegítima, ya que se le obliga a ello por el-- hecho de no permitírsele, en virtud del divorcio, la formación de una-- nueva familia, pero legítima.

Por otra parte sostienen que el matrimonio, ya sea como contrato, o como institución social debe siempre poder disolverse cuando hayan dejado de existir las condiciones que han dado lugar al mismo, como se disuelve también toda sociedad cuando se ha hecho imposible la convivencia; y continúan diciendo, la moral pública se resiente más de las uniones que se mantienen por la fuerza que de la disolución de un matrimonio que obra del funcionario público, y que además la ley puede y debe de castigar al cónyuge culpable.

Los que somos partidarios del divorcio, tenemos presente que el matrimonio debe tener el carácter de duradero, permanente, siempre y cuando subsistan las condiciones objetivas y subjetivas que hacen armónica y posible la convivencia entre un hombre y una mujer, cuando hay entre ellos cooperación para ayudarse a llevar el peso de la vida. Pero cuando a dos cónyuges se les obliga a vivir en común y de un modo perpetuo, cuando entre ellos la vida es imposible por razones que ellos exponen y más tarde se confirman por la autoridad, es atentar contra el orden de las familias, así como abrir puertas, escapes al desorden, al adulterio y al concubinato.

El argumento de que el matrimonio es un contrato es traído por los escritores de Derecho Natural como Grocio, Puffendor, etc., y es manejado excesivamente por los autores, y entre ellos destaca Cimbali (61) que dice: "Que siendo el matrimonio una libre unión contractual en cuanto a su origen, no debe subsistir a toda costa por obligación forzosa de la ley cuando faltan los motivos que determinaron a semejante unión la voluntad de los esposos". Y continúa diciendo "La institución del divorcio, mientras se concilie y sea consecuencia legítima de

(61) NUD. Valverde y Valverde, Calixto. Op. Cit..P.159.

la índole contractual del matrimonio, no contradice para nada al oficio de función e institución social que éste representa. No puede, -- pues, sostenerse la subsistencia del matrimonio, por virtud de simple ficción, cuando ya en realidad no existe por faltarle las condiciones propias de vida. El divorcio así concebido es ley de alta moralidad, -- destinado a contener los cónyuges en la estricta observancia de los deberes conyugales y a constituir la más rígida sanción en el caso que -- sean sustancialmente violados, dirigiendo principalmente sus dardos -- contra el autor de la violación". (62)

Por su parte Puffendor opinaba que: "Originándose el matrimonio del consentimiento, se puede disolver como toda otra convención", y Martin Feullée sostiene que: "El matrimonio en efecto, no es mas que un contrato ordinario", y Tomasio considera que: "La perpetuidad, la fé conyugal y la potestad marital, son efectos de los pactos establecidos -- por los cónyuges y no consecuencia del Derecho Natural". (63)

Mas sin embargo, hay escritores como D' aguanno que a pesar de ver en el matrimonio una institución social, y creer que no puede romperse el vínculo formado por la voluntad de las partes dice lo siguiente: -- "Pero esto no implica que en ciertas circunstancias especialísimas no pueda disolverse el matrimonio, porque toda sociedad por natural que sea, puede disolverse en determinadas circunstancias, y por otra parte hay casos en que aún habiéndose anulado el matrimonio y pudiéndose volver a casar los cónyuges con otras personas, sin embargo, permanecen - los vínculos existentes entre padres e hijos". (64)

(62) Cimbali, Enrico. Op. Cit..P.71.

(63) AFUD. Valverde y Valverde, Calixto. Op. Cit..P.162.

(64) *Ibidem*. P.159 y 160.

Por lo tanto querer conservar una unión cuando uno de los que la componen, no ha de poder volver a unirse con el otro cónyuge, a causa de condena perpetua o cuando las ofensas gravísimas contra la persona o contra el honor han roto irremisiblemente el vínculo es una tiranía, una violencia personal que repugna en principio y teóricamente y que mucho menos puede entrar en los cálculos prácticos del legislador.

El mal ejemplo que se da a los hijos será mayor con una unión forzada que se traduce en la separación que lleva consigo todas las vergüenzas del libertinaje que no con el divorcio.

Los que defienden el divorcio consideran que a veces la vida en común se hace imposible, el hogar es un lugar de agitación y de desorden, en donde los escándalos son frecuentes y todas estas causas producen una situación que ningún legislador debe ignorar, ya que es a él a quien corresponde mantener el orden y la estabilidad de las buenas costumbres.

Argumentan que el no rompimiento del vínculo va a traer como consecuencia que los esposos sigan casados y no adquieren su libertad absoluta, además de estar impedidos para contraer nuevas nupcias que es la única posibilidad de formar nuevas familias, sus existencias están sacrificadas sin esperanza.

Esta situación clara y además demasiado problemática los colocará en dos soluciones, o estar obligados a un celibato forzoso o procurar realizar un concubinato adúltero. La separación de cuerpos trata de resolver el problema creado, pero en lugar de hacerlo crea otro que sin duda es, más complicado en donde quizá el mal que se hacen los es-

posos es más dañino que el que con anterioridad se hacían.

La separación de cuerpos es insuficiente, hace desaparecer los inconvenientes de la vida en común, pero los cónyuges separados siguen - casados y no pueden volverse a casar para rehacer su vida, no podrán - efectuar otro vínculo que pudiera darles la esperanza de una vida mejor. Estos cónyuges están condenados a un celibato, que va contra la naturaleza del hombre, y por lo tanto, son los mismos partidarios de la indisolubilidad del matrimonio los que fomentan las uniones ilegítimas, ya que el hombre mientras pueda, buscará la felicidad en donde la encuentre, a pesar de que en su contra estén las leyes y la costumbre. Esta situación trae consigo la difusión del adulterio.

Entre los autores que piensan así tenemos a Colin y Capitant quienes opinan que: "La situación de los esposos separados, es decir, casados sin estarlo, es falsa y penosa. Con frecuencia conduce al concubinato adúltero y por consiguiente; es eminentemente nocivo para los hijos. Como por otra parte lo sería el espectáculo cotidiano de un hogar desunido y sin embargo, sujeto a su cadena por la severidad intransigente de la ley. Vale más el divorcio, se dice: liquida de una vez para siempre una situación insoportable, ofrece a los desgraciados esposos las perspectivas de otras uniones mejor elegidas en las cuales - podrán quizá reconstruir dos buenos hogares con los restos de uno solo". (65)

Los defensores del divorcio sostienen que los cónyuges que caen en desavenencias constantes y que el tiempo de vida en común les ha demostrado su fracaso, al decidir su separación generalmente la realizan

(65) Colin A. y Capitant H. Op. Cit. Tomo I. P. 433 y 434.

con la firmeza de que están convencidos del error de su matrimonio y - la certeza de que cada quien tiene derecho a ser feliz por su parte.

Continúan diciendo que el matrimonio no es el mero concúbito carnal sino una sociedad humana, y allí donde ésta no existe, no puede haber matrimonio verdadero, es un convenio cuya existencia no depende sólo - de la cohabitación forzosa y del cumplimiento aparente de los deberes - que lleva consigo, sino de un amor inmenso, de una paz infinita; si en lugar de la paz y de la felicidad que buscaban no encuentran los esposos sino turbación y desgracia ¿ no tienen derecho de romper la cadena que los une ?. Sin la profunda intensa realidad del amor mutuo, el ma trimonio no es otra cosa que un disfraz diferente de la verdadera ---- unión matrimonial, una nueva forma de hipocresía que debiera ser des-- echa cuanto antes; y abogan por la conveniencia de que el matrimonio - se sustraiga del Estado para abandonarlo completamente a la libertad - privada.

Con respecto a los hijos se afirma que con el divorcio los únicos - que sufrirán son los hijos, víctimas inocentes de los actos de sus pa- dres; el argumento en contra de ésta afirmación, consiste en que preci samente el divorcio es un remedio en favor de los hijos, cuando la vi- da en común se haga imposible entre los padres, ya que en el hogar ya- no existiría ni comprensión, ni ternura, se convertiría en un foco de- disgustos y por lo tanto reinará el escándalo permanente, de todo lo - cual serán testigos los hijos. Por ello, lo más conveniente, tanto pa ra los hijos como para la sociedad, será sustraerlos de la influencia- maligna del hogar y depositarlos al lado del cónyuge inocente, y en ca so de que ninguno de los esposos sea digno de conservarlos, éstos que- darán bajo la potestad de quien la ley determine.

En éste sentido Sara Montero Duhalt (66), opina que: "El verdadero mal del divorcio lo experimentan los hijos. Ciertamente. Pero no es el divorcio como forma legal de ruptura del matrimonio lo que los lesiona tan gravemente. Es el desamor entre los padres, es la situación permanente de malestar en el seno familiar, son las discusiones, las riñas, las injurias, las constantes escenas de disgusto, y de tensión. Es la agresión, los malos ejemplos, todo lo que significa los efectos de la ruptura del afecto conyugal".

Por su parte continúan diciendo los partidarios de la disolubilidad del matrimonio que si el divorcio exacerba rivalidades entre los cónyuges y éste es un mal ejemplo para los hijos, no menos perjudicial es exigir que dos personas que no se quieren, continúen atados por el vínculo del matrimonio, siendo su hogar una fuente de constantes pleitos y acechanzas que pueden degenerar en muchos casos hasta en una tragedia.

Cimbali (67), opina que: "La condición de los hijos, pues, mediante la disolución del matrimonio por causa de divorcio, mientras dura la vida de los padres, sin perjudicarse por nada materialmente, se encuentra moralmente favorecida".

Por su parte Janet Sinberg (68), dice que: "La mayoría de los profesionales que tienen niños a su cuidado opinan que un hogar en el que se ha decidido llevar adelante un divorcio puede resultar emocionalmente más sano que otro en el que los padres se empeñan en mantener un matrimonio mal avenido".

(66) Montero Duhalt, Sara. Op. Cit..P.201.

(67) Cimbali, Enrico.Op. Cit..P.76.

(68) Sinberg, Janet.Divorcio Un Problema Sólo Para Adultos.P.1.

En cuanto al aspecto religioso, declaran que al Estado, como la forma más evolucionada de la organización social, es a quien compete reglamentar la situación y condición civil de las personas. En consecuencia, la Iglesia debe limitarse a ser rectora de la conciencia de sus feligreses con vista a una perfección espiritual; su función debe ser eminentemente moral, y de ninguna manera intervenir directamente en la vida jurídica de los pueblos. Si la Iglesia regulara el estado civil de las personas ¿ cómo podría fundarse ese derecho, aplicado a individuos de religiones distintas y aún más a personas que no practican ninguna ?

En éste sentido Portalis (69), decía: "El verdadero motivo por el que las leyes civiles están obligadas a admitir el divorcio, es la libertad de los cultos; hay cultos que autorizan el divorcio, otros que lo prohíben, por tanto, la ley debe permitirlo a fin de que puedan recurrir a él, aquellas personas cuya creencia se los permite".

Para los defensores del divorcio el matrimonio indisoluble es una de las conquistas preciosas de la civilización e ideal de la sociedad doméstica, pero cuando sufre un estado patológico, porque uno de sus elementos no llena el oficio a que está destinado, hay que disgregarlo y continúan afirmando que la unión matrimonial descansa en el consentimiento, se funda en el amor o atracción sexual y se basa en la libertad. Si son esos tres los fundamentos de la institución, hay que concluir lógicamente que ni la libertad puede enajenarse por toda la vida ni mantenerse la unión matrimonial, al faltar el consentimiento o huir del amor.

(69) *ARD. Portalis, Marcel, Op. Cit., P.16.*

Y para reafirmar tales conceptos, nos brindan éstas frases que son la expresión viva de muchas realidades: imponer a una mujer a que ---- acepte los afectos de un hombre a quien no ama, a quien no puede amar, a quien acaso menosprecia; imponerle toda la vida el repugnante sacrificio de su cuerpo, es lo más odioso que pueda imaginarse. Hay que de cirlo bien alto: el matrimonio impuesto es la prostitución legal, el débito conyugal defendido por los teólogos y legisladores es la más de gradante servidumbre; nada existe tan vil que pueda comparársele. La naturaleza de una parte, la razón de otra, protestan de esta degradación moral, contra este olvido de todo pudor, contra ésta infamia consignada en leyes. Y dicen que el único fundamento del matrimonio es el amor y que faltando éste debe disolverse.

Aceveran que el divorcio por sí mismo no es el cáncer que destruye la organización de la familia, lo que origina su disolución es el caudal de desavenencias, incomprensiones, intereses, egoísmos, inadapta-ciones psicológicas y biológicas de los consortes, la comisión de graves faltas de orden moral; en fin, el conjunto de defectos propios de la naturaleza humana y que, cuando no son reprimidos por la prudencia y la cordura, apalean al ángel y desencadenan al demonio, que según dicen lleva cada uno de nosotros en lo más recóndito de nuestro ser.

El divorcio sólo pone término a un matrimonio infeliz y auspicia la reconstrucción de la vida de los consortes fracasados, haciendo posible en muchos casos un nuevo hogar fincado sobre más sólidas bases que el primero.

Los partidarios del divorcio opinan que éste ha producido benéficos resultados, sobre todo, en las que el alcoholismo y otros vicios -

producidos por la miseria destruyen muchos hogares, el divorcio suele ser bienhechor sobre todo para la mujer, por lo que la supresión del mismo sería hostil al sentimiento popular.

Por lo que respecta a la mujer se ha dicho que con el divorcio se ve sumamente perjudicada, y por lo mismo debe ser la primera en cuidar la integridad y la felicidad de su hogar. Pero si a pesar de ello se ve sujeta a sevicias o malos tratos, a infidelidades vergonzantes que azoten fuertemente su dignidad o a otras causas graves también que hagan imposible la vida en común, el divorcio en éstas condiciones no viene a constituir sino su propia salvación.

La categoría moral femenina se impone en todo momento porque la mujer así lo exige. Viuda, casada, soltera, joven o no, la mujer debe conducirse con seriedad en todos los actos de su vida para ser digna de respeto. Divorciada o no, si la mujer es sana en sus pensamientos, recatada en sus actos y moderada en sus costumbres; si sabe imponer respeto ahí donde intenta faltársele, si evita las provocaciones de la moda y está dispuesta a superarse aún del fracaso, la mujer será siempre respetada y bien considerada en todas partes. Sin embargo, si en un medio social determinado las malas costumbres imperantes ofenden la dignidad de la mujer, el Estado está obligado a intervenir en su defensa dictando disposiciones que repriman ese inmoral proceder.

Por otra parte, quizá sea cierto que predispone el ánimo de los consortes tener conocimiento de que si no hacen un matrimonio feliz tienen el remedio de la separación. Pero esto es relativo, pues los hechos reales de la vida común son los únicos que determinan la estabilidad del hogar. No es pues, un problema de conocimiento o desconocimiento de sus posibilidades jurídicas para disolver el vínculo, sino -

de sus posibilidades humanas para hacer de la unión conyugal una vida razonablemente feliz.

Podemos decir que el divorcio pacifica los ánimos, haciendo cesar las causas de odio, de aversión y de delito; restituye la libertad y la tranquilidad a los esposos, los cuales pueden contraer nuevas nupcias; disminuye el peligro social de las uniones ilegítimas y de los nacimientos clandestinos; provee convenientemente, en fin, al mantenimiento, a la instrucción y a la educación de la prole.

No es el divorcio en sí mismo inmoral. Es más bien la solución a la convivencia inmoral de los que ya nada tienen entre sí, lazos afectivos. Cuando sólo existe entre ellos indiferencia, desprecio, rencor o agresión; cuando de hecho ya no son matrimonio y sólo los une el lazo legal debe éste romperse. La ley prevé el instrumento necesario: **EL DIVORCIO.** (70)

Por último concluiremos éste inciso con Planiol (71), quien muy acertadamente dijo: "EL DIVORCIO ES UN MAL, PERO ES UN MAL NECESARIO, porque es remedio de otro mayor. Prohibir el divorcio porque es enojoso, equivaldría a querer prohibir la amputación porque el cirujano mutila al enfermo. No es el divorcio el que destruye la institución santa del matrimonio, sino la mala inteligencia de los esposos, siendo el divorcio el que pone fin a ésta".

4.- Consideraciones Teórico-Jurídicas Del Divorcio Y La Patria Potestad En El Sistema Jurídico Mexicano.

(70) Montero Dhalt, Sara.Op. Cit..P.201.

(71) Planiol, Marcel.Op. Cit..P.18.

El divorcio como institución jurídica que disuelve el vínculo conyugal y deja a los cónyuges en aptitud de celebrar nuevo matrimonio, ha sido siempre objeto de grandes discusiones a través del tiempo, como se ha podido constatar a lo largo de este trabajo.

Si nos ponemos a considerar el divorcio como una solución a situaciones equívocas, difíciles de sobrellevar, como un remedio para enmendar errores que no era posible prever y que sólo el transcurso del tiempo y las circunstancias harían presente, en fin, como solución única para aquellos matrimonios fracasados, los defensores del divorcio tienen la palabra.

Si por el contrario, se considera al divorcio como un elemento de disolución social, como un destructor de hogares que viene a romper los lazos familiares, la paz del hogar, la armonía conyugal, desde este punto de vista los enemigos del divorcio tienen plena justificación,

Pero hay que considerar las cosas en su lugar. Los enemigos del divorcio arguyen en contra de éste, que es un medio fácil para dar cabida a las malas pasiones y con olvido de los deberes, que es la ruina de los hogares, un mal para la tranquilidad de la familia, que hace víctimas a los hijos, que generalmente van a dar a manos de segundos consortes de sus padres, que no pueden tener para con ellos los mismos cuidados que pudieran tener sus propios progenitores; pero aún cuando esto sucede en muchos casos, hay que tener en cuenta que no es el divorcio la causa de los sufrimientos de los hijos, sino los móviles que determinan éste y las continuas desavenencias de los padres que influyen perniciosamente en la educación de los hijos; por otra parte, en aquellos hogares en que hay paz, en que hay respeto y comprensión y una conciencia absoluta del cumplimiento de los deberes conyugales y -

paternales, jamás habrá lugar a un divorcio.

En cambio, si por medio del divorcio, dos seres encuentran un remedio a una situación desfavorable y difícil de sobrellevar, una salida a una mutua incomprensión, la que ahondándose más, produce consecuencias cada vez más graves, debe optarse por ésta solución, es decir, -- que aún cuando el divorcio es un mal, éste debe preferirse cuando sea el que cause menos daño.

La separación de cuerpos y bienes, o bien el divorcio en cualquiera de sus formas, son instituciones que dan unidad al matrimonio en el Derecho de Familia. Tarde o temprano tiene que reconocer el legislador que el matrimonio como situación de hecho está sujeto a las voluptuosidades de la vida conyugal y que, en consecuencia, también debe reconocer aquellas situaciones de hecho que ponen fin al matrimonio o alteran su esencia, ya sea reglamentando la separación de cuerpos y bienes o bien reglamentando el divorcio, según sean las circunstancias que -- priven en un determinado lugar y época.

Pero no debe pensarse, que al reglamentar una legislación el divorcio, éste vaya a ser causa de disolución en todos los matrimonios; el legislador debe de tomar en cuenta que éste es tan sólo un medio para dar fin a una situación desagradable dentro del mismo matrimonio; y -- fue precisamente esto lo que decidió al legislador mexicano el darle vida a ésta figura en nuestro país.

El legislador mexicano que abrió las puertas del divorcio en 1917, de ninguna manera pretendió provocar la desintegración de la familia, ni tampoco buscó implantar una institución que la sociedad le hubiera-

reprobado, es más, las causas que harían valer éste, las enumeró convenientemente con el fin de justificarlo; y así por ejemplo al admitirse el divorcio voluntario en nuestra legislación, el legislador pretendió ante todo, proteger a los hijos, no dejando tan sólo a la voluntad de los cónyuges decidir la suerte de éstos, sino que le da intervención - al Ministerio Público como representante de la sociedad, para velar -- por ellos y que así no se violen sus derechos, quedando asegurada su - situación en el porvenir.

Por otra parte, en aquellos países en que no existe el divorcio, -- ocurre que los matrimonios que quieren separarse definitivamente, cuando tienen posibilidades económicas se trasladan a otros países en donde exista una legislación que les permita divorciarse, en tales casos - debe tomar en cuenta el legislador de esos países, que su legislación - no es suficiente para resolver las controversias conyugales, que ésta - necesita una reforma; y que, sería mejor darle a su pueblo una regl-- mentación sobre el divorcio, si se quiere lo más restringido, para evitar que recurran los cónyuges a otras legislaciones a solucionar sus - problemas, porque la suya es insuficiente e inadecuada.

No quiere esto decir, que porque se admita al divorcio, la familia - vaya a desaparecer; aún cuando está sujeta a cambios, la crisis por la que atraviesa en la actualidad es sólo una transición entre la familia contemporánea y la familia del porvenir.

El hecho de que las legislaciones reglamenten el divorcio con más o menos restricciones, no impedirá su transformación, porque la familia, a pesar de ser por excelencia eminentemente conservadora, tiene que -- progresar para poder subsistir, no puede quedarse atrás mientras la civilización avanza.

Por lo que respecta a la patria potestad, nos pudimos dar cuenta a lo largo de éste trabajo la importancia que tiene y el papel que desempeña en nuestro Derecho de Familia.

En el caso de un matrimonio bien avenido no existe ningún problema y ambos cónyuges ejercen la patria potestad sobre sus vástagos, sin embargo, en un divorcio hay ocasiones en que el juez cree pertinente y necesario por el bienestar del hijo, que el cónyuge culpable pierda la patria potestad, y es aquí donde comienzan a surgir grandes problemas, ya que en muchos casos piensan que porque perdieron el ejercicio de la patria potestad ya no tienen ninguna obligación para con su hijo y lo comienzan a abandonar sin preocuparse que está sintiendo y por lo que está pasando; los cónyuges deben de estar bien conscientes que son --- ellos los que se están divorciando, lo cual no significa que se divorcien del hijo.

La patria potestad es una institución sumamente importante, ya que es la que permite en un momento dado que el trinomio matrimonio-hijo-divorcio pueda mantener una lejana unidad familiar y que en la mayoría de los casos sino es que en todos resulta más sano que un matrimonio mal avenido o en el caso de un divorcio en que uno de los cónyuges la pierda. Por lo que nosotros consideramos que sólo en casos sumamente excepcionales y que realmente sea indispensable el castigar con la pérdida de la patria potestad se haga, porque de lo contrario sería contraproducente.

Con relación a esto quisiéramos decir que el DIF otorga atención legal y gratuita, a través del Programa de Asistencia Jurídica, que suministra por medio de la PROCURADURIA DE LA DEFENSA DEL MENOR Y LA FAMILIA, la cual brinda patrocinio, asesoría y representación en juicio a

menores, ancianos, minusválidos y en general a personas de escasos recursos, supervisando también las funciones de tutores designados en -- juicios.

La asesoría y patrocinio legal que este organismo proporciona es a núcleos de población abierta, en materia de Derecho Familiar, tales como pensiones alimenticias, adopciones, rectificaciones de actas del Registro Civil, custodia de menores, patria potestad, juicios sucesorios y divorcios.

En lo que respecta al beneficio del menor y la familia, el área de asistencia jurídica de la institución, realiza las acciones en materia de prevención de maltrato al menor, libertad vigilada a menores infractos, integración familiar y social, coordinación de internados, y -- bolsa de trabajo.

Como puede observarse es muy amplio su campo de acción y muy esca--sos los recursos con los que cuenta, ya que si partimos de la idea que el DIF no sólo se dedica a esto, sino a proporcionar desayunos, a realizar las cocinas populares, cuidar de los ancianos, etc., tendrá que dividir su presupuesto entre todo su océano de acción.

Nosotros reconocemos que todo esto es muy caro y que gracias al DIF millones de personas comen, tienen un trabajo y han podido salir ade--lante luchando porque crezca nuestro país, y eso es precisamente lo -- que nosotros buscamos, que México sea grande, y esto sólo lo conseguiremos ayudando y apoyando a nuestros niños y jóvenes; por lo que nosotros no estamos conformes con lo que la PROCURADURIA DE LA DEFENSA DEL MENOR Y LA FAMILIA únicamente se dedique a divorciar a los cónyuges, -

sin importarles todos los problemas que les acarrea a los hijos y a -- los mismos cónyuges; por lo que nosotros consideramos que ésta procura duría o en su defecto cada juzgado de lo familiar cuente con una sección de psicólogos y terapeutas profesionales encargados de proporcionar tanto terapias personales como familiares durante el procedimiento de divorcio como una vez decretado éste, todo esto con el fin de causar el menor daño posible a los hijos, ya que muchas veces el divorcio de los padres ocasiona que se desquebraje el mundo del niño y del adolescente arrojándolo a una vida llena de desconfianza y temores.

Estamos completamente conscientes de lo costoso que saldría todo esto, pero debemos ponernos a pensar y concientizarnos todos de que México es un país joven y es un país de jóvenes, y si queremos que México realmente crezca debemos procurar que el crecimiento de los seres que van a lograr que crezca o que se deteriore sea sano y eficiente; como ya se dijo anteriormente económicamente hablando resulta muy costoso, pero sino lo hacemos socialmente será aún más, por lo que nuestras autoridades deben tomarlo muy en cuenta y pensar que no se perderá nada y se ganará mucho. Por el bienestar de nuestros niños y de MEXICO hagámoslo.

El DIF opina que para que México sonría al siglo XXI la familia y el niño deben ser objeto de máxima atención porque la familia unida, hace crecer a México; y porque los niños deben ser los únicos privilegiados de una sociedad en tránsito a la modernidad. Nosotros nos unimos a ellos y pedimos a Dios porque los jóvenes de hoy, mañana y siempre aprendan a valorar el significado de las cosas y luchan incansablemente por mantener unida a su familia.

Por último sólo nos resta decir que toca a la sociedad velar por su

integridad para que esa célula social que es la familia, no se desintegre en este período de transición. Si los jóvenes no se encuentran -- preparados para asumir las responsabilidades que una familia representa, si no saben ser conscientes de su deber como padres de ésta, debe la sociedad buscar todos los medios que sean posibles para que la juventud del presente, sea lo suficientemente apta para celebrar los futuros matrimonios y en consecuencia las familias del mañana.

5.- Consideraciones Finales.

Como puede observarse a través del presente trabajo nos consideramos defensores de la institución jurídica del divorcio, no desconociedo como muy acertadamente lo afirma el jurista francés Planiol, que: - "EL DIVORCIO ES UN MAL NECESARIO", es indudablemente un remedio y si se fijan diversos sistemas para solucionar la gangrena que se forma en el matrimonio con las disputas constantes de los cónyuges desavenidos-- como puede ser la separación de cuerpos, etc., indudablemente se tendrá que llegar al divorcio como un mal que dentro de todos los males - es el mejor.

Si nos apegamos a la corriente de los defensores del divorcio los cuales consideran al matrimonio como un verdadero contrato no dejaremos de reconocer que de todos los contratos es el más alto y el más sublime, ya que es el arca de la familia y de la sociedad y no debe restringirse a ser éste una institución con finalidad de constituirse en una forzada esclavitud principalmente cuando por determinadas circunstancias de la vida éste se hace imposible y más aún la vida en común - de los que lo han constituido.

Ahora bien si el matrimonio cuando éste se celebra, es determinante el consentimiento de los contratantes, bien puede concebirse por un -- principio elemental de lógica debe éste ser terminado por la misma voluntad de quienes lo celebraron.

El divorcio es para muchos no un bien ni tampoco un mal sino simplemente un remedio.

No dejemos de reconocer que el matrimonio es una bella institución, ya que sólo un amargado o un anormal o más bien un desadaptado social pueden desconocer que no hay concepción más pura y limpia que aquella en que dos seres se unifican poniendo lo más bello de su corazón, la intimidad de su alma y de su carne.

Pero también no debe desconocerse que las costumbres actuales están enteramente falseadas, ya no se piensa en nuestros días en la belleza espiritual, sino en la material, en ésta donde se encuentra mucho de falsedad y de falta de sinceridad, la época de los valores tiende a -- desaparecer porque el materialismo alcanza grandes terrenos de ventaja en éstos tiempos.

El matrimonio tiene el carácter de perpetuo, pero esto no quiere decir que sea indisoluble; todos los que se casan lo hacen con el propósito de que sea para siempre, y muchas veces por las causas que enumeran los partidarios del divorcio, la vida no puede continuar en común. Se hace imposible, se acaba, y si aquella familia o matrimonio siguen unidos, el hogar será causa permanente de escándalos, es un mal que resulta de las pasiones y debilidades humanas. En éste caso, es una situación de hecho, que el legislador está bien obligado a tener en cuen

ta, puesto que es el responsable del orden y de las buenas costumbres, es él quien debe poner fin a esa situación que no nada más interesa a los cónyuges, sino a la sociedad entera.

Tanto los defensores del divorcio como sus impugnadores reconocen - que hay casos en que por hacerse imposible la convivencia entre los esposos, se impone su inmediata separación, la cuestión se reduce a saber qué es preferible, si la separación acompañada de la disolución de un lazo que la naturaleza se ha encargado ya de disolver, o la separación manteniendo un matrimonio que en realidad no existe más que de -- nombre.

Nosotros consideramos que si la separación es necesaria de todo matrimonio en que la vida en común se ha hecho imposible, preferible es que se haga radicalmente, como lo hace el divorcio; no caben términos-medios en el asunto, o hay matrimonio o no lo hay y si la vida en común que es la base del matrimonio se ha roto, es absurdo sostener que haya matrimonio; pretender que éste subsista a pesar de la separación de los esposos no es más que una ficción.

Verdad es que la separación de cuerpos acaba con los disgustos familiares, es decir, dentro del hogar, pero públicamente los deja subsistentes; cuando la vida en común se hace imposible y después de estar - plenamente convencidos los cónyuges de que nunca congeniarán, el mal - debemos buscarlo en el matrimonio, haciendo desaparecer éste; todo mal desaparecerá.

El verdadero remedio, es el divorcio, en virtud del cual los cónyuges divorciados podrán encontrar en otro matrimonio su felicidad; ade-

más, el Estado se reciente y está en peligro constante, permitiendo un gran número de cónyuges separados que en realidad son maridos sin mujeres y mujeres sin maridos.

Los que condenan el divorcio lo hacen en nombre de la religión católica y en nombre de la moral; mas éste no es motivo suficiente para -- que el legislador, lo tome en cuenta, sería necesario que toda una nación profesara la religión católica para no admitir el divorcio. Aunque la minoría no profese la religión, el legislador debe satisfacer -- sus deseos, ya que su libertad de conciencia sería violada si una parte de la población fuere privada, por aplicación de las ideas religiosas, a la práctica del divorcio.

Por el contrario, la ley en nada ofende la creencia del culto religioso de los cónyuges, al admitir el divorcio, sin imponérselos.

Nuestro Código Civil sólo menciona dos causas por las cuales se da lugar a la separación de los cuerpos, si así lo desean los cónyuges:

- a) Cuando se padezca una enfermedad contagiosa, la impotencia incurable que sobrevenga después del matrimonio, y
- b) Padecer enajenación mental incurable. (artículo 267 fracciones VI y VII).

Como es bien sabido, los esposos que se encuentran separados están impedidos de contraer un nuevo matrimonio, por lo que sólo les quedan dos caminos a seguir: o condenarse a un celibato forzoso o buscar la -- satisfacción de sus pasiones en uniones reprobadas por la sociedad; lo primero es contrario a la naturaleza, lo segundo es contrario a la mo-

ral; ahora bien, un sistema de legislación que no se compece con los principios naturales y morales, no podrá menos que producir funestas - consecuencias para el individuo y para la sociedad.

Con la separación de cuerpos lo único que se hace es prolongar la - triste situación de los hogares, en donde reina el desorden, los dis-- gustos, los malos tratos, etc.

Se culpa al divorcio de ser el causante de aquella situación. Es - un error. El divorcio no es la causa, el divorcio, es la consecuencia; al presentarse en la vida de los cónyuges situaciones que la hacen im-- posible, el divorcio no ha intervenido, éste interviene cuando aque--- llas causas se agudizan haciendo materialmente imposible la vida en co mún.

Se condena al divorcio, desde el punto de vista de la moral; vida - en común, imposible. Bien, pero nosotros nos preguntamos, ¿acaso es -- muy moral permitir que los cónyuges separados únicamente mantengan uno y otro comercio adulterino ?

Tal parece que los que condenan el divorcio, están en la creencia - de que cuando exista una causa para el mismo, forzosamente deba ejerci tarse la acción respectiva; el hecho de admitir el divorcio, no quiere decir que su ejercicio sea obligatorio para todos aquellos cónyuges -- que tengan algún motivo para ejercitarlo; éste quedará al arbitrio de ellos, y si a pesar de tener un motivo justificado para pedir el divorcio no lo hacen, nadie podrá exigir su cumplimiento.

El divorcio ha sido condenado en nombre de la religión y de la mo--

ral; si no existiera ni una ni la otra, no habría quien se opusiera a la institución del divorcio.

Mucho se habla del divorcio contrario a la dignidad del matrimonio. Un hombre y una mujer, en la efervescencia de la juventud, se casan -- creyendo amarse, creyendo realizar su felicidad, al cabo de algún tiempo se dan cuenta que se equivocaron, de que el amor que creían tenerse no era más que una ilusión pasajera, que la felicidad que esperaban de su unión no era más que un sueño de juventud. Nosotros nos preguntamos ¿ Es justo que esos dos seres, que ninguna culpa tuvieron en haberse equivocado, vivan para siempre encadenados, odiándose mutuamente y esperando sólo con la muerte su libertad ? ¿ Tiene la sociedad el derecho de imponerles el sacrificio de sus vidas, cerrándoles por toda su existencia, la puerta que puede conducirlos a la felicidad ? ¿ Es así como la sociedad cumple con el deber de asegurar a sus miembros el bienestar a que son acreedores ?

Los partidarios del divorcio, reconocemos, como los que lo condenan, que el objeto del matrimonio es crear entre los cónyuges una comunidad de existencia, que no debe tener fin, sino hasta la muerte de uno de ellos. Pero, cuando no existe en el matrimonio una unión esencial entre los cónyuges, cuando no existe entre ellos aquel vínculo total e íntegro de alma y cuerpo, cuando no existe voluntad, consentimiento en seguir unidos debe obligarse a aquellas personas a vivir una vida que propiamente no es vida ?

El divorcio es necesario porque evita el número creciente de concubinatos, en cambio, en los países en donde sólo existe la separación de cuerpos éstos abundan, como en igual forma los hijos naturales y la práctica del adulterio.

La objeción más fuerte que se presenta contra el divorcio es la situación de los hijos; ya que se dice que los hijos son los que pagan los errores de sus padres. Mas es un error, creer que el divorcio es el causante de la situación en que quedan los hijos; el mal que se les hace a los hijos es debido a la discordia, al odio, a la ruptura de hecho entre sus padres. Los hijos vivirán observando constantemente la conducta de ambos padres que siempre será de disgustos, de los cuales los hijos son testigos. Las dificultades entre los consortes hará que sus hijos odien al otro cónyuge, ya sea el padre o la madre. No cabe duda que la situación de los hijos es muy triste en caso de desavenencia entre sus padres, máxime si llegan a la separación, en virtud de un divorcio, pero, ¿se mejora la situación de ellos con la sola separación de cuerpos? Nosotros pensamos que definitivamente NO.

Los adversarios del divorcio insisten mucho sobre la situación que éste crea a los hijos. No requiere mucho trabajo demostrar que ésta situación es deplorable, pero, nosotros nos preguntamos ¿y los hijos de los esposos separados de cuerpo no son dignos de lástima o por lo menos de preocupación?. No se pretende, sin duda, al suprimir el divorcio, suprimir también la separación de cuerpos. Ahora bien, si se les rehusa el divorcio a los esposos desgraciados en el hogar, tendrán que recurrir a la separación de cuerpos y la situación de los hijos se rá igualmente lastimera.

Edoardo Giusti (72), psicólogo clínico opina que: "Hoy está unánime mente reconocido que el estado de perturbación frecuente entre los hijos de separados no es debido a la separación en sí, sino a toda la si tuación de conflicto y tensión que la originó. Los niños interiorizan las diferencias entre los padres a lo largo de los años: hacen suyo el conflicto de los padres. Les faltan entonces puntos de referencia só-

lidos y positivos esenciales para el desarrollo, como la certeza de -- ser amados, de ser buenos y de poderse mover libremente, el conocimiento claro de lo que sucede a su alrededor, etc.. La atmósfera emotiva-vigente en la casa determina el equilibrio y la estabilidad emotiva de los hijos, al margen de que los padres estén separados o no. El impacto de la separación de los padres si se lleva bien, puede ser saludable y mucho menos grave que los efectos que produce una familia continuamente en tensión. Es una creencia equivocada la de considerar preferible a cualquier otra situación la de tener a los dos progenitores-bajo el mismo techo, prescindiendo de cuál sea el tipo y la calidad de la relación".

Se dice que puede haber entre los hijos del primer matrimonio, con los hijos del segundo, odio; los padres son en ocasiones juzgados por sus propios hijos; la situación de un padrastro ante un hijastro también es difícil. Pero no deben de olvidar los partidarios de la separación de cuerpos que la misma situación y aún más difícil se presenta con admitir solamente la separación de cuerpos; más triste es la situación de los hijos, porque dada la formación de nuestra sociedad aquellos hijos nacidos de una unión ilícita, por así considerarlo la ley, serían vistos con menosprecio de todos los demás, sin tener ellos la culpa.

Las medidas que tomen los Tribunales para la educación de los hijos, así como para su conservación y ponerlos aptos para la vida del futuro, serán las mismas, tanto para el divorcio, como para la separación de - cuerpos.

(72) Giusti, Ricardo. El Arte De Separarse. P. 94 y 95.

La situación de los hijos en nada mejora aceptando únicamente la separación de los cónyuges, como remedio de la vida en común, ésta situación no podrá ser empeorada por el divorcio y sí podrá ser mejorada.

Por otra parte consideramos que en muchos casos resulta preferible que los hijos vivan con uno de los padres en paz y tranquilidad, educados y atendidos de acuerdo con sus posibilidades, a que se les condene a vivir en el seno de un hogar en donde se han perdido todas las reglas de moral y urbanidad, el respeto que debe existir en el mismo, y en donde el rencor y la discrepancia substituyen a la paz y al entendimiento.

Con respecto a éste punto tenemos a Edoardo Giusti (73), quien opina que: "El bien de los hijos se convierte en la mejor excusa, para ocultar la verdad y mantener un status quo que en realidad no se desea cambiar. Es evidente que cuando el matrimonio se ha deteriorado y los cónyuges ya no son capaces de resolver sus diferencias perjudican a sus hijos permaneciendo juntos por el tan mentado su bien. Sin duda, los hijos viven y crecen mejor con un solo progenitor en un ambiente tranquilo que con los dos en continua conflictividad (abierta o soterrada, no hay diferencia alguna)".

Debe tomarse en cuenta, que desde el punto de vista moral, los hijos no se perjudican, sino por el contrario salen ganando porque dejan de ser testigos, desde luego, de las escenas violentas que se desarrollan en el hogar, y dejan de compartir la vida amarga de los padres, además ¿quién puede negarnos la posibilidad de que los hijos en el --

(73) Ibidem, P.92.

nuevo hogar que les pueda dar cualquiera de los cónyuges, no hallen el cariño y amor que necesitan ?

Nosotros preferimos la situación de los hijos en el divorcio, es -- más franca y más digna que en la separación de cuerpos, en donde todo es falso y embarazoso.

En suma, no se ve que el divorcio crea en los hijos de los esposos, una situación peor que la separación de cuerpos, la situación en que -- los coloca el divorcio parece preferible. Además de que si a los hijos se les proporciona un buen cuidado, comprensión, apoyo emocional y cariño, podrán ser capaces de sortear la crisis familiar y crecer felices, sanos, normales, y llegar a ser adultos capaces de amar y ser amados. Pero, el cuidado, la comprensión, y el apoyo emocional y el cariño deben darse de manera evidente y constante, si se desea que su desarrollo continúe por buen camino.

También se habla en la impugnación al divorcio, de la situación que éste crea a la mujer, en el matrimonio, dicen, pierde la mujer todos -- los encantos de su juventud; separada de su marido se encontrará en el mundo sola y desamparada, generalmente carente de recursos y muchas veces con la carga de pequeños hijos, para quienes en muchos casos no -- tendrán un pedazo de pan que llevar a su boca; en éstas condiciones -- ¿ qué podrá hacer si no es entregarse a los brazos del primero que le ofrezca un poco de protección a cambio de su honra ? Ciertamente que -- a esta desgraciada situación puede llegar la mujer divorciada, pero, -- ¿ la separación de cuerpos, no podrá encontrarse en el mismo caso ?

La primera tiene ventaja sobre la segunda, ya que puede encontrar -- lícitamente un hombre que la salve de su desgracia, en tanto que la se

gunda no podrá esperar tal salvación, mas que a costa de su honra y la de sus hijos: la situación de la mujer divorciada es pues, preferible a la de la mujer separada de cuerpos.

Como puede observarse, el divorcio, sin dejar de tener los mismos inconvenientes que la simple separación de cuerpos, presenta innumerables ventajas que ésta no tiene, desde luego es más conforme con los principios y encerrado dentro de los justos límites, es una institución de moralidad.

Si un divorcio se establece liviana o caprichosamente sin analizar con detenimiento las circunstancias especiales del caso concreto; sin garantías y sin justificación, es en verdad por desgracia la más poderosa fuerza destructora de la familia. Sin embargo, un divorcio razonado, fundado en justas causas, salvará graves situaciones, dramas familiares y, en su caso, puede llegar a ser fuente de salud y de orden económico, social, psicológico y moral para la verdadera vida en un hogar.

Examinando el divorcio desde el punto de vista social debe ser preferido a la separación de cuerpos, puesto que a la mujer le devuelve su capacidad, como si nunca hubiese estado casada.

Desde el punto de vista jurídico, también el divorcio debe ser preferido a la separación de cuerpos, porque al derecho le interesa principalmente el estado civil de las personas, y con el divorcio éste se encuentra bien definido.

La separación de cuerpos, facilita y fomenta el vicio de las rela--

ciones ilícitas, en tanto que el divorcio acaba con ellas. Con la separación, existe la posibilidad de una reconciliación; pero, también - la hay con el divorcio.

Si nosotros tuvieramos la oportunidad de penetrar a un hogar y presenciar los hechos que ocurren y examinamos sin apasionarnos la triste situación de aquél matrimonio, provocada por los continuos disgustos, - las eternas desaveniencias de los consortes, el mal ejemplo a sus hijos, su educación descuidada, estaríamos conformes en conceder el divorcio, ya que una vida así, no es propiamente vida, no existe el matrimonio, donde no existe el amor, el cariño, el socorro, la ayuda mutua y el respeto; no vamos a exigir que aquellas personas, si ellas no lo desean, continúen como marido y mujer, si les falta el principal -- elemento para la constitución y conservación del matrimonio: **EL AMOR.**

A pesar de que nosotros somos partidarios del divorcio, consideramos que el ideal que debe perseguirse en el matrimonio es la perpetuidad del vínculo, debe admitirse el divorcio sólo que la vida conyugal se haga imposible entre los esposos, sólo que las condiciones que dieran lugar a la formación del matrimonio hayan dejado de existir.

En virtud de todos los argumentos en pro y en contra del divorcio; - en los cuales dejamos traslucir nuestro pensamiento, llegamos a la conclusión de que en ciertos casos la vida en común de los esposos se torna imposible y consecuentemente no se cumplen los fines del matrimonio. Para tales casos es preciso el divorcio, como un remedio que ponga fin a tal estado irregular.

El divorcio, como dijo Planiol, debe ser considerado como un mal ne

cesario, ya que es la solución a otros males mayores.

En nuestra opinión, la indisolubilidad del matrimonio es del dominio de la conciencia; el progreso de las costumbres es quien debe realizar este ideal hasta donde sea posible a los hombres confiar en su perfección.

El legislador debe considerar a la humanidad tal y como es, con sus debilidades e imperfecciones, guárdese bien de imponer a los hombres una perfección, porque habemos de recordarle la experiencia de la Iglesia, cuyos monjes en su afán de transformar a los hombres en ángeles, acabaron por ser ellos mismos demonios de impureza.

Merece a nuestro muy personal punto de vista un aplauso el legislador mexicano al permitir la existencia de ésta institución jurídica -- que además de remedio es necesario para poder poner un freno a toda corriente que trate de romper el principio de libertad tan ansiado por todos los pueblos a través de la historia y tan justificable en un régimen de derecho como es el nuestro.

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

1.- El divorcio lo encontramos en forma muy rudimentaria desde la antigüedad, regulado en forma de repudio, sin embargo, ha evolucionado hasta llegar a la normatividad actual basada en la igualdad de derechos - de ambos cónyuges.

2.- El divorcio fue conocido en México por los aztecas desde antes de la conquista española, sin embargo, a los españoles no les preocupó -- nunca respetar la tradición de nuestros aborígenes en el aspecto legal (ni en ningún otro) y bárbaramente cambiaron todas las disposiciones - legales, convirtiendo así el matrimonio en un sacramento indisoluble.

3.- Como resultado de la transformación económica y social de nuestro país, el divorcio tiene una absoluta justificación, y en esa forma revolucionaria entendieron el problema los legisladores de 1917, quienes al dejar de considerarlo como un sacramento, no hicieron sino plasmar en la ley un viejo deseo de nuestro pueblo que anhelaba conseguir a toda costa su liberación, después de haber soportado durante largo tiempo dictaduras y cacicazos que jamás comprendieron las aspiraciones humanas del conglomerado civil.

4.- El matrimonio es la unión legítima de un hombre con una mujer que se contrae con intención de durar toda la vida; mas por razones lógicas, éticas y sociales, el matrimonio no es indisoluble; puede darse - por terminado el lazo matrimonial en vida de los cónyuges, al existir causas suficientes y graves para disolverlo.

5.- Aceptamos el mutuo consentimiento como causal de divorcio, pues -- ante la definitiva e irrevocable decisión de los cónyuges de no realizar una comunidad espiritual y material, la institución del matrimonio deja de cumplir sus fines lógicos y naturales; y por lo tanto, debe extinguirse. Sólo un alto interés social debe resguardar el Estado: LA SEGURIDAD VITAL, EDUCACION Y PORVENIR DE LOS HIJOS.

6.- El divorcio necesario es el más dañino y menos sano.

7.- El divorcio es UN MAL NECESARIO, y sirve para sanar el auténtico mal constituido por un matrimonio en el que la vida en común ha llegado a ser imposible.

8.- Los menores de edad, a falta de quien ejerza la patria potestad y los demás incapaces deben ser representados por tutores.

9.- La patria potestad es un derecho que a título de norma general, -- la ley confiere a los padres sobre sus menores hijos y la cual se acaba, se pierde o se suspende en los términos que señalan los artículos-443, 444 y 447 del Código Civil vigente.

10.- Durante la tramitación del juicio de divorcio ambos cónyuges conservan la patria potestad sobre sus hijos.

11.- Las modificaciones que pueda sufrir el ejercicio de la patria potestad hasta antes de que se pronuncie la sentencia definitiva de divorcio son provisionales y deben ser solamente las estrictamente indispensables.

12.- En los casos de divorcio por mutuo consentimiento, ninguno de los cónyuges perderá la patria potestad sobre sus hijos; en los casos de divorcio necesario, el cónyuge que diere causa al mismo, perderá el -- ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, si el juez lo cree -- conveniente. No obstante de esto, sean o no culpables los padres, del divorcio, subsisten sobre los dos todas las obligaciones para con sus hijos.

13.- El divorcio y los demás males sociales que nos aquejan obedecen -- principalmente a la falta de preparación, a la falta de cultura, a la falta de sentido de responsabilidad de las obligaciones que se tienen

con los hijos, con la esposa, con el esposo, con la sociedad, y esto - se debe a que sólo se instruye y no se educa, ya que educar convenientemente implica impartir principios morales, de conducta ciudadana; es formar hombres y mujeres conscientes de su responsabilidad humana, conscientes de su dignidad y responsabilidad como personas en sentido ético y valorativo, y conscientes de su responsabilidad como ciudadanos - mexicanos.

14.- El cónyuge que tenga la guarda de los hijos, debe tener también - la representación de ellos, para toda clase de asuntos judiciales y extrajudiciales.

15.- El divorcio por sí mismo no es el cáncer que destruye la organización de la familia, como ha sido dicho; lo que origina su disolución - es el caudal de desavenencias, incomprensiones, intereses, egoísmos, - inadaptaciones psicológicas y biológicas de los consortes, la comisión de graves faltas de orden moral, etc.. El divorcio sólo pone término a un matrimonio infeliz y auspicia la reconstrucción de un nuevo hogar.

16.- Debe crearse una institución encargada de dar asesoría psicológica a los cónyuges y a los hijos de éstos tanto durante el juicio de divorcio como después de dictado éste, para que los cónyuges sepan como deben de tratar a sus hijos y causarles el menor daño posible.

17.- No desconocemos la importancia social de la forma legislativa, y queremos por ello dejar sentado en estas conclusiones el principio que en el desarrollo de nuestro trabajo invocamos tantas veces: el divorcio deberá solicitarse sólo en circunstancias últimas, debiendo desempeñar en el campo de la legislación, el papel que tiene la cirugía en el de la medicina; es decir, que deberá emplearse sólo cuando sea la única manera de salvar al paciente; pero nunca sin haber probado otros medios de curación. Para eso insistimos en que lo que debe proporcionarse a nuestro Pueblo es una educación adecuada.

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

CIMBALI, ENRICO.- "La Nueva Fase del Derecho Civil". Traducción por Don Francisco Esteban García. Editorial Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra. Primera edición. Madrid, España. 1893.

COLIN AMEROSIO y CAPITANT H..- "Curso Elemental de Derecho Civil". Traducción por Demófilo de Buen. Primera edición. Tomos I y II. Editorial Reus, S.A.. Madrid, España. 1923.

CHESTERTON, GILBER.- "La Superstición del Divorcio". Traducción por --- Eduardo Toda Valcarcel. Primera edición. Editorial Poblet. Madrid, España. 1931.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO.- "El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea". Décima Cuarta edición. Editorial Esfinge, S.A. de C.V.. México, Distrito Federal. 1986.

FOIGNET, RENE.- "Manual Elemental de Derecho Romano". Primera edición. Editorial José M. Cajiga. Puebla, México. 1948.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.- "Primer Curso de Derecho Civil". Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, Distrito Federal. 1982.

GENTY.- "Tratado del Usufructo, del Uso y de la Habitación". Primera edición. Editorial Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia. México, Distrito Federal.

GIUSTI, EDOARDO.- "El Arte de Separarse". Primera Reimpresión. Editorial Alhambra Mexicana, S.A. de C.V.. México, Distrito Federal. 1988.

IBARROLA de, ANTONIO.- "Derecho de Familia". Primera edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, Distrito Federal. 1978.

JOSSEMAN, LOUIS.- "Derecho Civil". Traducción por Santiago Conchillas y Manterola. Tomo I Volumen II. Tercera edición. Editorial Bosch. Buenos Aires, Argentina. 1952.

MAZEAUD, HENRI, LEON y JEAN.- "Lecciones de Derecho Civil". Traducción por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Parte Primera, Volumen IV. Primera edición. Editoriales Ediciones Jurídicas Europa-Americana. Buenos Aires, Argentina. 1959.

MENDIETA NUÑEZ, LUCIO.- "El Derecho Precolonial". Enciclopedia Ilustrada Mexicana No 7. Editorial Porrúa Hermanos y Compañía, México, Distrito Federal. 1937.

MONTERO DUHALIT, SARA.- "Derecho de Familia". Cuarta edición. Editorial -

Porrúa, S.A.. México, Distrito Federal. 1990.

PALLARES, EDUARDO.- "El Divorcio en México". Segunda edición. Editorial-Porrúa, S.A.. México, Distrito Federal. 1979.

PETIT, EUGENE.- "Derecho Romano". Traducción por Manuel Rodríguez Carrasco. Edición 1980. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México, Distrito Federal. 1980.

PINA de, RAFAEL.- "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Volumen I. Primera edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, Distrito Federal. 1956.

PLANIOL, MARCEL.- "Tratado Elemental de Derecho Civil". Introducción, Familia, Matrimonio. Traducción por José M. Cajiga Jr. Primera edición. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México, Distrito Federal. 1983.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- "Compendio de Derecho Civil". Introducción, -- Personas y Familias. Vigésima Segunda edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, Distrito Federal. 1988.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.- "Derecho Civil Mexicano". Tomo II Volumen I. Segunda edición. Editorial Libros de México, S.A. de C.V.. México, Distrito Federal. 1959.

RUGGIERO de, ROBERTO.- "Instituciones de Derecho Civil". Traducción por Serrano Suñer, Ramón y Santa-Cruz Tejerio, José. Tomo II Volumen II. Cuarta edición. Editorial Reus. Madrid, España.

SERRA ROJAS, ANDRES.- "Ciencia Política". Novena edición. Editorial Porrúa, S.A.. México, Distrito Federal. 1988.

SINBERG, JANET.- "Divorcio Un Problema Sólo Para Adultos". Traducción por Jorge Avendaño Inestrillas. Primera edición. Editorial La Prensa Médica Mexicana, S.A.. México, Distrito Federal. 1983.

SU SANTIDAD PIO XI.- "Encíclica Sti. Connubii". Sobre El Matrimonio --- Cristiano. Segunda edición. Editorial Ediciones Paulinas, S.A.. México, Distrito Federal. 1963.

VALVERDE y VALVERDE, CALIXTO.- "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo IV Parte Especial. Segunda edición. Editorial Talleres Tipográficos Cuesca. Valladolid, España. 1921.

OTRAS OBRAS Y CODIGOS CONSULTADOS.

BLANCO SALPADO, CARLOS.- "El Divorcio sus Causas Reales y Formales y - la Situación Social y Jurídica de los Hijos".Tesis.Editorial U.N.A.M.- México,Distrito Federal.1947.

GARCIA SARMIENTO, JORGE ENRIQUE.- "Divorcio Administrativo".Tesis.Editorial U.N.A.M..México,Distrito Federal.1960.

LOPEZ SAYAGO, JENARO.- "La Pérdida de la Patria Potestad en la Prevención de la Delincuencia Juvenil".Tesis.Editorial U.N.A.M..México,Distrito Federal.1961.

MENDOZA DURAN, JOSE ONOFRE.- "El Divorcio".Tesis.Editorial U.N.A.M..México,Distrito Federal.1955.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.- "Diccionario Jurídico Mexicano".Tomos III, IV, VI, VIII.Primer edición.Editorial U.N.A.M..México, Distrito Federal.1983 Tomos III y IV y 1984 Tomos VI y VIII.

CODIGO CIVIL.- del Distrito Federal y Territorio de la Baja California Primera edición.Editorial Tipografía de J.M. Aguilar Ortiz.México,Distrito Federal.1870.

CODIGO CIVIL.- del Distrito Federal y Territorio de la Baja California Primera edición.Editorial Imprenta de Francisco Díaz de León.México,-- Distrito Federal.1884.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.- Tercera edición.Editorial Andrade,S. A..México,Distrito Federal.1980.

CODIGO CIVIL.- para el Distrito Federal.59a edición.Editorial Porrúa,- S.A..México,Distrito Federal.1991.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.- para el Distrito Federal.40a edición.Editorial Porrúa,S.A..México,Distrito Federal.1991.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- 96a edición.-- Editorial Porrúa,S.A..México,Distrito Federal.1992.

CODICE CIVILE D'ITALIA.- L.Franchi,V.Feroci,S.Ferrari.Codici E Leggi - D'Italia. Editore Ulrico Hoepli.Milano,Italy.1988.

CODE CIVIL D'FRANCE.- Quatre-Vingt-Dixieme edition.Editions Dalloz.Paris,France.1990.

I N D I C E

| | |
|-----------------------------------|---|
| I N T R O D U C C I O N | 1 |
|-----------------------------------|---|

C A P I T U L O I ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN MEXICO Y EN EL DERECHO COMPARADO.

| | |
|---|----|
| 1.1 Generalidades | 3 |
| 1.2 El Divorcio en el Derecho Romano | 7 |
| 1.3 El Divorcio en el Derecho Musulmán | 11 |
| 1.4 El Divorcio en el Derecho Canónico | 12 |
| 1.5 El Divorcio en el Derecho Español | 14 |
| 1.6 El Divorcio en el Derecho Francés | 16 |
| 1.7 El Divorcio en el Derecho Italiano | 18 |
| 1.8 El Divorcio en el Derecho Alemán | 19 |
| 1.9 Principales Sistemas Que Se Practican En Los Pueblos Modernos . | 23 |
| 1.10 El Divorcio en el Derecho Mexicano | 26 |
| 1.11 Cuadro Comparativo de las Causales de Divorcio en el Derecho Mexi- cano | 40 |

C A P I T U L O II LAS DIFERENTES CLASES DE DIVORCIO EN MEXICO Y SUS EFECTOS.

| | |
|--|----|
| 2.1 Generalidades del Matrimonio | 42 |
| 2.2 Clases de Divorcio | 45 |
| 2.3 El Divorcio Administrativo | 47 |
| 2.4 El Divorcio Voluntario Por La Vía Judicial | 50 |
| 2.5 El Divorcio Necesario | 55 |
| 2.6 Efectos de la Sentencia de Divorcio | 61 |
| 2.7 La Tutela | 68 |

C A P I T U L O III LA PATRIA POTESTAD ANTES Y DESPUES DEL DIVORCIO.

| | |
|---|----|
| 3.1 Generalidades de la Patria Potestad | 84 |
|---|----|

| | |
|--|-----|
| 3.2 Efectos Sobre La Persona Del Hijo Antes Del Divorcio | 87 |
| 3.3 Efectos Sobre Los Bienes Del Hijo Antes Del Divorcio | 92 |
| 3.4 La Representación Del Hijo Antes Del Divorcio | 95 |
| 3.5 La Situación Durante El Juicio De Divorcio | 96 |
| 3.6 Efectos Sobre La Persona Del Hijo Después Del Divorcio | 101 |
| 3.7 Efectos Sobre Los Bienes Del Hijo Después Del Divorcio | 105 |
| 3.8 La Representación Del Hijo Después Del Divorcio | 107 |
| 3.9 La Custodia Del Hijo | 108 |
| 3.10 Modos de Acabarse Y Suspenderse La Patria Potestad | 116 |

C A P I T U L O IV LAS DIVERSAS CORRIENTES DEL DIVORCIO.

| | |
|---|-----|
| 4.1 Generalidades | 123 |
| 4.2 Razonamientos De Los Que Están En Contra Del Divorcio | 126 |
| 4.3 Razonamientos De Los Que Están A Favor Del Divorcio | 138 |
| 4.4 Consideraciones Teórico-Jurídicas Del Divorcio Y La Patria Potes-- tad En El Sistema Jurídico Mexicano | 148 |
| 4.5 Consideraciones Finales | 155 |

| | |
|-----------------------------------|-----|
| C O N C L U S I O N E S | 168 |
|-----------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------------|-----|
| B I B L I O G R A F I A | 171 |
|-----------------------------------|-----|