

13
2e



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

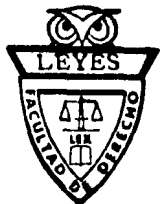
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

JOSE ANTONIO AGUILAR SOTO

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. JOSE DE JESUS LOPEZ MONROY



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
MEXICO, D. F.

1994



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.

*Quiero agradecer infinitamente a todas
aquellas personas que, de alguna manera,
han colaborado en la terminación de la
presente tesis.*

*Agradezco a mi madre, el haberme dado
la vida, su esfuerzo y dedicación, para
lograr lo que hoy es una realidad.*

*A mis hijos, y especialmente a mi esposa,
agradezco su total apoyo en la
elaboración y redacción de esta tesis.*

Mi más sincero agradecimiento a mi Maestro Lic. José de Jesús López Monroy, quién con su asesoramiento hizo posible la realización de este trabajo.

Finalmente, dedico mi tesis a la Universidad Nacional Autónoma de México, Institución a la que debo la preparación obtenida, y ante ella prometo conducirme con ética y profesionalismo.

LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

	INDICE
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	EFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACION A LOS CONYUGES. 2
1.	Efectos provisionales. 2
2.	Efectos definitivos. 14
2.1.	Capacidad para contraer nuevo matrimonio. 14
2.2.	Capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio. 16
2.3.	Igualdad de efectos en la persona de los divorciantes. 18
2.4.	¿Puede la mujer divorciada usar el apellido de su ex-marido?. 22
2.5.	Alimentos al cónyuge inocente. 24
CAPITULO II	EFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACION A LOS HIJOS. 29
1.	La trinidad de efectos del divorcio con relación a los hijos. 29
2.	Legitimidad o extramatrimonialidad del hijo de la mujer divorciada. 32
2.1.	Primer periodo. 32
2.2.	Segundo periodo. 34
2.3.	Tercer periodo. 36
CAPITULO III	EFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACION A LA PATRIA POTESTAD. 40
1.	Efectos del divorcio respecto a la Patria Potestad. 40
1.1.	Efectos respecto a los sometidos a la Patria Potestad. 42
1.2.	Efectos respecto a las personas que ejercen la Patria Potestad. 44
1.3.	Efectos sobre los Bienes de los Hijos. 48
2.	Obligación de dar alimentos. 55

CAPITULO IV	EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACION A LOS BIENES.	60
	1. Efectos del divorcio en cuanto a los bienes de los cónyugos.	60
	2. Disolución de la Sociedad Conyugal.	65
	3. Devolución de las donaciones antenuptiales y entre consortes.	70
	4. Ventajas especiales que se hubieren pactado en la capitulaciones matrimoniales.	76
	5. Obligación de indemnizar de un cónyuga respecto del otro.	80
CONCLUSIONES		89
BIBLIOGRAFIA		91

INTRODUCCIÓN

En la actualidad hemos de ver en el divorcio, no una causa, sino un efecto, y así no atribuirle el cargo de que a él se deba la destrucción familiar, ya que dicha desintegración ha venido operando en la familia desde tiempos remotos y por causas muy complejas; no es de alacarse el divorcio en sí, sino los males a los que verdaderamente deban atribuirse la desintegración familiar.

El divorcio en última instancia, puede ser bienhechor para muchas situaciones que son nocivas y destructivas para la familia, no puede considerarse que el divorcio por sí mismo sea una acción negativa sino lo malo es el abuso de él.

Si bien es cierto, tiene sus ventajas como que únicamente sea el remedio para solucionar diversas situaciones conyugales que son incompatibles con la propia naturaleza del matrimonio; también lo es que no puede dejarse de reconocer que cuando únicamente se tramita por capricho, comodidad, falta de madurez en uno o ambos cónyuges, y lo más grave aún, por el simple hecho de contraer nuevo matrimonio sin tener motivo suficiente para invocar alguna causal, no son motivos suficientes por sí mismos para tratar de refugiarse dentro de los fines de dicha institución, por lo que en estos casos se trata de una ofensa a la moral y agravio de los derechos de los hijos y aún más, de la persona de los propios cónyuges.

Expuesto lo anterior, el presente estudio se plantea de la siguiente forma: ¿Cuándo se producen los efectos del divorcio de manera provisional y cuándo de manera definitiva?; cuál es la capacidad de los cónyuges para contraer nuevo matrimonio?; existe igualdad de efectos en la persona de los divorciantes?; qué efectos se producen con relación a la persona de los hijos respecto a la patria potestad?; finalmente, qué efectos se producen con relación a los bienes de los cónyuges?.

Todas estas interrogantes, las contestamos a través de los razonamientos y proposiciones expuestas a lo largo de este trabajo, y en particular en las conclusiones; pero para llegar a estas últimas, primero fue necesario hacer una referencia histórica para conocer como han evolucionado los efectos de la figura del Divorcio desde sus orígenes, sin pasar por alto el estudio dentro del antiguo Derecho Romano.

Desde luego, no podía faltar en la presente tesis el capítulo de conceptos, así como la legislación actual y su aplicación. Por último, finalizo el presente trabajo con las conclusiones, esperando que haya aportado algo de utilidad.

CAPITULO I

Efectos del Divorcio con relación a los cónyuges

CAPITULO I**EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACION A LOS CONYUGES****1. Efectos Provisionales.**

Como podremos observar, desde los orígenes de la civilización hasta la actualidad se han originado una serie de efectos como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial. De ahí que en todos los pueblos antiguos se presentase como forma ordinaria de conclusión de la unión el repudio, es decir, la disolución del matrimonio por la sola voluntad del hombre, que lo daba por terminado con el abandono o la expulsión de la mujer.

Sin embargo, la evolución no parece haber sido similar en todos los pueblos, pues en tanto en algunos el matrimonio siempre fue disoluble originando ciertos efectos, en otros se presentó una etapa en la cual privó la indisolubilidad, superada luego por la evolución de las costumbres.

Así en la época histórica de Egipto se observa que de la indisolubilidad se pasó al repudio fundado en causa grave facultad otorgada primero al marido, luego a la mujer y en algunos casos limitada solo a ella por las capitulaciones matrimoniales y finalmente al repudio unilateral sin necesidad de causa.

En Babilonia, las leyes primitivas otorgaban al marido el derecho de repudiar libremente a su esposa; el Código de Hammurabi fijó causas para que ese derecho pudiera ser ejercido por el marido pero a falta de causa igualmente podía repudiarla, teniendo éste como efecto que quedara obligado a pagarle una indemnización. Por lo que hace a la India, las leyes de Manú conferían al marido un derecho de repudio ilimitado que no se otorgaba a la mujer, quien aun en caso de ser abandonada lo único que podía hacer era salir a la búsqueda del marido. En China, el derecho de repudio del marido era casi ilimitado por la amplitud de las causales (falta de sumisión a los parientes del marido, esterilidad, celos, enfermedad crónica, locuacidad y robo).

En Persia, el marido podía repudiar a la mujer a su libre voluntad. En tanto que en Esparta, el divorcio era raro y merecía reprobación. En Atenas, el derecho del marido era absoluto, sólo limitado por la obligación de devolver inmediatamente la dote de la mujer; ésta podía pedir el divorcio por crueldad o excesos del marido, pero la efectividad de su derecho quedaba limitada por su falta de libertad para salir del hogar y recurrir al arconte a entablar la demanda, por la dificultad de la prueba, y porque en todo caso los hijos quedaban con el marido.

Entre los Hebreos, el derecho de repudio por parte del marido fue limitado por disposiciones de uno de los libros del Pentateuco, el Deuteronomio, el cual en su capítulo XXIV, versículos 1 a 4, expresaba: "1. Cuando alguno tomar mujer y se casare con ella y después no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de repudio, y se la entregare en su mano, y la despedirá después de su casa. 2. Y salida de su casa, podrá ir y casarse con otro hombre. 3. Y si la aborreciese este último, y le escribiese carta de repudio, y se la entregase en su mano, y la despidiere de su casa, o si muriese el postrer hombre que la tomó para sí por mujer. 4. No podrá su primer marido, que la despidió, volverla a tomar por mujer después de que fue amancillada; porque es abominación delante de Jehová, y no has de pervertir la tierra que Jehová tu Dios te da por heredad".¹

En el Derecho Romano, sabido es que el matrimonio admitía tres formas de constitución "La Coarreatio", "La Coemptio" y el "Usus", dado el régimen patriarcal de la familia romana. Ahora bien, el matrimonio romano se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad y por la pérdida de la afectio maritalis. Este último, provocaba la disolución del matrimonio por divorcio; luego, el divorcio, más que una institución separada resultaba una consecuencia del concepto romano del matrimonio. Por consiguiente, el divorcio no podía ser prohibido por la Ley.

Bajo el régimen de Augusto ya la Ley "Julia" de adulteris, para facilitar la prueba de la repudiación exigió que el que intentara divorciarse notificara al otro cónyuge en forma verbal o escrita que ésta era su voluntad y en presencia de siete testigos; pero los jurisconsultos se resistieron a admitir que el matrimonio perdurase por el incumplimiento de esa formalidad.

Los emperadores cristianos iniciaron una reforma de la legislación matrimonial tendiente a limitar los divorcios y castigar al que repudiaba sin causa o daba lugar al repudio; en el año 449. Teodosio y Valentiano establecieron por primera vez una enunciación precisa de las causas de repudio y sanciones patrimoniales por repudiar sin justa causa o por incurrir en causa de repudio. Justiniano amplió y modificó esas disposiciones, enunciando las causas de repudio por parte de uno y otro cónyuge y prohibiendo el divorcio por mutuo consentimiento, salvo para entrar en vida monacal. Pocos años después, el emperador Justino restableció el divorcio por mutuo consentimiento sin sanción alguna.

La evolución operada en el derecho romano muestra el paso del antiguo concepto del repudio al moderno del divorcio; este término se origina en Roma, donde repudio significa la disolución del matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges -generalmente el marido- sin intervención de la autoridad y divorcio por mutuo consentimiento o por declaración de la autoridad mediante causa legítima.

En su formulación definitiva, las formas del divorcio romano son cuatro: 1). Por mutuo

¹ LA SACRADA BIBLIA. Bajo la dirección de los Padres Pedro Francisco y José María Esté, Monarcas Cándidos. Editorial Regenera, S.A. Barakina (España) Pág. 294

consentimiento: permitido primero, lo prohíbe Justiniano y lo establece Justino; 2). Bona gratia (que no comporta sanciones): tiene lugar por impotencia, elección de la vida monacal o cauterios; 3). Repudio o divorcio unilateral: es lícito si hay justa causa, y da lugar a la imposición de sanciones al culpable; 4). Repudio sin causa: es válido pero motiva la imposición de sanciones al repudiante.²

Por lo que hace al pueblo Azteca, por ser el que mayor hegemonía llegó a adquirir en la época precortesiana y existiendo fuentes más abundantes en relación con él, se sabe que el matrimonio era la base de la constitución familiar y que éste era celebrado con grandes pompas por las familias de los esposos. Ahora bien, el matrimonio podía ser disuelto por algunas causas como la esterilidad y el divorcio podía ser concedido mediante una sentencia judicial, no sin antes reprender al esposo culpable y de haber hecho el intento de reconciliarlos, pero una vez divorciados podían volver a casarse; en tanto que otro de los efectos que se desprenden es de que los hijos varones vivían con el padre y las hembras con la madre.

El derecho canónico se manifestó desde los primeros tiempos en contra del divorcio invocando las palabras de Cristo: "Quod ergo deus coniunxit homo non separet"; si bien es cierto que dichas palabras fueron objetos de diferentes interpretaciones por los evangelistas, resultaron a la postre la de San Marcos y San Lucas, quienes se inclinaron en contra del divorcio, en cambio San Mateo parecía admitirlo en caso de adulterio:

En el Evangelio según San Mateo, V: "31. También fue dicho: Cualquiera que enviare a su mujer, déle carta de divorcio. 32. Más yo os digo, que el que enviare a su mujer, fuera de causa de fornicación, hace que ella adultere; y el que se casare con la enviada, comete adulterio".³

En sí la inclusión en el Evangelio de San Mateo de las palabras "si no fuere por causa de fornicación", que parecen implicar la admisión del repudio de la mujer adúltera por el marido. En sí la Iglesia afirmó la indisolubilidad del vínculo aún en caso de adulterio y lucharon contra la legislación civil contraria. Principio fundamental de la que alude el Derecho Canónico en el canon 1118 al expresar "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa fuera de la muerte".⁴

En el Concilio de Trento triunfó ampliamente la teoría de que el matrimonio es un sacramento, y celebrado entre católicos y consumado es indisoluble en vida de los esposos, aún en caso de adulterio de uno de ellos.

De esta manera, la Iglesia condena el divorcio en cuanto al vínculo, y en cánones posteriores que tratan de la nulidad del matrimonio y de la separación del lecho y habitación, únicamente permitiendo esta última en determinados casos, que en seguida se transcribe:

Can. 1128 "Los Cónyuges deben de hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa

² Augusto César Bolognini, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Palma, Buenos Aires, 1975, Pág. 340.

³ Dios llega al Hombre, *El Nuevo Testamento de Nuestro Señor Jesucristo*, Sociedades Bíblicas Unidas Segunda Edición, México, D.F. Pág. 9, 10.

⁴ Alonso Calzadilla Miguel *Código de Derecho Canónico*, Biblioteca de Culturas Cristianas, Ed. Católica, S.A. Octava Edic. Madrid 1968, Pág. 438.

que los excusa".⁵

La causa principal que autoriza la separación de que se trata es lo que el Código llama crimen de adulterio, y así lo expresa el canon número 1129, que dice: "Por adulterio de unos de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aun para siempre, la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido".⁶

Canon 1130 previene: "El cónyuge inocente, una vez que se ha separado legítimamente, ya sea por sentencia del juez o por autoridad propia, jamás tiene obligación alguna de admitir de nuevo al cónyuge adúltero al consorcio de la vida; pero puede admitirlo o llamarlo, a no ser que, consinténdole él, haya abrazado un estado contrario al matrimonio".⁷

El canon 1131, considera otras causas de separación, no tan graves como la de adulterio, y que por no serlo, solamente autorizan una separación temporal y no la definitiva que produce aquel.

Mientras la Iglesia Católica aceptaba definitivamente la doctrina de la indisolubilidad, el Protestantismo y la Iglesia Ortodoxa, la declaraban falsa y negaban el carácter sacramental del matrimonio. Consideraban que no podía ser contraria a la voluntad de Dios la disolución del vínculo por los tribunales en caso de violación y desprecio de los deberes derivados del matrimonio. Pensaban que Jesús nada dijo sobre el divorcio por mutuo consentimiento ni sobre el fundado en causas determinadas por la Ley Civil, razón por la cual no habría prohibido uno ni otro; el propio Lutero, al romper con Roma, despreció sus votos y contrajo matrimonio, el cual despojó de carácter sacramental y sometió a la autoridad secular.

La primera de las causas admitidas fue el adulterio, sobre la base del Evangelio de San Mateo. Luego la Malitiosa desertio, consistente en la huida a un lugar no asequible a la autoridad judicial. Posteriormente llegaron a aceptarse situaciones no fundadas en culpa de los cónyuges, como la esterilidad, el consentimiento mutuo, la aversión o la locura.

La Iglesia anglicana, en cambio mantiene la admisión del divorcio absoluto por la única causal de adulterio. En tanto que las Iglesias ortodoxas -griega y rusa- siempre admitieron el divorcio vincular por causas imputables a uno de los cónyuges; la primera lo acepta, además, por enfermedades físicas y mentales incurables.⁸

En nuestro país, hasta antes de las leyes de reforma predominó la legislación canónica en cuanto al matrimonio, admitiendo por lo tanto solamente la separación de los cónyuges establecida por dicho sistema

⁵ Alvaro Cabrera Miguel, Ob. Cit. Pág. 439.

⁶ OCM, Pág. 439.

⁷ Alvaro Cabrera Miguel, Ob. Cit. Pág. 440.

⁸ Augusto César Belluscio, Ob. Cit. Pág. 349.

jurídico, ya en la ley del 23 de julio de 1859 se estableció el divorcio, pero con la condición de que los divorciados no contrajeran nuevo matrimonio mientras viviera alguno de ellos, es decir, sólo como separación de cuerpos, igualmente fue regulado el divorcio en los códigos civiles de 1870 y 1884, así fue como el último de los mencionados estipulaba que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, sólo suspendía alguna de sus obligaciones civiles, pero ya en la ley de relaciones familiares se estableció el divorcio como disolución del vínculo que deja en aptitud de contraer otro nuevo matrimonio, como se señala en su artículo 75; y reconociendo numerosas causas de divorcio, para contemplar también el divorcio por el mutuo consentimiento de los cónyuges en el artículo 76 de la referida ley.

Actualmente Nuestro Código Civil vigente acepta ampliamente el divorcio, al señalar en su artículo 266 "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, se van a originar una serie de efectos, sin embargo, estos habrán de producirse mucho antes de que se disuelva el matrimonio como posterior a él, es decir, desde el momento en que es presentada y admitida la demanda de divorcio, produce determinados efectos que obligan a adoptar un conjunto de medidas encomendadas al juez que conoce de la causa. Estas medidas tienen un carácter provisional, limitado al tiempo durante el cual se sustancia el juicio. Del artículo 282 de nuestra Legislación Civil vigente se derivan un conjunto de medidas provisionales que habremos de analizar a continuación:

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

- I. Se deroga. (Diario Oficial del 31 de diciembre de 1974);
- II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.
- III. Señalar y asegurar los alimentos que debo dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;
- IV. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso;
- V. Dictar en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece, respecto a la mujer que quede en cinta;

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

Posteriormente se adicionó un último párrafo a la fracción antes mencionada (Diario Oficial de fecha 27 de diciembre de 1983) la cual señala: "Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre". Consideración que resulta desde el punto de vista personal acertada, toda vez que la madre tiende a constituirse como la persona en quien más cerca se desarrolla el menor, prestándole asistencia directa en todos los aspectos de su vida, por tal motivo, el legislador al crear tal razonamiento, lo hizo tomando en cuenta la imperiosa necesidad de que sean atendidos precisamente por su madre. A quien por haberle dado el ser, se le considera la más apta para prodigarle las atenciones y cuidados necesarios para su correcto desenvolvimiento físico y espiritual.

Sin embargo, existen excepciones dentro de la Ley, sobre todo en aquellos casos en que se pone en peligro la formación tanto física como moral de los hijos, ya sea por los malos hábitos y costumbres inferidos por la mujer, lo cual hace que se le limite tener el cuidado de sus menores hijos aún cuando estos fueren menores de siete años. Por tal motivo, el juez deberá tomar en cuenta que el cónyuge que queda al cuidado de los hijos durante el procedimiento de divorcio, podrá cumplir con las obligaciones inherentes al cuidado de estos, ya que hay que recordar que los intereses de los hijos están por encima de los intereses de los mismos cónyuges.

El artículo 282 de nuestra Ley Civil vigente, es bastante completo en comparación con los códigos extranjeros, por contener un conjunto de medidas rigurosas, esto, en bien de los cónyuges, y principalmente en interés de los hijos.

Dentro del análisis del artículo en mención, nos enfocamos al estudio de cada una de las fracciones que enumera, así, su fracción I se encuentra actualmente derogada. Principalmente por lo que se refiere al depósito de la mujer que hubiere dado causa al divorcio, en tanto que la parte relativa a la separación de los cónyuges, pasó a formar parte de la fracción II.

Al respecto, comenta el maestro Eduardo Pallares en su obra "El Divorcio en México":

El depósito judicial de la mujer a que se refería el artículo en cita, era anticonstitucional y violatorio de la libertad de tránsito declarada en el Artículo 11 de la Constitución General de la

República, ya que lo impedía cambiar de domicilio o entrar y salir de él sin que legalmente lo haya sido declarada tal responsabilidad.⁹

Consecuentemente, los legisladores procedieron de manera acertada al modificar la fracción II, sin referirse al depósito de la mujer, para quedar de la siguiente manera:

Fracción II "Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles". En vista de las constantes reformas legales que se han suscitado hoy en día, tanto el hombre como la mujer gozan de equidad ante la Ley, lo que trae consigo igualdad de derechos entre los cónyuges, por lo que en el caso concreto, habremos de hacer el análisis de nuestro Código Procesal Civil, relativo a la separación de personas como acto prejudicial.

El artículo 205 de la Ley Procesal Civil señala: "El que intente demandar o denunciar o querellarse contra su cónyuge, puede solicitar su separación al Juez de lo Familiar". El precepto antes invocado otorga en igualdad de circunstancias tanto al hombre como a la mujer la separación provisional por demanda, denuncia o querrela"; el Juez de lo familiar, puede decretar la separación, salvo que por circunstancias especiales no se pueda ocurrir al Juez competente, entonces el Juez del lugar podrá decretar la separación provisional, enviando las diligencias al competente. (Artículo 206)

Presentada la solicitud, el Juez sin más trámite, resolverá sobre su procedencia; y si la concediere, dictará la separación atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular. (Artículo 209).

El Juez podrá variar las disposiciones decretadas si existe causa justa que lo amerite o si los cónyuges de común acuerdo o individualmente lo solicitan. (Artículo 210).

En toda resolución se indicará el término de que dispondrá el solicitante para interponer su demanda o denuncia que podrá ser hasta de quince días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la separación, y sólo se podrá prorrogar por una vez por igual término. Si vencido el plazo concedido no se acredita la interposición de la demanda, cesan los efectos de la separación, y deberá regresar el cónyuge solicitante al domicilio dentro de las veinticuatro horas siguientes. (Artículos 211 y 215).

Artículo 216. El cónyuge que se separó, tendrá en todo tiempo el derecho de volver al domicilio conyugal.

La separación provisional produce como consecuencia inmediata ciertos efectos Jurídicos, entre ellos, evitar

⁹ Palerm Eduardo, *El Divorcio en México*, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1984, Cuarta Edición, Pág 101

el transcurso de los plazos señalados en las fracciones VII y IX del artículo 267 del Código Civil que tipificaría la causal de abandono de hogar. En el caso del nacimiento de un hijo, ocurrido después del divorcio, se toma en cuenta la separación por orden judicial para determinar la filiación de ese menor.

Una vez analizada en su parte procesal la fracción II, cabe transcribir la siguiente tesis relacionada con el depósito de la mujer como medida provisional, y que hoy en día ha quedado derogado en nuestra Ley Civil, sin embargo, es aplicable en su parte relativa a la separación provisional de los cónyuges.

DIVORCIO. SEPARACION DE LOS CONYUGES Y DEPOSITO DE LA MUJER. COMO MEDIDAS PROVISIONALES. NO REQUIEREN RESOLUCION JUDICIAL.

**Aún cuando es cierto que el Artículo 282 del Código Civil, dispone que el Juez del conocimiento, al admitir la demanda de divorcio, dictará provisionalmente mientras dure el procedimiento, la separación provisional de los cónyuges en todo caso y el depósito de la mujer, ello no quiere decir que sea la determinación judicial la que venga a crear la posibilidad de separación de los cónyuges y que si el acuerdo del Juez no existe, les sea jurídicamente imposible separarse, pues la finalidad de dicho precepto, no es crear un derecho de separación a favor de los esposos, que los faculte para vivir separados, si no reconocer la situación que se presenta, cuando el desacuerdo entre los esposos ha llegado a tal grado de incompatibilidad, que los ha llevado a buscar una separación definitiva mediante el divorcio, que lógicamente tiende a agravarse, cuando uno de ellos ha presentado su demanda. Mediante estas medidas provisionales, en especial la "Separación", que debe decretarse en todo caso. Lo que pretendió el legislador fue evitar los mayores males que pudieran ocasionarse los cónyuges con motivo del trato diario que les ha predispuesto, impidiendo que uno de ellos pretenda retener a su lado al otro o que contra su voluntad pretenda permanecer a su lado".¹⁰*

Otra de las medidas provisionales que debe ordenar el Juez al admitir la demanda de divorcio, es la que previene el Artículo 282 en su fracción III, que indica: "Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos".

Creemos pertinente que, para que esta medida precautoria no traiga consigo la violación del Artículo 16 Constitucional, es necesario no sólo que esté fundada en la Ley, sino también ha de estar debidamente motivada, tal como lo exige el mencionado precepto de nuestra carta magna. La motivación consiste en la prueba de que el cónyuge que demanda el divorcio y sus hijos tienen necesidad de percibir la pensión alimenticia. Además, es indispensable que el deudor alimentario se encuentre en condiciones económicas lo suficiente para pagar los alimentos, y de la prueba de la cantidad a que deben ascender estos últimos.

De lo anterior, se desprende que para fijar el monto de los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a

¹⁰ Anepo Decido 206468 Beatriz Romo de Robles 27 de febrero de 1993 Unanimidad de 4 votos. Ponente Rafael Rojas Vázquez Tercera Sala Informe 1993. Pág. 21

dar al otro, se debe de estar a lo dispuesto por los Artículos 164 y 165 del Código Civil, mientras dure el juicio de divorcio; tal fijación se hará de acuerdo con el principio general de que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del deudor alimentario y a las necesidades del acreedor conforme a los referidos preceptos, así como del Artículo 311 del Código Civil que señala: "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiere obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente".

La manera de asegurar los alimentos, la determina el Artículo 317 al indicar que el aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza y depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del Juez.

Significa que el acreedor alimentario podrá optar por cualquiera de las formas antes señaladas o por cualquier otra forma a juicio del Juez para que los sean garantizados los alimentos, siempre y cuando se observen las medidas a que hacen referencia los artículos antes invocados.

El Código Procesal Civil, alude en su Artículo 213 que el Juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso y tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el Artículo 165 y la propuesta de los cónyuges si la hubiere.

Otra de las medidas provisionales a que alude el Artículo 282 es la que se refiere a la fracción IV, al señalar: "Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal, en su caso".

Anteriormente, tanto en el Código de 1870 como el de 1884, el marido era el legítimo administrador de los bienes de la sociedad conyugal y de los de su esposa, por ende, mientras no se decidiese el divorcio por separación de cuerpos, el Juez tomaba medidas para evitar que el marido en la administración de los bienes de la esposa y de la sociedad conyugal, pudiera causarle perjuicios.

En nuestro Código Civil vigente, la capacidad jurídica de la mujer se equipara a la del hombre, así dentro del matrimonio, tanto la esposa como el marido tienen igual autoridad y capacidad respecto a su propia persona, a sus bienes, y en cuanto a los bienes de la sociedad conyugal, dependiendo de lo que se haya estipulado en las capitulaciones matrimoniales. La administración puede confiarse indistintamente al marido como a la mujer,

pero en el caso de que la mujer hubiese otorgado poder de administración al marido, será ella la que tendrá que revocar ese poder, si así lo juzga conveniente, por el sólo hecho de que hubiere formulado demanda en su contra.

Las disposiciones relacionadas con esta medida provisional se encuentran señaladas en el Código de Procedimientos Civiles en su Artículo 212 que señala: "En la misma resolución ordenará la notificación al otro cónyuge, previéndolo que se abstenga de impedir la separación o causar molestias a su cónyuge, bajo apercibimiento de procederse en su contra en los términos a que hubiere lugar".

Sin lugar a dudas, nuestro Código Civil vigente otorga igualdad de protección para el hombre como a la mujer en calidad de cónyuge, evitando se causen perjuicios en sus respectivos bienes, así como los de la sociedad conyugal. Por tal motivo, el artículo antes señalado, se refiere a cualquiera de los cónyuges que pueda causar perjuicios al otro y, ya no es particular al hombre o a la mujer en calidad de esposos.

Otra de las medidas provisionales de gran importancia que debe tomar muy en cuenta el Juez, es la que se refiere a la mujer que se encuentra embarazada, tal es el caso de la fracción V del mencionado artículo, que a la letra dice: "Dictar en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece respecto a la mujer que queda encinta".

Esta medida se encuentra contemplada en nuestro Código Civil en el caso de la viuda que manifiesta al Juez de la sucesión a la muerte de su esposo, de encontrarse encinta; siendo aplicable en lo conducente al divorcio, de acuerdo a la adaptación que enseguida se comenta.

El maestro Rafael Rojina Villegas señala al respecto, que haciendo la adaptación correspondiente diríamos:

Artículo 1638 "Cuando al presentarse la demanda de divorcio, la mujer creó haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del Juez que conozca del juicio dentro del término de cuarenta días para que lo notifique al marido"; en cambio dicho precepto relativo al juicio sucesorio dice así: "Cuando a la muerte del marido, la viuda creó haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del Juez que conozca la sucesión dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza, que deba desaparecer o disminuir con el nacimiento del hijo póstumo". Evidentemente, en los casos de divorcio, cuando la mujer creó estar encinta, debe hacerlo saber al Juez, pero sólo para que se notifique al marido, y no para que se notifique a algún otro interesado, como en los casos de herencia.¹¹

Agrega el maestro Rojina Villegas, en relación al Artículo 1639: "El marido puede pedir al Juez

¹¹ Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., Pág. 518

que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la sustitución del infante, o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es. Cuidará el Juez que las medidas que dicte, no ataquen al pudor ni la libertad de la mujer*. En este caso en cuanto aplicable al divorcio, sólo cabe tomar medidas para evitar la suposición del parto, o la sustitución del infante, pero no para que se haga pasar por viable la criatura que no lo es, porque esto ya no afectará al juicio de divorcio".¹²

El artículo 1640 y 1642 son también aplicables, alude el profesor Rojina Villegas, el primero al indicar "Háyase o no dado al aviso de que habla el Artículo 1638, al aproximarse el parto, la mujer deberá poner en conocimiento del Juez, para que lo haga saber al marido. Esto tiene derecho de pedir que el Juez nombre una persona que se cerciore de la realidad de alumbramiento, pudiendo recaer tal nombramiento en un médico o partera".¹³

Señala el maestro Rojina Villegas, este precepto es aplicable en el divorcio, toda vez que la omisión de la madre, no perjudica la legitimidad del hijo, si por otros medios legales puede acreditarse; entonces bien, se presume legítimo el hijo dentro de los trescientos días siguientes a la separación provisional dictada por el Juez en el caso de divorcio, bien por demanda del marido o de la mujer.

La última medida provisional es la contenida en la fracción VI del Artículo 282, que señala: "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

Como se observa, nuestro Código Civil parte primero del acuerdo de ambos cónyuges para designar persona en quien se confía la custodia de los hijos, pudiendo ser uno de los mismos quien quede a la custodia; una segunda forma consiste, que en defecto del acuerdo entre ambos esposos, el cónyuge que pida el divorcio, es quien propondrá la persona en cuyo poder deben quedar los hijos provisionalmente. Una tercera medida, es aquella que faculta al Juez para resolver lo conducente en base al procedimiento que fije el Código respectivo.

Ahora bien, surge una interrogante ¿A qué procedimiento se refiere esta norma legal?

En la práctica de nuestros Tribunales, con frecuencia sucede que el Juez, sin substanciar ningún incidente ni oír al cónyuge demandado, designa a la persona que tendrá durante el Juicio la guarda y cuidado de los hijos.

¹² Rojina Villegas Refer. Ob. Cit Pág. 519

¹³ (IBIDEM)

Tal manera de proceder es atentatoria y violatoria del Artículo 14 Constitucional, porque además de pasar por alto lo ordenado por el Artículo 282, despoja al cónyuge demandado de la posesión jurídica de sus hijos sin haberlo oído previamente.

Al respecto, el Código de Procedimientos Civiles no fija alguna forma especial para resolver la falta de conformidad de los cónyuges para el cuidado de los hijos; por su propia naturaleza debe considerarse como un incidente surgido en el mismo juicio de divorcio, o bien podrá ser resuelto por las medidas que se señalan en el capítulo de las controversias del orden familiar.

En el primer caso, la tramitación pudo haberse llevado a cabo a través de lo provisto en la fracción I del Artículo 430 de la mencionada Ley Procesal, referente a los incidentes en general, pero en nuestro Código Procesal quedó derogado tal precepto. En conclusión, se considera al capítulo único referente a las controversias del orden familiar como la medida para resolver la interrogante planteada, por ser la que fija nuestro Código Procesal vigente en sus Artículos 940 en adelante.

La importancia en la solución del problema planteado, gira en torno a un pequeño procedimiento que podrá ser resuelto por el Juez de lo Familiar en turno, que conocerá de aquéllos asuntos que afecten a la familia por considerar que los problemas inherentes a ésta, son de orden público; y por tanto, no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar.

De lo anterior se desprende, que al no haber una manera de substanciar a través de un incidente nuestra interrogante, es necesario llevar previa o aunado al juicio de divorcio, un pequeño procedimiento ante el Juez respectivo para que resuelva la controversia del orden familiar, en tanto que la Ley no señale otra cosa, creemos pertinente aplicar la medida antes señalada, y por lo que hace a la Ley debe de hacer una adición, en el sentido de fijar un procedimiento especial que resulte rápido, expedito y tienda a resolver la interrogante, para que ambos cónyuges sean oídos en debida forma en sus derechos.

2. Efectos Definitivos.

Una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, se producen como consecuencia inmediata, una serie de efectos de carácter definitivo, éstos han de determinar la situación permanente en que quedarán los cónyuges, la posición que se ha de tomar respecto a los hijos, y aquellos que deriven con relación a los bienes de la sociedad conyugal.

Dentro del análisis de los efectos definitivos, se encuentran los concernientes a la persona de los cónyuges, de los cuales se derivan una serie de efectos que enseguida se mencionan:

2.1 Capacidad para contraer nuevo Matrimonio.

En nuestro país hasta antes de las Leyes de Reforma predominó la Legislación Canónica en cuanto al matrimonio, la cual admitía solamente la separación de los cónyuges, ya en la Ley del 23 de julio de 1859 se estableció el divorcio, pero con la condición de que los divorciados no contrajeran nuevo matrimonio mientras viviera alguno de ellos.

De ahí, que existiera una capacidad condicionada, en la cual, cualquiera de los cónyuges podía contraer nuevo matrimonio siempre y cuando alguno de ellos falleciera, el otro podía volver a casarse.

Por lo que se refiere a los Códigos Civiles de 1870 y 1884 regularon el divorcio sólo en cuanto a la separación de cuerpos. Este último señalaba en su Artículo 226 que el divorcio no disolvía el vínculo del matrimonio, sólo suspendía algunas de sus obligaciones civiles; en tanto que el Artículo 231 en su parte final señalaba, que aún cuando vivieran separados se tendrían como unidos para todos los efectos legales del matrimonio, lo que significaba que ninguno de los cónyuges contaba con plena capacidad para celebrar un nuevo matrimonio.

Es en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 en donde se establece la capacidad de los cónyuges para contraer nuevo matrimonio, su Artículo 75 disponía, que el divorcio disolvía el vínculo matrimonial y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Agrega el Artículo 101 del citado ordenamiento que si la mujer no ha dado causa al divorcio, ésta, tendría el derecho a alimentos mientras no contrajera nuevas nupcias; así lo confirma el Artículo 102 de la referida Ley, al señalar que por virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, sin embargo, éste precepto en su parte final limitaba tal capacidad, cuando el divorcio se hubiese declarado por causa de adulterio, por lo que el cónyuge culpable no podía contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

Nuestro Código Civil vigente viene a regular el divorcio y lo define como la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro nuevo matrimonio, así se establece en su Artículo 266. Al igual que la Ley Sobre Relaciones Familiares, el Código Civil vigente, impone una serie de limitaciones al cónyuge culpable. Así, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, puede el cónyuge inocente si es hombre, contraer de inmediato nuevo matrimonio; por el contrario, si es la mujer, ésta se encuentra limitada para celebrar nuevo matrimonio, por la posibilidad de encontrarse encinta. De acuerdo a nuestro ordenamiento legal citado, si el cónyuge inocente es la mujer, deberá esperar el término de 300 días contados a partir de la fecha de que se decretó la separación judicial al inicio de la demanda de divorcio, así se desprende del Artículo 334 que a la letra dice: "Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajera nuevas nupcias dentro del período prohibido por el Artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

- I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo.
- II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.
- III. El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.

Con esta limitación de término, lo que se pretende es evitar una confusión de la paternidad, ya que se presenta un grave problema cuando la mujer divorciada no espera el término establecido por la Ley y celebra de inmediato un nuevo matrimonio, de manera que el hijo que nace dentro de los trescientos días que sigan a la disolución del primer matrimonio, o bien después de los ciento ochenta días de celebrado el segundo, se podrá atribuir según el caso tanto el primer marido como al segundo. Al respecto, señala el maestro Rafael Rojina Villegas en su obra de Derecho Civil Mexicano:

"Debería de regir la regla de dar primacía a lo que es toda gestación normal, para considerar que el hijo es del primer marido si naciera siempre dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial, porque en definitiva la Ley sólo se excede en un mes al término natural de nueve, y admite hasta diez meses o trescientos días. En cambio, en el término mínimo, en realidad se coloca en una situación excepcional, porque reduce en tres meses la gestación normal, lo correcto sería entonces, ante la duda, tomar en cuenta la gestación normal del

embarazo y reconocer siempre al primer marido el derecho de reclamar la paternidad".¹⁴

Agrega el mencionado maestro, "Como interesa definir en muchos casos el problema de quién engendró, quedan excluidas aquellas situaciones en las que se presente el aborto e incluso en las que el feto tuviese unos instantes de vida, y que precisamente muera por haber tenido una gestación inferior a ciento ochenta días, por lo que, para los efectos legales, sólo se considera nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas, o es presentado vivo al oficial del Registro Civil. Fallando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".¹⁵

En conclusión, queda explicada la capacidad de los cónyuges para contraer nuevo matrimonio y la razón para tratar en forma desigual tanto al hombre como a la mujer inocente, ya que si por un lado el Artículo 289 señala que en virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio; Por otro lado, el Artículo 158 limita al cónyugo inocente si es mujer, ya que ésta no podrá contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo, evitando con ello una confusión en la paternidad.

2.2 Capacidad de la Mujer Divorciada para ejercer el Comercio.

Haciendo un análisis de los Códigos de 1870 y 1884 partimos de una serie de creencias o costumbres radicadas ya muy remotamente. Dichos Códigos señalaban en su Artículo 202 lo siguiente: "La mujer mayor de edad no necesita licencia del marido, ni autorización judicial; VII. Cuando tuviere establecimiento Mercantil".

En tal situación, los Código Civiles anteriores invadieron la materia mercantil que es Federal al estatuir en forma distinta del Código de Comercio, excediéndose en lo que toca al ámbito de su materia, de tal suerte que resultan preceptos Inconstitucionales, por la superioridad que tiene la Ley Federal sobre la Ley Laboral. Conforme a la Constitución, en su Artículo 133, las Leyes Federales son de un rango superior a las Leyes Locales, por lo que éstas deberán respetar la Constitución General de la República; por consiguiente, la capacidad de la esposa y de la mujer divorciada para ejercer el comercio, no debe ser regulado por el Código Civil, sino por el Código de Comercio, la primera, indebidamente ha pretendido autorizar a la mujer casada en ciertos casos para ejercer el comercio a pesar de la oposición del marido, siempre que el Juez considere que dicha oposición es justificada o bien el marido no subviene a todas las necesidades de su hogar.

Los preceptos del Código Civil vigente tienden a dar un giro especial, ya que de su texto original a las reformas actuales hay una igualdad a la persona de los cónyuges respecto al manejo del hogar, dirección de los hijos, y administración de sus bienes; así el Artículo 168 original señalaba "estará a cargo de la mujer, la dirección y

¹⁴ Riquelme Villegas Rafael Ob. Cit. Pág. 524

¹⁵ Riquelme Villegas Rafael Ob. Cit. Pág. 525

los cuidados del hogar*.

En tanto que el mismo artículo reformado (Diario Oficial del 31 de diciembre de 1974) señala: "el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente".

En cuanto a la capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio, el Artículo 169 en su texto original señalaba "la mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior, ni se dañe la moral de la familia o la estructura de ésta". La reforma de este Artículo es de gran importancia por la equidad en que se conduce para ambos cónyuges, al señalar: "los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición". Ahora bien, este Artículo en su primera parte otorga de manera amplia la facultad de realizar cualquier actividad, entendiéndose por ello la de ejercer el comercio en igualdad de circunstancias para ambos cónyuges, no haciendo limitación alguna como la señalaba el mismo precepto en su texto original. Sin embargo, encuentra la misma oposición para dedicarse al comercio, pero ya en igualdad de condiciones, es decir, ambos cónyuges pueden oponerse uno al otro a desempeñar la actividad de que se trate; en tanto que el Artículo 170 en su texto original, sólo el marido podría oponerse a que la mujer se dedicase a las actividades señaladas en el Artículo 169. Pero para ello debía cubrir las necesidades del hogar y fundar su oposición que él mismo señalare; actualmente el Artículo 170 se derogó, quedando implícito en el Artículo 169 reformado.

El problema se presenta cuando la mujer lleva a cabo actos jurídicos en ejercicio de ese comercio, es decir, en primer lugar los actos jurídicos que hubiese realizado la mujer casada en el ejercicio del comercio, aún sin la autorización del marido, serán válidos. Pero si ésta, con posterioridad se divorcia, los actos que hubiese ejercitado estarán afectados de nulidad relativa, porque la nulidad se aprecia tomando en cuenta la capacidad jurídica que se tuvo en el momento de celebrar el acto, aún cuando después se tenga plena capacidad para la validez del mismo. Por tanto, cabría preguntarse si la mujer que celebró actos de comercio durante su vida matrimonial, aún cuando después de divorciarse sigue teniendo capacidad en lo futuro para ejercer el comercio; es discutible si basta la sola ratificación que lleve a cabo como divorciada de aquéllos actos que ejecutó como mujer casada, porque en su caso faltaría la ratificación del marido en una época en que era necesaria su autorización.

De lo anterior se concluye, que basta con que la mujer casada ratifique el acto jurídico que hubiere celebrado, para que el mismo quede convalidado una vez decretado su divorcio, por lo que no es necesario que el marido

ratifique el acto jurídico que se encuentra afectado de nulidad.

Por otra lado, existe el principio general que se encuentra consagrado en nuestra carta magna, en su Artículo Quinto, que a la letra dice: "a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad, sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de un tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marca la Ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad..."

Asimismo, el Código de Comercio en vigor, otorga plena capacidad legal tanto al hombre como a la mujer para ejercer el comercio, al señalar en su Artículo Quinto: "toda persona que según las Leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quienes las mismas Leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene plena capacidad legal para hacerlo".

Al efecto, el Código de Comercio vigente, no limita ya a la mujer, sino que por el contrario, le otorga al igual que al hombre facultades para el ejercicio de sus derechos.

Tampoco impone limitación o requisito alguno a la mujer para actuar en los actos de comercio, prueba de ellos, se consta en el Artículo Noveno que señala: "tanto el hombre como la mujer casados comerciantes, pueden hipotecar sus bienes raíces para seguridad de sus obligaciones mercantiles y comparecer en juicio sin necesidad de licencia del otro cónyuge, cuando el matrimonio se rija por el régimen de separación de bienes..."

Consiguientemente, la única limitante que la propia Ley impone a ambos cónyuges, es cuando éstos se encuentran sujetos al régimen de sociedad conyugal, ambos requieren o necesitan licencia para configurar el acto jurídico, así lo señala la parte última del precepto invocado, "...en el régimen social conyugal, ni el hombre ni la mujer comerciante podrán hipotecar ni gravar los bienes de la sociedad, ni los suyos propios cuyos frutos o productos correspondan a la sociedad sin licencia del otro cónyuge".

2.3 Igualdad de efectos en la persona de los Divorciantes.

Sin lugar a dudas, un punto muy importante es el que se refiere a la igualdad de efectos que producen entre los divorciantes; como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, ya que si bien es cierto, desde tiempos muy remotos existió una desigualdad entre el hombre y la mujer, sobre todo en el ejercicio de sus derechos habidos dentro del matrimonio, como los derivados de la disolución del vínculo matrimonial. Así podemos observar que desde una fase más o menos primitiva de la civilización hasta nuestros tiempos, la evolución que ha tenido la persona de los cónyuges en torno a la igualdad de sus derechos.

Al respecto, señala el maestro Ignacio Galindo Garfias:

"El divorcio es una institución jurídica que propiamente surgió al mismo tiempo en que el derecho intervino para organizar jurídicamente el matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común. Apareció en una forma primitiva, como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos, por causa de adulterio de la esposa y también con no menor frecuencia, se aceptaba el ejercicio del derecho de repudiar, fundada en la esterilidad de la mujer". ...Agrega el referido catedrático "este derecho de repudio, aparece en el derecho romano antiguo; la disolución de la conflagración tenía lugar por medio de la difarreatio, que como es sabido era la declaración de voluntad de separarse marido y mujer, por medio de la cual cosaba de producir efectos entre los consortes la voluntad declarada en la ceremonia nupcial, de tomarse recíprocamente como marido y mujer".¹⁶

Por su parte el maestro Augusto César Bullucio señala:

"Que de las diversas formas de divorcio que existía en el derecho romano, se encontraba por una parte, el repudio o divorcio unilateral; es lícito si hay justa causa, y tenía como efectos la imposición de sanciones al cónyuge culpable; por otro lado, el divorcio o repudio sin causa; el cual motivaba la imposición de sanciones al repudiante".¹⁷

En nuestro país, en el derecho azteca era aceptado el divorcio en los casos de adulterio y esterilidad de la mujer (supra número 41), los efectos que se originaban como consecuencia de esta disolución, era que los hijos varones quedaban a cargo del padre, en tanto que las hembras vivían al lado de la madre; otro de los efectos consistía en que los divorciados podían volver a casarse. En este régimen jurídico, se estableció una igualdad de efectos entre los cónyuges divorciantes.

El derecho canónico se manifestó desde los primeros tiempos en contra del divorcio invocando las palabras de Cristo: "Qued ergo deus coniunxit homo non separet", afirmando la indisolubilidad del vínculo aún en caso de adulterio; al respecto, señala el maestro Ignacio Galindo Garfias:

"El matrimonio no consumando según el derecho canónico, podía ser disuelto en dos casos; por profesión solemne en una orden religiosa reconocida por la Iglesia y por dispensa pontificia"... agrega "el derecho canónico, acepta sin embargo en ciertos casos, la supresión de la comunidad conyugal separación de cuerpos".¹⁸

La separación a que alude la Iglesia era perpetua o temporal, la primera tenía lugar en caso de adulterio y la

¹⁶ Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Parte Civil. Personas, Familia, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, Págs. 564, 565

¹⁷ Augusto César Bullucio Ob. Cit. Pág. 346

¹⁸ Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit. Pág. 566.

segunda daba lugar en otros casos no tan graves; tomando esta consideración, la Iglesia no admitía el divorcio pero si aceptaba la supresión de la comunidad conyugal en causas graves como el adulterio, en tal situación se produce como único efecto la separación de cuerpos, la cual siempre ha de ser decretada por la autoridad eclesiástica competente y nunca por simple voluntad de los cónyuges, así el canon número 1128 señala:

"Los cónyuges deben de hacer en común vida conyugal, sino hay una causa justa que los excuse".¹⁹

En tanto que el canon numero 1129 alude a la causa principal que autoriza la separación; así señalar que:

"Por adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido".²⁰

Por lo que se refiere a la legislación mexicana, los Códigos Civiles de 1870 y 1884, reconocen la potestad marital y, por consiguiente la mujer casada solo quedaba en condiciones semejantes de incapacidad de ejercicio que un menor de edad. Es decir, solo contaba con capacidad de goce; en tanto que el hombre contaba con plena capacidad de goce y de ejercicio, así los Códigos Civiles anteriores señalaban en su Artículo 196 "el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio; por su parte, el Artículo 197 señalaba que "el marido era el representante legítimo de su mujer. Esto no podía, sin licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio, por sí o por procurador, ni aún para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio; más la autorización una vez dada, servía para todas las instancias, a menos de que fuera especial para una sola, lo que no se presumía, si no era expresa".

El Artículo 198 venía a originar la incapacidad de ejercicio para contratar, para contraer obligaciones en general, y para poder realizar actos de administración o de dominio, sobre los bienes propios de la mujer, quien no podía llevarlos a cabo sin la autorización de su marido.

Solo ante ciertas causas que enumeraba el Artículo 202, la mujer recobraba su capacidad de ejercicio, bien por la interdicción de su esposo o porque estuviere separada legalmente de él, y aquí se presenta el efecto específico que tenía el divorcio en cuanto a la capacidad de esa mujer casada, separada judicialmente de su marido siendo mayor de edad, no así, si la mujer era menor, aún cuando había quedado emancipada por virtud del matrimonio, entonces el divorcio no le otorgaba plena capacidad jurídica, sino que debía tener un

¹⁹ Alonso Cabrera Miguel. Código de Derecho Canónico. Ob. Cit. Pág. 439.

²⁰ (IBIDEM)

tutor para los negocios judiciales y necesitaba de autorización judicial para ejecutar actos de dominio sobre bienes inmuebles.

En efecto, solo en los casos que enumeraba el Artículo 202, y por las causas mencionadas la mujer recobraba su capacidad de ejercicio, y siempre y cuando fuere mayor de edad en esas condiciones podía celebrar actos jurídicos, contratos y obligaciones, comparecer en juicio sin la autorización de su marido, que continuaba siéndolo ya que el divorcio no originaba la disolución del matrimonio ni requería autorización judicial, a excepción de los bienes comunes en la sociedad legal que imponía la Ley, ante la falta de capitulaciones expresas de sociedad conyugal o de separación de bienes. El cónyuge inocente continuaba o adquiría en su caso, la administración de los bienes comunes, en tanto que el cónyuge culpable perdía esa administración. Debido a que en la legislación anterior el matrimonio no se disolvía, la sociedad legal en cuanto a bienes tampoco terminaba; si el marido, como administrador legal de los bienes de la sociedad era el inocente, continuaba en esa administración, pero si éste, había dado causa al divorcio por separación de cuerpos, perdía la administración de la sociedad legal y pasaba a su mujer, como cónyuge inocente en el juicio de divorcio. Así observamos que la igualdad de efectos entre los cónyuges divorciantes bajo la legislación Civil de 1870 y 1884 sufrió un cambio radical ya que la capacidad de ejercicio del hombre ni bajo el sistema anterior, ni conforme al vigente se altera, en cambio la capacidad de ejercicio de la mujer divorciada, si se altera por virtud de la disolución de su matrimonio.

Es a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, donde se equipara la capacidad de goce y de ejercicio de la esposa con la del marido, respecto a ello, comenta el maestro Rojina Villegas:

"Se parte de la idea de que no debe haber una diferenciación por virtud del sexo y que es falso que la mujer, especialmente la casada, no esté en condiciones de contratar, de comparecer en juicio, de administrar sus bienes o de ejecutar actos de dominio respecto de los mismos, se dispuso que el matrimonio no afectaría la capacidad de ejercicio de la esposa"... agrega el reconocido catedrático..." lógicamente entonces, el divorcio ya no puede en la actualidad producir un cambio fundamental en esa posibilidad jurídica de actuar que tenga la divorciada, tanto desde el punto de vista de Derecho Civil al contratar, al obligarse al celebrar actos jurídicos de dominio o de administración, como del derecho procesal, para poder comparecer directamente en juicio como actora o como demandada. En realidad, el divorcio produce igual efecto respecto de la capacidad de ambos cónyuges, tanto en la citada Ley de Relaciones Familiares como en el Código vigente".²¹

En la Legislación Civil vigente podemos observar, que no se producen ciertos efectos, como en el caso de que no corra la prescripción negativa para los derechos o para las acciones que tenga un cónyuge contra el otro,

²¹ Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Págs. 525, 527

mientras subsista el matrimonio, éste fundado en las relaciones mutuas de cariño, de afecto, de mutuo respeto y estimación que se guardan los consortes, por lo que existe la solución humana de que mientras dure la vida matrimonial y, no se disuelva el vínculo matrimonial ya sea por muerte de alguno de los cónyuges, por nulidad o divorcio, la acción se mantiene viva y no existe el propósito de renunciar al derecho. Cabe mencionar que tratándose de las acciones propias de la vida matrimonial, como son la nulidad del matrimonio o el divorcio, evidentemente que si corre el tiempo, pero en ambos casos, no podemos hablar de que se trate de la figura de la prescripción, sino por el contrario se trata de una verdadera caducidad de dichas acciones.

Se concluye, que en nuestra Legislación Civil vigente no se producen ciertos efectos, por las causas que han quedado señaladas, sin embargo, ya no existe diferencia en cuanto a la capacidad jurídica de la esposa frente al marido, por lo que una vez que decidan disolver su matrimonio, ambos cónyuges tendrán la facultad de ejercer sus derechos y obligarse jurídicamente, uno independientemente del otro, y en su caso, comparecer personalmente a juicio para deducir sus derechos ya como actor o como demandado. La igualdad de efectos entre los cónyuges encuentra su máximo fundamento en nuestra carta magna, principalmente en su Artículo Cuarto al señalar que el varón y la mujer son iguales ante la Ley.

2.4 Uso por la mujer divorciada del apellido de su ex-marido.

En ninguna de las diversas etapas de nuestro derecho se legisó sobre la posibilidad de que una vez divorciados los cónyuges, la mujer podía usar o seguir usando el apellido de su ex-marido. Nuestro Código Civil vigente no legisa sobre el particular, por el contrario guarda absoluto silencio; por lo que en tal situación acudimos a una de las fuentes del derecho, en este caso a la costumbre, en donde podemos observar la diferencia que existe en México, para con otros países; por ejemplo, en algunos países la mujer casada adopta durante su vida matrimonial el apellido de su marido, sin embargo, pueden surgir confusiones respecto de sus bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad adquiridos antes de casarse y los que adquiera durante el matrimonio y, en general aquéllos actos jurídicos que lleva a cabo, por lo que es necesario distinguir entre el apellido antes y después de su matrimonio. Por el contrario en nuestra legislación por costumbre, agregamos el apellido de la mujer casada el de su marido, después de la partícula "de", lo que evita cualquier confusión en el Registro Público de la Propiedad y Comercio, y en general en todos los actos y contratos que lleve a cabo. Ante la situación de que puedan presentarse serias confusiones, ya que los bienes de una persona pueden aparecer como bienes de la esposa, dado que ambos llevan el mismo nombre individual y el mismo apellido y ésto sucede cuando la mujer al casarse suprime su apellido y adopta el de su marido. Por esta razón en la legislación de algunos países se prohíbe a la mujer divorciada seguir usando el apellido de su marido, tal es el caso del Código Francés y el Suizo. Por su parte, el Código Civil Alemán hace una distinción: por un lado, si la mujer no dio causa al divorcio, ésta puede conservar el apellido del marido, por el contrario, si

la mujer dio causa, su marido puede oponerse a que su ex-esposa siga usando su apellido, incluso en este último caso, si el marido no se opone aún cuando la mujer sea culpable, ésta puede seguir ostentándose como si fuera casada. En este caso, opina el maestro Rafael Rojas Villegas:

"En nuestra legislación no existe disposición expresa en el sentido antes indicado, sino que todo se ha basado a la costumbre, en que la mujer casada no pierde su apellido y sólo agrega al suyo el de su marido, por tanto, es evidente que en caso de divorcio, sea culpable o inocente, perderá todo derecho a seguir usando el apellido de su ex-esposo, pues ello denotaría que aún continuaba casada".²²

Sin embargo, y dado que nuestro Código Civil vigente, no legisla nada al respecto, tampoco existe sanción en caso de que la mujer divorciada continúe usando el apellido de su ex-esposo.

De lo anterior, surge como tema interesante y necesario para el legislador el dejar regulada la posibilidad que ejerce la mujer divorciada para seguir usando el apellido de su ex-marido; en concreto, toda sentencia definitiva de divorcio debería de ordenar dentro de sus puntos resolutivos, la sanción impuesta a la mujer divorciada para seguir usando o dejar de usar el apellido de su ex-esposo. En opinión personal, puede adoptarse el criterio de el Código Civil Alemán, por lo que es correcto que si la mujer no dio causa al divorcio, puede conservar el apellido del marido, por el contrario, si aquélla dio causa, se le deba sancionar en la sentencia respectiva y condonarla a dejar de usar el apellido de su marido. Si bien nuestro Código Civil vigente, no regula sobre la posibilidad de la mujer divorciada para usar el apellido de su ex-marido; si encontramos que a través de la costumbre y la práctica cotidiana se regula esa posibilidad de la mujer que se ha divorciado y que en lo futuro ha de seguir usando dicho apellido.

Como ha quedado explicado, el legislador no se ha preocupado sobre el particular, por lo que ha quedado a voluntad de las partes divorciantes el oponerse u otorgar el apellido del marido basado en intereses mutuos y convencionales, ésto es muy usual en el medio artístico, por ejemplo, una pareja que se divorcia en donde el marido es un cantante o actor reconocido a nivel nacional o internacional, es obvio que la mujer pretenda seguir usando el apellido de su ex-marido porque con ello va a obtener, fama y reconocimiento, como es el caso de los esposos "Bonilla", quienes al divorciarse convinieron entre otros, que ella siguiera conservando el apellido de "Bonilla", lo que a la postre le ha dado buenos resultados en el medio artístico.

Finalmente, cabe preguntarse "Puede la mujer divorciada usar el apellido de su ex-marido?", la respuesta es sí, ya que independientemente de que el legislador haya sido omiso en regular sobre el particular, tal situación se ha venido regulando a través de la costumbre que es fuente de derecho, respetando así la voluntad de los

²² Rojas Villegas Rafael. Op. Cit. Pág. 535

cónyuges divorciantes para oponerse a conservar el apellido del marido, aunado a que el Código Civil no impone sanción alguna en caso de que la mujer continúe utilizando el apellido del ex-marido. Sin embargo, creemos necesario que el legislador debe preocuparse en adicionar o crear un precepto que contemple la posibilidad para que la mujer pueda seguir usando el apellido del marido una vez decretada la disolución del vínculo matrimonial, o bien sancionar a la cónyuge en aquellos casos en que se le prohíba seguir utilizándolo, y en su caso señalar en que circunstancias es procedente.

2.5 Alimentos al cónyuge inocente.

Otro de los efectos que se producen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, es el relativo a determinar los alimentos en favor del cónyuge inocente.

Como se podrá observar, dentro de nuestra legislación ha venido operando a través del tiempo una desigualdad en la persona de los divorciantes, la cual ha ido de más a menos hasta lograr un equilibrio entre ambos en torno a los alimentos en favor del cónyuge inocente, así el artículo 101 de la Ley de Relaciones Familiares le otorgaba a la mujer en los casos de divorcio una pensión alimenticia de manera vitalicia mientras no contrajera nuevas nupcias y viviera honestamente. Posteriormente, el Artículo 288 con la reforma del 31 de diciembre de 1974 tuvo un cambio benéfico para ambos cónyuges, ya que le dio un carácter igualitario condenando al culpable (hombre o mujer) al pago de alimentos en favor del inocente. Dicho precepto señalaba: "En los casos de divorcio, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nuevas nupcias..."

Al igual que el Artículo 101 de la Ley de Relaciones Familiares, el precepto anterior condicionaba al cónyuge inocente en la obtención de una pensión alimenticia a su favor, siempre y cuando no contrajeran nuevas nupcias y viviera honestamente, sin embargo, ésta última precepto ya es aplicable en igualdad de circunstancias para ambos cónyuges, toda vez que las condiciones a que quedan sujetos ya no son exclusivas de la mujer.

De la misma manera, el Artículo 289 del Código Civil vigente, otorga en igualdad de circunstancias tanto al hombre como a la mujer inocente un derecho a percibir alimentos, con la particularidad de que le es impuesta una limitante en función al tipo de divorcio que se encuentren sujetos los divorciantes, ya que mientras en los juicios de divorcio necesario no se impone, en los casos de mutuo consentimiento si se aplican tales limitaciones, las cuales más adelante haremos de analizar.

El primer párrafo del artículo en comento señala lo siguiente: "En los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre otras la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, señalará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente..."

Este primer párrafo tiene estrecha relación con el Artículo 311 del ordenamiento legal antes citado, al señalar: "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos".

Tomando en cuenta este principio y según el caso en particular, el juez del conocimiento deberá observar todas y cada una de las circunstancias habidas dentro del juicio, y principalmente deberá tomar en cuenta la capacidad de cada uno de los cónyuges para trabajar y la situación económica en que se encuentren, ya que de lo contrario se rompería con el principio de equidad entre los cónyuges, lo cual lejos de beneficiar a uno u otro le causaría un perjuicio. Por ende, el referido párrafo hace mención en igualdad de circunstancias a ciertos requisitos aplicables tanto al marido como a la mujer, en el supuesto caso de que uno de ellos resultare culpable, es decir, los cónyuges conservan la característica de igualdad ante la ley en función de las circunstancias que el juez debe observar al condenar al cónyuge culpable al pago de alimentos.

Si es bien cierto, la ley parte de una absoluta igualdad determinada por la capacidad jurídica y aptitud para la vida de los cónyuges, por lo que la razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable es una sanción, máxime cuando la propia ley ordena a los cónyuges el deber recíproco de darse alimentos, de ayuda mutua, según sus necesidades y de acuerdo con sus posibilidades; como en los casos de divorcio necesario, se sanciona al cónyuge culpable por un hecho que lo es directamente imputable, y dado que ya no prestará ese auxilio económico al otro cónyuge, no habrá razón para distinguir entre la mujer y el marido, pues no es sólo en función de la necesidad de los alimentos, sino por una pena que se impone al cónyuge culpable por haberse disuelto el matrimonio; por el contrario, priva la idea humana de que es sobre todo en el caso de la mujer inocente, la que al considerar que a través del matrimonio tendrá el sostén económico del marido, y que si éste por un hecho que le es imputable, seguirá otorgándosele ya no por la vía del matrimonio, sino ahora a través del divorcio.

Por otro lado, el párrafo segundo del citado artículo, se va a referir a los casos de divorcio por mutuo consentimiento al señalar: "...En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato..."

Como se ha venido comentando, hasta antes de las referidas reformas que sufrió el Artículo 288, no era

obligatorio fijar una pensión alimentarla en favor de alguno de los cónyuges, salvo que éstos pactaran sobre el particular; ya que más bien era propio en los casos de divorcio necesario.

La obligación alimenticia en casos de divorcio por mutuo consentimiento fue establecida en diciembre de 1983. El objeto de la reforma según la exposición de motivos de la iniciativa, fue proteger a la mujer casada bajo el régimen de separación de bienes ya que durante su matrimonio se dedicó a las labores del hogar perdiendo toda aptitud o habilidad para trabajar en otras tareas, situación que se agrava si el matrimonio se había prolongado por muchos años. En estos casos la mujer, después del divorcio, y sin ninguna preparación para obtener un empleo más o menos remunerativo, debía satisfacer no sólo sus necesidades sino también las de sus hijos. De ahí deriva que la mujer tenga derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, en el caso de matrimonios breves, la mujer podrá capacitarse para realizar actividades lo suficientemente remunerativas, en tanto que en el caso de matrimonios prolongados, la pensión durará generalmente por toda la vida del acreedor. Sin embargo, la propia ley la limita en cuanto a que sólo recibirá alimentos siempre y cuando no cuente con ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. De lo anterior, cabe mencionar que la única persona encargada de vigilar en estricto derecho las condiciones impuestas por la ley, es el propio juez, asistido siempre por el cónyuge condenado al pago de una pensión alimenticia.

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

Al igual que el párrafo anterior, la ley le impone al varón una serie de limitantes similares a las impuestas a la mujer con excepción de la referida a la imposibilidad para trabajar, razón no suficiente para equiparar de igual manera a ambos cónyuges en la obtención de una pensión alimenticia a su favor por el mismo lapso de duración del matrimonio.

Por otra parte, y como consecuencia inmediata en todo juicio de divorcio necesario, se condena al cónyuge culpable al pago de alimentos en favor del inocente, sin embargo, observamos que no se fija un término o límite a la obligación del deudor alimentario por lo que creemos conveniente que habrán de aplicarse las disposiciones relativas a la extinción de la obligación, al respecto, el Artículo 320 de nuestra Ley Civil señala: "Cesa la obligación de dar alimentos:

1. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla; Esta fracción encuentra apoyo en la misma naturaleza de la obligación alimenticia conforme a la cual el deudor se obliga en la medida en que su responsabilidad económica le permite cumplir con esa obligación, por lo tanto si el que debe dar alimentos no tiene recursos económicos la

obligación cesa para él, pero el derecho del alimentista subsiste frente a los demás obligados. En este caso la carga de la prueba recae sobre el deudor, quien deberá demostrar su imposibilidad para cumplir.

- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos; La fracción segunda se va a referir a la situación del acreedor alimentista, toda vez que si éste tiene capacidad económica para proveer a su manutención, no hay causa de pedir o bien cesa la obligación si el acreedor no tiene necesidad de recibir alimentos; Sin embargo, cabe aclarar que tanto los hijos como el cónyuge gozan de la presunción de necesitar los alimentos, independientemente de si aquéllos son mayores o menores de edad por lo cual es el deudor quien debe demostrar que ellos tienen recursos propios para poder, así, desligarse de la obligación.
- III. En caso de injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos; Desde el punto de vista moral, los alimentos surgen en función del concepto de solidaridad que nos constringe a socorrer al necesitado y en espera a que éste tenga hacia quien le ayude, respeto y consideración. En general es una disposición justa; sin embargo, tratándose de la obligación de los ascendientes, no debe cesar la obligación alimenticia a cargo de aquéllos, en razón de la falta de cabal discernimiento del menor o por la falta de atención en la educación del menor. En el caso concreto, no es aplicable lo referente a los descendientes, ya que tratándose de una sanción en particular impuesta por el juez en un juicio de divorcio al cónyuge culpable, éste quedará eximido de tal obligación cuando el cónyuge inocente incurriera en actos de ingratitud e injurias o daños graves inferidos hacia aquel.
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas; De la misma manera son aplicables los razonamientos expuestos en el punto anterior ya que la conducta que observe el cónyuge que percibe alimentos será determinante para seguir suministrándoselos, ya que es muy justo y razonable que el vicio y la vagancia sean causa de terminación de la obligación alimentaria; son sanciones válidas para aquellos que pretenden subsistir a costa del esfuerzo de los demás, sin demostrar un mínimo de responsabilidad para sí mismos, para con su familia o para la comunidad.
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

La última fracción no resulta aplicable al caso que nos ocupa en razón de que el cónyuge que obtuvo una pensión alimenticia a su favor, de la misma manera ya no se encuentra obligado a permanecer al lado de su cónyuge como consecuencia de la disolución de su vínculo matrimonial.

Finalmente podemos concluir en relación a los alimentos en favor del cónyuge inocente, que dentro de la práctica jurídica, nunca la mujer culpable en el divorcio podrá exigir alimentos al marido inocente; evidentemente tampoco el marido culpable podrá exigirlos a la mujer inocente. Consiguientemente, la mujer divorciada culpable, aunque estuviere impedida para trabajar y careciera de ingresos suficientes, y el marido inocente fuera plenamente solvente, no tendrá que otorgarle alimentos, luego entonces, gravitará la mujer sobre sus parientes, podrá exigir alimentos a sus padres, hijos, sus hermanos, según el caso, pero nunca al marido inocente, de igual manera el marido culpable hacia la mujer inocente.

CAPITULO II

Efectos del Divorcio con relación a los hijos

CAPITULO II

EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACION A LOS HIJOS

1.- La trinidad de efectos del divorcio con relación a los hijos.

Para entrar al estudio de los efectos que produce la sentencia de divorcio con relación a la persona de los hijos habremos de hacer mención a los criterios sustentados en algunos de los códigos de la materia de diferentes estados, basados en la Ley de Relaciones Familiares.

El Código del Estado de Chihuahua, por lo que se refiere a la situación de los hijos menores durante el procedimiento de divorcio, aun en el divorcio necesario, admite el convenio de los padres sobre la forma como van a vivir los hijos. Si este convenio no era celebrado, la Ley establecía que los hijos menores de 14 años quedarían en poder de la madre y los varones de la misma edad en poder del padre; una vez que los hijos, cualquiera que sea su sexo, hayan cumplido la edad de 14 años, decidirán por su propia voluntad su situación, compareciendo ante la autoridad judicial. Respecto a los hijos menores de 3 años, estos deberán permanecer siempre en poder de la madre, a menos que ésta sufriera alguna enfermedad contagiosa que hiciera peligrar la salud de los hijos.

Por su parte, el Código Civil de Tamaulipas, señalaba que los cónyuges podían convenir en que los hijos vivieran temporalmente al lado de cada uno de ellos; los hijos que se encontraran en estado de lactancia permanecerían con la madre salvo el caso de que ésta fuera toxicómana, obría habitual o padeciera alguna enfermedad grave y contagiosa, concluido el periodo de lactancia, se observaban las siguientes reglas: siempre será preferido para tener el cuidado y la patria potestad sobre los hijos, el cónyuge que no hubiese dado el motivo para el divorcio.

Los Códigos Civiles de 1870 a 1884, señalaban en su Artículo 259 en relación con el 260 lo siguiente: "luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones mayores de cinco años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe." "Si uno sólo de los cónyuges ha procedido de buena fe, quedarán todos los hijos bajo su cuidado; pero siempre, y aun tratándose de divorcio, las hijas e hijos menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicara a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriagarse, tuviere alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos." En estos casos señala el maestro Rojas Villegas:

"El Juez, al decretar la medida provisional de que se trata, para confiar simplemente la custodia de los hijos menores, tenía que respetar el Artículo 260, que no sólo es aplicable para los efectos definitivos en el divorcio, sino también para estos efectos provisionales".²³

Sobre el particular, el Maestro Eduardo Palares, señala:

El Artículo 283 del ordenamiento civil anterior regulaba la situación de los hijos respecto a la sentencia de divorcio. Así la primera fracción de dicho ordenamiento señalaba: "Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV, XV, del Artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor." La fracción segunda ordena a su vez: "cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, XIV, del Artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándolo el otro al acaecer ésta. Entretanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor." La Fracción III, ordenaba: "En el caso de las fracciones VI, y VII, del Artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el causante enfermo conservará los demás derechos sobre las personas y bienes de sus hijos." "Es racional y justo lo prevenido en esta norma: el enfermo no pierde la patria potestad, pero el cuidado de los hijos se reservará al cónyuge sano para evitar un contagio posible, y en algunos casos muy difícil de alejar".²⁴

Nuestra Legislación Civil vigente señala en su Artículo 282, fracción VI en relación con el Artículo 213 del Código de Procedimientos Civiles, lo siguiente: "al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: fracción VI poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente. "Salvo poligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre." En tanto que el Artículo 213 de la ley adjetiva en cita señala: "el Juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el Artículo 165 del Código Civil, las propuestas de los cónyuges, si las hubiere y lo dispuesto por la fracción VI del Artículo 282 del mismo Código Civil."

²³ Riquie Villegas Rafael, Op. Cit. Pág. 517

²⁴ Palares Eduardo, Op. Cit. Págs. 104 y 105

Dentro del análisis hecho en el Capítulo Primero, se mencionó lo relativo a los efectos provisionales que se producen entre los cónyuges por el hecho de presentar la demanda de divorcio, y cuyo contenido se precisa en la fracción VI del Artículo Invocado, el cual señala que en caso de que los cónyuges no se hubiesen puesto de acuerdo para designar a la persona con quien quedarán confiados sus menores hijos, o bien, el cónyuge que hubiese demandado el divorcio no lo haya propuesto, el Juez en su caso resolverá lo conducente previo el procedimiento que fija el Código respectivo. Al respecto, se plantea la interrogante ¿a qué procedimiento se refiere esa norma legal?; es bien es cierto, en la práctica de nuestros tribunales el Juez sin substanciar procedimiento alguno, ni oír al cónyuge demandado designa a la persona que tendrá durante el procedimiento la guarda y cuidado de los hijos.

Como ya quedó asentado, tal manera de proceder es autoritaria y violatoria del Artículo 14 constitucional, porque además de pasar por alto lo ordenado por el Artículo 282, despoja al cónyuge demandado de la posesión jurídica de sus hijos sin haberlo oído previamente. Sin embargo, debe concluirse que la única medida para resolver la interrogante, es la contenida en el capítulo único referente a las controversias del orden familiar contemplado en la Ley adjetiva, esto, en tanto no se legisla sobre el particular en el que se fija un procedimiento especial que sea rápido y expedito.

Por otra parte, el Artículo 283 del Código Civil vigente, reforma el correlativo de los Códigos Civiles anteriores; el actual precepto viene a fijar la situación de los hijos una vez dictada la sentencia de divorcio otorgando al Juez del conocimiento las más amplias facultades para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y custodia de los hijos, el referido precepto señala: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para la cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión y limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor." Asimismo el Artículo 284 señala: "antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el Juez podrá acordar a petición de los abuelos, tios o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores. El Juez podrá modificar esta decisión atento a lo dispuesto en los Artículos 422, 423 y 444, fracción III; que van a referirse a la obligación que llenan los padres hacia los hijos de educarlos convenientemente, y en su caso la pérdida de la patria potestad originada por lo malos tratos y abandono de sus deberes.

2. Legitimidad o extramatrimonialidad del hijo de la mujer divorciada.

Dentro del análisis de los efectos que se producen en el divorcio con relación a la persona de los hijos, se encuentra el relativo al estudio de la legitimidad o extramatrimonialidad del hijo de la mujer divorciada, al efecto, se distinguen tres periodos, que se van a clasificar de la siguiente manera: Cuando el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges; si nace después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio; por último, si el hijo nace después de los trescientos días de que causa ejecutoria la sentencia de divorcio.

2.1. Primer periodo

Cuando el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, conforme al Artículo 324 fracción II del Código Civil vigente, existe siempre la presunción de legitimidad del hijo, de tal manera que el marido no podrá impugnarla, sino demostrando que fue físicamente imposible que tuviere relación sexual con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento.

Esta legitimidad no podrá ser desconocida aún cuando el marido comprobase el adulterio de la madre, y aún cuando ésta reconociere el adulterio y confesare expresamente que el hijo no es de su marido. En estos casos, la Ley exige además, que se acredite que el nacimiento se le ocultó al marido, o bien, de que éste demuestre que dentro de los trescientos días anteriores al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa. En esta situación, señala el maestro Rojina Villegas:

"En realidad, esta última exigencia del Artículo 326, es notoriamente indebida, porque debe estarse a la regla general del Artículo 325, en el que basta que el marido demuestre que físicamente fue imposible que tuviere cópula carnal con su mujer, sólo en los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento".²⁵

El profesor José de Jesús López Monroy, en su comentario al artículo 325 del Código Civil, cita a García Gumera, quien afirma:

"La imposibilidad física debe ser evidente o incontestable, lo primero porque con ello abarcaría los casos de ausencia del marido en la época de concepción y los siguiente porque la prueba tendría que ser firme en los casos de ausencia o impotencia".²⁶

²⁵ Rojina Villegas Refrend. Op. Cit. Pág. 542.

²⁶ García Gumera, Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, México, 1881.

En el caso conviene traer a colación el criterio sostenido por el pleno de nuestro más alto Tribunal, según Informe 1978, N. 93, página 63, que a la letra dice:

JUICIO CONTRADICTORIO DE LEGITIMIDAD DEL HIJO

Aunque en principio es cierto que por la separación y el depósito judicial de la esposa en un domicilio diverso al conyugal, se impide legalmente la cohabitación y la relación sexual y lo probable es que no haya existido cópula carnal entre los esposos y que a la vez pueda presumirse que el marido no es el padre del hijo de su esposa, nacido después de trescientos días en que se lleve a cabo la separación, al recaer la carga de la prueba para destruir la presunción señalada en ésta y en el hijo, por sí o por tutor si es menor de edad, con demostrar que la separación no se lleve a cabo o porque las visitas del marido a la esposa en circunstancias de intimidad, aunque no se puedan justificar plenamente, la relación carnal porque no es un hecho que se realice ante testigos, sino solamente la posibilidad de que haya ocurrido, es bastante para destruir la afirmación de que el que ha nacido no es hijo de su matrimonio. Debe considerarse que probadas estas circunstancias, se destruye la presunción legal de que entre los consortes se habla roto la práctica copular y entonces resulta correcto admitir que los esposos se encuentran en una situación normal teniendo relaciones íntimas entre ellos, cobrando también vigencia el presupuesto legal de que los hijos de la mujer casada son habidos con su esposo en matrimonio, salvo que éste pruebe que se le ocultó el embarazo como principio de prueba de adulterio y que fue físicamente imposible tener cópula carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.²⁷

La acción que el marido intente para impugnar la ilegitimidad del hijo que naciera dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial, esta sujeta, al plazo de caducidad de sesenta días que se contarán, si se encuentra presente y tiene conocimiento del nacimiento, a partir de ésta. Por el contrario, si se le ocultara el nacimiento, a partir del momento en que tenga conocimiento de él, y si se encontrare ausente, a partir del momento en que regresare al lugar del nacimiento y tuviere conocimiento de él, así lo establece el Artículo 330: "En todos los casos en los que el marido tenga derecho a contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir la acción dentro de los sesenta días contados desde el nacimiento, si esta presente, desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente, y desde el día en que se descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento." Apoya el anterior razonamiento el criterio sustentado por el pleno de la Corte a través de la tesis que se encuentra visible en el Informe de 1975, página 115 que se transcribe a continuación:

PATERNIDAD, ES PRECISO PROMOVER JUICIO DE CONTRADICCIÓN DE LA, CUANDO EL MARIDO PRETENDE DESCONOCER A UN HIJO, PUES SI EL DESCONOCIMIENTO LO HACE DE OTRA MANERA ES INEFICAZ. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

"De conformidad con lo dispuesto por los Artículos 298, 303 y 304 del Código Civil del Estado de Chihuahua, cuando el marido tenga derecho a contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, debe deducir su acción mediante demanda en forma, ante el Juez competente,

²⁷ Amparo directo 1619/77 Andrés Méndez Morales. 17 Marzo de 1978. Unanidad de 4 votos. Pleno Informe 1978, N. 93, Pág. 63

dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si esta presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente, o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento, debiendo oírse en el juicio de contradicción de la paternidad a la madre y al hijo, a quien si fuere menor se proveerá de un tutor interno, y si no se sigue este procedimiento, el desconocimiento del hijo por parte del marido, practicado de otra manera es ineficaz; y si el marido no siguió el procedimiento a que aluden los preceptos indicados, es evidente que no cumplió con lo dispuesto en ellos, por lo que legalmente no podía resolverse en el juicio de divorcio si el menor debía o no reputarse como hijo legítimo....²⁸

Por otra parte dentro de la acción intentada, se prevé el caso de que el marido este bajo tutela, bien por interdicción mental; por privación de la inteligencia, imbecilidad o idiotismo, casos en que el tutor será el que ejerce la acción de impugnación de la paternidad. Pero si no la ejercitara, y el marido recobra la razón, este podrá intentarla dentro del término de sesenta días que se contara desde el día que legalmente se declara haber cesado el impedimento, Artículo 331.

Asimismo, el Artículo 332 dispone que "cuando el marido teniendo o no tutor ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre", y conforme el Artículo 333, el término de sesenta días correrá para los herederos a partir del momento en que el hijo sea puesto en posesión de los bienes hereditarios, no a partir del momento en que tenga conocimiento del nacimiento, porque lo perjudica a los herederos será que se le ponga en posesión, bien como heredero único si fuese el preferente, por no existir otros hijos, o bien como coheredero con sus presuntos hermanos, lo que afectara la división de la herencia.

Finalmente, el procedimiento que debe seguir el marido, su tutor o los herederos, lo determina el Artículo 335 y 336 al señalar respectivamente: "el desconocimiento de un hijo de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma, ante el Juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo." "En el juicio de contradicción se oír a la madre y al hijo, quien si fuere menor se proveerá de un tutor interno."

2.2 Segundo período

Esta segunda fase se va a referir al hijo que naciera después de los trescientos días de decretada la separación judicial. Dentro de este período se distinguen dos posibilidades: Que hayan transcurrido los trescientos días sin que se pronuncie sentencia de divorcio, o bien pueda haberse pronunciado la sentencia de divorcio, antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación judicial. Así cabe la posibilidad de que el hijo nazca después de trescientos días de la separación judicial, pero antes de que se pronuncie sentencia de divorcio, o bien, que el hijo naciera ya después de que se dictó la sentencia de

²⁸ Amparo directo 4018/73. Músiles Rincón Vázquez. 11 de agosto de 1975. Unanimidad de 4 votos. Pírra Informe 1975 Pág. 115

divorcio, pero antes de que transcurran trescientos días de que ésta causó ejecutoria.

Al respecto, el maestro Rojina Villegas señala:

"La idea fundamental de esta, que aún cuando hubo una separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá la relación sexual entre los cónyugos, jurídicamente siguen unidos en matrimonio, hasta que no venga la sentencia definitiva y cause ejecutoria, a disolver el vínculo. Por lo tanto, si el hijo naciera después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que se pronuncie sentencia, evidentemente fue un hijo nacido dentro del matrimonio de sus padres. A su vez si el hijo naciera después de que se pronuncie la sentencia, y ya ha transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación, pero no el de trescientos días siguientes a la disolución, que sólo opera por sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres."²⁹

Independientemente de la distinción antes hecha, la Ley siempre parte del concepto del matrimonio, que la obligación de la fidelidad existe, y que mientras no haya prueba en contrario, no debe presumirse que la esposa tuvo relación carnal con otro hombre distinto de su marido. Lo anterior, tomando en cuenta que el derecho parte siempre de una presunción de probidad, dado que el ser humano normalmente se conduce de buena fe, quien afirme lo contrario tendrá que demostrarlo. Es por eso, que en los casos de divorcio, mientras no este disuelto el vínculo del matrimonio aún estando separada la mujer de su esposo, se deduce que ya no existe trato sexual entre ambos y si a pesar de eso la mujer resultare embarazada. Entonces podemos afirmar que fue el hijo concebido después de los días siguientes a la separación; sin embargo, de tal afirmación no se puede establecer que fue engañado por otro hombre, ni mucho menos tomar esta consecuencia por hechos netamente personales, es entonces que el marido tendrá que demostrar que no tuvo relación sexual con su esposa a pesar de estar separado de ella.

El maestro José de Jesús López Monroy, al hacer el comentario al Artículo 327 del Código Civil señala lo siguiente:

"Aún cuando el Artículo 324 extiende la presunción de la paternidad a los hijos nacidos dentro de los trescientos días de disolución del matrimonio, puede sostenerse que el hijo sigue siendo del marido, aún cuando haya nacido con posterioridad a los trescientos días, pues es común que aún cuando el marido y la mujer se hayan separado de hecho frente al grupo social y a consecuencia de orden judicial, sin embargo, podría suceder que las relaciones continuaran. Es ésta la razón por la que el Artículo que comentamos sostiene que la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden afirmar que aún cuando al hijo haya nacido con posterioridad a los trescientos días, el marido sea el padre."

"El marido podrá desconocer al hijo, pero la mujer y el propio hijo, pueden sostener que cuando exista una separación judicial, el hijo fue engendrado por el marido o ex-marido, si el divorcio o

²⁹ Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. Pág. 544

la nulidad han sido concluidos en los juicios correspondientes. En otros términos al artículo estableció una presunción de paternidad.³⁰

Por su parte el Dr. Rojina Villogas, encuentra diferencia fundamental entre el primer y segundo período expresados en los siguientes términos:

"En el primero, el hijo lleva la presunción de legitimidad y en el segundo, ya el hijo no lleva derecho pleno esa presunción de legitimidad. En el primer período, el padre tiene que rendir pruebas plenas, absolutas, que demuestren la imposibilidad física de haber engendrado al hijo." "En cambio, en el segundo período al no existir ya esa presunción de legitimidad, ambas partes están procesalmente en el mismo plano, ambos tiene que justificar. El marido que no pudo engendrar al hijo; la madre, o en su caso el hijo, que sí fue engendrado por el marido. Aquí el Juez tendrá que normar su criterio en función de las circunstancias de los hechos de las pruebas que se rindan."³¹

2.3. Tercer período

Este tercer período comprende a los hijos que la mujer divorciada tuviese después de los trescientos días siguientes a la disolución de su matrimonio y en el que se hubiese declarado ejecutoriada la sentencia del divorcio.

La Ley de la materia en su Artículo 329 señala lo siguiente: "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación."

Al efecto, debemos distinguir aquellos casos en que el hijo naciere después de trescientos días de muerto el marido o disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad; en el primer caso, existe una absoluta imposibilidad física de que el marido hubiese engendrado al hijo, porque hasta que nazca después de trescientos días de muerto el marido o para que pierda todo derecho, de modo que no existe posibilidad alguna para considerarlo dentro del acervo hereditario, ni mucho menos a usar el apellido paterno, como un hijo legítimo.

Por el contrario, el hijo nacido después de los trescientos días de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad, no existe imposibilidad física de que el marido lo hubiese engendrado, pero tampoco tiene la presunción de legitimidad; si bien es cierto que existe la presunción de Hecho, sin embargo, esto no se toma en cuenta como norma para imputar al ex-marido, el hijo de la mujer divorciada que nació después de

³⁰ Código Civil para el Distrito Federal comentado, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Libro Primero de los Previsiones, Tomo I, Segunda Edición, Miguel Ángel Porrúa, Librero Editor, México, D.F. Págs. 234, 235.

³¹ Rojina Villogas Rafael. Op. Cit. Pág. 546.

los trescientos días siguientes a la sentencia.

Ahora bien si la mujer divorciada celebrare un segundo matrimonio y su hijo naciera después de trescientos días de disuelto el primer matrimonio, y antes de ciento ochenta días de celebrado el segundo, la Ley declara que no será hijo del primer marido; al respecto, el Artículo 334, del Código de la materia señala lo siguiente: "Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajere nuevas nupcias dentro del período prohibido por el Artículo 158, la filiación del hijo que naciera después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

Fracc. III. "El hijo se presume nacido fuera del matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, y después de trescientos días de la disolución del primero."

Sobre el particular, comenta el maestro Rojina Villogas:

"Ni ante hecho lícito del segundo matrimonio, desde el punto de vista de que la mujer al tener relación sexual lo haga con su marido y no con cualquier hombre, se considera que si el hijo naciere después de los trescientos días de disuelto el matrimonio, por divorcio o por nulidad, se imputara al primer marido, si naciere después de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio. Si naciere antes, no podrá considerarse como hijo de matrimonio. Es decir, ni el primero, ni el segundo marido podrán, por efecto de la Ley, y para las consecuencias legales, para las obligaciones que en su caso tuvieren, ser reputados como padres."³²

De la misma manera, sobre las reglas que establece el Artículo 334, comenta el Maestro José de Jesús López Monroy lo siguiente:

"El Artículo 158 estableció una prohibición a la mujer para que contrajera matrimonio dentro de los trescientos días de disuelto el vínculo anterior, salvo que dentro de ese lapso diere a luz un hijo. Entonces se dijo que la razón de esa prohibición se debía a que si se permitiera que la viuda o la divorciada o aquella cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, pudiera inmediatamente casarse, el hijo que naciera dentro de los trescientos días recaería, conforme al Artículo 324, bajo la hipótesis de ser hijo del primero o segundo marido."

"El legislador no desea que la mujer contraiga nuevas nupcias inmediatamente después de la disolución del primer matrimonio. El matrimonio que la mujer contrayere, no respetando el plazo, conforme al Artículo 264 será ilícito pero no nulo." "Por esta razón la fracción III que se comenta señala que no se presumirá que el hijo ha nacido fuera del matrimonio, es decir, que es extramatrimonial, si nace antes de los ciento ochenta días de celebrado el segundo pero trescientos días después de disuelto el primero."³³

³² Rojina Villogas Rafael. Op. Cit. Pág. 549

³³ Código Civil comentado Op. Cit. Pág. 739

Por otra parte, el Artículo 329 dispone que las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación. Y para que perjudique la filiación debe darse el caso de que ese hijo trate de gozar de una calidad de hijo legítimo y, por consiguiente, referida al que fue esposo de la madre, tanto en cuanto al apellido, como a los bienes.

Para evitar que esta posesión del estado, sin título alguno, es decir, sin un verdadero derecho, pueda prosperar, es menester que a través de un Juicio se declare que indebidamente se tiene la calidad de hijo legítimo, dado que el que pretende gozarla nació después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio de la madre. En relación con esta posesión de estado, señalan los Artículos 352 y 353 respectivamente: "La posesión de hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada, la cual admitirá los recursos que den las leyes, en los Juicios de mayor interés." "Si el que está en posesión de los derechos del padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se lo ampare o restituya en la posesión."

Al respecto cabe citar la siguiente tesis pronunciada por el pleno de la corte, que aparece visible al informe correspondiente a 1981, N. 59, pág. 59 y que a la letra dice:

INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESION DE UN HIJO EN LA LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA, CUANDO PROCEDE.

"Ciertamente como ha quedado transcrito, el Artículo 317 del Código Civil de Puebla de una manera expresa establece, que el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo legítimo, cuando es despojado de éstos o perturbado en su ejercicio sin que se dicte la sentencia por la que deba perderlos, podrá usar las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión, lo que sucedió en el presente caso, con la acción ejercitada por Guadalupe Cariño Tapia. Por su parte, el Artículo 604 del Código de Procedimientos Civiles antes transcrito; también de una manera expresa y terminante, establece que proceden los Interdictos para los efectos que expresa el Artículo 317 del Código Civil antes citado. Por este motivo como se advierte, esta legislación permite y autoriza el ejercicio de la acción Interdictal para recuperar la posesión de un hijo cuando el padre es despojado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: Primero. Que se está en posesión de los derechos de padre o hijo legítimo; Segundo. Que fuere despojado de esos derechos o perturbado en su ejercicio; y Tercero. Que ese despojo o perturbación se ejerza sin que existan sentencia previa, en contra del titular de ese derecho. En consecuencia cabe decir, que en este caso no es materia de la litis ante la autoridad judicial la comprobación de la maternidad o paternidad del menor, pues la acción está encaminada únicamente a demostrar sólo la posesión de los derechos de padre e hijo legítimo, la privación o perturbación de esos derechos sin que exista

sentencia previa, y por estas razones se estima que no se violaron tampoco en perjuicio del quejoso los Artículos 334 del Código Civil y 497 del Código de Procedimientos Civiles ambos para el Estado de Puebla, por indebida aplicación, ya que los conceptos de violación que hace valer el quejoso sobre este particular no tienen ninguna relación con la cuestión debatida.³⁴

Por su parte el Lic. José de Jesús López Monroy al hacer el comentario de los referidos artículos, señala lo siguiente:

"Hemos dicho que la posesión es una situación de hecho y que tiene un derecho el que goza de él; en consecuencia, en atención al principio de que nadie puede hacer justicia por su propia mano, la posesión de hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada en la que se hubiere ejercido la acción de desconocimiento de la paternidad, en los casos y términos que permite la Ley." "El Derecho no puede permitir un desorden que implique la pérdida de una posesión, sino que se ventila dicha pérdida a través de un Juicio en donde se escuche a los interesados y se les dé la oportunidad de defensa..." agrega el referido maestro "La posesión de los derechos de padre o de hijos se protegen contra los despojos o perturbaciones mediante las acciones de recuperación o retención de la posesión en la que se ven turbados. La acción de recuperación de la posesión no se pierde por el hecho de que exista un presunto despojo de la posesión de estado de hijo en matrimonio, que hubiese durado más de un año. La acción de recuperación compete al que es perturbado y la retención a quien es despojado y aún cuando el Código de Procedimientos Civiles señala términos para el ejercicio de éstas acciones, tales plazos son aplicables cuando la acción que se ejerce tiene por objeto la defensa de un patrimonio y, específicamente de un inmueble. Tratándose del estado civil, la acción de estado de hijo es imprescriptible, por lo tanto, la de recuperación de la posesión o cesación de turbaciones será imprescriptible para el hijo y sus descendientes."³⁵

³⁴ Amparo directo 1071/80 Merito Videla Zerileno 13 Julio de 1981 5 votos. Pleno Informe 1981, No 59 Pág 59.

³⁵ Código Civil comentado, Op. Cit. Págs. 250 y 251.

CAPITULO III

Efectos del Divorcio con relación a la patria potestad

CAPITULO III

EFFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACION A LA PATRIA POTESTAD**1. Efectos del divorcio respecto a la patria potestad.**

Uno de los puntos más importantes que deben resolverse en toda sentencia pronunciada en los juicios de divorcio, sea necesario o voluntario, es el relativo a la situación en que han de quedar los hijos después de que el matrimonio se haya disuelto, lo que trae como consecuencia, el estudio de la patria potestad.

La patria potestad dentro de la familia romana surgió como consecuencia de las justas nupcias y de manera excepcional a través de la adopción y de la legitimación, quedando organizada como agrupación monogámica patriarcal, constituyendo una familia que bajo ese sistema, adquiría duración y estabilidad.

El jefe de familia como *sui juris*, era el titular del patrimonio de sus hijos y de sus esclavos, que mientras permanecían en la patria potestad eran *alieni juris*. Posteriormente, al reconocerse la facultad del pater para otorgar a sus hijos un patrimonio en administración y en usufructo, confiriendo a estos dicha capacidad mediante el *peculic castrense*, el *peculio casi castrense* y las *bonas adventicias*, permitiendo a éstos, sustraerse paulatinamente a la autoridad paterna.

En cambio, el derecho germánico, desde épocas muy remotas tuvo un carácter tutivo, ya que el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayor edad; comprende el derecho de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes, la mujer participaba o podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre.

En la época medieval el fuero juzgo se percibe con influencia germánica, respecto de la organización de la patria potestad. Durante el período del derecho español antiguo, casi desaparece el concepto romano de patria potestad como derecho del pater y se transforma, a través del derecho consuetudinario, en un deber de protección hacia el hijo. Desde entonces, empezó a considerarse que dicha institución tenía su fundamento no en el derecho positivo, sino en el derecho natural, ya no apoyada como autoridad, sino más bien apegado a la protección en la persona de los menores hijos.

La forma en que se ha venido regulando la figura de la patria potestad a través del tiempo, coincide con la mayoría de los códigos civiles al privar al cónyuge culpable de la patria potestad y concederla al inocente. Dentro de dichos ordenamientos destaca el Código Suizo, que facultaba al Juez en los casos de divorcio para consultar a los padres y en casos necesarios a la autoridad tutelar, decidiendo lo más conveniente a los

intereses del hijo. El Artículo 156 del referido código, facultaba al Juez para adoptar las medidas necesarias respecto a ésta institución, privando de ella al cónyuge culpable; así en casos especiales el Juez, después de haber oído a los padres sobre el problema concreto, respecto a la educación del hijo, a su custodia y en general al ejercicio de la patria potestad, adoptaba lo más conveniente para que la ejerciera el cónyuge inocente, o bien los abuelos, o determinados parientes, otorgándole al Juez la potestad necesaria para decidir al respecto.

Por el contrario, nuestra legislación civil hasta antes de las reformas de 1983, no otorgaba al Juez esa facultad de decisión, únicamente se limitaba a sancionar al cónyuge culpable a la pérdida de la misma.

Hasta antes de las referidas reformas, regulaba el Código Civil tres normas fundamentales en materia de patria potestad. De acuerdo a las causales de divorcio, el cónyuge culpable perdía definitivamente la patria potestad, aún cuando muriera después el inocente, en tal situación, al no poder recobrarla, pasaba a los abuelos, primero paternos y luego maternos y a falta de ellos, el hijo quedaba bajo tutela.

Una segunda norma hace privar al cónyuge culpable de la patria potestad, mientras viviera el inocente, para recobrar ese derecho a su muerte. Por último, tratándose la causal por enfermedades, se restringía la patria potestad por lo que se refiere al cónyuge enfermo, evitando el contagio, y como consecuencia, la custodia y la vida en común se establecía en favor del cónyuge inocente. El artículo 283 aún no reformado, señalaba los casos en que se perdía la patria potestad, y en la cual intervenían diversas causas, unas graves y otras de menor gravedad, imponiendo una sanción con criterios arbitrarios, sin existir razones suficientes para adoptar tales medidas. Entre las causas consideradas como graves, se encontraba la relativa a los hábitos del juego, de la embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, dado que no está el padre o la madre en condiciones de ejercer la patria potestad, porque el vicio del juego, del alcohol o de las drogas, se apodera de tal forma del sujeto, que le impide poder educar adecuadamente al hijo.

Otra de las causas consideradas como graves era la relativa a la propuesta del marido para prostituir a su mujer, entraña tal gravedad, que es lógico pensar que pudiese después tratar de corromper a los hijos. Fuera de esos casos, incluyendo el mismo adulterio, no afectaba directamente a los hijos, por lo que no existía razón verdadera para privar al culpable de la patria potestad. Por consiguiente, en todas causales a que se refería el artículo 283, con excepción de las mencionadas anteriormente, no debía privarse para siempre de la patria potestad al cónyuge culpable, sino que podía recobrarla a la muerte del inocente.

Actualmente, el artículo 283 con la nueva reforma, tiene un cambio radical al grado de modificar los efectos previstos en la anterior disposición, otorgando al juez amplia facultad para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a dicha institución, adoptando las medidas necesarias para condenar o

privar al cónyuge culpable de la patria potestad. Dicho precepto queda de la siguiente manera.

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

Ahora bien, el anterior precepto es acorde y encuentra su apoyo en el artículo 284 el cual expresa que el juez podrá acordar otras medidas que resulten benéficas a los menores a petición de los parientes más cercanos. La resolución judicial igual a la señalada en el artículo 283 deberá fundarse en las disposiciones legales establecidas en el propio código, la decisión judicial puede ser modificada si con ello se beneficia al menor.

Con esta última reforma, se adopta el criterio sustentado por la legislación Suiza que permite modificar la decisión del juez si con ello se beneficia al menor, por lo que hoy en día, más que un poder, la patria potestad surge como una institución, perdiendo el carácter autoritario que tuvo en el derecho romano, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona del menor, malizada por el influjo de la moral, en la cual los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que les corresponden.

Si bien es cierto, la patria potestad tuvo en un principio un carácter autoritario plasmado de un conjunto de derechos ilimitados absolutos, el cual quedó absorbido por nuestro actual derecho moderno, fundamentalmente por la suma de deberes y responsabilidades que han quedado consignados en nuestra legislación civil, en defensa de la persona del menor. Afirmación hecha por el maestro Rafael Rojina Villegas al señalar:

"En el derecho moderno la regulación jurídica de la patria potestad ha tomado principalmente en cuenta que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para beneficio propio ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples objetos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, si no que, por el contrario, esta institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen".³⁶

1.1 Efectos respecto a los sometidos a la Patria Potestad.

³⁶ Rojina Villegas Rafael, Op. Cit. Pág. 50

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

Durante el estado de minoridad del hijo y mientras se encuentra bajo la autoridad de sus padres, el deber de respeto y honra impuesto por el artículo 411 del Código Civil vigente, lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

Por su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, es el fundamento ético de las relaciones paterno filiales de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia, principio en que descansa la autoridad paterna, que sólo se justifica si se funda en la abnegación y sacrificio de los padres. La naturaleza moral de este principio, explica porque la norma establecida en el artículo 411 del Código Civil, carece de fuerza coercitiva. Señala el referido precepto:

"Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". Al respecto, la Doctora Carmen García Mendieta comenta: "este deber tiene su fundamento en la moral, que debe regir siempre en las relaciones paterno-filiales. La familia, como célula básica de la sociedad, requiere que las relaciones entre sus miembros reposen sobre un principio de respeto y dignidad mutua. Cualquiera que sea la edad y condición de los hijos, deben honrar y respetar a sus ascendientes, por lo cual este deber no se acaba al alcanzar la mayoría de edad. Mientras el hijo es menor de edad, el deber impuesto por este precepto se complementa con el deber de obediencia hacia quienes ejercen la patria potestad. La presente es una norma de las llamadas *leges minus quam perfectae*, porque no es posible exigir coactivamente su cumplimiento".³⁷

Mientras el hijo está bajo la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o en virtud de decreto de la autoridad. Tampoco puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin el expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan, resolviendo el juez en caso de irracional disenso. Estas prescripciones tienen carácter visiblemente tutelar y, más que derechos de quienes ejercen la patria potestad; constituyen deberes de la mayor trascendencia, puesto que tienden a evitar los daños que la inexperience de quien se encuentra sometido a los efectos de esta institución podría ocasionarle si pudiese dejar su hogar sin la autorización y consejo debidos a contraer obligaciones de cualquier género que pudiera comprometer gravemente su patrimonio; para el mejor cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la ley le impone a éste el deber de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido. Por tanto, la unidad de la familia para el cumplimiento de sus fines como base de la sociedad, el deber de educación y custodia que tienen los padres con respecto a sus hijos, así como el deber de observar una conducta que les

³⁷ Código Civil Comentado, Ob. Cit. Pág. 283

sirva de ejemplo, parten de la base de la vida en común en el domicilio familiar. En todo caso, la sentencia que decreta la separación del hijo del hogar familiar, sólo será procedente cuando se hallen en peligro valores fundamentales, como la salud o la moralidad del menor de edad.

Por otro lado, el artículo 412 impone a los hijos menores de edad no emancipados, otro de los tantos deberes a que están sujetos, bajo la figura de la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. Desde este punto de vista, señala el Maestro Ignacio Galindo Garfias lo siguiente:

"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 esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad".³⁸

1.2 Efectos respecto a las personas que ejercen la patria potestad.

Siendo la Patria Potestad una institución cuya misión está enfocada al interés público con alto contenido social, por ello la ley impone a los ascendientes una serie de deberes para con sus menores hijos. Aún cuando los padres hubieren perdido la patria potestad, están obligados a cumplir de manera amplia con las obligaciones inherentes a la patria potestad.

Como veremos más adelante, dentro del cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce entre sus principales efectos los siguientes: a). Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna; b). De educarlos convenientemente; c). Otorga a quienes ejercen la patria potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente; d). Quienes ejercen la autoridad paterna son los legítimos representantes de los menores que están bajo ella; e). El domicilio de los menores no emancipados sujetos a patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad está sujeto.

Respecto al análisis del primer inciso, comenta el maestro Ignacio Galindo Garfias, lo siguiente:

"La obligación alimenticia que deben cumplir en primer lugar los padres respecto de los hijos, no es específica de la patria potestad; tiene su fuente en el parentesco, puesto que no desaparece con la mayor edad del hijo. La obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y el deber de estos últimos de proporcionarlos a sus Padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la patria potestad; pero la obligación alimenticia subsiste, aunque se acabe la patria potestad, cualesquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la

³⁸ Galindo Garfias Ignacio Ob. Cit. Pág. 668

posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos".³⁹

En relación a lo anterior, son aplicables los Artículos 303 y 311 del Código Civil, que señalan lo siguiente:
 Artículo 303 "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, a falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado".
 Artículo 311 "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos"...

Al respecto, la Lic. Alicia Elena Pérez Duarte al hacer el comentario del Artículo 303, manifiesta:

"La obligación de los padres de dar alimentos a los hijos surge de la filiación y la forma natural de cumplir, es mediante la incorporación de los hijos al seno familiar..." "El sostenimiento de la prole es responsabilidad de los progenitores, de ahí que recaiga en ellos, en primer término la obligación de alimentar a los hijos; Sin embargo, el legislador tomó providencias para aquellos casos en que esta obligación no pudiere ser cumplida por los padres..." "El legislador habla de falta o imposibilidad de los padres y el juzgador ha determinado que la imposibilidad debe ser física, es decir debe ser tal, que impida a los padres por falta de Bienes o de Trabajo, obtener lo necesario para ministrar alimentos a su prole..." "La imposibilidad material, es decir aquella en que se encuentran los padres por impedimento físico, falta de salud, falta de bienes o carencia de trabajo, no es necesaria para exigir a los ascendientes de ulterior grado, el pago de alimentos".⁴⁰

Asimismo, la referida profesionista comenta en relación al Artículo 311, "En este Artículo se consagra el principio de proporcionalidad que impera en los alimentos. Es de elemental justicia establecer un equilibrio entre los recursos del deudor y las necesidades del acreedor,, a ello obedece el principio que se establece en este precepto..."⁴¹

Otro de los principales efectos que se producen bajo la figura de la patria potestad, es el relativo a la educación, la cual se encuentra regulada por los artículos 413 y 422 del Código Civil; el primero de ellos señala: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal". Por su parte, el segundo de los preceptos señala: "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente..."

Sobre éste último precepto comenta la Dra. Carmen García Mendieta:

"Siendo la patria potestad una misión de interés público y de alto contenido social, la ley impone a los ascendientes el deber de educar a los menores sujetos a aquélla..."

³⁹ Galindo García Ignacio Op. Cit. Pág. 668

⁴⁰ Código Civil comentado Op. Cit. Pág. 219

⁴¹ Código Civil comentado Op. Cit. Pág. 224

"La educación comprende desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y de conciencia social que tiendan a hacer del educando un ser útil a sí mismo y a la colectividad en que vaya a desenvolver sus actividades privadas y públicas"⁴²

Así, de acuerdo al artículo 308 de nuestra legislación civil, la obligación alimentaria comprende los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. Por tanto, el deber de educación emanado de la patria potestad va más allá de los mínimos exigibles en cuanto a deber alimentarlo, pues quienes la ejercen deben procurar brindar al menor un nivel educacional acorde al del núcleo familiar en que éste se encuentre inserto, según las posibilidades y necesidades del propio hijo.

La facultad que tienen los padres para corregir a sus menores hijos, es uno más de los efectos que se producen bajo la figura de la patria potestad y que se haya regulada por el artículo 423 del código civil que en sus términos señala lo siguiente: "Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo..." "Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente".

Hasta antes de las reformas de 1974, ésta norma legal establecía la facultad de castigar por parte del padre a sus menores hijos, en caso de que estos observaran una mala conducta, cosa que se ha venido atenuando hasta lograr su actual redacción, siguiendo la evolución histórica del derecho comparado.

Es de destacar que también las normas penales han variado en el mismo sentido; hasta las reformas de 1983, el código penal declaraba como no punibles a las lesiones inferidas en uso de la facultad de corregir, siempre que tardasen en sanar menos de quince días y no se abusare del derecho por parte de quien ejerciese la patria potestad. Actualmente, el artículo 295 del Código Penal castiga al que en ejercicio de la patria potestad infiera lesiones a un menor, y le impone además la suspensión o privación de ese ejercicio.

Asimismo debe tenerse presente lo señalado por el artículo 1919 del Código Civil, el cual dispone que los que ejerzan la patria potestad responderán de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos; Sin embargo, no todos los actos ilícitos que comentan los menores son del orden de la responsabilidad a quien se hallen sujetos, ya que puede suscitarse que estos se encuentren en ocasiones bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata (artículo 1920).

⁴² Código Civil Comentado Op. Cit. Pág. 708

De ahí se concluye que tienen los padres la facultad de corregir a sus hijos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo para evitar que ocasionen daños a terceros.

Por otra parte, y como consecuencia inmediata de quienes ejercen la autoridad paterna surge la representación legal del menor no emancipado, por tanto, quien ejerce esa función protectora y asume la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tiene a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad, en la celebración de toda clase de actos y contratos que el hijo pudiere llevar a cabo dentro de su estado de minoridad.

El menor no emancipado, sujeto a la patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin el consentimiento de los ascendientes que desempeñan esta función, así lo señalan los artículos 424 y 427 del Código Civil; agrega al primero de los artículos en su parte final que en caso de irracional disenso, resolverá el juez. Esto significa, que aún cuando una persona ejerza la patria potestad si ésta tiene un interés opuesto al del menor a su cargo, entonces, el juez, designará un tutor para a efectos de su representación.

Al respecto, comenta la doctora Carmen García Mendiola sobre el referido artículo y señala lo siguiente:

"...Aunque este precepto expresa que el que está sujeto a patria potestad no puede "comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento...", lo cierto es que el menor de edad no emancipado no podría contraer obligaciones ni comparecer por sí mismo en juicio, aun cuando mediara consentimiento expreso de quien ejerce la patria potestad; el menor de edad sólo puede hacer valer esos derechos mediante la actuación de su representante legal, es decir, del que está en ejercicio de la patria potestad".⁴³

Efectivamente, y como lo comenta la doctora García Mendiola, nunca el menor de edad no emancipado podrá contraer obligación alguna ni comparecer por sí mismo en juicio aun cuando contara con el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, ya que únicamente cuenta con capacidad de goce no así la de ejercicio, por lo que el representante legal suple la incapacidad del menor de edad en todos los actos y contratos en que pudiere intervenir en tanto no alcance la mayoría de edad, así lo establecen los artículos 646 y 647 del Código Civil.

Finalmente, se va a derivar un último efecto como consecuencia de quienes ejercen la patria potestad, éste efecto, va a girar en torno al domicilio del menor no emancipado, el cual ya hemos comentado es aquel que corresponde a la persona a cuya patria potestad esta sujeto.

Para mejor cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la Ley le impone a éste el deber de no

⁴³ Código Civil comentado Op. Cit. Pág. 293

abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.

Tal prescripción encuentra su base en la unidad familiar y en el deber de quienes ejercen la patria potestad, evitando los daños que la inexperiencia de los sujetos a ella podría ocasionarlos si dejaren su hogar sin la autorización y consejo debido al contraer obligaciones que pudieran comprometerlos de una manera general. El artículo 421 del Código Civil regula sobre el particular y ordena que mientras estuvo el hijo bajo la figura de la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos por las circunstancias mencionadas, o bien mediante decreto de la autoridad competente; en este último caso, el decreto judicial que disponga la separación del hijo del hogar de sus ascendientes, sólo será procedente cuando se hallen en peligro valores fundamentales, como la salud o la moralidad del menor de edad.

En conclusión, ésta serie de efectos que se producen como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, tienen un carácter visiblemente tutivo y, más que derechos de quienes ejercen la patria potestad, constituyen deberes de la mayor trascendencia que parten de la base de la vida en común en el domicilio familiar.

1.3 Efectos sobre los bienes de los hijos.

Como se ha venido comentando la patria potestad produce una serie de efectos no sólo sobre la persona del hijo, sino que de ella derivan otras consecuencias, de carácter patrimonial. Es decir, en tanto que el hijo menor de edad no emancipado, no alcance la mayoría de edad, no puede disponer libremente de su persona ni de sus bienes.

Así observamos dentro del derecho romano, que la figura de el "paterfamilias" era el único considerado como persona dentro de la familia, por lo que el hijo no podía ser titular de derechos propios, todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio de el paterfamilias, situación que se fue suavizando por la independencia de los hijos originada o como consecuencia de los "peculios" que los fueron confiados y por la frecuencia de la emancipación.

Los "peculios" en Roma, considerados en su propia significación, o sea como patrimonio perteneciente al hijo sometido a la patria potestad, fueron introducidos a la manera de privilegio; "El emperador Augusto, permite ya que el hijo sea propietario de un "peculio castrense", ganado por su actividad militar y bajo Constantino, se añade a este privilegio un derecho análogo respecto del "peculio quasi-castrense, obtenido por el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica. Además este emperador concedía al filiusfamilias la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre, sus abuelos, etc... (bona adventicia)."⁴⁴

⁴⁴ F. Los Margadani S. Guzmán, El Derecho Privado Romano, Editorial Estirgin, S.A. México, D.F., 1977 Pág. 200

Desde el punto de vista histórico en el derecho germánico y en el antiguo derecho español, la vida independiente y el matrimonio del menor daban lugar a su emancipación. Dentro de la legislación germánica se instituyó la figura de el "peculio profecticio", designando con tal, las adquisiciones que provenían del padre o con ocasión de él y denominados "adventicios", todos los demás.

Por lo que se refiere a nuestra legislación, ésta se aparta del sistema germánico que concede plena capacidad al emancipado y se adhiere al código español, que impone al menor de edad emancipado ciertas limitaciones.

Así, nuestro Código Civil Vigente distingue claramente la situación jurídica del menor de edad emancipado de aquella en que se encuentra el que ha alcanzado la mayoría de edad. Sale de la patria potestad pero continúa en una situación especial como menor de edad. Es decir, en cuanto a la persona y a la administración, el emancipado puede gobernarse por sí mismo y realizar todos los actos de gestión ordinaria de su patrimonio, sin la intervención de quienes sobre él ejercían la patria potestad; Sin embargo, por lo que se refiere a los actos de disposición o gravamen de bienes inmuebles o de la personería, no cuenta con plena capacidad para realizar dichos actos por las propias limitaciones que la Ley le impone y que más adelante habremos de mencionar.

El Artículo 641 del Código Civil señala lo siguiente:

"El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

Sobre este precepto, comenta el maestro Ignacio Galindo Garfias:

"El emancipado cuyo matrimonio se disuelva no recae en la minoridad y por lo tanto no pierde la capacidad que adquirió por virtud de la emancipación. No recaerá ni en la patria potestad ni en la tutela de las que salió definitivamente por la emancipación".⁴⁵

Efectivamente, como lo señala el profesor Ignacio Galindo, tanto el hombre como la mujer menor de edad que contraen matrimonio, quedan emancipados por obra de la Ley, y cesa sobre ellos la patria potestad; Sin embargo, no adquieren autodeterminación absoluta sino hasta su mayoría de edad, esto, como consecuencia de las limitaciones impuestas por la propia Ley, según se observa de los artículos 451 y 643 del Código Civil que en seguida se transcriben:

Artículo 451. "Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el Artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro"

Artículo 643. "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su

⁴⁵ Código Civil Comentado. Op. Cit. Pág. 410

menor edad:

- I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- II.- De un tutor para negocios judiciales*.

Sobre dichos preceptos comenta nuevamente el doctor Ignacio Galindo Garfias lo siguiente:

"Para que el emancipado pueda realizar actos de disposición o gravamen de un bien inmueble requiere de autorización judicial, pues tiene una capacidad restringida, o mejor insuficiente; requiere de la voluntad de decisión del juez de lo familiar para que se integre válidamente su propia voluntad a fin de ejecutar el acto de dominio que pretende el menor". "El propio menor emancipado se encuentra legitimado para pedir la autorización judicial que requiere, conforme a la fracción I del Artículo que se comenta".⁴⁶

Por su parte, la doctora Carmon García Mondiola también hace mención sobre los referidos preceptos y comenta:

"Los menores de edad emancipados por causa del matrimonio necesitan autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces; y necesitan un tutor para comparecer en juicio (Artículo 643). La autorización judicial, no suple la voluntad del menor de edad, no se sustituye a ésta, sino que la complementa, formando un todo complejo. Por este motivo, la doctrina distingue entre la representación y la autorización".⁴⁷

En tanto que la persona no alcance la mayoría de edad, o teniendo se encuentra incapacitado para ejercitarla en los términos que ya hemos comentado, los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella, y por ello tienen la administración legal de los bienes que le pertenecan; Sin embargo, esta facultad de administración sobre los bienes del menor, no comprende la gestión de todo el caudal del hijo, ya que la propiedad, administración y usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo, corresponde a éste. En cuanto a aquellos bienes que el hijo ha adquirido por causa distinta de su trabajo (Herencia, legado, donación o por don de la fortuna), la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen; en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo, corresponde a las personas que ejercen sobre él la patria potestad, artículos 425, 428, 429 y 430 del Código Civil.

Quienes ejercen la patria potestad, deben seguir el principio que preside las facultades de administración y conservación de los bienes, por lo que, no pueden enajenar ni gravar de manera alguna los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, sin previa autorización del juez de lo familiar ante quien

⁴⁶ Código Civil Comentado Op. Cit. Pág. 411

⁴⁷ Código Civil Comentado Op. Cit. Pág. 304

deberán probar la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, con la ejecución de esos actos.

Sin embargo, creemos necesario mencionar que dentro de la administración de los negocios del menor, se requiere disponer de ciertos bienes que tiendan a la conservación de los mismos, a lo que se le ha dado llamar actos de administración ordinaria, que difieren de aquellos actos denominados de disposición que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta naturaleza y lo que producen la disminución del patrimonio del menor, a los cuales como ya se dijo, requieren de previa autorización judicial; así lo establece el Artículo 915 del Código de Procedimientos Civiles al señalar: "Será necesaria licencia judicial para la venta de sus bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados y correspondan a las clases siguientes: 1°. Bienes raíces; 2°. Derechos reales sobre inmuebles; 3°. Alhajas y muebles preciosos; 4°. Acciones de compañías industriales y mercantiles, cuyo valor exceda de cinco mil pesos". Este precepto tiene relación con el Artículo 564 del Código Civil que establece: "Cuando se trate de enajenar, gravar o hipotecar a Título oneroso, bienes que pertenezcan al incapacitado como copropietario, se comenzará por mandar justipreciar dichos bienes para fijar con toda precisión su valor a la parte que en ellos represente el incapacitado, a fin de que el Juez resuelva si conviene o no que se dividan materialmente dichos bienes para que aquél reciba en plena propiedad su porción; o así, por el contrario, es conveniente la enajenación, gravamen o hipoteca, fijando en este caso las condiciones y seguridades con que deben hacerse, pudiendo, si lo estimare conveniente, dispensar la almoneda, siempre que consientan en ello el tutor y el curador.

De lo anterior, el Lic. José de Jesús López Monroy al comentar el referido artículo manifiesta: "El legislador del Código Civil de 1870 dice que este Artículo es nuevo y fue redactado en consideración a las graves dificultades que en la práctica se presentan siempre que en un inmueble tiene alguna porción por pequeña que sea, un incapacitado, y que redundan en perjuicio de los demás coparticipes, aun cuando su interés sea mucho... y añado, en caso de conflicto, pareció conveniente hacer prevalecer el derecho del principal interesado sobre el de los que representan un interés menor, como sucede en casos análogos en los concursos y juicios de sucesión". Agrega el referido Maestro; A mi entender, el juzgador debe tomar en cuenta la razón de la Ley, o sea, la finalidad es no obligar a los copropietarios a mantenerse en indivisión, aun cuando dentro de la copropiedad exista el interés de un incapacitado".

"Hecha esta observación procedamos al comentario propiamente, el Artículo nos presenta un caso de compra-venta necesaria, ya sea que necesite vender el bien por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad (Artículo 561) y, la segunda el requerimiento de venta forzosa para terminar con la copropiedad (Artículo 939).

"En cualquiera de estas dos hipótesis, el legislador indica que el Juez comenzará por mandar justipreciar los bienes y resolverá enseguida si conviene o no que se dividan estos materialmente, para que el incapacitado reciba en plena propiedad su porción, o si por el contrario es conveniente la enajenación, gravamen o hipoteca, fijando en este caso las

condiciones y seguridades con que deben hacerse pudiendo si lo estimare conveniente dispensar la almoneda, porque podría tratarse de una pequeña porción de derechos en favor del incapacitado que harían incostruable la venta en subasta pública". "En otros términos el artículo otorga arbitrio suficiente al Juez, para terminar con la copropiedad dividiendo materialmente los bienes y ordenando su venta, en subasta pública, con almoneda o sin ella".⁴⁸

Asimismo, el Artículo 916 de la Ley Procesal señala que para decretar la venta de bienes se necesita que al pedirse se expresen el motivo de la enajenación y el objeto a que debe aplicarse la suma que se obtenga, y que se justifique la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la enajenación". Dicho precepto es concordante del Artículo 563 del Código Civil, el cual señala: "La venta de bienes raíces del menor es nula si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no la almoneda, pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al menor. El comentario que sobre el particular hace el profesor José de Jesús López Monroy, es en sentido amplio pero acertado, al señalar: "En el caso de la venta de los bienes inmuebles, si pertenecen al incapacitado y han de ser enajenados conforme a las disposiciones de los artículos 561 y 562, debe hacerse judicialmente en subasta pública. Se desea que se haga en subasta pública a efecto de que la oferta de varios postores aumente el valor de la venta, pero habría que pensar si las expensas son elevadas en este caso, de tal suerte que el producto de la venta se vea mermado en función de los gastos preparatorios de la subasta. De todas suertes el Legislador expresa que si la venta de estos bienes inmuebles por naturaleza, propiedad del menor, no se hace judicialmente en subasta pública, es nula y puesto que la nulidad es resultado de un ilícito, sería absoluta..."

"Respecto a la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez tendrá arbitrio para decidir si conviene o no la almoneda, pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al menor."

"En relación con los bienes raíces del menor debe tomarse en cuenta lo dispuesto en el Artículo 3037 conforme al cual los tutores de los menores o incapacitados, aunque habilitados para efectuar pagos y dar recibos, sólo pueden consentir la cancelación del registro inmobiliario hecho en favor de sus representantes, en el caso de pagos o por sentencia judicial y aunque el legislador usa la disyuntiva "o", dado el contenido del artículo que se comenta y la nulidad que establece, estimo que en la hipótesis se requerirá del pago y la resolución judicial."⁴⁹

Entre otras limitaciones que se imponen al tutor o a la persona que ejerce la patria potestad, se encuentran las contenidas en los artículos 919 y 920 del Código de Procedimientos Civiles que señalan respectivamente: "El precio de la venta se entregará al tutor si las fianzas o garantías prestadas son suficientes para responder de él. De otra manera se depositará en el establecimiento destinado al efecto. El Juez señalará un término prudente al tutor para que justifique la inversión del precio de la enajenación."

⁴⁸ Código Civil comentado Op. Cit. Pág. 319

⁴⁹ Código Civil comentado Op. Cit. Pág. 363

"Para la venta de los bienes inmuebles del hijo, o de los muebles preciosos, requerirán los que ejercen la patria potestad, la autorización judicial en los mismos términos que los señalados en el Artículo 916. El incidente se substanciará con el ministerio y con el tutor especial para que el efecto nombre el juez desde las primeras diligencias. La base de la primera almoneda, si es bien raíz, será el precio fijado por los peritos, y la postura legal no será menor de los dos tercios de este precio.

"Bajo las mismas condiciones podrán gravar los padres los bienes inmuebles de sus hijos, o consentir la extinción de los derechos reales."

Asimismo, el Artículo 436 del Código Civil impone ciertas limitaciones a aquellas personas que ejercen la patria potestad; al disponer lo siguiente. "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se colice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o la remisión voluntaria de los derechos de estos; ni dar fianza en representación de los hijos." (Artículo 435)

Las facultades de administración que se conceden a los que ejercen la patria potestad tiene como propósito la conservación de los bienes del menor, y los actos de disposición son contrarios en este principio. Pero puede ocurrir que en algún caso y en protección de los intereses del menor, sea necesario que quienes ejercen la patria potestad tengan que disponer de ciertos bienes del hijo, luego entonces, se requerirá previa autorización del juez de lo familiar, siempre y cuando se justifique la absoluta necesidad o el beneficio en favor del menor con relación a sus bienes.

Siempre que un juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor. Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial. (Artículo 437).

Esta limitación confirma que en el ejercicio de la patria potestad está en juego el interés particular del hijo y el interés público, que se manifiesta en la vigilancia estricta del poder judicial sobre los actos de administración de

sus bienes.

Finalmente, las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos y en su caso, deben entregar a estos, luego que se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen. (Artículos 439 y 442 Código Civil).

Consiguientemente, las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, por su mala administración, ya que hay que tomar en cuenta que la función de la patria potestad es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, están obligados a reparar el daño y el perjuicio que causen al descondiente cuando no se ha extremado la atención que un diligente padre de familia debe poner en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo.

2. OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS

Dentro de una etapa en que prevaleció el derecho romano, la obligación de prestar alimentos derivada de la patria potestad ya existía entre el paterfamilias y las personas que se encontraban sujetas a la autoridad paterna.

En el Siglo II después de Cristo, se concede el derecho de exigir alimentos a los ascendientes y por reciprocidad a los descendientes de aquellos; la ley impone una sanción jurídica a la falta de cumplimiento de tal deber. Este deber de ayuda entre los consortes y los parientes, es la douda alimenticia y siendo en principio un deber moral, se convierte en una obligación jurídica en la que frente a un obligado existe un acreedor alimentista.

En nuestra legislación, el Código Civil de 1884 establecía que la obligación de proporcionar alimentos quedaba a cargo del varón a menos que estuviera imposibilitado para trabajar y la mujer tuviera bienes propios, situación que se siguió manejando tanto en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1971, como en el Código Civil de 1928, éste, hasta la reforma de 1974, en el que la mujer adquiere en igualdad de condiciones una serie de derechos y obligaciones que anteriormente le estaban limitadas y que ahora debe hacer frente al igual que el marido soportando las cargas del hogar en función de las prerrogativas y obligaciones impuestas por la ley.

Dicho de otra manera, la obligación alimenticia que se impone a los padres respecto de sus hijos nace de la filiación, por lo que para la prestación de alimentos de los padres en favor de sus hijos, no requiere que estos deban probar que carecen de medios económicos para exigir que dicha obligación se haga efectiva. Basta que prueben su situación como hijos, para que los padres cumplan con la obligación de suministrarles alimentos; sin embargo, si los hijos han salido de la patria potestad, entonces la necesidad de recibir alimentos debe ser probada para que la obligación a cargo de los padres sea exigible judicialmente.

También es importante destacar el principio de proporcionalidad que rige en función de los alimentos; estos constituyen un pilar de sustento económico del grupo familiar, por ende, no ha de exceder de las cantidades necesarias para que el acreedor alimentista pueda vivir decorosamente, tampoco ha de estar en desproporción con la posibilidad económica de quien deba darlos. Al respecto Secco y Rebutati señalan lo siguiente:

"El juez deberá tener en cuenta que se trata de una concesión equitativa, en que no hay prestación correspondiente y que de mantener el equilibrio entre la dos proporciones establecidas por la ley y no disponer en manera que una prevalezca sobre la otra...." ".... no debe dejarse de advertir que para determinar las necesidades del alimentista o sea concretamente para establecer la medida del socorro debido, es esencial, tomar en cuenta su posición social, es decir, aquella situación que tiene en la sociedad...." "....En cuanto tal posición razonable

imponga un decoroso medio de vida, siempre que ello pueda ser convenientemente satisfecho por el deudor, en proporción a las necesidades económicas del obligado o de los obligados.⁵⁰

En ese mismo sentido, nuestro Código Civil vigente señala en su Artículo 311, "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos..."

En este Artículo se consagra el principio de proporcionalidad que impera en los alimentos, siendo de elemental justicia establecer un equilibrio entre los recursos del deudor y las necesidades del acreedor y a ello obedece el principio que se establece en este precepto, el cual debe observar en cada caso el juez del conocimiento de acuerdo a las circunstancias personales del acreedor, ajustadas a lo que éste necesite para subsistir decorosamente y de acuerdo con la capacidad económica del deudor, por lo que la cuantía que fije el juez en favor de los menores deberá siempre comprender la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, así como los gastos necesarios para la educación arte o profesión según las circunstancias personales del acreedor. (Artículo 308 Código Civil).

Los alimentos encuentran su fundamento en la propia ley y con ello, el legislador quiso imponer un criterio de absoluto respeto al derecho de la vida y a la dignidad humana. De ahí que los alimentos sean uno de los medios que establece para garantizar en la medida de lo posible, la obtención de los elementos para satisfacer toda necesidad física, intelectual y moral, a fin de que pueda no sólo sustituir, sino cumplir su destino cualquier ser humano, es por ello que no sólo el acreedor tiene derecho a pedir alimentos, sino que éste a su vez está obligado a darlos en su caso al deudor alimentista cuando se halle en necesidad; el crédito y la deuda por alimentos son recíprocos, el Artículo 301, del Código Civil ordena: "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos."

Del análisis del artículo podemos señalar que los alimentos son una obligación derivada del derecho a la vida que tiene todo ser humano, que vincula en forma recíproca a quienes están ligados por virtud del matrimonio, la filiación o el parentesco en la forma que la ley establece.

"Esta obligación señala el maestro Ignacio Galindo Garfias, es de carácter social, moral y jurídico, porque la sociedad se interesa en la subsistencia de los miembros del grupo familiar; porque los vínculos afectivos que unen a determinadas personas las obligan moralmente a velar por aquellos que necesitan ayuda o asistencia, y porque el derecho hace coercible el cumplimiento de esta obligación a fin de garantizar al acreedor alimentista la satisfacción de sus requerimientos a través de las instancias judiciales que la ley establece".⁵¹

Ahora bien, es oportuno mencionar la obligación alimenticia recíproca en su doble aspecto, una, originada entre

⁵⁰ Secco Luag y Carlo Rebutini, *Depl. Aliment.*, Milán, 1975, Dott. A. Guffrè Editor, Págs. 131 y 132

⁵¹ Galindo Garfias Ignacio, *Op. Cit.* Págs. 446, 447

los conyuges y la otra a cargo de los padres en favor de los hijos, la primera forma parte del deber que asume tanto el marido como la mujer de contribuir al sostenimiento de la familia, según las posibilidades de cada uno de ellos, puesto que la ayuda mutua es uno de los fines primordiales del matrimonio que se manifiesta en una distribución equitativa entre los consortes, de las cargas del hogar, la ley exige del cumplimiento de este deber al cónyuge que sin culpa alguna, no estuviere en situación económica de cumplirlo por su imposibilidad para trabajar o porque carece de bienes propios. Sin embargo, desde el punto de vista de una sentencia condenatoria, si el cónyuge culpable estuviere imposibilitado para trabajar, o careciera de bienes, éste quedaría eximido para dar cumplimiento a tal obligación hasta en tanto le fuere posible subsanar tal imposibilidad, en caso contrario habría una imposibilidad permanente que impediría dar cumplimiento a su obligación y entonces al acreedor alimentista sería el que soportara las cargas que eran propias del deudor.

Por lo que se refiere a la deuda alimenticia de los padres respecto de los hijos, participa en cierta manera de las características que tiene la que existe entre los consortes, estos tienen la obligación de suministrar alimentos a sus hijos y demás gastos necesarios para su subsistencia de acuerdo a su capacidad para trabajar y su situación económica. En tales condiciones, el juez al dictar sentencia definitiva modificará las disposiciones que hubiere dictado de manera provisional en favor de los hijos y que aún cuando la sentencia condenara a ambos cónyuges a la pérdida de la patria potestad, estos quedarían obligados a cumplir con sus obligaciones hacia los hijos, en la medida que les fuere posible.

El Artículo 287 del Código Civil señala:

"Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de estos, hasta que lleguen a la mayor edad."

Del análisis del Artículo en comento, se desprende que no es exclusivo imponer al cónyuge culpable la obligación de dar alimentos a sus hijos, sino que ambos padres deben contribuir en proporción de sus bienes al cumplimiento de este deber jurídico. Asimismo, dicho precepto limita la obligación alimentaria para con los hijos hasta la mayoría de edad de estos, en contra del principio general que postula que los alimentos surgen en razón de la necesidad del que los recibe y de la capacidad del que los debe. En este sentido nuestro máximo tribunal ha sustentado la siguiente tesis:

"ALIMENTOS. HIJOS MAYORES DE EDAD OBLIGACION DE PROPORCIONARLOS."

La obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad no desaparece por el sólo hecho de que estos lleguen a esa edad, en virtud de que su necesidad no se satisface

automáticamente por la sola realización de esa circunstancia.*

Séptima época, Cuarta parte:

Vols. 97-102 pág 13 A.D.

324876 Miguel Estrada Romero.

Mayoría de 4 votos

Vols. 97-102 pág 13 A.D.

374676 Delfina Méndez de Sánchez

Mayoría de 4 votos

Vols. 103-108, pág 12 A.D.

548776 Alfredo Guzmán Velasco 5 votos.

Vols. 103-108 pág 13 A.D.

845777 Rosa Martínez de la Cruz y otras

5 votos

Vols. 103-108 pág 12 A.D.

479774 María Francisco Hernández

Uresti. 5 votos.⁵²

De la tesis antes invocada, se puede concluir que la obligación de dar alimentos a los hijos mayores de edad, no desaparece por el hecho de que estos lleguen a esa edad, sino que, habrá que observar otras circunstancias que la propia ley señala como son el caso de la incapacidad para trabajar y la carencia de bienes suficientes para subsistir por parte del acreedor alimentista, imperando las reglas generales que imponen la obligación de dar alimentos a los padres y, en general la de los ascendientes frente a los descendientes, siempre que haya la necesidad en el acreedor alimentario por carecer de bienes o estar imposibilitado para trabajar. Es decir, que no exista propiamente un término para la extinción de dicha obligación, sino que por el contrario, habrá que observar los preceptos relativos a las circunstancias de cada uno de los cónyuges, bajo este concepto, la Licenciada Ingrid Brona Sosma comenta lo siguiente:

"Como consecuencia del divorcio, se distinguen dos situaciones: en el divorcio necesario se condena al cónyugo culpable al pago de alimentos en favor del inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso, no se fija término o límite a la obligación alimentaria por lo que habrán de aplicarse las disposiciones relativas a la extinción de la obligación, o sea cuando desaparezca la posibilidad del que los da o la necesidad del que los recibe; cuando el acreedor cause injuria o daño al deudor alimentario y cuando la necesidad del alimentista dependa de la conducta viciosa o la falta de aplicación al trabajo del acreedor."⁵³

Por otra parte, en función a la obligación de suministrar alimentos a los hijos la ley señala que a falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. (Artículo 303 Código Civil). Asimismo, el Artículo 305 del citado ordenamiento legal señala que a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la

⁵² Tesis de Ejecutorias 1917-1965, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sección, Ediciones Mayo, México Pág. 92

⁵³ Código Civil Comentado Op. Cit. Pág. 211

obligación recae en los hermanos de padre y madre; y en defecto de ellos, en los que fueran sólo de padre. Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrarle alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Ambos preceptos encuentran su fundamento en el sentido de la responsabilidad y la solidaridad que deben existir entre estos parientes; por eso, cuando ese sentido no impulsa espontáneamente al deudor para cumplir, el derecho garantiza al acreedor alimentista obligando a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado a proporcionarle los satisfactores necesarios.

CAPITULO IV

Efectos del Divorcio con relación a los bienes

CAPITULO IV

EFECTOS DEL DIVORCIO CON RELACION A LOS BIENES

1. Efectos del divorcio en cuanto a los bienes de los cónyuges.

La familia como toda entidad, necesita para cumplir sus funciones, medios económicos para satisfacerlos y por lo mismo lo es indispensable un patrimonio. Nos preguntamos como ha de formarse éste, de qué fuentes ha de nutrirse, de qué modo han de combinarse y coexistir los bienes patrimoniales del matrimonio, con los particulares o privados de cada cónyuge, estas son otras tantas cuestiones que dan lugar a la distinta organización de los bienes de la sociedad conyugal, que es en suma, el régimen matrimonial de bienes o capitulaciones matrimoniales, es decir, es el convenio que celebran entre sí los cónyuges, para establecer el régimen de propiedad y disfrute de los bienes que los pertenecen o que en lo futuro les pertenezcan, así como los frutos de estos bienes.

La costumbre de celebrar contrato de matrimonio (capitulaciones matrimoniales) es relativamente reciente. Los romanos no la tenían; su régimen matrimonial no era convencional, sino legal. Ellos verificaban solamente el aporte de la dote la cual podía proceder del patrimonio del paterfamilias de la esposa (dos profecticia), de la esposa misma, o de terceros, en cuyo caso hablamos de dos adventicia.

La dote entraba en el patrimonio del marido o de su paterfamilias y durante el matrimonio servía para ayudar al pago de los onera domus, en caso de disolución del matrimonio, debía devolverse, es decir, se reglamentaron las condiciones de su restitución por medio del *Instrumentum Dotale*, casi lo mismo ocurrió en la edad media.

Aunque en los antiguos archivos se encuentra un número bastante elevado de actos denominados "Contratos de Matrimonio", en realidad se trata de "Promesas de Matrimonio", con estipulación de una dote... Sólo en el siglo XVII cuando se poseyeron costumbres escritas se reconcilió la idea de modificar el estatuto local mediante reglas convencionales.⁵⁴

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, siguen la tradición romanista en materia dotal y establecen que el matrimonio podía celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes (en ambos casos podía tener lugar la constitución de la dote). Por lo que se refiere a la sociedad conyugal, podía quedar establecida legalmente o por voluntad de las partes, a falta de convenio expreso entre las partes, tenía lugar la sociedad legal.

⁵⁴ Recueil Georges et Brunsinger Jean. *Traité de Droit Civil*, Buenos Aires, 1903, Tomo IX, Régimes Matrimoniaux, Num. 45, Pág. 47

La Ley de Relaciones Familiares consagró el régimen de separación de bienes y el de comunidad de bienes, cambiando el sistema establecido; si los contrayentes no celebraban pacto alguno, el régimen que adoptaban era el de separación de bienes.

La misma Ley de Relaciones Familiares ordenaba que se liquidara la sociedad conyugal en los casos en que existiera, de acuerdo con el Código de 1884 y siempre que alguno de los consortes así lo solicitare. En caso contrario la sociedad continuaría funcionando como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley.

Nuestro Código Civil Vigente, contiene un último eco de la dote romana al regular en sus artículos 4o., 6o. 8o. transitorios lo referente al régimen patrimonial. "El primero de los mencionados artículos señala que los bienes adquiridos antes de la vigencia de la Ley de Relaciones Familiares, por matrimonios celebrados bajo el régimen de sociedad legal, constituyen una copropiedad de los cónyuges, si la sociedad no se liquidó conforme a lo dispuesto en el artículo 4o. transitorio de la citada ley; cesando la sociedad de producir sus efectos desde que esa ley entró en vigor. Por su parte, el artículo 8o. señala que los contratos de censo y de anticresis celebrados bajo el imperio de la legislación anterior, continuarán regidos por las disposiciones de esa legislación.

La dote ya constituida será regida por las disposiciones de la Ley bajo la que se constituyó y por las estipulaciones del contrato relativo".

Finalmente, la fracción V del artículo 98 del Código Civil establece el régimen jurídico a que se sujetarán los bienes de los consortes, y exige que a la solicitud de matrimonio deberá necesariamente acompañarse "El convenio que los pretendientes celebran con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En él deberá expresarse con toda claridad si el régimen que se establece es el de sociedad conyugal o el de separación de bienes... No puede dejar de presentarse este convenio ni aún a pretexto de que los pretendientes carecieren de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Es decir, en el estado actual del derecho mexicano, el matrimonio, por lo que ve a los bienes de los consortes, puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes.

El artículo 178 del Código Civil establece los regímenes patrimoniales al señalar lo siguiente:

"El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes"

Sobre dicho precepto, comenta la licenciada Pérez Duarte y Noroña:

"A través de este precepto se definen los regímenes patrimoniales a que puede quedar sujeto al matrimonio en el distrito Federal. Estos pueden ser dos: La sociedad conyugal y la separación de bienes." "...El primero de estos regímenes está formado por una comunidad de bienes entre los cónyuges integrada por la aportación de cada uno de ellos al momento de la constitución de la sociedad, de todo o parte de los bienes que le pertenezcan, y de los que se adquieran por cualquier título mientras dure tal régimen o sólo de los primeros o bien de los futuros incluyendo o no las deudas que se contraigan; los consortes con coparticipes por igual del logro o goce de los bienes comunes y en proporción a su aportación son responsables de las deudas que gravitan sobre la sociedad conyugal..." "...El régimen de separación de bienes, es aquel en que ambos cónyuges conservan la propiedad de sus bienes, la titularidad de los derechos sobre ellos, la responsabilidad personal por las obligaciones que contraerán cada uno; los patrimonios de ambos y cada uno de los cónyuges quedan perfectamente diferenciados".⁵⁵

En el primer caso, pueden los cónyuges celebrar capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio, modificando total o parcialmente el régimen hasta entonces establecido (artículo 180 del Código Civil).

Así mismo, la Ley antes señalada ordena en su artículo 189 que las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:

- I.- La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten;
- II.- La lista específica de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad;
- III.- Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder a ellas, o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos;
- IV.- La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad;
- V.- La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes, o solamente sus productos. En uno y en otro caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada

⁵⁵ Código Civil Comentado, Op. Cit. Pág. 133

- cónyugo;
- VI.- La declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó, o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción;
- VII.- La declaración terminante acerca de quién debe ser el administrador de la sociedad, expresándose con claridad las facultades que se le conceden;
- VIII.- La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente, o si deben repartirse entre ellos y en qué proporción;
- IX.- Las bases para liquidar la sociedad. En teoría estos regímenes se crean por convenio expreso de los contrayentes al momento de celebrarse el matrimonio, sin que aparentemente exista un régimen legal supletorio de la voluntad de las partes, por lo que se discute mucho sobre la solución jurídica que debe darse a tal omisión.

En opinión sostenida por el maestro Ignacio Galindo Garfias en su obra de derecho civil, considera que en ausencia de capitulaciones, el régimen debe ser el de separación de bienes toda vez que al no manifestarse la voluntad de los cónyuges en ningún sentido puede haber traslación de dominio de los bienes del patrimonio personal al haber de la sociedad conyugal. Y porque finalmente conforme a lo dispuesto por el artículo 189 fracciones I y II debe incluirse expresamente en las capitulaciones matrimoniales que organizan la sociedad conyugal, la lista detallada de los bienes muebles o inmuebles que cada consorte aporta a ella.⁵⁶

Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el régimen supletorio es el de sociedad conyugal, y para tal efecto se transcribe la siguiente tesis:

SOCIEDAD CONYUGAL. SU EXISTENCIA NO ESTA CONDICIONADA A LA CELEBRACION DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

"Para que exista la Sociedad Conyugal no es necesario que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, sino basta con la expresión de que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de Sociedad Conyugal, la falta de capitulaciones matrimoniales no puede ser motivo para que se deje de cumplir la voluntad de las partes, ni para que se considere que el matrimonio deba regirse por las disposiciones relativas a la separación de bienes, lo que sería contrario al consentimiento expresado por las partes, quienes quedan obligadas, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son

56 Galindo Garfias, Ignacio Op. Cit. Pág. 500

conformes a la buena fe, al uso o a la ley'.

Sexta Epoca, Cuarta parte:

Vol. XI, Pág. 194 A.D. 1307/57.-

Lucrecia Albert de Orbe.- Mayoría de 4 votos

Vol. XXV, Pág. 253 A.D. 4832/58.-

Eva Ortega Estrada.- Mayoría de 4 votos.

Vol. XXVIII, Pág. 102. A.D. 7145/58.-

Enrique Landgrave Sánchez.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLVI, Pág. 146 A.D. 4639/59.-

Hermilia Martínez.- Mayoría de 4 votos.

Vol. LX, Pág. 287. A.D. 3668/

Modesta Montiel.- Unanimidad de 4 votos.⁵⁷

Contraria a diversas opiniones, nuestro máximo tribunal ha sustentado acertadamente que el consentimiento expreso de las partes es fundamental, por lo que en caso de que no se hubiesen celebrado capitulaciones matrimoniales, bastará con la expresión de que el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal por ser la voluntad de las partes, lo cual se acerca más a la práctica cotidiana, en donde suele suceder que el Juez del Registro Civil al exhortar a los contrayentes a señalar bajo qué régimen han de contraer matrimonio, éstos expresan su voluntad de manera verbal aún cuando no presentaron convenio alguno.

Independientemente de lo anterior, nuestro Código Civil vigente, regula una serie de artículos referentes a las capitulaciones matrimoniales que deben celebrar los cónyuges para constituir el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso. Su otorgamiento lo regula la Ley como un requisito de fondo no de forma por lo que su falta no implica una sanción, en tales condiciones habremos de adoptar dos medidas; la primera, enfocada en la regla general impuesta por la propia ley y derivada de la fracción V del artículo 98 de nuestra ley civil, en donde los contrayentes deberán plasmar su acuerdo de voluntades mediante el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, con el objeto de establecer las normas que han de regir los aspectos patrimoniales de su relación; en tanto que la segunda medida, da lugar al criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a que no es necesario que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, sino basta con la expresión de que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal por lo que la falta de dicho convenio no puede ser motivo para que se deje de cumplir la voluntad de las partes.

⁵⁷ Jurisprudencia Tesis de ejecuciones 1917-1975. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sección, Ediciones Mayo, Mexico, 1975 Tesis 358 Pág. 1058

2. Disolución de la Sociedad conyugal.

Como quedó explicado en el punto anterior, el objeto de las capitulaciones matrimoniales es el establecimiento del régimen jurídico a que se sujetarán los bienes de los consortes, siendo necesario que este quede establecido para que una vez que se pronuncie la sentencia de divorcio, se produzca como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal si por este régimen se convino.

Si bien es cierto como lo estatuye el artículo 184 de la Ley Civil, la sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él, quedando comprendido no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla sino también los bienes futuros que adquieran los consortes. Consecuentemente, la sociedad conyugal se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad (artículo 183 del código civil).

Precisamente, en relación a la última parte del artículo antes mencionado, algunos autores discuten sobre si la sociedad conyugal debe ser considerada como una sociedad.

Por lo que se refiere al maestro Rafael Rojina Villegas, en su obra de Derecho Civil Mexicano señala lo siguiente:

"La sociedad conyugal, constituye una persona moral distinta de las personalidades individuales de los cónyuges. Tiene por lo tanto un patrimonio autónomo, integrado por un activo, o sea por el conjunto de bienes que los consortes aporten, y estos bienes pueden comprender tanto los anteriores al matrimonio, como los que se adquieran durante éste..." "...Como es una persona moral la sociedad conyugal, además de tener un activo, tendrá un pasivo; que para los efectos jurídicos ese activo y pasivo que integra el patrimonio, tendrá un tratamiento distinto del activo y pasivo personal de cada cónyuge. Por lo mismo, la sociedad conyugal debe tener una representación jurídica"⁵⁸

Otros autores, le atribuyen la calidad de contrato accesorio... que no puede existir por sí mismo, por depender de un contrato principal: el de matrimonio, estimando que por lo tanto debe seguir la suerte de éste. Sin embargo, como lo señala el licenciado Jorge Mario Magallón:

"No podemos concebir contratos de sociedad conyugal o de separación de bienes fuera del amplio concepto del llamado contrato de matrimonio. Dentro de la idea general de éste, tenemos que comprender su régimen patrimonial. Por lo tanto, si el matrimonio no es una regla jurídica aislada, sino toda una institución, entendiéndolo por tal aquellas fórmulas jurídicas que abarcan unidades sistemáticas que conjugan principios jurídicos, luego entonces, la regulación

⁵⁸ Rojina Villegas Rafael, Op. Cit. Pág. 557.

económica de las relaciones patrimoniales de los cónyuges es una parte integrante de esa institución y no un apéndice que pueda agregarse sino una parte del mismo".⁵⁹

Por su parte, el maestro Ignacio Galindo Garfias al referirse sobre si la sociedad conyugal forma una persona distinta a la de los socios, comenta lo siguiente:

"La sociedad conyugal no tiene personalidad jurídica distinta de la de sus socios, sino que es simplemente un patrimonio común, constituido por los bienes que han señalado los cónyuges para que formen parte de él y en el cual, el dominio de los bienes que lo constituyen, reside en ambos cónyuges mientras subsiste la sociedad".⁶⁰

Efectivamente, la disposición contenida en el artículo 194 del código Civil, confirma que no se trata de una verdadera sociedad con personalidad jurídica distinta de los socios, sino de una comunidad de bienes en la que el disfrute, el goce de los productos de estos bienes y la participación en su caso, en los productos del trabajo o industria de cada uno de los cónyuges en común, corresponde a ambos cónyuges.

En ese mismo sentido, afirman lo anterior otros autores como Luis Muñoz al señalar en sus comentarios al Código Civil:

"Más que una sociedad, la conyugal es una propiedad de mano común" (artículo 194).⁶¹

Finalmente la licenciada Ingrid Brena Sesma al hacer el comentario del artículo 183, manifiesta que existen varios argumentos para negarle a la conyugal el carácter de una sociedad al señalar:

"1. Cuando se constituye una sociedad se crea una persona moral, y la sociedad conyugal no constituye una persona distinta de los cónyuges; 2. En la sociedad civil, la aportación de bienes implica la transmisión de su dominio a la sociedad, salvo que se pacta otra cosa en cambio, en la sociedad conyugal, no hay transmisión dominio de los bienes, pues éste reside en ambos de cónyuges desde el momento en que cualquiera de ellos adquiere un bien; 3. La sociedad se constituye por un contrato autónomo, la sociedad conyugal nace de un convenio realizado como consecuencia del contrato de matrimonio; 4. En la sociedad civil los socios pueden, con consentimiento de los coasociados, ceder sus derechos; en la llamada sociedad conyugal, ninguno de los cónyuges puede transmitir sus derechos a otra persona, ni aun con el consentimiento del otro cónyuge".⁶²

Lo anterior induce a concluir que la supletoriedad a que alude el precepto en mención, de las disposiciones relativas al contrato de sociedad, sólo tiene lugar en aquello que no contradiga la naturaleza de la conyugal,

⁵⁹ Magallón, Jorge Mario, El matrimonio, sacramento, contrato, institución. Tipográfica Editora Mexicana, S.A. México, 1965, núm. 25, Pág. 280 y siguientes.

⁶⁰ Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit. Pág. 563.

⁶¹ Muñoz Luis, Comentarios al Código Civil, para el Distrito y Territorios Federales de 30 de agosto de 1928, México, 1948, Pág. 71.

⁶² Código Civil comentado, Op. Cit. Pág. 137.

ya que en ella se establece una verdadera "comunidad entre los consortes" sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros que les pertenecen o sobre unos u otros o bien, sobre parte de ellos y sus frutos o solamente sobre éstos, según convengan las partes en las capitulaciones correspondientes, comentario del artículo 183, manifiesta que existen varios argumentos para negarle a la conyugal el carácter de una sociedad al señalar:

La sociedad conyugal, ya sea que abarque la totalidad de los bienes de los consortes o sólo una parte de ellos, podrá quedar constituida no sólo con los bienes que forman el activo del patrimonio de cada cónyuge, sino que también podrá hacerse cargo de las deudas que en el momento de la constitución de dicha sociedad tenga cada uno de los consortes. La aportación en ese caso, consistirá en el activo líquido del patrimonio o de la parte del patrimonio del aportante, es decir, bienes y derechos menos deudas, consiguientemente, las deudas que durante el matrimonio contraigan los esposos en lo personal, quedan comprendidas en la sociedad conyugal.

En razón a lo anterior, se estatuye la prohibición de que alguno de los consortes se reserve todas las utilidades o que sólo sea responsable de las pérdidas o deudas comunes, que exceda en la parte que le corresponda en el capital o las utilidades. Es un principio fundamental que debe respetarse en el régimen jurídico de las sociedades y que encuentra su fundamento en el artículo 190 del código civil.

Asimismo, no pueden renunciarse anticipadamente las ganancias que resulten de la sociedad conyugal, sin embargo, el propio artículo 193 marca la excepción al señalar que una vez disuelto el matrimonio o establecida la separación de bienes, pueden los cónyuges renunciar a las ganancias que les correspondan.

Nuestro código civil vigente establece que como consecuencia del divorcio, se origina la disolución del vínculo matrimonial y consiguientemente, la disolución de la sociedad conyugal que se hubiere estipulado entre los consortes. En el artículo 287 se estatuye:

"Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos"

Asimismo, y para efectos de la disolución de la sociedad conyugal nuestra ley civil establece las bases para su liquidación, las cuales se encuentran contenidas en su artículo 189:

"Las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener:
...LX. Las bases para liquidar la sociedad".

Precisamente estas bases son las que se aplican en los casos de divorcio aun cuando la ley extienda o haga referencia a otros casos. De ahí que el artículo 197 estatuya que la sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por voluntad de los cónyugos, por la sentencia que declare la presunción de muerte del consorte ausente, y en los casos previstos por el artículo 188.

Ahora bien, una vez determinadas las bases para liquidar la sociedad conyugal, las partes en el procedimiento de divorcio promoverán ante el juez que conoció del mismo el incidente correspondiente a fin de liquidar dicha sociedad, para ello, deberán cumplir los requisitos exigidos por el artículo 203 el cual señala:

"Disuelta la sociedad se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes que serán de estos o de sus herederos".

Los bienes enumerados en este precepto pertenecen a cada consorte y no forman parte de la sociedad conyugal. Todo lo relativo a la formación de inventarios, se regirá por lo que dispone el código de procedimientos civiles.

Este ordenamiento procesal, regula el procedimiento para hacer inventario en el capítulo IV del título XIV dedicado a lo juicios sucesorios. El inventario y el avalúo de los bienes comunes así como la aplicación de los mismos a cada uno de los consortes, y la distribución de utilidades, deberán ser aprobados por el juez de lo familiar.

Una vez llevado a cabo el inventario, se procederá en términos de lo que establece el artículo 204.

"Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los dos consortes en la forma convenida. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno sólo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida total".

La disolución de la sociedad conyugal por causa de divorcio no está sancionada en nuestro régimen jurídico, ya que no impone al cónyuge culpable ni la pérdida de los bienes que le correspondan, de acuerdo a las bases que se hubiesen pactado para la liquidación, ni tampoco la pérdida de las utilidades.

Sin embargo, existe sólo una variante en el caso de separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses aún cuando no existiere divorcio; en ese caso, si se afectan las utilidades del cónyuge culpable, porque durante todo el tiempo del abandono, deja de percibir las utilidades y sólo puede volverlas a percibir, con dos requisitos: primero, que regrese al hogar conyugal y, segundo, que por un convenio expreso así se

establezca con el cónyuge inocente, cuando no se ha decretado todavía la disolución por divorcio. Pero cuando es precisamente esa separación conyugal la que permite al cónyuge inocente obtener el divorcio, el culpable sí perderá todas las utilidades desde que se separó del domicilio conyugal, y ya no podrá reanudarse la sociedad conyugal, como ocurriría en los casos de abandono, cuando el cónyuge abandonado no intenta aun la acción de divorcio. (artículo 196)

Así mismos, el artículo 286 de nuestra Ley Civil establece:

"El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiera dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho".

Dicho precepto constituye una verdadera sanción al cónyuge causante del divorcio, relativo únicamente al capítulo de donaciones.

En los demás casos, por graves que sean las causas de divorcio, no se impone ni en términos del artículo 204, ni en ningún precepto relativo a la sociedad conyugal, ni tampoco en el capítulo de divorcio, sanción alguna para que el cónyuge culpable pierda los bienes que aportó al matrimonio o las utilidades, sino que simplemente se ejecutara el incidente de liquidación.

3. DEVOLUCION DE LAS DONACIONES ANTENUPCIALES Y ENTRE CONSORTES.

Las donaciones antenupciales o también llamadas por los romanos como "Donaciones esponsalicias". Recibían este nombre o el de "Sponsalitia largitates", los presentes, obsequios y regalos de boda que antes de celebrarse el matrimonio solían hacerse los futuros cónyugos.

Puede afirmarse que este tipo de donaciones tiene su origen en los presentes o regalos de boda, conocidos en todos los tiempos y en todos los pueblos; en el Derecho Romano se conocía la costumbre de entregar arras al tiempo de los esponsales, y su finalidad, aunque no estaba reconocida en texto expreso, consistía, las más de las veces, en sentar el futuro matrimonio sobre una clara y firme base económica.

En el derecho español, para evitar que la donación fuere ilusoria, se exigía que el donante, por razón de matrimonio, liberara los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera, otro gravamen que hubiere sobre ellos, excepto cuando se tratara de censos o servidumbres.

Nuestro Código Civil las regula y antes de esto, las leyes de la Novísima Recopilación. Esta Institución tiene la naturaleza de donación condicional y su perfección depende de la celebración del matrimonio.

El Artículo 2332 del Código Civil establece de manera genérica:

"Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes".

En tanto que el artículo 219 del mismo ordenamiento establece la especie, al referirse a las donaciones antenupciales y las define de la siguiente manera:

"Se llama antenupciales las donaciones que antes del matrimonio hace un esposo al otro, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado".

Calixto Velarde, define por su parte las donaciones hechas antes del matrimonio al señalar:

"Así se designa en general a los actos de enajenación (liberalidades) que a título gratuito, hace uno de los futuros consortes al otro, en consideración al matrimonio".⁶³

Son también donaciones antenupciales, las que un extraño hace a uno de los esposos o a ambos, en consideración al matrimonio (Artículo 220 del Código Civil).

⁶³ Valverde Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Madrid 1935. Pág. 352

Estas donaciones, entre los futuros consortes, o las que realizan en favor de ellos los terceros, tienen en común estos datos:

Quien hace la donación la realiza en consideración al matrimonio y quien o quienes la reciben ha de ser siempre uno de los futuros esposos, o ambos si el donante se propone favorecer a los dos futuros cónyuges.

En ambos casos, la donación antenuptial, ha de ser anterior al matrimonio.

Aunque la causa de las donaciones antenuptiales es la misma, la celebración del matrimonio y el beneficiario o los beneficiarios de la liberalidad, son siempre las personas que van a contraerlo; sin embargo, el Código Civil establece algunas distinciones respecto del tratamiento legal aplicable a las donaciones antenuptiales, si el donante es una de las personas que van a contraer matrimonio o si quien otorga la liberalidad es un tercero.

En el primer caso, (donaciones entre los futuros cónyuges), la transmisión gratuita de la propiedad de uno o varios bienes en consideración al matrimonio, que hace uno de los futuros consortes al otro, tiene las siguientes características.

En primer lugar, el Código Civil establece una limitante, en cuanto al valor de los bienes que pueden ser objeto de donación entre los futuros cónyuges; el artículo 221 del código antes invocado señala que el valor de estas donaciones aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas en ningún caso, de la sexta parte de los bienes del donante y agrega que en lo que excedan serán inoficiosas; es decir, la transferencia de los bienes donados en exceso no producirá efecto legal alguno.

Las donaciones antenuptiales son perfectas y por lo tanto exigibles, por la sola declaración unilateral de voluntad del donante. Nota característica de las donaciones antenuptiales es que no necesitan para su validez de una aceptación expresa a diferencia de las donaciones comunes en las que es indispensable la aceptación por el donatario de manera expresa.

Las donaciones antenuptiales entre futuros consortes no se revocan si sobrevienen hijos al donante (artículo 226 Código Civil); porque la disminución en el patrimonio del donante en nada perjudica a los hijos de los consortes porque la obligación alimentaria respecto de sus descendientes corresponda por igual a ambos cónyuges (donante y donatario) y porque si sobrevienen hijos habidos fuera de matrimonio con posterioridad al acto de la donación, no puede prevalecer el interés de éstos, sobre el interés de aquellos que nacieron del matrimonio.

Sin embargo, el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, da lugar a la revocación de las donaciones antenuptiales con las que el otro la favoreció (artículo 228 Código Civil). Estos motivos de revocación, que además son causa de divorcio, justifican el derecho del donante para que se le restituyan los bienes donados.

En el caso de los menores, éstos pueden hacer donaciones antenuptiales, pero sólo con intervención de sus padres o tutores, o con aprobación judicial. (artículo 229 Código Civil). Se requiere, sin embargo, que concorra la voluntad del representante legal o la autoridad judicial en defecto de aquella, para integrar debidamente la declaración de voluntad del menor y prestar validez a la donación que éste pretende realizar. Empero, cuando los bienes objeto de la donación sean muebles adquiridos con el fruto de su trabajo, podrá donarlos sin necesidad de intervención de su representante legal, no de autorización judicial; tratándose de inmuebles, la donación requerirá autorización judicial.

Se puede concluir, que las donaciones antenuptiales entre consortes quedarán sin efectos si el matrimonio dejare de efectuarse. La ineficacia de la donación opera cualquiera que sea el motivo por el que se frustre la celebración del matrimonio; en la obligación de restituir los bienes no interesa cuál sea la causa de la no celebración de este acto jurídico, aun quien por su culpa dio motivo a la no realización del mismo, tiene derecho a la restitución de lo que entregó en el período prematrimonial.

Ahora bien, en el segundo de los casos, (donaciones antenuptiales hechas por un extraño), un tercero puede realizar la donación en favor de uno solo de los futuros cónyuges o en beneficio de los dos. (artículo 220 Código Civil).

Al contrario de las donaciones antenuptiales entre consortes, los hechos por un Tercero son inoficiosas en los mismos términos que lo fueren las comunes, estas son inoficiosas en cuanto perjudiquen la obligación del donante de suministrar alimentos a aquellas personas a quienes lo debe conforme a la ley. En este caso, la donación es reducible, en todo lo necesario para que se cumpla con la obligación alimentaria del donante, tal reducción constituye una causa de ineficacia parcial o total, según el caso, de la donación, en la medida y proporción en que ella impida al donante cumplir con sus deberes alimentarios.

Las donaciones antenuptiales no necesitan para su validez de aceptación expresa. Esto a diferencia de lo que ocurre tratándose de las donaciones comunes.

Procede la revocación de las donaciones antenuptiales que realice un extraño, por causa de ingratitud. La donación para ser revocada, cuando esta haya sido hecha a ambos cónyuges y los dos sean ingratos.

(artículo 227 del Código Civil).

Sobre el particular, comenta la Lic. Cecilia Licona Vito, lo siguiente:

"...Sin embargo, puesto que las donaciones antenuptiales son revocables cuando habiendo sido hechas a ambos esposos los dos fuesen ingratos, es indispensable determinar que no toda falta de agradecimiento autoriza al donante a renovar la donación, sino sólo ciertos actos concretos de ingratitud, a saber:

- a) La comisión por parte del donatario de algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge;
- b) El rehusarse el donatario a socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza.

Agrega la referida Licenciada "...la revocación por ingratitud es un derecho potestativo del donante, que a su arbitrio puede o no revocar la donación..."

"... la acción de revocación prescribe en el plazo de un año contado desde que tuvo conocimiento del hecho de la ingratitud; y es de carácter estrictamente personal, pues no puede ejercerse por los herederos del donante, si éste pudiendo hacerlo, no la hubiere intentado. Esta acción tampoco podrá ejercitarse contra los herederos del donatario, a no ser que en vida de éste hubiere sido intentada".⁶⁴

Paralelo a las donaciones antenuptiales, existen las donaciones entre consortes, mismas que desde tiempos muy remotos se les ha mirado con recelo y cuyo trato ha sido opuesto al que han recibido la primeras.

En el derecho romano, en tiempos de Augusto se prohibió realizar este tipo de donaciones, mismas que eran declaradas nulas, aunque posteriormente se aceptó que esa nulidad se convalidara con la muerte del donante. La razón de ser de esta desconfianza en las donaciones entre cónyuges, se encuentra según el comentario de la Licenciada Cecilia Licona Vite:

"En que ellas son consideradas como instrumento mediante el cual el cónyuge de débil carácter o emocionalmente subordinado puede ser objeto de explotación. Cuando se les ha restringido o prohibido, ha sido para evitar que un espíritu de lucro se introduzca en el ambiente conyugal".⁶⁵

"En la moderna legislación comparada se registran tres sistemas en orden a las donaciones entre cónyuges:

⁶⁴ Código Civil comentado. Op. Cit. Págs. 157, 158

⁶⁵ Código Civil comentado. Op. Cit. Pág. 162

- a) El prohibido, adoptado por la legislación Española (aa. 1334 y 1335 del Código Civil Español) por el que los cónyuges no pueden válidamente hacerse donaciones después de celebrado el matrimonio.

El Intermedio, seguido por las legislaciones de Francia y Portugal, que consiste en permitir a los esposos hacerse donaciones pero conservando la facultad el donante para revocarlas durante su vida, o mientras subsista el matrimonio.

El permiso, representado por las legislaciones de Alemania y Suiza, que autoriza con el carácter de irrevocables las donaciones entre cónyuges.⁶⁶

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal se sitúa en el Segundo sistema, pues admite que las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por el donante mientras subsista el matrimonio; pero sujetando esa revocación a la necesidad de que exista causa justificada para ella, a Juicio del Juez.

Por ende, durante el matrimonio cualquiera de los consortes puede hacerle donaciones al otro, siempre que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales y no perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos, así lo establece el artículo 232 de nuestra legislación Civil vigente.

Si los cónyuges se encuentran unidos bajo el régimen de separación de bienes, es claro que no existe motivo alguno que impida la donación que uno de ellos quiera hacer al otro; Sin embargo, cuando los esposos quisieren contratar entre sí, requieren de autorización judicial, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración, atento a lo dispuesto citado, en el cual, dicha autorización versará para todo contrato que se refiera a actos de dominio, cumpliendo así una doble función protectora; por un lado, se trata de una protección especial a los intereses patrimoniales de los cónyuges, evitando graves problemas en el seno familiar en asuntos económicos, y por otro lado, el evitar los contratos entre cónyuges con fraude a terceros.

El problema se presenta, respecto de bienes sujetos al régimen de sociedad conyugal. Si los consortes han estipulado en las capitulaciones matrimoniales ese régimen, éste no podrá ser alterado por los pactos que realice unilateralmente cualquiera de ellos ni ambos; la imposibilidad jurídica produce la inexistencia de la donación.

El maestro Rafael Rojina Villegas comenta que por lo que toca a las donaciones durante el matrimonio, existe el efecto principal por virtud del divorcio de volver irrevocable a una donación que podría revocarse en cualquier tiempo por el donante. Sólo la muerte o el divorcio vienen a

⁶⁶ Cestán Toboñas, José, Derecho Civil Español. Común y Foral. Madrid, Revis 1944. T. II, Pág. 632

hacer irrevocable la donación entre consortes; pero el divorcio la hará irrevocable en perjuicio del cónyuge donante, si es el culpable; nunca en perjuicio del inocente. En otras palabras, el cónyuge inocente podrá revocar la donación que habla hecho al otro, en cualquier tiempo, es decir, antes de la demanda de divorcio, durante el juicio o una vez decretada la sentencia.⁶⁷

Por su parte, el maestro Ignacio Galindo Garfias manifiesta que "estos actos de liberalidad entre los cónyuges, presentan las siguientes características:

Son revocables en cualquier tiempo; sólo se entienden confirmadas con la muerte del donante;

- a). Son revocables en cualquier tiempo, sólo se entienden confirmadas con la muerte del donante;
- b). No deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales, y
- c) Sólo son válidas en cuanto no perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos". Agrega el referido maestro: "Que puedan ser revocadas en cualquier tiempo por el donante, es explicable, aún dentro del régimen de separación de bienes de los cónyuges, porque el principio de la comunidad de vida entre los consortes impone la necesidad de dejar en libertad al donante de privar de efectos a la donación por motivos de naturaleza íntima que el derecho debe respetar y respetar, al establecer que no obstante que ha sido realizada la donación, no se entiende confirmada sino por la muerte del donante".

Finalmente agrega, "Que las donaciones entre consortes serán inoficiosas, en la medida en que perjudiquen los derechos de los acreedores alimentistas, siempre que se trate de los ascendientes o descendientes del donante. Dichas donaciones por ser inoficiosas se reducirán en su cuantía, hasta el límite en que no perjudique el derecho de percibir alimentos de los ascendientes o de los hijos del cónyuge que ha realizado la donación. (artículo 234 del Código Civil)".⁶⁸

Por otra parte, para el caso de divorcio necesario, el artículo 286 de nuestra legislación civil vigente, establece que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; y que el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. Por consiguiente, las donaciones otorgadas al inocente por el cónyuge que resulto culpable quedan confirmadas, es decir, no podrán revocarse; y a su vez, el inocente podrá reclamar lo que se le hubiere prometido en su provecho. Si la donación fue otorgada al cónyuge culpable por un tercero en consideración al matrimonio, la donación queda revocada y el inocente conservará lo recibido y lo pactado en su provecho.

⁶⁷ Riquelme Vázquez Rafael Op. Cit. Pág. 562

⁶⁸ Galindo Garfias, Ignacio Op. Cit. Páginas 546 y 549

4. VENTAJAS ESPECIALES QUE SE HUBIESEN PACTADO EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

En este punto habremos de precisar si existen propiamente ventajas que se pudieran pactar dentro de las capitulaciones matrimoniales.

Como se comentó en capítulos anteriores, en las llamadas capitulaciones matrimoniales los cónyuges fijan las reglas a las que se sujetarán sus relaciones patrimoniales; de ahí que el legislador establezca un doble aspecto de estos pactos: Por un lado, la constitución del régimen de bienes a que estará sujeto el matrimonio, y por otro, la administración de los mismos.

Encontramos que si dichas capitulaciones se rigen por la sociedad conyugal, en ella se establecerán las bases para su liquidación, pero no encontramos disposición alguna en la que se regule o establezca ventajas patrimoniales en favor de uno de los cónyuges, con excepción a la que se refiere el artículo 286 de la Ley de la Materia, que propiamente viene a constituir una verdadera sanción al cónyuge que diere causa al divorcio con respecto a las donaciones, en la cual perderá todo lo que se lo hubiere dado o prometido por su consorte o por otra parte en consideración a este; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Ahora bien, surge la problemática de saber si dentro de las ventajas que se hubieren otorgado en las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal, en cuanto al cónyuge que después resulte causante del divorcio, deberán entrar en la sanción prevista en el artículo 286 en comento, o bien, si esas ventajas las conservará el cónyuge culpable, aun cuando rompan la equivalencia que debe existir en términos generales en estas capitulaciones matrimoniales.

En este sentido, el Código Francés estatuye que estas ventajas patrimoniales, si las pierde el cónyuge culpable; que por lo tanto, no podrá tener más utilidades y más participación e los bienes de la sociedad conyugal, que los que le correspondan en función de sus aportaciones respectivas y no en función de lo que se le hubiere convenido. Así, en el derecho francés, y tratándose de materia de divorcio, el cónyuge culpable se le sanciona, perdiendo toda ventaja sobre el cónyuge inocente a efecto de que no reciba más utilidades que las que en función de los bienes que realmente hubiese aportado le correspondan; de tal manera que si el cónyuge culpable en realidad no aportó bienes, no tendrá utilidades, ni será posible que en la división del patrimonio de la sociedad se le adjudique la mitad de ese patrimonio.

También es principio general en las legislaciones de casi todos los países que admiten el divorcio, la pérdida de ventajas y beneficios que corresponden al cónyuge culpable, mientras los conserva el inocente, quien

además puede revocar las donaciones que, por razón del matrimonio o durante su vigencia, hubiese hecho en favor de aquél.

Dentro de nuestro sistema, aún cuando pretendiésemos defender un principio indiscutible de justicia que existe para sancionar al cónyuge culpable no otorgándole las utilidades que en el derecho le corresponda, en función de su aportación, así como el hecho de percibir más bienes que aquellos que hubiere llevado a la sociedad, no es posible aplicar dentro de la sanción prevista por el artículo 266, tales sanciones, más aún no se encuentra excepción alguna en el capítulo relativo a la sociedad conyugal tratándose de divorcio, que altere esta forma de distribuir los bienes y las utilidades. Por el contrario, se prohíbe dentro de las capitulaciones matrimoniales, que por anticipado un cónyuge reporte exclusivamente las pérdidas o que estas excedan a la parte que proporcionalmente le deba corresponder según su aportación; así como que el otro cónyuge sea el que perciba totalmente los beneficios (artículo 190).

En tanto que el artículo 193 señala que no pueden renunciarse anticipadamente las ganancias que resultan de la sociedad conyugal; pero disuelto al matrimonio o establecida la separación de bienes, pueden los cónyuges renunciar a las ganancias que les corresponda.

Sobre dicho precepto comenta la Licenciada Ingrid Brena Sesma lo siguiente:

"En relación a este precepto, los artículos 201 y 202 expresan: Que en los casos de disolución de la sociedad por nulidad del matrimonio, el consorte que obro de mala fe no tendrá parte en las utilidades, mismas que se aplicarán a los hijos y si no los hubiere al cónyuge inocente. Si los dos procedieron de mala fe, las utilidades se aplicarán a los hijos, y si no los hubiere, se repartirán en proporción de lo que cada consorte llevó al matrimonio".⁶⁹

Agrega la referida licenciada dentro del análisis y comentario que hace del artículo 201 en relación al 261: "El párrafo final del artículo que se comenta se halla en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 261, pues este último precepto ordena que la totalidad de las utilidades se aplicará al cónyuge que procedió de buena fe..."

"...Debe resolverse en el sentido de que las utilidades corresponden íntegramente al cónyuge inocente aunque hubiere hijos en razón de que la sociedad continúa en lo que le sea favorable, hasta la fecha en que se pronuncie la sentencia de nulidad..."

"...Es la buena fe y no la filiación la que da derecho a las utilidades. Estas sólo se aplicarán a los hijos cuando ambos consortes han procedido de mala fe, porque en ese caso, la sociedad quedará disuelta desde que se estableció".⁷⁰

⁶⁹ Código Civil comentado, Op. Cit. Pág. 142

⁷⁰ Código Civil comentado, Op. Cit. Pág. 145

Como lo hemos venido sosteniendo en puntos anteriores, la disolución de la sociedad conyugal por causa de divorcio no está sancionada en nuestro sistema, por lo que no se impone al cónyuge culpable ni la pérdida de los bienes que le correspondan, según las bases que se hubiesen pactado para la liquidación, ni la pérdida de las utilidades. Sin embargo, sobre el particular comenta el Lic. Rafael Rojas Villogas lo siguiente:

"Sólo en el caso de separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses sin llegar al divorcio, si se afectan las utilidades del cónyuge culpable, porque durante todo el tiempo del abandono, deja de percibir las utilidades y sólo pueda volverlas a percibir, con dos requisitos: Primero, que regrese al hogar conyugal y, segundo, que por un convenio expreso así se establezca con el cónyuge inocente, cuando no se ha decretado aún la disolución por divorcio. Pero cuando es precisamente esa separación conyugal la que permite al cónyuge inocente obtener el divorcio, el culpable sí perderá todas las utilidades desde que se separó del domicilio conyugal, como ocurriría en los casos de abandono, cuando el cónyuge abandonado no intenta la acción de divorcio".⁷¹

Evidentemente, el artículo 196 al referirse a un convenio expreso, sólo comprende el caso de que habiendo un abandono del domicilio conyugal por más de seis meses, no se solicitó el divorcio y el cónyuge que abandonó la casa conyugal regresa a ella.

El matrimonio continúa y entonces simplemente perderá las utilidades durante todo el tiempo del abandono, pero para ello se requiere no sólo que regrese al hogar, sino que además haya un convenio expreso a efecto de que pueda gozar de las utilidades futuras.

En cambio, si el divorcio se decretó por causa de abandono, al disolverse el matrimonio, la sociedad conyugal también debe disolverse y al liquidarse según las bases del artículo 204, perderá el cónyuge culpable todas las utilidades que se produjeron desde el día en que abandonó el hogar, hasta la fecha en que se liquide la sociedad conyugal.

En los demás casos, aún por graves que sean las causas de divorcio, no se impone en ningún precepto relativo a la sociedad conyugal, ni tampoco en el capítulo de divorcio, sanción alguna para que el cónyuge culpable pierda los bienes que aportó el matrimonio o las utilidades, sino simplemente se llevará al efecto el incidente de liquidación correspondiente.

De lo anterior, podemos concluir que no existen ventajas dentro de las capitulaciones matrimoniales; las sanciones que se encuentran establecidas en el Código Civil, en materia de utilidades, se van a referir únicamente a la nulidad de matrimonio, no siendo aplicable en los casos de divorcio, aún con las excepciones ya expuestas, por no darse en la práctica, razón por la que no quedan comprendidas dentro de la sanción

⁷¹ Rojas Villogas Rafael Op. Cit. Págs. 558 y 569

prevista por el artículo 286 del Código Civil, refiriéndose únicamente al cónyuge que diera causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Sobre el particular comenta la Licenciada Ingrid Brena Sesma, lo siguiente:

"El precepto se refiere a las donaciones entre consortes y a las donaciones otorgadas a los esposos por un tercero. La disposición es una verdadera sanción al cónyuge causante del divorcio..."

"... Las donaciones otorgadas al inocente por el cónyuge que resulta culpable quedan confirmadas, es decir, no podrán revocarse; y a su vez, el inocente podrá reclamar lo que se le hubiere prometido en su provecho. Si la donación fue otorgada al cónyuge culpable por un tercero en consideración al matrimonio, la donación queda revocada y el inocente conservará lo recibido y lo pactado en su provecho".⁷²

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

⁷² Código Civil comentado, Op. Cit. Pág. 210

5. OBLIGACION DE INDEMNIZAR DE UN CONYUGE RESPECTO DEL OTRO.

El efecto al que nos hemos de referir en este punto, consiste en que el cónyuge culpable deberá indemnizar al inocente de todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado por virtud del divorcio. Dentro de nuestro derecho, quedan comprendidos para efectos de una posible indemnización los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, por considerar que en los casos de divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito, y como tal lo obliga a repararlo.

Por disposición expresa del artículo 288 del Código Civil, toda causa de divorcio que implica culpabilidad del cónyuge, se convierte en hecho ilícito. Sobre el particular comenta el maestro Rafael Villegas:

"Aquí no tenemos que aplicar estrictamente la teoría del hecho ilícito que existe en general para considerar que es fuente de obligaciones, y que obliga al que se conduzca con dolo o culpa, a indemnizar el daño causado. Bastará que exista cualquier causa de divorcio que implique delito, hecho inmoral, acto contrario al estado matrimonial, vicios o incumplimiento de obligaciones matrimoniales, para que, aunque no encaje estrictamente en el concepto de hechos ilícitos, ejecutados con dolo o con culpa, se tenga que responder de los daños que causó el divorcio, haya o no intención de causarlos; exista o no culpa en su causación".⁷³

De ahí, la necesidad de entrar al estudio de los daños y perjuicios tanto en su aspecto patrimonial como moral.

Nuestro código civil, en su artículo 2108 dice:

"Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación".

En tanto que el artículo 2109 del mismo ordenamiento dispone:

"Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

Al respecto, el maestro Manuel Borja Soriano señala:

"Se entiende por daño lo que los antiguos llamaban daño emergente, es decir, la pérdida que una persona sufre en su patrimonio. Se reputa perjuicio lo que antiguamente se llamaba lucro cesante, la privación de una ganancia lícita".⁷⁴

⁷³ Villegas Rafael, Opus Cit. Pág. 566

⁷⁴ Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo II. Porrua, México 1974. Pág. 406

De los preceptos antes mencionados se advierte claramente que se está ante el típico daño que recae sobre bienes jurídicos de naturaleza patrimonial y no basta con agregarle el adjetivo "Moral" a la definición dada en dichos preceptos, para tener la idea exacta de lo que es el daño de naturaleza extrapatrimonial, el cual encuentra su fundamentación en el artículo 1916 de nuestra legislación civil vigente que por primera vez en su historia define lo que es el daño moral. Antes de entrar al análisis de dicho precepto, será necesario acudir a los orígenes del derecho para conocer los antecedentes del concepto daño moral.

Luigi Aru y Ricardo Orestano, en su obra *La Sinopsis de Derecho Romano*, afirman lo siguiente:

"El antecedente más remoto de lo que ahora conocemos por daño moral lo fue la *Injuria-iniura*, entendida en el sentido específico, era una lesión física infligida a una persona libre o esclava o cualquier otro hecho que significare un ultraje u ofensa".⁷⁵

En Roma, la injuria, ejemplificaba la protección de los derechos de la personalidad. En torno a ella, existían dos acciones de tipo privado, y que eran la de la *Ley Cornelia* y la estimatoria del Edicto del Prátor.

La acción derivada de la *Ley Cornelia* era una acción perpetua, y su titular era sólo la persona que había sido víctima del hecho injurioso, en tanto que la acción nacida del edicto del Prátor o acción estimatoria podía también corresponder a las personas que se encontraban bajo su poder o protección.

Entre las principales características de esta última, se encuentra que tenía el carácter de personalísima y no era de carácter penal; el término para ejercitarla era de un año por lo que al transcurrir ese lapso sin hacerla valer era suficiente para que prescribiera; por ser incedible y personalísima, no pasaba a los herederos de la víctima o del demandado, y la estimación de la suma que debía exigirse al demandado, hacía la propia víctima.

En tanto que la acción nacida de la *Ley Cornelia* era también personalísima; pero sólo la podía ejercer quien había sufrido el daño, es decir, era absolutamente restrictiva al injuriado. Era una acción de tipo penal y el Juez a su prudente arbitrio determinaba la pena o el monto que se condenaba a pagarle al demandado. Finalmente, dicha acción, por su mismo carácter penal no prescribía.

Por otra parte, se encontraba la *Damnun Injuria Datum*, definida como la lesión o destrucción de la cosa ajena realizada con dolo o culpa, la acción de esta figura la otorgaba la ley *Aquilia*, que fue la que legisó sobre la forma de resarcir los daños derivados de una causa extracontractual.

⁷⁵ Luigi Aru y Orestano Ricardo. *Sinopsis de Derecho Romano*. Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid 1964. Pág. 210

La acción Aquiliana difería de las acciones Cornelia y Pretoriana, en que la primera se refería a la reparación del daño patrimonial causado con culpa, en tanto que las segundas eran dirigidas a obtener una pena privada. Se buscaba, más que una indemnización por el perjuicio sufrido, una satisfacción equivalente al dolor moral o físico sufrido.

Por lo que se refiere a los antecedentes legislativos del daño moral en nuestro derecho, no se contempla dentro de la legislación civil precedente alguno, sino hasta las reformas de Diciembre de 1982. Anterior a ello, el Código Civil de 1870, ni genérica ni específicamente se refirió al daño moral, la única cita que en materia de daños hacía, era la relativa al daño patrimonial, consagrada en sus artículos 1580 y 1581 que definen lo que es el daño y el perjuicio respectivamente.

Estos artículos, como más adelante veremos, se repletan de forma literal en el Código Civil de 1884, artículos 1464 y 1465, por lo que ninguno de dichos códigos se ocupó del daño moral, refiriéndose únicamente al concepto de daño patrimonial.

El código penal de 1871 tenía un capítulo específico de la responsabilidad civil, de cuya lectura se entendía la tendencia a condenar a reparar daños causados sobre bienes patrimoniales y no sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial. De lo anterior, señala el maestro Borja Soriano:

"Cuando se reclamaba una cosa no se debería pagar el valor de afección, sino el común que tendría la cosa".⁷⁶

Dentro del análisis de la exposición de motivos de dicho ordenamiento penal señalaba que no era posible poner precio a los sentimientos, a la honra, porque hacerlo sobre cosas tan inestimables sería degradar y envilecer a la persona.

El Código Civil de 1884 seguía sustancialmente las ideas en materia de agravios del Código Civil de 1870, y ambos jamás contemplaron el agravio extrapatrimonial, por lo que los artículos 1464 y 1465 son una replica literal de los enunciados en este último ordenamiento.

Es el código civil de 1928, que viene a regular de manera genérica la reparación del daño causado a bienes de naturaleza extrapatrimonial.

Respecto de este código, el profesor Salvador Ochoa Olvera en su obra "La Demanda por daño Moral",

⁷⁶ Borja Soriano Manuel, Opus Cit. Pág. 427

señala que en materia de daño moral, es necesario distinguir las dos épocas en que se dividió:

"A. Primera época. Comprende la vigencia de este ordenamiento hasta la reforma del artículo 1916 de fecha 28 de Diciembre de 1982."

"B. Segunda época. Se inicia con la figura del daño moral que contempla el nuevo artículo 1916 del Código Civil vigente".⁷⁷

Dentro de la primera época, el artículo 1916 expresaba:

"Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquélla muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagara el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil..."

Al respecto, comenta el Lic. Salvador Ochoa Olivera, que resulta importante señalar tres puntos:

"A". Nuestra legislación civil admite por Primera vez la separación moral de manera genérica y condicionada.

"B". La reparación ordenada a título de indemnización moral no es autónoma, sino que se encuentra supeditada a la responsabilidad proveniente de un daño de naturaleza patrimonial. Si no existe un daño patrimonial no podrá existir un daño moral.

"C". El monto de la indemnización fijada por el Juez se limitará a las dos terceras partes de lo que se condene por daño patrimonial, como máximo".⁷⁸

De los tres aspectos, sólo el primero parece ser positivo, ya que en los otros dos resulta injusto querer supeditar la existencia del daño moral a la del daño patrimonial, e inconveniente establecer un límite al que se debe ceñir la indemnización moral.

Dentro de la Segunda Época, nuestro Código Civil vigente sufre entre otras una reforma importante en su artículo 1916, en el cual, en su primer párrafo define el daño moral en los siguientes términos:

"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas..."

Por su parte, el segundo párrafo del actual artículo 1916 del Código Civil viene a configurar la autonomía del

⁷⁷ Ochoa Olivera Salvador, La Demanda por Daño Moral, Publicaciones Mundo Nuevo, S.A. de CV. Méx. D.F., 1991 Pág. 26

⁷⁸ Ochoa Olivera Salvador, Opus Cit. Pág. 27

daño moral, de ahí que la responsabilidad civil proveniente de un daño moral no se encuentra ni relacionada ni supeditada a la existencia de otro tipo de responsabilidad, diferente a la causada por un menoscabo extrapatrimonial. Es decir, actualmente no importa si existe o no la condena por responsabilidad civil derivada de un daño a bienes materiales, para poder ejercer la acción de reparación moral, al efecto, se transcribe el segundo párrafo del referido artículo:

"...Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto su responsabilidad contractual como extracontractual..."

Sobre el particular, el licenciado José de Jesús López Monroy al hacer el comentario del referido artículo, señala:

"Para que exista reparación por daño moral se requiere probar dos extremos y es el primero que exista un hecho u omisión ilícitos, y además debe acreditarse el daño que directamente le hubiere causado esa conducta, es decir, que sea la consecuencia inmediata de la conducta realizada..." agrega el referido catedrático "...La indemnización por daño moral procede con independencia de que se haya causado daño material; el legislador en este artículo la extiende tanto a la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual..."⁷⁹

Consecuentemente, se confirma que estamos ante una figura autónoma dentro de la evolución que ha tenido el daño moral en nuestra legislación civil, adoptando una novedad que otras legislaciones civiles no han adoptado aún.

A su vez, el párrafo Tercero del artículo 1916 del Código Civil vigente dice:

"...la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los Herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida..."

Dentro del análisis de la primera parte de este párrafo, nos vamos a referir a la figura de la reparación, y para ello, es necesario acudir al estudio del artículo 1915 del Código Civil vigente, el cual en su parte relativa señala lo siguiente:

"La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios..."

Este párrafo sirve de base para determinar el tipo de reparación que debe aplicarse al caso que nos ocupa, por cuanto contempla dos tipos de reparaciones la natural y la equivalente.

⁷⁹ Código Civil comentado, Opus Cit. Tomo IV. Pág. 70

La primera es aquella que hace posible que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de producirse el evento dañoso, en tanto que la segunda se da cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño, pero se tratará de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía. Esta reparación por equivalencia es monetaria, única y exclusivamente.

Sobre el particular, comenta el licenciado Salvador Ochoa Olivera en su obra "La demanda por daño moral":

"En este orden de ideas, podemos aceptar sin vacilar que la reparación que ordena nuestro derecho es una reparación por equivalencia, la cual se cumple entregando una suma de dinero a título de indemnización, con un fin satisfactorio, por el agravio inmaterial sufrido".⁸⁰

Continuando con el análisis de la segunda parte del párrafo tercero del referido artículo 1916 del Código Civil, en cuanto a lo que se refiere a la acción de reparación, ésta no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

Una de las características de la acción de reparación es que además de ser personalísima del damnificado, no puede ser transmitida, es decir, es intrasferible o incedible. Sin embargo, existe la excepción a toda regla general y en este caso expresamente queda regulable por el precepto a estudio, disponiendo que se debe cumplir necesariamente dos presupuestos, para que tenga plena validez esta acción indirecta de reclamación:

1. Que los titulares sean herederos del agraviado.
2. Que el agraviado, quien soportó el perjuicio moral anterior a su muerte, haya intentado la acción de reclamación en vida.

En el primero de los casos, cabe señalar específicamente a los herederos como únicos titulares de esta acción indirecta de reclamación, aunado a lo anterior a la intrasmisibilidad, de la misma por acto entre vivos, por prohibición expresa del citado artículo 1916.

Consiguientemente, el derecho a la reparación moral es un derecho personalísimo, y que por ello debe morir con su titular; la excepción es precisamente la transmisión de tal derecho a sus sucesores.

Lo anterior, así como el carácter de intrasmisible por acto entre vivos, de tal acción, tiene el objeto de evitar que tan subjetivos y personales derechos sean comercializados, a esto obedece también la condición para ejercitar dicha acción, que el agraviado directo la haya intentado en vida.

⁸⁰ Ochoa Olivera *Salvador*. *Opus Cit.* Pág. 62

En torno al análisis antes señalado, el profesor José de Jesús López Monroy al hacer su comentario al referido artículo manifiesta lo siguiente:

"La responsabilidad por daño moral posee tres características fundamentales: (de las cuales analizaremos únicamente la primera de ellas), la primera es que no es transmisible a terceros por acto entre vivos, es decir, es intransmisible, y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida, porque se supone que si se han herido los sentimientos, afectos, honor y consideración de sí mismo y de ello puede obtener una reparación patrimonial, no se justifica la cesión de este derecho a un tercero o la iniciación de la acción por los herederos, si el autor de la sucesión era el único que podría haber apreciado si existía y no la inició en vida..."

Por su parte, el párrafo cuarto del artículo 1916, va a referirse en cuanto al monto de la indemnización la cual se determinará por el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

De lo anterior, se observa que el órgano jurisdiccional tiene facultad discrecional para determinar el monto de dinero que se entregará al sujeto pasivo por concepto de reparación moral, debiendo tomar en cuenta una serie de elementos o aspectos para fundar y motivar su resolución.

Al respecto, Marty G. en su obra de Derecho Civil nos dice lo siguiente:

"El monto de la indemnización no debe constituir un enriquecimiento sin causa, siendo éste uno de los principios que debe observar el juez al dictar su resolución condenatoria".⁸¹

En tanto que, Rafael García López dice:

"la indemnización del daño moral supondría un enriquecimiento sin causa. A manera de conclusión afirma: Es inconcluso que cuando se manejaban conceptos puramente patrimoniales, una pretendida indemnización de los daños morales tal vez supusiera un enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta la no conceptualización del daño moral como un daño jurídico civil y por tanto irresarcible".⁸²

De lo anterior, creemos que uno de los criterios relectores en los cuales no debe fundamentarse el juzgador para dictar su resolución condenatoria sobre agravio extrapatrimonial, será el que la suma de dinero entregada al agraviado no constituya para éste un enriquecimiento sin causa.

⁸¹ Marty G. Derecho Civil Tomo I (Traductor: José M. Casas, Iepa) Puebla México, 1962. Pág. 292

⁸² García López Rafael. Responsabilidad Civil por Daño Moral. Bosch, Madrid, 1990. Páginas 146-147

Los criterios anteriores consideran como una idea esencial que deberá alimentar el criterio del juzgador, que la suma que se entregue a título de reparación moral, no deberá constituir un enriquecimiento sin causa para el sujeto pasivo, con la obvia relación del empobrecimiento del sujeto activo. Situación que debe considerar el órgano jurisdiccional en su libre arbitrio para determinar el monto de la indemnización por daño moral.

Finalmente, nos habremos de referir al párrafo Quinto del artículo 1916, el cual señala en su parte relativa:

"Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que consideren convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original".

Como es bien sabido, nuestro Código Civil admite con acierto la existencia del daño moral y la forma en que operará su reparación. La apreciación Jurídica que fundamenta los estudios del agravio moral establece que en ningún momento la vida privada, etc. podrán comerciarse Jurídicamente y que la reparación ordenada por haber causado un daño moral, es a título de satisfacción por el dolor moral, sin que esto implique que lo atenúe o desaparezca. Es decir, la suma de dinero entregada para resarcir el daño, no se traduce en que perfecta o aproximadamente se valúe el bien lesionado, sino que dicho dinero se entregará por equivalente del dolor moral sufrido. Es claro que dicha reparación cumple una función satisfactoria únicamente, ya que en materia de agravios morales no existe la reparación natural o perfecta, porque nunca el agravio sufrido en nuestro honor o nuestras creencias será borrado completamente, ni volverán las cosas al estado previo al evento dañoso pagando una suma de dinero.

La reparación específica o natural tiene la finalidad de reponer al perjudicado en un estado igual o similar al que poseía antes de sobrevivir la situación dañosa, la cual se puede llevar a cabo por medio de actividades constitutivas de un *dare* o de un *facere* por lo que al daño moral se refiere, la propia naturaleza de los bienes a los que afecta supone una cierta dificultad para que pueda aplicarse la reparación específica. Sin embargo, lo cierto es que la reparación moral o específica tiene cabida en algunos supuestos de daño moral y en la medida en que puedan ser reparados de este modo, es necesario aceptarla. Es el honor el prototipo de bienes morales que se toma de ejemplo para mostrar la operatividad de la reparación natural o específica. Se establecen a este efecto como medios idóneos la publicación de la sentencia de condena, la retractación pública del ofendido y la réplica concedida al Injuriado.

De acuerdo al análisis de los preceptos 288 y 1916 del Código Civil vigente, podemos concluir que en la actualidad dentro de la práctica judicial la aplicabilidad del ejercicio de la acción de reparación de los daños y perjuicios derivados de una sentencia de divorcio en contra del cónyuge culpable han venido de menos a más, es decir, en la actualidad son en realidad contadas las demandas presentadas por daño moral, a pesar de estar ya ampliamente legislado sobre el particular, en donde dicha acción se ejecuta con independencia del daño patrimonial producido. Consecuentemente, esto implica un mayor estudio y ejecución o aplicabilidad del tema y la correcta asesoría del abogado hacia su cliente, máximo cuando este funje como cónyuge inocente.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES:

Podemos señalar que los efectos del divorcio consisten, en que desde el momento en que es presentada y admitida la demanda de divorcio, se producen determinados efectos que obligan a adoptar un conjunto de medidas encomendadas al Juez que conoce de la causa. Estas medidas son de carácter provisional, limitadas al tiempo durante el cual se sustancia el juicio.

Una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, se producen como consecuencia inmediata una serie de efectos definitivos, éstos han de determinar la situación permanente en que quedarán los cónyuges, la posición que se ha de tomar respecto a los hijos, y aquellos que derivan con relación a los bienes de la Sociedad Conyugal.

Estas consecuencias jurídicas que se producen por el rompimiento del vínculo matrimonial son múltiples y deben ser reguladas específicamente, de manera que procede enumerar una serie de sugerencias:

1. Se sugiere adicionar en la parte final de la fracción VI del artículo 282 del Código Civil, se especifique el procedimiento a seguir en la ley adjetiva, para resolver lo conducente en caso de que exista desacuerdo entre los cónyuges en la designación de la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos.
2. Se sugiere se legisle sobre la posibilidad de que una vez divorciados los cónyuges, la mujer pueda seguir usando el apellido de su ex-marido, siempre y cuando, éste hubiese sido condenado como cónyuge culpable; en caso contrario, pueda oponerse a que su ex-esposa siga usando su apellido en su provecho.
3. La figura de la patria potestad se ha convertido hoy en día en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen.
4. Se sugiere se adicione a la parte final del artículo 295 del Código penal que el delito que se tipifica en el mismo, derivado de las lesiones producidas por aquellas personas en ejercicio de la patria potestad, sea perseguido de oficio, esto, en beneficio y protección del menor.
5. Se sugiere reformar el artículo 439 en relación al 441 y 442 del Código Civil, en atención a que la ley no señala plazo para que quienes ejercen la patria potestad rindan cuentas de la administración de los bienes de los hijos; así mismo, para establecer un mecanismo en el que se obligue a quienes ejercen la patria potestad en aquellos casos en que por su mala administración se vean mermados los bienes de

los hijos, a reparar los daños que se cause con ello, siendo necesario se fije un procedimiento en el que se determine, la forma y plazo en que deba repararse dicho daño.

6. Finalmente, se sugiere se reforme el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido de establecer que la indemnización que reciba el cónyuge inocente, sea en especie a falta de dinero, pues como está redactado tal precepto, sólo permite que la indemnización sea en numerario, lo que trae como consecuencia disminuya la posibilidad de la indemnización y pueda configurar un obstáculo para las demandas planteadas por ese concepto.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ALONSO Cabrera, Miguel. **Código de Derecho Canónico**. Biblioteca de Autores Cristianos. Editorial Católica, S.A. Madrid, 1969.
- AUGUSTO Cosar, Belluscio. **Manual de Derecho de Familia**. Tomo I, Editorial Palma. Buenos Aires, 1975.
- BORJA Soriano, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones**. Tomo II. Porrúa, México, 1991
- CASTAN Tobañas, José. **Derecho Civil Español**. Común y Foral, Tomo III. Madrid, 1944.
- Dios llega al Hombre. **El nuevo testamento de Nuestro Señor Jesucristo**. Sociedades Bíblicas Unidas, México, 1981.
- FLORIS Margadant S., Guillermo, **El Derecho Privado Romano**. Editorial Esfinge, S.A., México, 1987.
- FRANQUESA, Pedro y José Ma. Soló. **La Sagrada Biblia**. Misioneros Claretianos. Editorial Regiana, S.A. Barcelona, 1980.
- GALINDO Garfias, Ignacio. **Derecho Civil**. Primer Curso, Parte General. Personas, Familia. Porrúa. México, 1993.
- GARCIA, Gumena. **Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español**. México, 1881.
- GARCIA López, Rafael **Responsabilidad Civil por Daño Moral**. Bosh, Madrid, 1990.
- LUIGI, Aru y Orestano, Ricardo. **Sinopsi de Derecho Romano**. Ediciones y Publicaciones Españolas. Madrid, 1964.
- MAGALLON, Jorge Mario. **El matrimonio, sacramento, contrato, institución**. Editora Mexicana, S.A. México, 1965.
- MARTY, G. **Derecho Civil**. Tomo I (Traductor: José M. Cajica, hijo) Puebla, México, 1952.
- MUÑOZ, Luis. **Comentarios al Código Civil, para el Distrito y Territorios Federales de 30 de Agosto de 1928**, México. 1946.
- OCHOA Oivera, Salvador. **La Demanda por Daño Moral**. Nuevo Mundo, S.A. de C.V., México, 1991.
- PALLARES, Eduardo. **El Divorcio en México**. E. Porrúa, S.A. México, 1991.

- RIPERT, George y Boulanger, Jean. **Tratado de Derecho Civil. Regímenes Matrimoniales, Torno IX.** Buenos Aires, 1963.
- ROJINA, Villogas Rafael. **Derecho Civil Mexicano. Tomo II.** Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.
- SECCO, Luigi y Carlo, Robuffati. **Degli Alimenti.** Dott. A. Giuffrè Editor. Milán, 1975.
- VALVERDE Valverde, Calixto. **Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV.** Madrid, 1935.

FUENTES DIRECTAS.

- Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal.** TEXTO comentado o Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Tomo I, II, y IV, Porrúa, México, 1993.