



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**LA SEPARACION DE LOS CONYUGES
POR MAS DE DOS AÑOS
COMO CAUSAL DE DIVORCIO.**

T E S I S

Que para optar el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta la Pasante:

RUTH CRUZ DIAZ.

MEXICO

1984.



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.

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES ACERCA DEL DIVORCIO

I.- Concepto de divorcio.	1
II.- Breve reseña histórica del divorcio.	3
1. Antigüedad.	3
a) Hebreos. El repudio mosico y la réplica de Cristo . . .	3
b) Derecho Romano	5
2. Derecho azteca y otros pueblos precortesianos	9
3. Código Civil para el Estado de Oaxaca de 1828	12
4. Código Civil para el Distrito Federal de 1870 y 1884. . . .	16
5. Ley Carranza de 1914.	21
6. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917	23

CAPITULO SEGUNDO

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928

I.- Diferente especies de divorcio que admite el Código Civil. . . .	28
1. Divorcio vincular y divorcio separación de cuerpos	28
2. Divorcio necesario	30
3. Divorcio voluntario.	31
a) Divorcio voluntario administrativo.	32
b) Divorcio voluntario judicial.	35
II.- Medidas provisionales que debe dictar el juez en caso de divorcio.	39
III.- Efectos del divorcio.	41
1. Con relación a la persona de los cónyuges.	42
2. Con relación a los hijos	45
3. Con relación a los bienes adquiridos durante el matrimonio	48

CAPITULO TERCERO

EL DIVORCIO NECESARIO

I.- Naturaleza restrictiva de la enumeración de las causales de divorcio	51
II.- Criterio clasificatorio de las cuasales de divorcio	52
1. Causas criminológicas.	53
2. Causas simplemente culposas.	53
3. Causas eugenésicas	53
4. Causas objetivas	54
5. Causas indeterminadas.	54
III.- Estudios particularizado de las diferentes causales de divorcio contempladas en los artículos 267 y 268 del Código Civil .	55

CAPITULO CUARTO

LA NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO CONTEMPLADA EN LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL.

I.- Los fines del Derecho: justicia, seguridad y bien común. Tesis de Le Fur, Delos y Radbruch.	85
II.- La adición de la fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil.	93
1. El proyecto para la adición de la fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil	93
2. Discusión del proyecto que propuso la adición de la fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil	93
3. Síntesis de argumento en pro y en contra de la adición de la fracción XVIII.	102
III.- La seguridad jurídica como fundamento de la adición de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil. Crítica final .	103
CONCLUSIONES	108
BIBLIOGRAFIA	111

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES ACERCA DEL DIVORCIO

I.- Concepto de divorcio.

No existe unanimidad de criterio en cuanto a la definición del divorcio; sin embargo puede afirmarse que en las diferentes definiciones-
aportadas por ilustres tratadistas existe coincidencia substancial.-
Para ilustrar nuestro aserto, transcribiremos a continuación algunas
de las que han parecido más importantes.

Los hermanos MAZEAUD, definen al divorcio de la siguiente manera:

"Divorcio es la ruptura del vínculo cónyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos a petición de uno de ellos o de ambos" (1).

Por su parte, LOUIS JOSSERAND define al divorcio diciendo:

"El divorcio es la ruptura del matrimonio, en vida de los esposos, bien por su común voluntad, bien por la voluntad de uno solo que repudia al otro" (2)

IGNACIO GALINDO GARFIAS define así al divorcio:

"Divorcio: ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, decretada por autoridad competente -

(1) Mazeaud, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires. 1959.

(2) Jossierand, LOUIS. Derecho Civil. La familia. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires. 1950. Pág. 139.

y fundada en algunas de las causas expresamente establecidas por la ley " (1).

ANTONIO DE IBARROLA propone la siguiente definición de divorcio:

" La disolución del matrimonio es la ruptura del la-
zo conyugal y la cesación de los efectos que la ---
unión de los esposos producía respecto a ellos o --
respecto a terceros " (2).

JOSE BARROSO FIGUEROA, ofrece el concepto de divorcio siguiente:

" Divorcio es la disolución del matrimonio en vida
de los cónyuges, a solicitud de ambos o bien de uno
solo de ellos, en este último caso con fundamento -
en alguna de las causales que limitativamente esta-
blece la ley " (3).

RAFAEL DE PINA, finalmente, caracteriza al divorcio diciendo:

" Divorcio es la extinción de la vida conyugal, de-
clarada por autoridad competente, en un procedimien-
to señalado al efecto, y por una causa determinada
de modo expreso " (4).

- (1) Galindo Gorfias Ignacio. Derecho Civil. La familia. Parte General. Personas. Familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa. 19. . Pag. 575.
- (2) De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, - S. A. México 1978. Pag. 236.
- (3) Barroso Figueroa José. Apuntes de Clase. UNAM. 1980.
- (4) De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. - Volumen Primero. México. 19. . Pag.

El divorcio es una forma de disolución del matrimonio y debe distinguirse de la nulidad, que supone la concurrencia de una causa de invalidez a la celebración de aquél:

" La disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía, ya sea respecto a ellos, ya sea respecto a terceros. La disolución del matrimonio supone la validez de éste. El matrimonio nulo no se disuelve; al reconocerse la nulidad, se reconoce al mismo tiempo que nunca ha producido efectos, o bien, que los había producido, si únicamente era anulable, mismos que se extinguen retroactivamente. Todo esto salvo aplicación de la teoría de los matrimonios putativos " (I).

II.- Breve Reseña Histórica del Divorcio:

1.- Antigüedad.

El divorcio fué conocido desde la antigüedad. Los pueblos que ocuparon la zona mediterránea, en ambos extremos, practicaban el divorcio, según noticia que nos ha llegado hasta el presente. Haremos ahora una breve reseña al respecto.

A).- Hebreos. El repudio mosaico.

(I) Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Cajica, S. A. Puebla. México. Pag. 548.

Los hebreos practicaron el divorcio. La Ley Mosaica autorizaba lo que conocemos con el nombre de repudio. Las causas del repudio -- eran diversas, pero entre las que podemos mencionar como más frecuentes se incluyen el adulterio, la esterilidad en la mujer, la circunstancia de que ésta última descuidara las tareas domésticas, etc.

A partir de Moisés, el divorcio se practicaba dentro del pueblo hebreo con más o menos frecuencia. Al advenimiento del cristianismo la postura filosófica del pueblo hebreo se modificó, pues a partir de entonces la práctica del repudio se vio reducida. Concretamente se invoca la recomendación de Jesús (I) en el sentido de que no se practique el repudio; es célebre el pasaje evangélico en el cual un grupo de fariseos inquiere de Jesucristo si está de acuerdo o considera que no debe admitirse el repudio o divorcio, a lo que aquél responde que no está de acuerdo con él. Cuando se le replica que la Ley Moises lo admite, Jesús a su vez argumenta que -- aquellos hombres estaban autorizados para practicarlo, porque eran duros de corazón, pero lo recomendable era que no se procediera a consumarlo. De entonces data la famosa frase " quod Deus coniunxit homo san separat ", que significa que lo que Dios ha unido no lo -- separe el hombre. Es precisamente este pasaje del evangelio el --

(I) Cfr. La Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamento. La Biblioteca Mexicana del Hogar. Impreso en la Gran Bretaña. Imprenta de Richard Clay (The Chaucer Press), Bungay, Suffolk. Inglaterra. Pag. 39 del Nuevo Testamento. El texto bíblico completo expresa:
 " Y llegando los Fariseos, le preguntaron para tentarle si era lícito al marido repudiar a su mujer.
 Mas Él respondió, les dijo: ¿ Que os mandó Moisés ?
 y ellos dijeron: Moisés permitió escribir carta de divorcio y repudiar. Y respondiendo Jesús, les dijo: por la dureza de vuestro corazón os escribió este mandamiento:

que ha inspirado todo el posterior desarrollo de la doctrina canónica acerca de la indisolubilidad del matrimonio, que prevalece hasta nuestros días.

B).- Derecho Romano.

Dentro del Derecho Romano el matrimonio podía disolverse fundamente por dos causas:

1.- Muerte de uno de los cónyuges.

2.- Divorcio.

Por ahora, no nos interesa ocuparnos de la disolución del matrimonio cuyo origen se encuentra en el fallecimiento de uno de los cónyuges, sino únicamente en la disolución del matrimonio cuando ocurre por divorcio. En cuanto a ésta última forma de disolución del matrimonio, es conveniente distinguir dos épocas: una primera, anterior al advenimiento del cristianismo y, una segunda, cuando ya se ha entronizado el cristianismo en la metrópoli del imperio y con él mudan las costumbres y la forma de pensar del pueblo romano. Refirámonos separadamente a cada una de ellas.

Pero al principio de la creación, varón y hembra los hizo dios. -- Por esto dejará el hombre a su padre a su madre, y se juntará a su mujer.

Y los que eran dos, serán hechos una carne: así que no son más dos sino una carne.

Pues lo que dios juntó, no lo aparte el hombre ".

Primera Epoca.- La forma como se disuelve el matrimonio por divorcio o repudium, se encontraba vinculada con la clase de matrimonio que se había celebrado. Recordemos que dentro del Derecho Romano había tres clases de conclusión del matrimonio, que eran por "confarratio", por "coemptio" y por el "usus". Según la clase de unión celebrada y, también, tomando en consideración si el matrimonio había sido contraído cum manu o sine manu, era determinado el procedimiento que debía seguirse para la disolución del vínculo matrimonial.

Conforme explica Sohm (I), cuando el matrimonio se celebraba por -- confarratio, el divorcio, según la ley del contrarius actus, debería practicarse siguiendo fórmulas especiales que daban o creaban los pontífices. Dicho matrimonio sólo era susceptible de disolu-- ción mediante la difarratio, que implicaba una nueva ofrenda a Júpiter (dios que tutelaba el matrimonio), acompañada de certa-con-- traria-verba. Al parecer, el sacerdote encargado de efectuar la disolución del matrimonio podía negarse a ello, en el supuesto de que no existiera una causa que justificara a aquélla.

En cuanto a los matrimonios concluidos por coemptio y usus, se disolvían mediante una remancipatio o venta aparente emancipium, es decir, simulando que el cónyuge da a la esposa como esclava, seguida de una manumissio que efectuaba el fingido comprador; ésta remancipatio de una mujer casada es equivalente a la emancipatio de una hija: sin embargo, en realidad, está disfrazando un repudium.

(I) Sohm, Rodolfo. Instituciones de Derecho privado Romano. -- Gráfica Panamericana, S. de R. L. México. 1951. Pag. -- 293 y 294.

Una nota que es necesario destacar en este caso, es que la voluntad femenina cuenta muy poco, pues la mujer no podía obtener el divorcio ni tampoco impedir que el marido lo consiguiera.

En cuanto a los matrimonios celebrados *sine manu*, podían disolverse mediante el *divortium* por convenio entre ambos cónyuges o bien por decisión de uno sólo de ellos; sin embargo este convenio por sí solo no es suficiente para disolver el matrimonio, sino que debe añadirse un *repudium*. En esta clase de divorcio la mujer disfrutaba de derechos semejantes a los que se conceden al marido.

Informa Piero Bonfante que después de que se expandió e hizo sumamente poderoso el Imperio Romano, sobrevino una gran laxitud en la conducta de quienes habitaban en la ciudad de Roma, con lo que tuvieron lugar una gran cantidad de divorcios, ya que obtener la disolución del vínculo matrimonial era sumamente sencillo. (I).

Este relajamiento de las costumbres trajo como consecuencia la decadencia de la familia romana y con ello la decadencia del Imperio todo. Quizá lo que más provocaba la disolución frecuente de los matrimonios era la idea arraigada en la conciencia de los romanos, de que el matrimonio sólo debía perdurar en tanto que continuara la *afectio maritalis*, de manera que cuando esta desaparecía, lo que equivale a decir cuando desaparecía el cariño entre los cónyuges, no había razón para que persistiera el vínculo matrimonial.

(I) Cfr. Bonfante, Piero. *Instituciones de Derecho Romano*. Pag. 189.

La facilidad para obtener el divorcio produjo la inmoralidad de las -- clases poderosas, que abusaban de dicha institución para satisfacer sus caprichos amorosos; ello hizo perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía (1). La decadencia de las -- costumbres en esta materia fué muy grande, al extremo de que del filósofo Séneca pudo decir: " ¿Que mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de años, sino por el número de maridos?. Se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse ".

A pesar de los esfuerzos realizados por ciertos moralistas y también -- por algunos emperadores romanos, no se consiguió frenar esta proclividad a la celebración del divorcio. Según Deta, con el advenimiento del cristianismo y la conversión de algunos romanos, a partir de Constantino se cambió el modo de pensar de numerosos sectores del pueblo romano -- y se distinguió el divorcio verdadero y propio, por mutuo consentimiento, y el divorcio unilateral o repudium, tendiéndose a permitir el divorcio voluntario por mutuo consentimiento, pero refrenándose en una gran medida el divorcio por repudium. La tendencia iniciada por Constantino, -- que fué objeto de una lucha constante, llega la época de Justiniano que quizo organizar esta materia en una serie de leyes.

En el Derecho justiniano tenemos una cuádruple distinción: El divorcio por mutuo consentimiento, el repudium o divorcio unilateral por culpa -- del otro cónyuge, el divorcio unilateral sine causa y, finalmente, el -- divorcio bona gracia que en un sentido técnico significa el divorcio -- por causas no imputables ni uno ni otro de los cónyuges. El divorcio -- por mutuo consentimiento es lícito. El divorcio unilateral es lícito en base a una justa causa determinada por la ley. El divorcio sine causa -- no es lícito y, por tanto, es castigado pero válido. El divorcio bona gracia, que no debe ser confundido con el divorcio por mutuo consenti--

(1) Cfr. Pallares Eduardo. El divorcio en México. Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición. 1983

miento; es lícito solamente por tres causas a saber: la elección de la vida claustral, la impotencia incurable y la prisión de guerra del otro cónyuge.

Sin embargo el mismo Justiniano fué todavía más lejos y terminó -- por proscribir y castigar el divorcio por mutuo consentimiento, -- obligando a los divorciados a retirarse a un convento y a perder todos sus bienes a favor de sus hijos o ascendientes o, incluso, - del convento mismo.

Las modificaciones justinianas seguramente fueron demasiado lejos, pues recibieron la crítica de los romanos, lo que hizo que el sucesor de Justiniano I, Justiniano II, restaura la concesión del divorcio por mutuo consentimiento. Con el advenimiento de la edad media y con la radicalización de las ideas cristianas, el divorcio fué finalmente prohibido en Roma como lo fué en todo el mundo cristiano .

2.- Derecho Azteca y otros pueblos precortesianos.

En Derecho propiamente no existía el divorcio, pues los jueces; -- cuando se presentaba alguno de los cónyuges solicitándolo, se resistían a otorgarlo y solamente después de reiteradas gestiones, autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera (1). Dentro del Derecho Azteca, según explica Esquivel Obregón, el divorcio era objeto de un muy largo trámite. Los magistrados encargados de impar

(1) Mendieta y Nuñez, Lucio. Enciclopedia Mexicana. El Derecho Precolonial. Editorial Porrúa. México. Pág. 41.

La justicia citaban a los divorciantes, con el propósito de hacerlos desistir de su intención y reconciliarlos. Celebraban con ellos innumerables juntas de avenencia solicitándoles que depusieran su actitud y reanudaran su vida conyugal, pero si la negativa persistía, al cabo de un cierto número de sesiones el juez les volvía la espalda, indicando con esto que desistía de reconciliarlos; el significado de esta actitud era el de una sentencia que disolvía la unión matrimonial (1). El quejoso podía entonces separarse del otro cónyuge, lo que de hecho equivalía al divorcio.

Por lo demás, los motivos de separación eran muy amplios: el marido podía exigir el divorcio en caso de que la mujer se mostrara pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa; así que se permitía la separación por intemperancias de carácter comprobadas, sin que estas constituyeran delito especial, de modo análogo al de las doctrinas de Confucio. La esterilidad era también causa de divorcio.

A la mujer también se le concedía el derecho de separación; pero ignoramos en cuales casos.

Como consecuencia de la separación, los hijos eran atribuidos al esposo y las hijas a la esposa. La parte culpable perdía la mitad de sus bienes.

Los esposos divorciados no debían volver a casarse, so pena de muerte.

(1) Esquivel Obregón Toribio, Apuntes para la Historia de México. Editorial Polis. México, D. F. 1937. Pag. 365.

La autorización judicial de la que hemos hablado, solamente se daba cuando tenía por fundamento alguna causa de divorcio y se reconocían como tales: la diferencia de caracteres, la mala conducta de la mujer, la esterilidad.

Como había separación de los bienes durante el matrimonio, pues se registraba lo que cada cónyuge había aportado, en caso de divorcio, no siendo culpable ninguno de los consortes, se les devolvía lo que a cada quien lo pertenecía (1).

El divorcio Azteca era un verdadero divorcio, es decir, disolvía el vínculo matrimonial y dejaba a los cónyuges en aptitud de celebrar uno nuevo, de modo que al divorciarse podían contraer matrimonio con quien quisieran, pero les estaba prohibido contraer matrimonio entre sí de nuevo, y si se reunían entonces se exponían a ser lapidados (muertos a pedradas).

Otros pueblos precortesianos. Entre los Otomíes podían separarse después de la primera noche; de igual manera en Michoacán, si los dos juraban no haberse visto, además, en Michoacán el matrimonio podía ser disuelto judicialmente por motivo de incompatibilidad de los cónyuges; los padres pedían también a su hija al marido, en caso de que se negara a vivir con ella (2).

(1) Kohler. Revista de Derecho Notarial Mexicano. El Derecho de los Aztecas. Universidad Autónoma de México. 1959. Volumen III. Pag. 54.

(2) Kohler. Revista de Derecho Notarial Mexicano. El Derecho de los Aztecas. Universidad Autónoma de México. 1959. Volumen III. Pag. 55.

3.- Código Civil para el Estado de Oaxaca de 1828.

Es el primero de toda Hispanoamérica. No precisamente el primero de Latinoamérica, pues anterior a él fué el Código de Luisiana expedido en 1808, que tuvo como modelo al Código Napoleón. Sin embargo, como dice el doctor Raúl Ortiz Urquidi, corresponde al Estado de Oaxaca - ser cuna de la legislación hispanoamericana (1).

El Libro Primero del Código que nos ocupa, fué promulgado bajo el gobierno de José Ignacio de Morales; el Libro Segundo, bajo el de Joaquín Guerrero y el Libro Tercero y último, cuando fungía como vicegobernador interino don Miguel Ignacio de Iturribarria.

En cuanto a la regulación legal del divorcio, el Código Oaxaqueño le dedica el Título Sexto del Libro Primero, que abarca del artículo -- 144 al 168. De acuerdo con lo que establece el artículo 144, por divorcio se entiende la separación de " marido y muger ", en cuanto al lecho y habitación, con autorización del juez.

Encontramos que el Código en comentario establece dos clases de divorcio: el perpetuo y el temporal. Así pues, debemos analizar separadamente cada una de esas dos clases de divorcio.

1o. Divorcio Perpetuo.

Conforme al artículo 145, la causa única de divorcio perpetuo está -- constituida por el adulterio, ya provenga del marido ya lo perpetre mujer.

(1) Cfr. Ortiz Urquidi, Raúl. Oaxaca, cuna de la legislación hispanoamericana, Editorial Porrúa, S. A. México. Pág. 19.

" Artículo 145. El marido puede pedir el divorcio perpetuo por causa de adulterio de su mujer. De la misma manera la mujer puede pedir el divorcio perpetuo por causa de adulterio de su marido ".

La competencia exclusiva para conocer de este tipo de divorcio corresponde al tribunal eclesiástico, según dispone el artículo 146, pero agregando que la admisión de la demanda está subordinada a que se haga constar previamente que ha precedido un juicio de conciliación y que no se ha conseguido el avenimiento de los cónyuges. No obstante lo anterior, es decir que toca al tribunal eclesiástico conocer de los juicios de divorcio perpetuo, el artículo 156 prescribe lo siguiente:

" Artículo 156.- Fenecida la causa de divorcio se pasará testimonio de la sentencia ejecutoriada al juez civil del domicilio de los litigantes para los demás efectos á que haya lugar ".

Del precepto anteriormente transcrito colegimos que aunque la sentencia de divorcio es dictada por la autoridad canónica, requiere la homologación de la civil.

Efectos del Divorcio Perpetuo.

Obviamente el efecto principal del divorcio consiste en la cesación de la cohabitación de los cónyuges. Empero, el tal divorcio " perpetuo " puede dejar de serlo, pues el artículo 157 autoriza al cónyuge inocente para que, aún después de haber sido ejecutoriado el divorcio, obligue al culpable a reunirse con él para reanudar la vida conyugal.

" Artículo 157.- Declarado el divorcio perpetuo por sentencia ejecutoriada, solamente el consorte inocente, podrá obligar al culpable á reunirse de nuevo y vivir como casados ".

Respecto a la subsistencia de la obligación alimentaria entre los cónyuges, el artículo 179 dispone de la siguiente manera:

" Artículo 179.- Si al esposo que obtuvo el divorcio no quedasen bienes suficientes para subsistir, el juez podrá concederle sobre -- los bienes del consorte culpable, si los tuviere, una pensión alimenticia, que no podrá exceder de la tercera parte de las rentas de éste ".

Esta pensión será revocable en el caso que deje de ser necesaria.

En lo que concierne a la situación de los hijos, en principio éstos deben de ser confiados al cónyuge inocente, pero el juez escuchando a otros familiares de los menores puede resolver que la prole se encomiende al cónyuge culpable o bien a un tercero.

" Artículo 160.- Los hijos serán confiados al esposo que obtuvo el divorcio; á menos que el juez en virtud de la demanda de los pa--- rientes, ordenase para el mejor bien de los hijos, que todos ó algunos de ellos sean con fiados al cuidado del otro esposo ó de otra tercera persona ".

2o. Divorcio Temporal.

Las causales de divorcio temporal aparecen en el artículo 162.

" Artículo 162.- El marido y la mujer podrán pedir el divorcio temporal:

Primero: Porque uno de los consortes haya caído en herejía ó apostasía justificadas, pero en este caso si el consorte apostata ó herege se convierte, el católico está obligado a reunirse con él.

Segundo: Cuando la mujer temiese ser complicada en los crímenes de su marido, que pudieran causarle la pérdida de su vida, de su honor, ó de sus bienes, porque corriese peligro de ser reputada complice de aquel.

Tercero: Por la locura ó furor de uno de los consortes, si otro corriese peligro en su vida, ó de padecer otro daño muy grave; pero esto se entiende en el caso de que usando de precaución no pueda liberarse del peligro

Cuatro: por causa de crueldad y malos tratamientos, sea en obras, como golpes, heridas, ú otras considerables, sea en palabras ultrajantes y frecuentes transportes, sea por medio de amenazas capaces de inspirar miedo en un varon constante.

La acción que proviene de esta cuarta causa, así como de las otras tres, compete no solo á la mujer sino también al marido

Como en el caso del divorcio perpetuo, la competencia para conocer del voluntario es del tribunal eclesiástico exclusivamente, según señala el artículo 164, pero también debe mediar el juicio previo de conciliación y la constancia de que no se obtuvo el avenimiento de las partes.

Por lo que toca al procedimiento a que debe sujetarse el divorcio temporal y a los efectos que genera, son simétricos a los del divorcio perpetuo.

" Artículo 167.- Las disposiciones prevenidas

en este título en virtud de las demandas de divorcio por causa de adulterio, relativas al depósito de la mujer, señalamiento de casa en -- que ella debe residir provisionalmente, obligación de justificar su residencia en ella, pensión alimenticia que el marido debe pagar á la mujer, gastos del pleito y la designación de la persona, á quien los hijos del matrimonio deban ser confiados, son enteramente aplicables á las demandas de divorcio temporal ".

" Artículo 168.- En el caso de que la crueldad y los malos tratamientos sean causados por la mujer, el marido no estará obligado á darle de -- sus bienes pensión para alimentos ".

4.- Código Civil para el Distrito Federal de 1870 y 1884.

Queremos hacer la aclaración de que ambos Códigos los hemos incluido en un mismo apartado porque guardan gran similitud entre sí. En primer lugar, coinciden los dos en no establecer el divorcio vincular, -- sino tan sólo el llamado separación de cuerpos, es decir, aquél que suspende la cohabitación pero manteniéndolo vivos todos los demás derechos y las obligaciones inherentes al matrimonio. Entre los códigos de 1870 y 1884 sólo hay diferencia de grado pero no de esencia, que consiste en que el primero de ellos establece mayores requisitos y -- plazos más largos para la tramitación del divorcio, pero en lo que -- se refiere a las causales por las que éste puede obtenerse así como su naturaleza y efectos, son prácticamente los mismos. Encontramos que en ambos ordenamientos aparecen como causales de divorcio algunas de las que también figurarán posteriormente con dicho carácter -- en la Ley Sobre Relaciones Familiares y que además pasaron al Código Civil de 1928, pero ya para la disolución plena del matrimonio.

Por lo que se refiere al Código Civil de 1870, el Capítulo V de dicho ordenamiento regula todo lo relativo al divorcio y no nos vamos

a ocupar mayormente de él, debido que como dijimos, Este Código guarda gran similitud con el de 1884, el cual si será objeto de nuestra específica atención. Refirámonos pues a las disposiciones contenidas en el Código de 1884. El artículo 226 del ordenamiento que nos ocupará el concepto de divorcio en los siguientes términos:

" Artículo 226.- El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código ".

Reiteramos que el Código Civil de 1884 no admite el divorcio vincular, lo cual se debe a su inspiración canónica, pues dentro del Derecho de la iglesia no se permite, aún a la fecha, la disolución del vínculo matrimonial.

En cuanto a las causales de divorcio se encuentran enumeradas en el artículo 277, en número de doce.

"Artículo 227.- Son causas legítimas de divorcio:

- I.- El adulterio de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;

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

V. El conato del marido ó de la mujer para corromper a los hijos, ó la tolerancia en su corrupción;

VI. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, ó aun cuando lo sea con justa causa, si siéndolo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga -- por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio;

VII. La sevicia, las amenazas ó las injurias graves de un cónyuge para con el otro;

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

IX. La negativa de uno de los cónyuges á ministrarle al otro alimentos conforme a la ley;

X. Los vicios incorregibles de juego ó embriaguez;

XI. Una enfermedad crónica é incurable que sea también contagiosa ó hereditaria, anterior á la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge;

XII. El mutuo conocimiento "

La fracción I establece como causal de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges. El texto legal utiliza una fórmula genérica, de modo que aparentemente el divorcio puede ser solicitado y obtenido por cualquiera de los cónyuges cuando el otro ha incurrido en adulterio; sin embargo el artículo 228, especifica que el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, en tanto que el del marido sólo bajo determinadas circunstancias que también el propio precepto detalla:

" Artículo 228.- El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando a él concurren alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

II. Que haya habido concubinato entre los --- adúlteros dentro ó fuera de la casa conyugal;

III. Que haya habido escándalo ó insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra ó de obra, o por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima ".

Por otro lado, debe hacerse notar que el divorcio podía también solicitarse y obtenerse cuando ambos consortes estuvieren de común acuerdo en ello. La posibilidad legal de proceder al divorcio voluntario se abre con la --- fracción XIII del artículo 227, como ya hemos visto; en cuanto a la regulación específica de dicho divorcio la encontramos en el artículo 231:

"Artículo 231.- Cuando ambos consortes convengan - divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no - podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito el juez y en los términos que expresan los artículos- siguientes; en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio ".

Para la obtención de su divorcio los cónyuges deben acompañar a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de - los bienes durante el tiempo de la separación:

"Artículo 232.- Los cónyuges que pidan de conformidad de su separación del lecho y habitación, acompañarán a su demanda un convenio que arregle la si- tuación de los hijos y la administración de los -- bienes durante el tiempo de la separación ".

En cuanto a los efectos que produce la sentencia que decreta el divorcio, tenemos que distinguir aquéllos que se dan respecto a los hijos y los que tienen que ver con los bienes.

En lo que concierne a los hijos, éstos quedan bajo la patria potestad del cónyuge que no es culpable, pero en el caso de que ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga aquélla, deberá nombrárseles tutor. El cónyuge que dé causa al divorcio, por otro lado, en ciertas hipótesis pierde todo poder y derecho sobre los hijos mientras viva el cónyuge inocente; en otras, esta pérdida es definitiva:

" Artículo 245.- Ejecutoriado el divorcio, que darán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se provera a los hijos de tutor ".

" Artículo 246.- Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los hijos menores ".

" Artículo 247.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos ".

" Artículo 248.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derecho so-

bre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto aquél, si el divorcio se ha declarado por las causas VII, VIII y XII señaladas en el artículo 227 ".

" Artículo 249.- En los demás casos, y no habiendo ascendientes en quién recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente ".

Por lo que se refiere a los efectos patrimoniales que produce el divorcio, una vez que éste sea ejecutoriado cada consorte recuperará sus bienes propios y la mujer readquiere su capacidad.

" Artículo 251.- Ejecutoriado el divorcio, vuelven a cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contratar y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dió causa al divorcio ".

" Artículo 252.- Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, aún cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente ".

5. Ley Carranza sobre el divorcio de 1914.

La Ley citada al rubro fué expedida el 29 de diciembre de 1914, estando don Venustiano Carranza en el Puerto de Veracruz. Se considera histórico este ordenamiento porque fué el primero que dentro del territorio nacional estableció el divorcio vincular, es decir el divorcio que disuelve el lazo matrimonial y hace que los cónyuges recuperen su capacidad para celebrar otro. El entonces Primer Jefe del

Ejercito Constitucionalista expidió la Ley que se menciona y que consta de sólo dos artículos. Dicha ley debería ser aplicada de manera local por los Estados de la República, por lo cual se ordena en ella que los gobernadores de aquéllos adopten las medidas -- pertinentes para incorporar el divorcio vincular en sus respectivas legislaciones civiles. Cabe sin embargo recordar que este importante cuerpo legal no llegó a tener plena vigencia en el territorio nacional, debido al estado de revolución en el que atravesaba el país, pues aún faltaba algún tiempo para que se restableciera la paz y las instituciones se consolidarían legalmente.

Los dos únicos artículos que integran a la Ley, expresan lo siguiente:

" Artículo 1o.- Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1874 -- reglamentaria de las adiciones y reformas de la -- Constitución Federal decretada el 25 de diciembre de 1873. en los términos siguientes:

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio -- tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida -- la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

" Artículo 2o.- Entre tanto se establece el orden constitucional en la República, los gobernadores -- de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación --".

6.- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

La Ley Sobre Relaciones Familiares es también una ley expedida por el gobierno carrancista; concretamente fué expedida el 9 de abril de -- 1917, es decir se trata de una legislación contemporánea de la Constitución Política Federal. Constituye respecto de la regulación anterior de la familia contenida en los códigos de 1870 y 1884, un avance importante. En efecto, en esta Ley la posición de subordinación que anteriormente tenía la mujer fué abolida, pues expresamente establece la equiparación de ambos sexos.

En lo que concierne al divorcio, siguiendo la línea de la Ley de 1914 (a la cual nos hemos referido en el apartado precedente), estableció el divorcio vincular. Cabe aclarar que la Ley Sobre Relaciones - Familiares sí tuvo autentica vigencia y que fué local para el Distrito Federal, por lo que debe considerarse que es la que en la práctica establece por vez primera, un divorcio vincular que sí funciona.

Veamos concretamente cómo desarrolla la regulación del divorcio el artículo de esta ley. El artículo 75 establece:

" Artículo 75.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro ".

En cuanto a las causas de divorcio figuran en el artículo 76 del ordenamiento señalado, en los siguientes términos:

" Artículo 76.- Son cuasas de divorcio:
I. El adulterio de uno de los cónyuges;
II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de cele-

brarse el contrato, y que judicialmente fuese de clarado ilegítimo;

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

IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los finés del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

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

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

VII. La sevicia, las amenazas o injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;

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

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

X. El vicio incorregible de la embriaguez;

XI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión;

XII. El mutuo consentimiento ".

No obstante lo anteriormente mencionado, en el sentido de que la Ley que nos ocupa tiende a equiparar a la mujer con el hombre, tal equiparación no es total, lo que se refleja en la regulación del divorcio, donde vemos que frecuentemente se conceden ciertas ventajas al lado masculino. Así por ejemplo, el artículo 76 establece entre otras causas de divorcio, en su fracción I, el adulterio de uno de los cónyuges. Parecería en consecuencia que si cualquiera de los cónyuges incurriera en adulterio, esto haría nacer para el otro inmediatamente el derecho de solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, de la lectura del articulado de la Ley podemos percibir que si bien el adulterio cometido por la esposa trae como consecuencia en todos los casos el divorcio, tratándose del marido no es así, pues el artículo 77 dispone las circunstancias específicas en que el adulterio del hombre puede ser alegado como causal de divorcio:

" Artículo 77.- El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, el del marido es solamente cuando en él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa;

II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

Es de hacerse notar que la fracción XII del artículo 76 establece como causal de divorcio el mutuo consentimiento. Es decir que en esta ley se reconoce que el acuerdo de los cónyuges es suficiente para la disolución del matrimonio.

Para la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento, a la manera de como se hace actualmente y conforme lo dispone el artículo 81, los cónyuges que lo pretendan debe acompañar a su demanda un convenio en el que se arregle la situación de los hijos y la manera de liquidar sus relaciones tocante a los bienes. En cuanto al esfuerzo que debe desplegarse para avenir a los cónyuges a fin de que depongan su actitud, se reconcilien y reanuden su vida cónyugal, la Ley dispone que deben celebrarse tres juntas de avenencia, mediando entre cada una de ellas cuando menos un mes; si comparamos dichas disposiciones con las actualmente en vigor, percibiremos que se aumenta una junta y además, que el plazo dentro del cual debe tener lugar su celebración, se duplica; seguramente, esto es con el propósito de prolongar la tramitación para dar mayor oportunidad a los cónyuges de reconciliación.

Desde luego el divorcio produce el efecto de que los cónyuges recuperen su capacidad matrimonial; Esto es, que disuelve su unión y los capacita para celebrar un nuevo matrimonio.

Con respecto a los hijos, éstos quedan en poder del cónyuge inocente:

" Artículo 97.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derecho sobre la persona de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará muerto éste; si el divorcio se ha decretado por las causas VI, VII, VIII, y IX del artículo 76.

La madre que conserve la patria potestad de sus hijos, la perderá si vive en mancebía o tiene un hijo ilegítimo ".

Y el artículo 98 agrega:

" Artículo 98.- En los demás casos, y no habiendo ascendientes en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente ".

Por lo que se refiere a los efectos del divorcio con relación a los bienes, son aplicables los artículos 99, 100 y 101.

" Artículo 99.- 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, el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

" Artículo 100.- Ejecutoriada el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, si lo hubiere; y en todo caso, se tomarán todas las precauciones necesarias para asegurar todas las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a sus hijos.

Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones, hasta que lleguen a mayor edad, y de las hijas, hasta que contraigan matrimonio, aunque sean mayores de edad, siempre que vivan honestamente.

" Artículo 101.- Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, mientras no contraiga otra vez nupcias y viva honestamente.

El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes propios con qué subsistir.

El cónyuge que debe pagar los alimentos podrá liberarse de esa obligación, entregando desde luego el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a cinco años.

CAPITULO SEGUNDO.

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

1.- Diferentes especies de divorcio que admite el Código Civil.

En el Código Civil encontramos reguladas diferentes especies de divorcio. Podemos decir que en él aparecen tanto el divorcio vincular (o sea aquél que disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro) como el divorcio no vincular (llamado también separación de cuerpos, que se traduce en la suspensión de la cohabitación de los consortes, pero manteniéndose todas las obligaciones inherentes al matrimonio).

También encontramos dentro del Código Civil el divorcio voluntario y el divorcio necesario, entendiéndose por el primero la disolución del vínculo matrimonial mediante el mutuo acuerdo de los cónyuges, en tanto que el segundo supone un estado de contienda, en el cual uno de aquéllos demanda del otro, con fundamento en alguna causal establecida por la ley, la disolución de su unión.

A continuación nos referiremos específicamente a cada una de las clases de divorcio mencionadas.

1.- Divorcio vincular y divorcio separación de cuerpos.

Va hemos dicho que el divorcio vincular es aquél que disuelve el vínculo de matrimonio, haciendo recuperar a los divorciantes su aptitud para contraer una nueva unión. El artículo 266 del Código Civil dispone:

" Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro ".

Vemos de lo anterior que el principal objeto del divorcio es disolver el vínculo y hacer recuperar a los antiguos cónyuges su capaci-

dad matrimonial. No sólo encontramos al respecto la disposición mencionada, sino que también en el artículo 289, párrafo primero, se reí tera la solución antes dicha:

" Artículo 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio ".

El divorcio vincular puede ser tanto necesario como voluntario.

Nuestro Código Civil se ocupa de regular también el divorcio separación de cuerpos que, como ya lo afirmamos, no disuelve el vínculo del matrimonio sino sólo suspende la convivencia de los consortes. Este tipo de divorcio no hace recuperar su capacidad matrimonial a los con sortes, puesto que se traduce exclusivamente en la suspensión de una de las obligaciones inherentes al estado de cónyuge, pero dejando sub sistentes las demás. Ripert y Boulanger caracterizan a la separación de cuerpos de la siguiente manera:

" La separación de cuerpos. Es el estado de dos esposos, que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos. La separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación " (I).

Procede el divorcio no vincular del Derecho Canónico, pues según ano tamos en el Capítulo Primero, la iglesia católica no admite la disolu ción del matrimonio, basada en el principio "quod deus conjuxit, homo non separet". Muchas personas que profesan la religión católica, temiendo contravenir los cánones no recurren al divorcio vincular, pues consideran que con ello estarían violando principios fundamentales de su creencia; pero como puede ocurrir que la vida de los cónyuges en común se haga imposible, pueden solicitar, en ciertas hipótesis, la separación pero sin que el matrimonio desaparezca.

(I) Ripert Georges y Boulanger, Jean. Citados por Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. México. -----
Pag. 584.

Dentro de nuestro Código Civil encontramos que el artículo 267. entre otras causales de divorcio, señala en sus fracciones VI y VII - las siguientes:

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

" VII. Padecer enajenación mental incurable".

Ahora bien, en los dos casos señalados puede pedir el cónyuge sano la simple separación de cuerpos, manteniéndose el vínculo matrimonial. Al respecto el artículo 277 establece:

"Artículo 277.- El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio ".

2.- Divorcio Necesario.

Se puede definir el divorcio necesario como "la disolución del matrimonio, decretada por la autoridad judicial a solicitud de uno -- solo de los cónyuges y con base en alguna de las causales limitativamente enumeradas por la ley al efecto " (1).

La anterior definición del divorcio necesario nos hace ver que este tipo de divorcio se decreta en todos los casos por la autoridad judicial, es decir no puede haber divorcio necesario administrati-

(1) Barroso Figueroa, José. Apuntes de clases. 1980.

vo. Por otro lado, para que este tipo de divorcio proceda es preciso que lo solicite uno de los cónyuges, basándose en alguna de las causales establecidas por la ley al efecto. Se considera que las causales tienen carácter limitativo, es decir, que sólomente procederá el divorcio cuando exista alguna circunstancia que esté específicamente determinada por la ley y, por ende, fuera de en las hipótesis enumerada el divorcio no procede; lo anterior, porque el matrimonio es una institución que debe poseer la mayor solidez posible, razón por lo cual únicamente puede decretarse su desaparición cuando haya motivos que hagan necesaria esa drástica medida. Las circunstancias anteriormente mencionadas es lo que solemos llamar "causales", esto es, las hipótesis que lista la ley y que son las únicas alegables para reclamar la conclusión del vínculo matrimonial.

En cuanto al número de las causales de divorcio. encontramos que el artículo 267 del Código Civil establece en sus primeras dieciséis fracciones otras tantas causales de divorcio; la fracción XVII se refiere al divorcio voluntario. Recientemente, en el Diario Oficial del 27 de diciembre del año proximo pasado, ha sido promulgado un Decreto que aumenta una nueva causal de divorcio, consistente, en síntesis, en el hecho de que los cónyuges permanezcan separados por más de dos años; precisamente esta causal es la que constituye el tema de la presente tesis y, por tanto, a ella nos referiremos ampliamente en el Capítulo Cuarto. El artículo 268 del Código Civil añade una causal más; este precepto, por cierto, ha sido objeto de reforma y en el Capítulo Tercero nos referiremos a él en forma específica.

3.- Divorcio Voluntario.

El divorcio voluntario no ha sido aprobado por todos los autores, pues muchos de ellos se muestran reacios a considerar atendibles las razones que lo fundan. Así, por ejemplo, Antonio de Ibarrola -

argumenta ampliamente en coontra de la disolución del matrimonio por mutuo disenso (1).

Sin embargo la conveniencia de admitir este tipo de divorcio se ha impuesto tanto en la generalidad de la doctrina como de las legislaciones de los países civilizados, pues muy frecuentemente es sólo un medio expedito para que los cónyuges obtengan su separación, ocultando una cierta grave causa que prefieren disimular a fin de evitar escándalo y contiendas.

El divorcio voluntario admite dos variedades: divorcio voluntario administrativo y divorcio voluntario judicial.

A).- Divorcio voluntario administrativo.

En cuanto al divorcio voluntario administrativo, toma este nombre porque se tramita precisamente ante una autoridad administrativa como lo es el juez del Registro Civil. Se trata en realidad de un tipo de divorcio de fácil procedimiento, que se desarrolla con gran rapidez, lo cual es atribuible al hecho de que no existen otros intereses involucrados que los de los propios divorciantes. El artículo 272 del Código Civil dispone:

(1) Antonio de Ibarrola, expresa al respecto: "Está edificada la familia sobre el matrimonio. Si la ley hace cesar bruscamente, o en cualquiera otra forma los efectos de éste, - la familia queda profundamente perturbada. Motivo muy grave, y de muy largo alcance, para disgregar a la familia es el divorcio por mutuo consentimiento.

En Francia triunfan los enemigos de la iglesia por la Revolución. Secularizado el matrimonio, más de medio siglo antes que entre nosotros, escapa al Derecho Canónico. La Ley de 20 de septiembre de 1792, consecuencia bien francesa de la libertad, razona: los esposos fueron libres al unirse, deben permanecer libres cuando les venga en gana separarse. Admite pues la ley el divorcio no únicamente por causas determinadas, sino por el mutuo consentimiento, ya que todo contratante puede destruir, de acuerdo con el-

" Artículo 272.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el código de la materia".

De la transcripción anterior se puede colegir cuáles son los requisitos para la tramitación del divorcio voluntario administrativo:

1.- Debe tratarse de personas mayores. A este respecto hay que hacer notar que el Código dispone que los divorciantes deben acreditar su mayoría de edad exhibiendo las actas de nacimiento respectivas. Sin embargo, en la práctica no es así, pues cuando por su apariencia se advierte que los cónyuges son mayores de edad, no es necesario que presenten tales atestados. Así, por ejemplo, si comparecieran a divorciarse un individuo de aproximadamente cuarenta años y una mujer de edad análoga, no se les exigiría que exhibieran sus actas de nacimiento.

otro, el contrato que el consentimiento de ambos había formado. --- nuestro Código Civil, artículo 272, no es sino una paupérrima reproducción del Decreto de 49 del mes floral del año dos de la República una e indivisible: puede el oficial del estado civil decretar el

2.- Los cónyuges no deben tener hijos. Esto explica la facilidad - con que se tramita el divorcio voluntario administrativo, pues tratándose de divorcio voluntario judicial tanto el juez como el Agente del Ministerio Público deben tener especial cuidado en que se - garanticen los intereses involucrados, que habiendo prole, no son- exclusivamente los de los propios divorciantes.

3.- Es necesario que los cónyuges hayan contraído el matrimonio ba jo el régimen de separación de bienes o bien, si lo contrajeron ba jo el de sociedad conyugal, que se haya disuelto dicha sociedad. - lo anterior es p^qra que en la separación no se discutan cuestiones patrimoniales; deben los problemas relacionados con el aspecto eco nómico del matrimonio encontrarse totalmente resueltos.

Vemos pues que los cónyuges que intentan el divorcio en esta vía - realmente no tienen problema a dirimir, puesto que ni han procrea- do hijos ni tienen un patrimonio común que dividir.

Un requisito más para la tramitación del divorcio voluntario admi nistrativo lo encontramos en el artículo 274, conforme el cual el- divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino cuando ha- ya pasado un año de que el matrimonio fué celebrado:

" Artículo 274.- El divorcio por mutuo -- consentimiento no puede pedirse sino pasa- do un año de la celebración del matrimonio".

divorcio por simple constatación de la separación de hecho por un- plazo de seis meses.

Y creían los legisladores franceses defender así a la familia. --- Chaymette procurador de la comuna de París curante el terror, con- solaba a los jóvenes desposados diciéndoles en el discurso a ellos dirigidos con motivos de su matrimonio, que el divorcio es nada me- nos que el dios tutelar del himeneo. Un dios ciego, comenta Ma--- zeaud, que se haya bien lejos de cumplir su misión. La locura del- divorcio se ampara de las grandes ciudades". (Derecho de Familia.- Editorial Porrúa, S. A. México. 1978. Pág. 293).

Como anunciamos previamente, la tramitación del divorcio voluntario administrativo es muy sencillo. Aún cuando el Código Civil es sustantivo y no un ordenamiento procesal, el trámite para obtener la disolución del vínculo matrimonial ante el juez del Registro Civil se contiene en el propio Código Civil, concretamente en el párrafo segundo del artículo 272. Dicho procedimiento consiste en que los consortes se presentan ante el juez del Registro Civil, quien debe identificarlos para cerciorarse de que efectivamente se trata de -- las personas que buscan separarse; seguidamente levanta un acta -- asentando la comparecencia de los cónyuges y los cita para que re-- tornen a ratificar su solicitud quince días después, y si en esta -- segunda oportunidad reiteran su intención de divorciarse, el juez -- debe asentar una nueva acta declarando divorciados a los solicitantes.

Sin embargo, puede ocurrir que las personas que así obtubieron su divorcio hayan faltado a la verdad; bien podemos suponer la existencia de una pareja que con el propósito de acelerar la disolución de su unión comparezca ante el juez del Registro Civil falseando datos, ya sea ostentándose sus miembros como mayores de edad cuando en realidad son menores, o bien negando a los hijos que sí tienen o, por último, que habiendo contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, ésta no haya sido disuelta. La sanción por tal -- proceder la encontramos en el párrafo tercero del mismo artículo -- 272 y consiste, simplemente, en que el divorcio no surtirá efectos legales, lo que equivale a tanto como asumir que jamás se tramitó -- dicho divorcio. Esto es explicable, sobre todo cuando existen hi-- jos, puesto que el matrimonio se ha disuelto sin tener en cuenta -- sus intereses y sin garantizarlos debidamente.

B).- Divorcio voluntario judicial.

Hemos visto en el apartado precedente cuáles son los requisitos que deben satisfacer quienes pretenden divorciarse mediante voluntario administrativo. Ahora bien aquellos que no satisfacen todos los requisitos enumerados en los tres primeros párrafos del ar-

artículo 272 del Código Civil, deberán tramitar su separación mediante divorcio voluntario judicial, que toma este nombre porque debe tramitarse con intervención de un juez, perteneciente precisamente al poder judicial, es decir, jurisdiccionalmente. El párrafo final del artículo 272 dispone:

" Artículo 272.-.....

Los consortes que no se encuentran en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles ".

También para la tramitación de divorcio voluntario judicial es preciso que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio:

"Artículo 274.- El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio ".

Cuando los consortes pretenden divorciarse en la vía voluntaria judicial, deben adjuntar a su solicitud de divorcio un convenio que satisfaga cada una de las previsiones contenidas en el artículo 273 -- también del Código Civil, que expresa:

"Artículo 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en el que se fijen -- los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo ".

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y un avalú de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad ".

Cabe aclarar que la fracción IV del artículo 273 ha sido modificada recientemente, para quedar de la siguiente manera:

" Fracción IV. En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo ".

La alusión al artículo 288 se debe a que antes de la reforma de dicho precepto, cuyo nuevo texto fué publicado el 27 de diciembre de 1983, los cónyuges no estaban obligados a ministrarse alimentos tratándose de divorcio voluntario, pero en adelante y en aplicación del precepto mencionado, se favorece a la mujer principalmente, para que pueda recibir cantidades a título de alimentos, aún tratándose de divorcio voluntario; en la parte relativa, o sea en los párrafos segundo y tercero, el nuevo artículo 288 establece lo siguiente:

"Artículo 288.-

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 in-

gresos suficientes y mientras no contraiga -- nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre im-
posibilitado para trabajar y carezca de ingre-
sos suficientes, mientras no contraiga nuevas
nupcias o se una en concubinato ".

A diferencia de lo que ocurre tratándose del divorcio administrativo, el Código Civil no incluye un procedimiento para su trámite, sino que para ello tenemos que recurrir al Código de Procedimientos Civiles, - que dedica su Título Décimo Primero, artículo 674 a 682, a regular el procedimiento al cual debe sujetarse la tramitación del divorcio vo-
luntario judicial. Encontramos que se trata de un procedimiento sen-
cillo, expedito y concentrado. En síntesis, el procedimiento en cues-
tión consiste en lo siguiente: a su solicitud de divorcio deben ad-
juntar los divorciantes el convenio a que se refiere el artículo 273, a que hemos hecho mención precedentemente; el juez, tan pronto como recibe la solicitud deberá citar a una junta, que toma el nombre de -
avenencia (porque el propósito de ella es que el juez exhorte a los -
divorciantes a fin de que depongan su actitud y reanuden su vida con-
yugal), después de los ocho y antes que transcurran quince días; a -
esa junta debe ser también citado el C. Agente del Ministerio Público, Celebrada la junta y dado el supuesto de que el juez no consiga ave-
nir a los cónyuges, debe aprobar provisionalmente el convenio si hay
lugar a ello y citar a aquéllos a una segunda junta de avenencia, que
deberá tener lugar después de los ocho y antes de los quince días de
celebrada la primera; a esta segunda junta también debe concurrir el
Ministerio Público. Después de la junta, si los divorciantes persis-
ten en su propósito de separarse, y si en el convenio quedan bien ga-
rantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el juez,
oyendo el parecer del Ministerio Público, debe resolver sobre si es o
no de decretarse la disolución del vínculo matrimonial.

Cabe aclarar que las juntas de avenencia constituyen actos personali-
simos, por lo tanto tienen que concurrir personalmente los divorcian-

tes. Además toca al Ministerio Público, en su carácter de representante social, vigilar que los intereses de los hijos menores o incapacitados queden bien garantizados, lo cual significa que si en su opinión no ocurre así, debe proponer las modificaciones al convenio que estime pertinentes, proposición que debe darse a conocer a los divorciantes, a fin de que traten de subsanar las omisiones en que hubieren incurrido, o bien hagan la manifestación de que el C. Agente del Ministerio Público no está asistiendo por la razón, en sus peticiones; en todo caso, es el juez quien debe resolver al dictar su sentencia, en el entendido de que el divorcio no puede ser decretado, -- hasta en tanto el convenio no se apruebe.

II.- Medidas provisionales que debe dictar el juez en el caso de divorcio.

La tramitación del divorcio implica la adopción de ciertas medidas -- que el juez debe decretar con carácter provisional, tanto para garantía de los intereses de los hijos como en beneficio de los cónyuges. Por lo tanto se refiere a los primeros, debe quedar garantizado su derecho a percibir alimentos; en cuanto a los segundos, puesto que no se ha dictado la sentencia de divorcio y siguen siendo cónyuges (y ya sabemos que entre los cónyuges, por disposición del artículo 302 del Código Civil, existe la obligación de proporcionarse alimentos), deben continuar ministrándose alimentos; sólo cuando se pronuncie la sentencia definitiva dejarán de ser consortes y entonces concluirá o permanecerá la obligación, dependiendo del sentido de la sentencia -- que se pronuncie.

Por otro lado, tratándose de una pareja desavenida que esté próxima a separarse, es conveniente que no tengan relación sexual, porque de ello podría resultar la procreación de un nuevo hijo; juzgándolo así, la ley prevé que el juez, entre otras medidas, debe decretar la separación provisional de los cónyuges. Aclaremos, por nuestra parte, -- que a partir de ese momento comienzan a correr los trescientos días --

del término que señala el artículo 158 del Código Civil, para la celebración de un nuevo matrimonio por la mujer, en el caso de que ésta resultara en el divorcio cónyuge inocente.

Concretamente el artículo 275 del Código Civil establece:

"Artículo 275.- Mientras que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos".

Al juez corresponde, desde el momento de admitir la demanda, dictar las medidas de carácter provisional que ordena el artículo 282:

"Artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes:

I. (Derogada).

II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

III. Señalar y asegurar los alimentos -- que debe 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 al respecto a la mujer que quede encinta;

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 conveniente " (I).

Notamos que la fracción II del artículo 282, dispone que el juez debe proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con lo que establece el Código de Procedimientos Civiles. Esa separación significa que cada cónyuge debe vivir, durante la tramitación del divorcio, en un domicilio diferente. Anteriormente, es decir antes de 1954, la mujer tenía que ser depositada en poder de una familia honesta y de buenas costumbres. Las modificaciones legales introducidas en el año mencionado, suprimieron el depósito obligatorio de la mujer, aunque éste puede solicitar su propio depósito si lo estima conveniente.

(I) El próximo 27 de marzo, entrará en vigor la reforma publicada el 27 de diciembre de 1983, conforme a la cual durante la tramitación del divorcio deben quedar en poder de la madre los hijos menores de siete años, salvo que exista grave inconveniente para ello. La parte reformada y adicionada tendrá el siguiente texto:

"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 deban quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

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

III.- Efectos del divorcio.

Los efectos del divorcio se proyectan en tres sentidos: 1o. Con relación a la persona de los cónyuges; 2o. Con relación a los hijos y, 3o. Con relación a los bienes adquiridos durante el matrimonio.

10. Efectos del divorcio con relación a la persona de los cónyuges.

Por lo que se refiere a los efectos del divorcio con relación a la persona de los cónyuges, podemos decir que el primero y más importante de todos es que disuelve el vínculo matrimonial y, como dice Rafael de Pina "deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio y fija la situación de los hijos " (1).

El artículo 266 establece:

"Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro ".

Añade el artículo 289, en su párrafo primero, confirmando lo anterior, lo siguiente:

"Artículo 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio ".

Así pues, con relación a la persona de los cónyuges el principalísimo efecto que el divorcio produce es el de hacer recuperar a los divorciados su capacidad matrimonial, por tratarse de divorcio vincular, es decir aquel que disuelve el lazo matrimonial; así los divorciados recuperarán la posibilidad de celebrar una nueva unión. Sin embargo, el momen-

(1) De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Volumen I. 1965. Pag. 343.

to que pueden proceder a ello depende de diversos factores, como son - la clase de divorcio de que se trate; si se trata de divorcio necesario, habrá que determinar si quien pretende contraer el nuevo matrimonio fué cónyuge culpable o inocente, y, por último, es necesario tomar en cuenta si quien trata de casarse es hombre o mujer.

Por lo que se refiere al primer punto, o sea el que tiene en cuenta la clase de divorcio de que se trata, debe contemplarse la disposición -- del párrafo tercero del artículo 289 del Código Civil:

" Artículo 289.- Párrafo Tercero. Para que los - cónyuges, que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio ".

Así pues, si el divorcio fué obtenido voluntariamente, quienes se han separado deben dejar que transcurra un año antes de intentar una nueva unión. ¿Porque la espera de un año?. Estimamos que lo que el legislador pretendió al obligar a los divorciados a esperar un año antes de - un nuevo matrimonio, fué tanto honrarla institución matrimonial, como ofrecerles un lapso de reflexión. Lo primero, para evitar que las personas disuelvan su matrimonio para contraer inmediatamente otro, es de cir, que que el divorcio no sea sino un instrumento para alcanzar la - libertad y poder en seguida celebrar una nueva unión. Respecto a lo se gundo, porque un divorcio siempre significa el fracaso de la vida ma- trimonial, consecuentemente la espera de un año puede servir de oportu- nidad para reflexionar acerca de las circunstancias que determinaron - que la unión anterior resultara fallida; de esta manera se busca la ma duración emocional suficiente del divorciado, antes de que reincida en dar tan importantepaso.

Por lo que se refiere al caso de que se trata de divorcio necesario, - ya dijimos que debe tomarse en cuenta si el cónyuge que pretende con- traer nuevo matrimonio fué el inocente o el culpable. Es que de acuer- do al artículo 289 párrafo segundo:

" Artículo 289.-
 El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio ".

Como apreciamos, el cónyuge culpable no puede contraer una nueva ---- unión sino después de transcurrido dos años computados a partir de -- que causó ejecutoria la sentencia que decretó el divorcio; esto constituye una especie de sanción para el cónyuge culpable que con su indebida conducta dió lugar al divorcio; tendrá él que esperar un bienio antes de intentar casarse de nuevo. También podemos suponer que - el plazo de dos años está establecido con la intención de permitir al cónyuge culpable que reflexione sobre su conducta indebida y respecto a las causas que originaron la ruptura de sumatrimonio.

Por último, mencionamos también que habría que tener en consideración si se trata del hombre o si de la mujer. En un divorcio necesario el cónyuge inocente, si es el varón, puede contraer nuevo matrimonio inmediatamente, pero si es la mujer, tendrá que esperar el plazo que se refiere el artículo 158 del Código Civil:

" Artículo 158.- La mujer no puede contraer - nuevomatrimonio sino hasta pasado trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, - puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación ".

De acuerdo con esta disposición la mujer tendrá que esperar trescientos días antes de celebrar nuevo matrimonio. Este plazo ha de contarse desde la sentencia de divorcio, pero también puede computarse a -- partir de que se decretó la separación de los cónyuges, en los casos -- en que tenga lugar aquél o en los de nulidad de matrimonio. La finali dad de que se haya establecido este llamado plazo de viudez (se le llama así, aún en los casos de divorcio), es para evitar la "turbatio -- sanguinis", es decir la confusión acerca de la paternidad del hijo -- que nazca, pues en efecto, si contrajera la mujer nueva unión sin de-

jar transcurrir el lapso mencionado, de concebir un hijo no podría saberse con precisión si fué engendrado por el primer marido o por el nuevo cónyuge. Por esta razón, sólo se le permite unirse en matrimonio si dá a luz un hijo en cualquier momento dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio anterior, pues si así ocurre, dicho hijo será del primer marido, pero ya quedará en aptitud de concebir un nuevo que necesariamente tendrá que imputarse al segundo consorte.

2.- Efectos del divorcio con relación a los hijos.

En cuanto a los efectos con relación a los hijos, debemos decir que tradicionalmente se ha considerado que en el divorcio los hijos son " el botón del vencedor " (1).

Actualmente la situación de los hijos viene determinada por el artículo 283 que establece:

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

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

Segunda. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI 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 po-

(1) Otero Buendía Lamberto. Derecho Civil. Editorial Moncay. Quito. Ecuador. 1981. Pag. 301

testad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrandola 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.

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

Sin embargo, queremos hacer la advertencia de que aún cuando es cierto - que el precepto mencionado todavía se encuentra en vigor, también lo es que a fines de marzo, concretamente el día 27, entrará en vigor la reforma al artículo 283. Según la reforma, ya no operarán las tres reglas -- contenidas en precepto ahora vigente, sino que quedará a la determina-- ción del juez, de acuerdo a las circunstancias y escuchando al parecer - de los parientes de la pareja divorciante, la determinación de cómo va - hacer atribuída la patria potestad y custodia de los hijos:

El texto del nuevo artículo ya reformado, será el siguiente:

"Artículo 283.- 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 dere--chos y obligaciones inherentes a la patria - potestad, su pérdida, suspensión o limita--ción, según el caso, y en especial a la cus--todia y al cuidado de los hijos, debiendo ob--tener los elementos de juicio necesario para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ---ejercicio de la patria potestad a quien le--galmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor ".

Por otro lado, es obvio que el divorcio se da entre los cónyuges, pero -

ninguno de ellos se divorcia de los hijos. Con lo anterior queremos decir que continúan subsistentes las obligaciones que como padres tienen los divorciados respecto a su prole. El artículo 285 establece que aunque el padre y la madre pierdan la patria potestad sobre sus hijos, mantienen todas las obligaciones respecto de ellos:

"Artículo 285.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos".

El artículo 287 en su parte final, enfatiza esta obligación en los siguientes términos:

"Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad".

Nótese que no se hace distinción de si los hijos son varones o mujeres, sino de manera expresa se establece que la obligación a cargo de los padres de alimentar a sus hijos se prolonga hasta en tanto alcanzan la mayoría de edad. No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que aún cuando los hijos lleguen a la mayor edad, deben continuar los padres contribuyendo a su sostenimiento, en caso de que estén estudiando y requieran de su auxilio.

El criterio de la Corte puede justificarse desde el punto de vista de lo dispuesto por el artículo 308 del Código Civil.

"Artículo 308.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asis-

tencia en casos de enfermedad. Respecto de -- los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancia personales ".

Como puede verse de la parte final del artículo 308, tratándose de menores los alimentos comprenden los gastos necesarios para proporcionarle algún oficio o profesión honestos y adecuados al sexo y circunstancias del alimentista. Ahora bien, resulta practicante imposible que alguien alcance una profesión antes de los dieciocho años, razón por la cual para que pueda cumplirse con lo que establece el artículo 308, es preciso que se prolongue la ministración de los alimentos aproximadamente hasta los veintidos o veintitres años, que es cuando se culmina una carrera profesional.

3.- Efectos del divorcio con relación a los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Puede ocurrir que antes de la celebración del matrimonio los cónyuges hayan adquirido bienes cada uno por su cuenta; en este caso, a menos que se pacte en las capitulaciones matrimoniales que alguno de ambos transmitirá al otro determinada parte de su patrimonio, cada cual conserva lo que originalmente le pertenece. Ahora bien, el matrimonio puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bien bajo el de separación de bienes. En éste último caso, cada uno de los cónyuges mantienen la propiedad, el usufructo y la administración de los que hubiere adquirido previamente a la celebración de su unión y, así mismo, de los que adquiriera con posterioridad. En cambio, si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal, todos los bienes obtenidos con posterioridad a la celebración del vínculo se entienden adquiridos a partes iguales por ambos cónyuges; los bienes así ganados, toman el nombre de gananciales.

La sociedad conyugal adoptada por el Código Civil es una sociedad de gananciales, es decir de bienes supervenientes a la contracción del matrimonio. Esto es necesario tomarlo en consideración, para precisar cuando causa ejecutoria la sentencia de divorcio, la manera como se va hacer la atribución de los bienes comunes.

El artículo 287 establece al respecto:

"Artículo 287.- 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 quedan pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos".

Otro efecto que también debe incluirse entre los de caracter patrimonial que genera el divorcio, es el relativo a la obligación que tienen los cónyuges de proporcionarse alimentos, según el caso. El artículo 288, en su primera parte y refiriendose al divorcio necesario, dispone:

"Artículo 288.- En los casos de divorcio el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad de 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 nupcias".

Actualmente el mismo artículo 288, en su párrafo final, establece que en el divorcio por mutuo consentimiento, a menos que haya pacto en contrario, ninguno de los cónyuges tiene derecho percibir cantidad alguna por concepto de pensión alimenticia. Sin embargo, la reforma publicada el 27 de diciembre retropróximo y que entrará en vigor tres meses después de su publicación, dispone en favor de la cónyuge el derecho a percibir alimentos

cuando no obtenga ganancias suficientes, y el mismo derecho en beneficio del cónyuge, cuando está imposibilitado para trabajar. El nuevo texto dice lo siguiente:

"Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario 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.

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.

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.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

Adviertase que la ley no trata de igual manera al hombre que a la mujer, - pues en cuanto a éste último condiciona su derecho a percibir alimentos, - tanto que no tenga ingresos suficientes como a que éste imposibilitado para trabajar; en cambio, tratándose de la mujer, éste tiene derecho a la percepción de los alimentos si no tiene ingresos suficientes, independientemente de que sea apta o no para desempeñar una labor remunerada. En nuestra opinión la constitucionalidad de la reforma es cuestionable, a la luz de lo dispuesto en el artículo 40. de nuestra Carta Magna, conforme al cual el hombre y la mujer son iguales ante la ley.

CAPITULO TERCERO.

El Divorcio Necesario.

1.- Naturaleza restrictiva de la enumeración de las causales de divorcio.

El matrimonio es la institución que el Derecho provee para legalizar la unión de los sexos, es decir, para el establecimiento regular de la familia. Esta última viene a constituir la célula social por excelencia; por ello se afirma que "una sociedad humana, será, desde el punto de vista ético, tan sana como solida y bien establecidas lo --- sean las familias que la constituyen" (1).

En razón de lo anterior, el Estado procura rodear a la familia de protecciones que aseguren su estabilidad y permanencia. De ahí, la creación de instituciones jurídicas tales como el patrimonio familiar y la obligación alimentaria que tienden asegurar el desarrollo adecuado del grupo familiar.

En los tiempos actuales la familia parece tender a su disgregación, - pues cada vez sus miembros conviven menos, lo que debe atribuirse, sobre todo, a la necesidad de que ambos cónyuges laboren para poder hacer frente a los gastos que implica el sostenimiento del hogar.

Es frecuente ver que los hijos sólo en pequeños lapsos por la mañana y la noche, puedan tener contacto con quienes los procrearon.

El hecho de que tanto la mujer como el hombre tengan relación inmediata (por razones de trabajo, estudio, etc.) con personas del sexo ---- opuesto, ha favorecido la relajación de los vínculos de afecto y respeto, lo que da lugar a su vez, a que se multiplique el número de parejas que se separan. El Derecho no ha podido permanecer ajeno a la -

(1) Sandoval Baca María Elena. Sociología. Edición privada de la autora. México. 1978. Pág. 87.

influencia del fenómeno referido y es por eso que a través del establecimiento del divorcio canaliza por vías legales el alejamiento fáctico de los consortes. Pero siendo tan importante la persistencia de la familia, no puede permitir que el divorcio se consume a iniciativa de uno sólo de los esposos, sino cuando en verdad existe una causa de tan grave naturaleza, que haga imposible la continuación de la vida en común. Esas circunstancias tan especialmente graves que el Derecho considera como suficientes para la obtención del divorcio, están concretadas en las llamadas causales de divorcio, que dentro de nuestra legislación aparecen en las primeras dieciseis fracciones del artículo 267, así como en la fracción XVIII del mismo precepto (de reciente creación) y en el artículo 268.

Cabe aclarar que el divorcio sólo puede ser obtenido cuando se dan -- las circunstancias que limitativamente establecen las causales; de -- este modo, una circunstancia diversa de las que en ellas aparecen, no sería idónea para reclamar y obtener la disolución del vínculo, aunque a los ojos del demandante pudiera revestir gran trascendencia --- (por ejemplo, mudar de religión, que la mujer resulte no ser virgen, etc.).

II.- Criterio clasificatorio de las causales de divorcio:

Puede definirse la causal de divorcio como toda aquella circunstancia que permite obtener la disolución del vínculo matrimonial con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento establecido al efecto. Las causales de divorcio, como hemos visto anteriormente, tienen carácter limitativo, es decir, que solamente puede haber lugar a la disolución del vínculo matrimonial, en las circunstancias que especifican las mismas.

Numerosos autores han intentado hacer una clasificación de las causales de divorcio; de entre ellas merece especial referencia la intentada por Francisco Consentini, que divide las causales en cinco grupos que son los siguientes:

" 1.- Causas Criminológicas 2.- Causas Simplemente Culposas, ---
3.- Causas Eugenésicas. 4.- Causas Objetivas. 5.- Causas Indeterminadas.

Entre las primeras, o causas criminológicas, se encuentran: el adulterio de cualquiera de los cónyuges, siempre que no haya sido consentido o perdonado por el otro; el atentado contra la vida del cónyuge o de los hijos; la condena por delito infamante; lesiones, malos --tratos de obra y las injurias, en el sentido estricto de la palabra; el intento o la connivencia para prostituir a las hijas o corromper a los hijos; la tentativa de la prostitución de la mujer y el abandono de la familia.

Entre las causas simplemente culposas consignaremos: el abandono del hogar, cuando no tenga carácter punible; el quebrantamiento de los -deberes cónyugales; la injuria, en su sentido amplio de simple trato injusto; la ausencia y la separación injustificada y contra la voluntad del otro cónyuge.

Entre las causas eugenésicas figuran: la locura incurable; la enfermedad grave, crónica y contagiosa, que algunas legislaciones exigen -que sea anterior al matrimonio y maliciosamente ocultada al otro cónyuge; el alcoholismo habitual o consuetudinario, y el uso constante e inmoderado de estupefacientes. Estas causas son generalmente culpo--sas, aunque puede haber casos de inculpabilidad como la locura y algunas enfermedades crónicas y contagiosas, contraídas sin culpa del cónyuge que las padece.

Entre las causas objetivas o inculpables, podemos citar la separación libremente estipulada y consentida por ambos cónyuges, durante un --- tiempo mas o menos largo, según el criterio de las legislaciones, pero siempre superior a seis meses; la ausencia involuntaria, la enfermedad mental y la enfermedad independiente de toda negligencia o malicia del cónyuge que la sufre.

Las causas indeterminadas son: la relajación del vínculo cónyugal, - que, por múltiples motivos, imputables o no a uno de los cónyuges, -- llegue a hacer insoportable la convivencia, y la perturbación de las relaciones cónyugales, que, culposa o no, pueda llevar al mismo resultado. En realidad, estas causas pueden reducirse a una sola, donde - caben la incompatibilidad de caracteres, las diferencias religiosas y otras motivaciones análogas, que en unas legislaciones se especifican, y en otras, donde las causas indeterminadas se expresan en concepto - global, pueden ser discrecionalmente admitidas por los tribunales ".
(1).

Algunos otros autores, como es el caso de Benjamin Flores Barroeta, prefieren hacer no una clasificación tan elaborada de las causales de divorcio, sino se limita simplemente a una bipartición. El autor que acabamos de señalar procede de esta manera y su dicotomía distingue - entre causas-necesidad y causas-sanción. " Las primeras se constituyen por todas aquéllas establecidas por la ley, en razón de conside--rarse inadecuada la vida en común para los fines del matrimonio. Las segundas, significadas como penas impuestas a uno de los cónyuges por omisión de los deberes que los mismos fines del matrimonio imponen ".
(2).

(1) Francisco Consentini. Citado por Luis Fernández Clerigo: El De--recho de la familia en la Lección Comparada. Unión Tipográfica. Editorial Hispano-Americana. México. 1947. Pág. 136.

(2) Flores Barroeta Benjamín. Lecciones de Derecho Civil. Pág. 385.

III.- Estudio particularizado de las diferentes causales de divorcio contempladas en los artículos 267 y 268 del Código Civil.

Las causales de divorcio están contenidas en las primeras dieciséis - fracciones del artículo 267 del Código Civil, pues la fracción XVII - del mismo precepto versa sobre el divorcio por mutuo consentimiento. La reforma publicada con fecha 27 de diciembre de 1983, agregó una -- fracción más al artículo 267, la XVIII, en la que se contiene una nueva causal que es precisamente aquélla cuyo estudio constituye el tema principal de esta tesis. El artículo 268 añade otra causal.

A continuación haremos un estudio somero, pero substancial, de cada - una de las diversas causales de divorcio a que hemos hecho mención.

Causales contenidas en el artículo 267 del Código Civil:

" Artículo 267.- Son causas de divorcio

I. El adulterio debidamente probado de uno - de los cónyuges "

Una de las obligaciones fundamentales que resultan del matrimonio está constituida por el deber de fidelidad. Es decir, que los cónyuges no solamente tienen la obligación de tener relación sexual entre sí, sino además, de que esa relación sea exclusiva. Cuando alguno de los miembros de la pareja tienen relación carnal con persona distinta de su cónyuge, se dice que ha cometido adulterio. Debe hacerse nítida-- mente la distinción de lo que es adulterio en materia civil y lo que es en materia penal. A los efectos de la ley penal, el adulterio pa-

ra ser tal debe ser perpetrado con alguna de estas dos circunstancias: en el domicilio conyugal o bien con escándalo; en este sentido, el artículo 273 del Código Penal dispone lo siguiente:

"Artículo 273.- Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por -- seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio cónyugal o con escándalo".

Ahora bien, tratándose del adulterio civil no es preciso que se cometa concurriendo alguna de las dos circunstancias mencionadas, basta simplemente el hecho de que cualquiera de ambos consortes tenga relación sexual con algún extraño.

Generalmente se ha considerado que la prueba del adulterio es difícil, pues los actos que lo constituyen suelen practicarse en la intimidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha podido desconocer este dato que ofrece la realidad y con objeto de no hacer nugatoria la hipótesis contenida en la fracción I del artículo 267, ha sostenido en jurisprudencia firme que el adulterio puede ser probado indirectamente:

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comunmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta por la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable".

JURISPRUDENCIA 159 (Sexta Epoca). Pag. 496, Volumen 3a. SALA. Cuarta Parte. Apéndice 1917---1975.

Desde la Época del Derecho Romano se ha sostenido que el adulterio de-

la mujer reviste mayor gravedad que el del hombre, porque es susceptible de llevar sangre nueva al hogar, lo que el del varón no puede hacer. Recordemos que conforme a los artículos 324, 325 y 326 del Código Civil, los hijos de una mujer casada siempre se reputan del marido; siendo así, si la cónyuge concibe un hijo, por disposición de la ley el engendrador es el esposo. En cambio, a nadie se le ocurriría afirmar que si éste último procreara un hijo con alguna mujer diferente de la esposa, tal hijo ha sido concebido por ésta.

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

La hipótesis a que se refiere la fracción II supone que la mujer concibió un hijo antes de casarse, pero que éste nace ya durante el matrimonio. La cuestión a resolver aquí, es la relativa a cómo saber - que el hijo fué concebido antes de la celebración del matrimonio. No existe una manera técnica de llegar a ese conocimiento, pero el Código Civil ha establecido sus propios parámetros al respecto, considerando que el término mínimo de la gestación humana es de 180 días; -- por lo tanto, si el hijo nace después de los 180 días se considera -- que lo es del marido, pero si nace antes de que transcurra ese lapso de seis meses, se supone que el engendrador no es el marido, sino que puede serlo persona diferente de él. De ésta manera, si una mujer -- alumbró al cuarto mes de haber contraído matrimonio, el hijo no disfruta de la presunción a que se refiere el artículo 324 y, consecuentemente, el marido puede desconocerlo dentro del término que señala - el artículo 330 del Código Civil:

"Artículo 324.- Se presumen hijos de los -- cónyuges:

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

II. Los hijos nacidos dentro de los tres---cientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del

contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedarón separados los cónyuges por orden judicial".

"Artículo 330.- En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados -- desde el nacimiento, se está 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".

Dispone la misma fracción II del artículo 267 que estamos comentando, - que para que pueda proceder la causal de divorcio es necesario que el - hijo sea declarado ilegítimo judicialmente. Lo anterior implica que el marido tendrá que seguir el juicio de desconocimiento y obtener sentencia favorable; únicamente cuando esto ocurra podrá proceder a demandar el divorcio.

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

Una de las principales finalidades del matrimonio es la ayuda mutua, -- que no solamente se refiere a la ministración de satisfactores materiales, como serían los alimentos, sino también al apoyo moral. Es claro que si un marido hace propuestas a su mujer a efecto de que se prostituya, o bien obtiene alguna remuneración para permitir que otro sujeto -- tenga relaciones carnales con ella, está faltando al deber de ayuda mutua. Diríamos no sólo que omite la conducta de brindar auxilio, sino -- que incluso está actuando en contra de ella. Es claro que el matrimo-- nio no puede subsistir cuando el marido toma esa actitud, que hasta puede ser delictiva, porque el artículo 206 del Código Penal tipifica el - lenocinio en los siguientes términos:

" Artículo 206.- El lenocinio se sancionará con prisión de seis meses a ocho años y multa de cincuenta a mil pesos ".

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

La fracción que se menciona, declara que es causal de divorcio la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Aquí encontramos que esta incitación puede tipificar el delito previsto por el artículo 209 del Código Penal que textualmente estatuye:

" Artículo 209.- Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al -- provocado la sanción que le corresponda por -- su participación en el delito cometido ".

Como se ve, conforme al artículo 209 del Código Penal se requiere -- que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o -- bien que haga la apología de éste o de un vicio; en cambio, la fracción IV del artículo 267 del Código Civil no requiere que provocación sea pública, basta con que un cónyuge incite al otro a cometer -- un delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal, o bien que lleve a cabo violencia física, o moral para que cometa el delito. Podrá haber tanto causa de divorcio como delito, cuando públicamente un cónyuge incite o provoque al otro para que cometa el delito, o lo que es más grave, cuando lleve a cabo violencia bien física, a través de fuerza, tortura, de dolor, de privación de la libertad o moral, mediante amenazas, para que se cometa el delito.

Penalmente no se necesita que el delito se realice; pero si se ejecutare, entonces habrá una coparticipación; serán responsables del delito, respectivamente, el que indujo, incitó o provocó para que se cometiera, y el que lo realizó.

La causa de divorcio a la que se refiere la fracción IV que estudiamos, puede también comprender el caso en el que el cónyuge provocado o violentado realice el delito, y entonces el culpable que indujo o que hizo uso de violencia, será partícipe en la realización de ese delito, y podrá nuevamente el caso de que ambos sean causantes del divorcio, como cónyuges culpables. Uno por haber incitado, provocado o violentado al otro cónyuge, y este último por haber realizado el delito, siempre y cuando estemos en el caso de la fracción XIV y el delito cometido sea de aquéllos que tengan una pena de prisión mayor de dos años, como se menciona en la fracción XIV.

En cambio, si el delito tiene una pena menor de dos años, el que lo realiza por la incitación del otro, o por la violencia, no incurre en causa de divorcio, y el que hace uso de la violencia, o el que incite al otro cónyuge a cometer el delito, si incurre en causa de divorcio, porque la fracción IV no requiere para que se justifique esta causal, que la sanción sea mayor de dos años de prisión respecto del delito que se indujo a cometer, o respecto del que se ejecuta -- violencia para que se realice.

Nuevamente volvemos a encontrar la independencia entre la jurisdicción civil y penal, y por tanto, el término de caducidad de seis meses correrá a partir del momento en que un cónyuge haya incitado o violentado al otro para cometer cualquier delito, cométase o no se cometa, con más o menos dos años de prisión.

" V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción ".

Aquí también nos encontramos frente a la violación de los principales fines del matrimonio, que es el de educar a la prole. Los padres no sólo por mandato jurídico sino también por obligación ética, están constreñidos a dar buen ejemplo a sus hijos y a encaminarlos adecuadamente en la vida; este deber moral suele cumplirse de manera espontánea por que es regla general que los progenitores traten de hacer de sus hijos personas útiles y valiosas. Sin embargo, no siempre se dá cumplimiento a esta obligación e incluso en ocasiones puede llegarse al extremo opuesto, es decir a la acción tendiente a corromper a los descendientes. Cuando esto ocurre se transgrede uno de los deberes fundamentales de los padres y la ley civil sanciona concretamente dicha conducta, estableciendo en favor del otro de los progenitores la facultad de solicitar y obtener la disolución del vínculo matrimonial.

¿ En que pueden consistir los actos inmorales tendientes a la corrupción de los hijos ? :

" Artículo 270.- Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia en la corrupción que dá derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones ".

Notamos del precepto transcrito que para que se dé la causal de divorcio no es necesario que los hijos sean comunes, es decir procreados-

por ambos cónyuges, pues bien pueden serlo de uno sólo de ellos. Por otro lado, aclara la parte final del artículo 270 que la tolerancia en la corrupción no debe consistir en simples omisiones, sino en actos positivos; por ejemplo, si resulta que uno de los progenitores permite que los hijos sean corrompidos, pero no porque tenga esta intención u ocurra tal corrupción a su ciencia y paciencia, sino porque es persona negligente y descuidada que no pone suficiente vigilancia en la conducta de los hijos, no se dará la causa de divorcio.

Por otro lado la corrupción de menores está sancionada desde el punto de vista penal, esto es, está tipificada como delito dentro de nuestra legislación punitiva:

" Artículo 201.- Se aplicará prisión de seis meses a cinco años al que facilite o procure la corrupción de un menor de dieciocho años de edad."

Comete el delito de corrupción de menores - el que procure o facilite su depravación sexual, si es púber, la iniciación en la vida sexual o la depravación de un impúber, o los induzca, incite o auxilie a la práctica de la mendicidad, de hábitos visiosos, a la ebriedad, a formar parte de una asociación delictuosa, o a cometer cualquier delito.

Cuando los actos de corrupción se realicen reiteradamente sobre el mismo menor y debido a ellos éste adquiera los hábitos del alcoholismo uso de sustancias tóxicas u otras que produzcan efectos similares, se dedique a la prostitución o a las prácticas homosexuales, o forme parte de una asociación delictuosa, la pena de prisión será de cinco a diez años y multa hasta de veinticinco mil pesos.

Si además de los delitos previstos en este capítulo resultase cometido otro, se aplicarán las reglas de acumulación."

" Artículo 203.- Las sanciones que señalan los artículos anteriores se duplicarán cuando el de

lincente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor, privando al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendientes ".

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

Encontramos que esta causal contiene dos hipótesis distintas, que analizaremos separadamente:

1a. Establece el Código como causal de divorcio el hecho de que uno de los cónyuges padezca una enfermedad incurable, que además sea contagiosa o hereditaria, ejemplificando al respecto con la tuberculosis y la sífilis. La mención a estas enfermedades, que antes de 1928 (época en que se proyecta el Código) eran incurables, resulta ahora un tanto anacrónica, pues la tuberculosis, a partir del descubrimiento de los antibióticos, se ha convertido en una enfermedad susceptible de ser curada, a menos que haya llegado a un estado muy avanzado; por lo que se refiere a la sífilis, alguna variedad de ella es también curable (puede considerarse aún parcialmente idóneo el ejemplo que propone el Código al referirse a la sífilis). Lo importantes es que cuando uno de los cónyuges padece alguna enfermedad contagiosa e incurable, se crea con ello un peligro para la familia, esto es, no solamente para el otro cónyuge sino también para los hijos: por esta razón es conveniente que cese la convivencia.

Incluso el contagio venéreo constituye delito en los términos del artículo 199 bis del Código Penal:

" Artículo 199 bis.- El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo -

infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si causa el contagio.

Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido ".

Por lo que se refiere a las enfermedades de carácter hereditario, es igualmente conveniente que concluya la convivencia, pues la vida en común que hacen los cónyuges puede traer como consecuencia el engendramiento de nuevos hijos que, al recibir la carga genética de la enfermedad, pudieran nacer con defectos físicos más o menos graves, lo que hay que evitar. Recordemos que el propio Código Civil establece entre los requisitos para contraer matrimonio, en su artículo 98 fracción IV, el de que los pretendientes exhiban un certificado médico en el cual conste que no padecen este tipo de enfermedad; ello, con el propósito de proteger a la descendencia.

2a. La impotencia incurable sobrevinida después de la celebración -- del matrimonio también se considera causal de divorcio por la frac--- ción que comentamos. Esto se debe, por una parte, a que uno de los - fines del matrimonio es la perpetuación de la especie y si hay impo-- tencia para llevar a cabo la relación sexual, obviamente no se podrán procrear hijos. Por otro lado, sufriendo impotencia uno de los cónyu-- ges no cumplirá con la relación sexual, que constituye uno de los de-- beres matrimoniales; Esto condenaría al otro cónyuge a un estado de castidad perpétua, lo que la legislación no puede permitir porque es antinatural.

" VII. Padecer enajenación mental incurable ".

Actualmente el Código Civil establece en su artículo 271 lo siguiente:

"Artículo 271.- Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad".

Vemos de la disposición legal anterior que cuando uno de los cónyuges padece enajenación mental, el otro antes de solicitar la disolución del vínculo matrimonial debe esperar un bienio. Lo anterior es con el propósito de que exista un cercioramiento respecto a que efectivamente la enajenación mental es incurable, pues el lapso mencionado puede considerarse como suficiente para alcanzar certidumbre al respecto.

La fracción VII que comentamos ha sido reformado por Decreto de 13 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de 27 del mismo mes y año. El nuevo texto entrará en vigor tres meses después de su publicación, y dice lo siguiente:

"VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge de mente".

Una vez que entre en vigor la reforma ya no será necesario esperar el plazo de dos años para demandar el divorcio con base en esta causal, bastará que se siga el juicio de interdicción y que en este se declare que verdaderamente el cónyuge es enajenado mental. La enmienda legal tiende a evitar que se multipliquen los juicios de divorcio basados en la falsa imputación de incapacidad que uno de los consortes hace al otro. En lo sucesivo habrá una prueba preconstituída, consistente en la sentencia que declara el estado de incapacidad del consorte demandado, pues detectada ésta, el otro podrá demandar el divorcio utilizando como medio de prueba precisamente el resultado obtenido en el juicio de interdicción.

La razón de la causal en comentario es bien clara, pues la convivencia con un enajenado mental, además de resultar con frecuencia difícil dada la atención especial que necesita el enfermo, puede ser también peligrosa, pues quien no se encuentra en sus cabales podría atacar a sus familiares.

" VIII. La separación de la casa cónyugal por más de seis meses sin causa justificada".

Una de las obligaciones fundamentales que deriva para los cónyuges del matrimonio, consiste en la de cohabitación, o sea la obligación de cada uno de ellos de vivir al lado del otro. Esta obligación se establece de manera expresa en el artículo 163 del Código Civil: ¿Qué ocurre si alguno de ambos consortes incumple el deber de convivencia?. Aunque dentro del cuerpo legal que nos ocupa no existe disposición expresa que sancione la omisión de que se trata, de manera indirecta lo hace, estableciendo en favor del cónyuge abandonado el derecho de demandar el divorcio, cuando el abandono de su consorte se prolonga por un término mayor de seis meses.

La Suprema Corte de Justicia ha establecido en jurisprudencia firme, cuales son los elementos que configuran la causal prevista en la fracción VIII del artículo 267:

DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE

La causal de abandono del domicilio conyugal requiere la comprobación plena de los hechos a supuestos que la integran, y que son: a).- La existencia del matrimonio; b).-

La existencia del domicilio conyugal, y c).- La separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de -- seis meses sin motivo justificado.

JURISPRUDENCIA 155 (Séptima Epoca), Pág. 479, Volumen 3a. SALA Cuarta Parte Apéndice 1917 - 1975.

De la tesis jurisprudencial transcrita se advierte cuáles son los elementos que deben darse para que haya lugar a demandar el divorcio por la causal que se menciona. En cuanto a la existencia del matrimonio, se demuestra mediante la presentación del acta del Registro Civil correspondiente. En lo que consierne a la existencia del domicilio conyugal, es necesario que los consortes vivan en un hogar propio, es decir en donde tengan autoridad propia, de manera que sean ellos quienes pronuncien las decisiones acerca del desarrollo de la vida en dicho domicilio; al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia firme, ha sostenido que no existe domicilio conyugal y, por lo tanto, no puede darse su abandono, cuando los cónyuges vivan en calidad de "arrimados".

DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.

Para configurar la causal de divorcio consistente en el -- abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la --- existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, -- en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio.

JURISPRUDENCIA 157, Pag. 588, Volumen 3a. SALA, Cuarta - Parte Apéndice 1917 - 1975.

Este criterio de la Suprema Corte de Justicia se verá respaldada legalmente cuando entre en vigor el nuevo texto del artículo 163, o sea a -- partir del 27 de marzo de 1984; dicho precepto considera domicilio --

conyugal el lugar que los esposos establezcan de común acuerdo y en el cual disfruten de autoridad propia y consideraciones iguales:

" Artículo 163.- Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el hogar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar ensalubre o indecoroso ".

Para que se de la causal de divorcio es preciso que la separación de los cónyuges se prolongue por más de seis meses y sin motivo justificado. - Para que haya abandono debe ser éste sin motivo justificado, es decir -- que si existe alguna razón que explique jurídicamente el alejamiento de uno de los cónyuges del domicilio conyugal, no se da la causal; así, como ejemplo, si el marido es víctima de un padecimiento y permanece hospitalizado ocho o nueve meses en un nosocomio, entonces no puede decirse que su abandono haya sido injustificado, pues fué la enfermedad la que lo obligó a permanecer distante del hogar; otro tanto podemos decir del diplomático que es comisionado fuera del país para representar a México y que por esta razón y cumpliendo su comisión, tiene que partir al extranjero durante un periodo mayor de seis meses.

La Suprema Corte de Justicia considera que el abandono no es injustificado cuando exista entre los cónyuges un acuerdo de separación:

DIVORCIO. ABANDONO DE HOGAR. ACUERDO DE SEPARACION

Tanto en el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada por más de seis meses, como cuando la causal se funda en la separación justificada por más de un año, en -

ambas situaciones, si la separación fue motivada por acuerdo mutuo entre los cónyuges para vivir - separados, y posteriormente no se ha requerido al culpable para reintegrarse al domicilio conyugal, no existe abandono de hogar y ninguna de las dos causales puede configurarse ".

JURISPRUDENCIA 152 (Sexta Epoca). Pág. 471, Volumen 3a. SALA. Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

Por otro lado, hay que decir que la causal de abandono del hogar es de tracto sucesivo, lo cual significa que siendo más de seis meses el período de abandono, no importa si se prolonga por uno, cinco, diez, --- quince o más años, pues la causal se renueva constantemente. Lo que ca racteriza a las causales de tracto sucesivo es que no opera en ellas la caducidad a que se refiere el artículo 278, es decir, que no por el hecho de que transcurran seis meses desde que se tuvo conocimiento del he cho constitutivo de la causal, se pierde el derecho a reclamar el divor cio. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

**DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAU
SAL DE**

"La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis - meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede - ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el -- cual se prolongue el abandono, si los hechos que - la motivan subsisten cuando se ejercita ".

JURISPRUDENCIA 154 (Sexta Epoca). Pág. 476, Vo lumen 3a. SALA. Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

Desde el punto de vista penal, el abandono de hogar puede configurar delito, pues si alguno de los cónyuges abandona el domicilio conyugal y deja al otro sin medios para atender su propia subsistencia y a la subsistencia de la prole, entonces puede configurarse el ilícito penal que mencionamos, que es una variedad del genérico abandono de persona:

"Artículo 336.- Al que sin motivo justificado - abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado".

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

Encontramos en esta causal la siguiente situación: uno de los cónyuges tiene en su favor una causal para solicitar y obtener el divorcio, en el cual obviamente se le deberá considerar como inocente. Dicho cónyuge abandona el domicilio conyugal, quedando el presunto culpable en el mismo, pero ocurre que el primero no demanda el divorcio y ---- transcurre un año sin que lo haga: en este caso el derecho a obtener la disolución del vínculo matrimonial pasa al cónyuge que originariamente se presumía culpable y que ha permanecido en el hogar. ¿Cómo podemos explicar el razonamiento seguido por el legislador para establecer esta causal de divorcio ?.

Aparentemente la solución legal es injusta, pues se supone que el cónyuge que abandonó lo hizo precisamente ofendido, en tanto que estamos suponiendo que tenía en su favor una causal de divorcio. Sin embargo,

debemos recordar que entre los fines del Derecho además de la realización de la justicia figuran la estabilidad jurídica y la seguridad (I). Resulta anómalo que una pareja unida en matrimonio viva separada, pues precisamente, como ya hemos dicho, uno de los deberes inherentes al matrimonio - está constituido por la cohabitación. Por lo que se refiere al cónyuge inocente, el Código en su artículo 278, le concede un plazo de seis meses para solicitar el divorcio, entendiéndose que transcurrido dicho plazo caduca la facultad de reclamarlo; por hipótesis, estamos suponiendo que se dejó transcurrir tal lapso, por lo tanto dicho cónyuge inocente no tiene ya el derecho de obtener el divorcio y, en consecuencia, su abandono se convierte en injustificado. A partir de este momento debemos empezar a contar el segundo período de seis meses, durante el cual el abandono del cónyuge presuntamente ofendido ha devenido en sin justificación. Sumando ambos semestres se obtiene el año a que se refiere la fracción IX del artículo 267, que analizamos.

"X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia".

Es esta una causal de divorcio que jamás se alega en los tribunales, porque los procedimientos de declaración de ausencia y presunción de muerte son extremadamente prolongados, de manera que en la práctica resultan imposibles de utilizar. Sin embargo, debemos aclarar que a diferencia de otras legislaciones (como la argentina, en la cual la declaración de ausencia o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia, disuelven de por sí el vínculo matrimonial) en nuestro Derecho las declara-

(I) Cfr. Le Fur, Delos, Radbruch y Carlyle. Los Fines del Derecho. - Bien común, Justicia y Seguridad. UNAM. México. 1975.

ciones citadas solamente dan lugar a la causal de divorcio que estamos refiriendo ahora. Es que el estado de ausencia o la presunción de muerte - suponen la indefinida interrupción de la vida en común de los cónyuges; - no es posible condenar a uno de ellos a permanecer esperando eternamente a que aparezca el otro; por esta razón se le otorga la facilidad de que, si lo desea, pueda obtener su divorcio y así contraer una nueva unión que le permita desarrollar en condiciones normales su vida.

"XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

Encontramos aquí reseñadas tres causales de divorcio distintas: una primera constituida por la sevicia; una segunda, por las amenazas y, una última, por las injurias. Con objeto de clarificar nuestra exposición nos referiremos separadamente a cada una de estas tres causales.

1a.- Sevicia. Nuestro Código Civil no nos ofrece un concepto de sevicia, es decir, no nos explica qué debemos entender por sevicia; en cambio, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sí explica lo que dicho -- concepto significa:

" SEVICIA COMO CAUSAL DE. La sevicia, como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común, y no - un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser aislados. por tanto, quien invoca esta causal, debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defender se, como para que el juez este en aptitud - de calificar su gravedad y si en realidad - constituyen la causal ".

JURISPRUDENCIA 177 (Sexta Epoca). Pag. 538, Volumen 3a. SALA. Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

La causal de sevicia ha sido entendida por algunos autores como la -- reiterada actitud tendiente a causar malestar al otro cónyuge; como el propósito persistente de incomodar al consorte, de modo que esto -- haga la vida en común imposible. En algunas legislaciones encontramos expresada la misma idea bajo la denominación de crueldad mental.

2a.- Amenaza. En cuanto a las amenazas, tampoco el Código Civil define que debemos entender por tales; por lo tanto bien podemos recurrir al concepto legal expresado en el artículo 282 del Código Penal, que establece:

"Artículo 282.- Se aplicará sanción de tres -- días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos.

1.- Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y

II. Al que por medio de amenazas de cualquier -- género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho hacer ".

Hemos señalado previamente que entre los efectos del matrimonio, uno de los más importantes está referido a la ayuda mutua; aún más, de -- manera expresa el artículo 162, en su parte final, establece que los cónyuges están obligados a socorrerse mutuamente. Es decir, que entre las obligaciones inherentes al estado de cónyuge esta la de prestar ayuda al otro miembro de la pareja; es claro que se falta gravemente a esta obligación, si no sólo no se le auxilia, sino hasta se --

le amenaza, es decir se crea a su alrededor un estado de inseguridad en cuanto a su integridad física e incluso a su vida. Aquí también parece fuera de toda duda que la vida en común se convierte en imposible, pues si uno de los cónyuges está temiendo constantemente sufrir un daño de parte del otro, la armonía que debe prevalecer en el hogar desaparece.

3a.- Injuria. En lo que concierne al concepto de injuria, aunque el Código Civil tampoco proporciona una definición de ella, la jurisprudencia ha emitido abundantes criterios en torno a lo que debe entenderse como injuria. Debemos decir previamente que el Código Penal tipifica la injuria como delito, concretamente en su artículo 348:

"Artículo 348.- El delito de injurias se castigará con tres días a un año de prisión o multa de dos a doscientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

Injuria es: toda expresión proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa.

En cuanto al concepto de injuria adoptada por la jurisprudencia, es como sigue:

"DIVORCIO. CONCEPTO DE LA INJURIA. Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio, en la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma causística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejercitaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad con

tra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal por la dañada intención con que se -- profieren o se ejecutan, para humillar y despre-- ciar al ofendido ".

"JURISPRUDENCIA 165 (Sexta Epoca), Pág. 512, Vo lumen 3a. SALA. Cuarta Parte Apéndice. 1917-1975.

Del anterior concepto podemos colegir que la injuria no consiste en lo que frecuentemente se califica como tal, es decir en palabras altisonantes, sino que lo importante es la intención con que se profieren, es decir el ánimo de humillar, de vejar al ofendido. A este respecto, como dice la jurisprudencia, la condición social de la persona es muy importante, pues frecuentemente personas pertenecientes a clases sociales de poca cultura, se tratan con un vocabulario que para otras pudiera considerarse injurioso, pero que tratándose de ellas es su modo ordinario de hablar y no llevan consigo el ánimo de injuriar aquél a quien se dirigen.

Por otro lado, debe hacerse notar que cuando se invoca la causal de injuria para obtener un divorcio, es necesario consignar con gran -- claridad las palabras que se profieren a los hechos en que se hacen consistir la injuria a fin de que el juez pueda juzgar si verdaderamente existe o no la causal:

" DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. Tra tándose de juicios de divorcio, por causa de in-- jurias graves que hacen imposible la vida conyu-- gal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador la certeza de la existen-- cia de un estado profundo de alejamiento de los-- consortes motivado por uno de ellos, que ha roto, de hecho el vínculo de mutua consideración, in-- dispensable en la vida matrimonial. El profundo-- y radical distanciamiento de los cónyuges por los

actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador ".

" JURISPRUDENCIA 170 (Quinta Epoca). Pág. 526, - Volumen 3a. SALA. Cuarta Parte Apéndice 1917--1975.

" DIVORCIO? INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. si los testigos presentados por el actor en unjuicio de divorcio, no expresaron las palabras constitutivas de las injurias imputadas a la demanda, la autoridad sentenciadora estaba imposibilitada para juzgar de la gravedad de tales injurias y, por ende, para considerar justificada la causal de divorcio de que se trata ".

" JURISPRUDENCIA 171 (Quinta Epoca), Pág. 527, Volumen 3a. SALA. Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

" DIVORCIO INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. La -- gravedad de las injurias, como causal de divorcio establecida por la fracción XI del artículo 267-- del Código Civil para el Distrito Federal, debe ser calificada por el juzgador, pues sería contrario a los más elementales principios de la técnica jurídica, que quedara a la apreciación de los interesados ".

" JURISPRUDENCIA 171 (Quinta Epoca), Pág. 527, - Volumen 3a. SALA. Cuarta Parte Apéndice 1917-1975.

"XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168 ".

Esta fracción incluye dos diferentes hipótesis que hacen procedente el divorcio. La primera de ellas está vinculada con la negativa de alguno de los cónyuges, que sin justa causa se niega a proporcionar lo necesario para el sostenimiento del hogar; la reforma a la fracción ha añadido la aclaración de que no es necesario seguir previamente la controversia familiar sobre alimentos, obtener sentencia favorable en ella y, no obstante eso, no poder hacer efectivo el derecho de que se trata. Actualmente pues, no es necesario agotar el procedimiento de reclamación de alimentos, sino que cuando alguno de los cónyuges incumple con dicha obligación, directamente se puede demandar el divorcio.

La segunda de las hipótesis que sanciona la fracción XII está relacionada con la negativa, también injustificada, de uno de los cónyuges a cumplir con la resolución que pronuncie el juez de lo familiar, cuando habiendo discrepancia entre aquéllos, hubieren sometido la cuestión al conocimiento de éste. La situación es la siguiente: sabemos que de acuerdo al artículo 168 del Código Civil, los cónyuges tienen igual consideración y autoridad dentro del hogar; por lo tanto, la opinión de ninguno de ellos prevalece; siendo así, pudiera ocurrir que existiera discrepancia acerca de alguna cuestión relacionada con el manejo del hogar o con la educación de los hijos. En estos casos tendrían los cónyuges que acudir ante el juez de lo familiar para que él determinara lo que fuera procedente, debiendo tal decisión ser acatada por los dos miembros de la pareja. Si uno de ellos se niega a acatar la decisión judicial, surge la causal de divorcio a que nos venimos refiriendo.

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

Hemos reiterado precedentemente que una de las obligaciones que resulta del matrimonio para los cónyuges, es la ayuda mutua. Efectivamente, ambos esposos deben prestarse auxilio en todo momento y situación. - Es por eso que incluso si uno de los cónyuges llega a cometer un delito, el otro no está obligado a denunciarlo y tampoco comete encubrimiento, pues disfruta de una causa excluyente de responsabilidad.

En el caso que nos ocupa, advertimos que uno de los cónyuges no sólo no trata de auxiliar al otro que ha cometido un delito, sino que hasta la acusa falsamente de alguno de cierta gravedad, puesto que debe ser sancionado con pena mayor a dos años a prisión. El cónyuge que así actúa rompe con la confianza y la ayuda que debe existir entre -- los cónyuges, por lo tanto da causa al divorcio.

"XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años de prisión ".

De acuerdo con lo que establece la fracción que comentamos, uno de -- los cónyuges debe haber perpetrado un delito que no sea político. -- ¿ Qué quiere decir esto último ?. Es decir no debe tratarse de los - delitos llamados políticos, como son la sedición, la traición a la pa- tria, espionaje, motín. Esto se debe a que las conductas que consti- tuyen delitos políticos se califican en atención al resultado. Efec- tivamente, si quien comete un delito político llega a obtener el ---- triunfo y se entroniza en el gobierno, no es calificado como delin- -- ciente sino aún podría alcanzar el rango de héroe; en cambio, quien es derrotado deviene en delincuente y se le sujeta a proceso y, even- tualmente, a una pena más o menos severa.

Añade la propia causal que el delito debe ser infamante; esto signi-

fica que atraiga infamia o deshonor para quien lo comete; así, por ejemplo, son delitos infamantes el homicidio simple o calificado, la violación, el robo, etcetera; pero no lo son el homicidio mismo o -- bien las lesiones, cuando se causan por imprudencia, porque entonces no atraen deshonor para la persona que incurre en el ilícito, ya que se consideran como una verdadera desgracia, fruto del descuido o la negligencia, pero no de la torcida intención.

De lo que se trata es de que no se condene al cónyuge inocente a compartir la deshonor que atrajo el delincuente sobre la familia, pues -- quien comete un delito generalmente no se deshonor tan sólo a sí mismo, sino también a sus familiares. La ley ha considerado que el cónyuge inocente no tiene porqué compartir la deshonor y por ello ha autorizado la causal de divorcio que ahora comentamos.

"XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal".

Es evidente que cuando uno de los cónyuges ha contraído el vicio de -- la embriaguez consuetudinaria o bien hace uso indebido y persistente -- de drogas enervantes, con su conducta perturba el sano desarrollo de la familia.

En cuanto a la embriaguez, la Suprema Corte de Justicia ha dictado importantes ejecutorias, entre ellas las tres siguientes:

DIVORCIO, EMBRIAGUEZ COMO CAUSAL DE. La embria-- guez, considerada como vicio tan arraigado en el sujeto que resulta incorregible, está en el caso de intervención forzosa de la pericial médica pa

ra ser probada, ya que el acto de la embriaguez habitual, ya sea producida por ingestión de sustancias destiladas o fermentadas, deja indiscutiblemente huellas orgánicas características en el vicioso, que sólo puede ser percibidas por médico. Si el demandado en un juicio de divorcio, por la causal de embriaguez incorregible, demuestra que conserva su empleo, dicha circunstancia contradice en cierta forma ese carácter de incorregibilidad, puesto que de tal circunstancia puede colegirse que labora normalmente en su trabajo, de cuyo producto se le han estado descontando las pensiones alimenticias correspondientes, lo que acontecería si padeciera del vicio incorregible de la embriaguez.

" AMPARO DIRECTO 2253/71 Petra Guerrero de Alvarez.

DIVORCIO EMBRIAGUEZ COMO CAUSAL DE. La causal de divorcio, por el vicio incorregible de la embriaguez, no procede si no se demuestra que el demandado tiene realmente dicho hábito, que no puede consistir en otra cosa que en el reiterado consumo de vevidad embriagantes por el reo, de tal manera que desatienda las actividades tendientes a adquirir lo necesario para el sostenimiento del hogar y su familia, y amenace a causar la ruina de ésta.

AMPARO DIRECTO 2502/71. Señor Manuel Rosas Meló. Junio 16 de 1972.

" EMBRIAGUEZ HABITUAL COMO CAUSAL DE. La causal de divorcio referida en la fracción XIV del artículo 141 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz determina como requisito que la embriaguez habitual de una persona amenace causar la ruina de la familia o sea motivo continuo de desavenencia conyugal, por lo que, para que se dé este extremo, no basta que existan desavenencias conyugales aisladas, sino que debe haber una humillación, mortificación o continua desavenencia entre los conyuges, que ver-

daderamente haga imposible la vida de ellos y su familia, o bien que la conducta del sujeto afecto a las bebidas embriagantes amenace con causar la ruina de la familia por su ebriedad consuetudinaria, perdiendo todo respeto por su hogar, -- cónyuge e hijos ".

AMPARO DIRECTO 3333/73. Daniel Zavala Prado. -
Agosto 25 de 1975

Tanto tratándose del consumo de bebidas embriagantes, como tratándose de los vicios del juego o de la drogadicción, el Código Civil condiciona la procedencia del divorcio a que tal vicio o bien amenace causar la ruina de la familia o bien constituya motivo de desavenencia conyugal. De este modo, si el vicioso no afecta la economía familiar con su vicio y éste tampoco es motivo de desavenencia entre los cónyuges - (Por ejemplo, porque ambos acostumbren tomar juntos), no se surte la causal de divorcio.

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

En opinión de Rojina Villegas, esta causal ya no puede darse en el momento actual, porque no existe ningún hecho que cometido por un cónyuge en agravio del otro, no constituya también delito de perpetrarse en agravio de un tercero. Explica el maestro Rojina Villegas que esta -- causal fue tomada del Código Civil de 1884, que la instituyó debido a que el Código Penal de 1870 establecía que no podía haber robo entre cónyuges; sin embargo actualmente el Código Penal si admite -- que pueda existir el delito de robo, como también el de fraude y el de daño en propiedad ajena, entre consortes, aunque como también dispone que solamente puede procederse contra el culpable mediante quere-

lla de parte ofendida.

" XVII. El mutuo consentimiento ".

El mutuo consentimiento no es una causal de divorcio necesario, sino a lo que dá lugar es al divorcio voluntario, que ya hemos analizado - anteriormente.

" XVIII. La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos ".

No analizamos la causal XVIII recientemente adicionada al artículo -- 267 del Código Civil, pues a su estudio dedicaremos por entero el Capítulo Cuarto de este trabajo recepcional.

Causal del artículo 268 del Código Civil.

" Artículo 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos "

Este artículo ha sido reformado recientemente; el nuevo texto que entrará en vigor el próximo 27 de marzo, viene redactado de la siguiente manera:

lla de parte ofendida.

" XVII. El mutuo consentimiento ".

El mutuo consentimiento no es una causal de divorcio necesario, sino a lo que dá lugar es al divorcio voluntario, que ya hemos analizado - anteriormente.

" XVIII. La separación de los cónyuges por más de 2 años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos ".

No analizamos la causal XVIII recientemente adicionada al artículo -- 267 del Código Civil, pues a su estudio dedicaremos por entero el Capítulo Cuarto de este trabajo recepcional.

Causal del artículo 268 del Código Civil.

" Artículo 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos "

Este artículo ha sido reformado recientemente; el nuevo texto que entrará en vigor el próximo 27 de marzo, viene redactado de la siguiente manera:

" Artículo 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos ".

Como puede apreciarse de la comparación entre el texto actualmente en vigor y el reformado, la diferencia radica en que el nuevo artículo - 268, además de considerar como causales de divorcio las circunstancias mencionadas en el precepto que reforma, añade que también es causa que da mérito a la disolución del vínculo, el que el actor se desista de la demanda intentada, ya sea que reclame el divorcio o la nulidad del matrimonio, cuando para ella no cuenta con el consentimiento del demandado.

De cualquier manera la crítica que podemos hacer a esta causal de divorcio continúa siendo la misma. En efecto, con esta causal lo que se pretende sancionar es la mala fe o falsedad con que procede el cónyuge actor, pues no teniendo razón demanda de su consorte la disolución del matrimonio, alegando que éste ha incurrido en alguna de las conductas señaladas al efecto por la ley. Se supone que puesto que el demandado fué absuelto, la imputación hecha resultó falsa. La verdad legal a resultante de la sentencia pronunciada en el juicio de divorcio o de nulidad, es en el sentido de que el demandante no consiguió probar su acción, es decir, no consiguió demostrar la veracidad de sus afirmaciones y por ende debe considerarse que el otro cónyuge no incurrió en las conductas que se le imputaron.

Sin embargo, nosotros sabemos que en la realidad la sentencia no siem

pre corresponde a la verdad. En efecto, es frecuente que un juicio - se pierda por causas ajenas a la circunstancia de que el actor haya - procedido o no con veracidad. Así, por ejemplo, si estuvo patrocinado en el juicio por un abogado incapaz o negligente, esto se puede -- traducir en la derrota en el pleito; la omisión de algún recurso, el no ofrecimiento oportuno de las pruebas, la falta de concurrencia de alguno o algunos de los testigos propuestos, o cualquier otra circun- tancia análoga, puede traer como consecuencia que el demandante no o tenga una resolución conforme a sus intereses, aunque en el fondo ter- ga razón, esto es, aunque lo manifestado en su demanda sea cierto.

LA NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO CONTEMPLADA EN LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL.

I.- Los fines del Derecho: justicia, seguridad y bien común. Tesis de Le Fur, Delos y Radbruch.

Como ha dicho Delos " Para que el problema de los fines del Derecho pueda plantearse, es preciso, en efecto, admitir que el orden jurídico positivo se halla subordinado a ciertos fines -políticos, morales u otros-, y que estos fines estan determinados de tal manera que dan al Derecho Positivo su orientación y le imponen su contenido"(1).

Por nuestra parte, consideramos que el Derecho está orientado hacia determinados fines que lo polarizan. Para esta parte de nuestra exposición vamos a tener en cuenta, principalmente, las discusiones habidas en el seno del Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica, celebrado en la ciudad de Roma durante un período que comprendió los años de 1937-1938. Este congreso, que tuvo como propósito central precisamente el de discutir acerca de cuáles son los fines del Derecho, contó con la asistencia de muy ilustres iusfilósofos, entre quienes destacaron por la calidad de sus ponencias, Louis Le Fur, catedrático de Filosofía del Derecho en París y antiguo presidente del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica; José T. Delos, profesor de la Facultad Libre de Lille, y Gustav Radbruch, catedrático de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Cabe anotar que las ponencias de estos tres maestros constituyen la expresión de las corrientes contemporáneas más importantes sobre el tema; así mismo, que las de los dos tratadistas primariamente mencionados coinciden substancialmente, en tanto que el criterio sustentado por Radbruch difiere radicalmente, como podrá apreciarse más adelante.

(1) Delos J. T. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 32.

Ante todo debemos tener presente que, como lo expresa Kuri Breña " el hombre es el destinatario supremo y el protagonista de todas las reglas que se derivan de la justicia, la seguridad y el bien común... Siguiendo un pensamiento de León Bloy, podemos decir que estos principios deben estar inscritos en todos los sistemas legislativos que rigen la conducta de las naciones, y deben estar traducidas fielmente porque 'cualquiera enmendadura de cualquier falsario provoca una montaña de muertos'... -- Cuando en el sistema ordenador de la sociedad se violan la justicia, se atenta directamente contra la naturaleza y la dignidad humana, se pone en peligro o se impide la realización de sus prerrogativas fundamentales; -- no será posible, en estas condiciones, que un hombre realice plenamente su destino material y espiritual ". (1).

Habíamos advertido anteriormente que las tesis de los dos maestros franceses, Le Fur y Delos, coinciden esencialmente, coincidencia que ambos estiman que los fines del Derecho no son antitéticos sino, que por el -- contrario, complementarios entre si. Según los ilustres tratadistas a -- que estamos haciendo referencia, los diferentes fines que se propone el -- Derecho pueden ser armonizados, de manera que en lugar de enfrentarse -- uno a otro, se integran para conformar la finalidad total del Derecho. A este respecto Louis. Le Fur, expresa, ipero el fin del Derecho es el -- bien común, la justicia y la seguridad a la vez, o sólo alguno de los -- mismos, si entre ellos existe oposición ?, y luego agrega su creencia y -- esperanza de demostrar "... que la justicia y la seguridad, lejos de ser -- verdaderamente antinómicas, son más bien los dos elementos, las dos ca-- -- ras del bien común o del orden público que, bien comprendidas, tienen el -- mismo sentido " (2). La comentación de los diversos fines del Derecho-

(1) Kuri Breña Daniel. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, - seguridad. Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle. UNAM. Mexico. 1975. Pág. 9.

(2) Le Fur Louis. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 15.

se dá porque "...el fin del Derecho, consiste en garantizar que por la justicia, el orden y la seguridad, se creen las condiciones que permitan a los miembros del grupo realizar su bien, bien de todos, - el bien común " (1).

En cuanto a J. T. Delos, también recalca que el Derecho se crea en función de las necesidades sociales, por lo cual afirma que " Desde el punto de vista psicológico y concreto, todo fin social responde siempre, directamente, a una necesidad de los individuos que componen la sociedad " (2). Los fines que el Derecho persigue no se encuentran dentro del Derecho mismo, sino vienen a ser una orientación externa que sirve de estrella polar a toda la actividad jurídica.

" Para nosotros, el Derecho Positivo persigue fines objetivos que le son exteriores y trascendentes -llámeseles justicia, seguridad o bien común-; pero, rasgo esencial, esos fines son al mismo tiempo inmanentes a la realidad jurídica. Inmanencia o interioridad de una parte, transcendencia de otra parte, he ahí lo que explica que los fines del Derecho sean un elemento constitutivo de la realidad jurídica, sin dejar de ser por ello un punto de dirección, un elemento de cambio y de perpetua regeneración " (3).

(1) Le Fur Louis. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, - seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 16:

(2) Delos J. T. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 43.

(3) Delos J. T. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 38.

Hemos estado aludiendo a los fines del Derecho, pero no hemos precisado cuáles son estos. Al respecto, es sostenible que la mayoría de los tratadistas se inclinan a considerar como fines supremos del Derecho al bien común, la justicia y la seguridad. ¿Que debemos entender por cada una de estas nociones?. No existe al respecto consenso, es decir, no han llegado a un acuerdo los tratadistas acerca de lo que significa cada uno de estos conceptos; sin embargo, solemos encontrar en los textos caracterizaciones de los mismos, que muy frecuentemente coinciden, incluso, podemos notar que a veces se origina confusión respecto a autonomía que pudieran tener unos respecto de los otros, estos fines del Derecho; así Delos expresa: " Nadie negará que la seguridad y la justicia forman parte del bien común. - Nadie negará tampoco que ellas sean, una y otra, fines del Derecho Positivo. Pero es evidente también que la seguridad y la justicia - son profundamente diferentes. ¿ Será raro también que sean opuestas? " (1). Busca Delos explicar qué debemos entender por seguridad. " ¿ Que es la seguridad?. En el curso de estos últimos años - la seguridad ha sido el objeto de numerosas investigaciones del Derecho Internacional Público. Es muy digno de notar que definición -- hacia la cual este Derecho (el menos evolucionado de todos). se ha encaminado por sus propios medios, concuerda con aquélla que el Derecho interno ha elaborado desde hace mucho tiempo. En su sentido más general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o de que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en seguridad aquél (individuo en el Estado, Estado en la comunidad internacional) que tiene la garantía de que situación no será modificada -- sino por procedimientos societarios y por consecuencia regulares, --

(1) Delos J. T. Los fines del Derecho, Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México 1975. Pág. 46.

-conformes a la regla-, legítimos - conformes a la lex-. Si nos esforzamos en precisar los trazos o los rasgos generales de la noción de seguridad, comprobaremos que es esencialmente una noción societaria. No en el sentido de que la necesidad de seguridad no exista sino ahí donde hay una cierta vida de sociedad (no se es amenazado sino por sus vecinos); sino en el sentido de que la seguridad está ligada a un hecho de organización social " (1).

Se pregunta Delos, después de caracterizar a la seguridad, si es posible - que ésta y la noción de justicia sean antinómicas o si, por el contrario, - no lo son. Solidarizándose con la Fur, expresa "...Nos rehusamos a admitir una antinomia entre seguridad y justicia " (2). Agrega el autor en cita, que ambas son fines del Derecho aunque resultan absolutamente distintas, ya que la justicia es una noción moral correlativa al Derecho, mientras que la seguridad es un hecho, un estado de hecho que en esta forma -- aparece distinta a la noción de Derecho. "Es que entre la seguridad y la justicia hay una diferencia de objeto. El de la justicia es el Derecho. - El de la seguridad es la posesión de un bien. No le corresponde legitimar la posesión del bien que protege; esta investigación sobre el Derecho no es de su competencia -ni- apreciar el valor absoluto de este bien-, que es asunto de la moral " (3) .

Un punto de vista distinto es sostenido por Radbruch. En efecto, este notable iusfilósofo de la Universidad de Heidelberg, sostiene que los fines del Derecho frecuentemente no coinciden y muchas veces se oponen, con lo cual hay que decidir cuál de ellos debe prevalecer. "Así, el bien común, - la justicia, la seguridad se revelan como los fines supremos del Derecho.

(1) Delos J. T. Los Fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 46 y 47.

(2) Delos J. T. Los Fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 49.

(3) Delos J. T. Los Fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 49

Estos fines no se encuentran sin embargo en una perfecta armonía, si no por el contrario, en un antagonismo muy acentuado " (1). Se esfuerza Radbruch por caracterizar qué debe entenderse por bien común por justicia y por seguridad, lo cual consigue de manera magistral.

" Se puede definir el bien común confiriéndole un sentido específicamente social; es el bien de todos o, por lo menos, del mayor número de individuos posible, el bien de la mayoría, de la masa, pero el bien común puede también revestir un sentido orgánico: es el bien de una totalidad que está representada por un Estado o por una raza, y que es más que el conjunto de los individuos. Se puede, en fin, --- atribuir a esta noción el carácter de una institución; el bien común consiste entonces en la realización de valores impersonales que no responden ni solamente a los intereses de los individuos, ni a -- los de una totalidad cualquiera, pero cuya importancia reside en -- ellos mismos: esta concepción del bien común encuentran los ejem--- plos más significativos en el arte y en la ciencia considerados bajo el ángulo de su valor propio " (2).

En cuanto a la noción de justicia se manifiesta partidario de la postura aristotélica: " Esta noción de justicia ha sido determinada -- por Aristotéles de manera definitiva: justicia significa igualdad, -- no tratamiento igual de todos los hombres y de todos los hechos, si -- no aplicación de una medida igual. El tratamiento mismo será dife-- rente en la medida en que difieren los hombres y los hechos; y habrán

(1) Radbruch Gustav. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 57.

(2) Radbruch Gustav. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Págs. 57 y 58.

pues, no una igualdad de tratamiento absoluto, sino proporcional.- He ahí la *iustitia distributiva* de Aristóteles. La *iustitia conmutativa* no es más que un caso de aplicación del principio de la *iustitia distributiva*: es la *iustitia distributiva* aplicada a hombres que se consideran como iguales. En efecto, no es sino procediendo así como se puede exigir la igualdad entre una presentación dada y su contrapartida, porque se elevaría a un hombre sobre otro si se le concediera más de lo que él mismo consiente en otorgar. - Si la *iustitia conmutativa* es pues la *iustitia* aplicada a hombres - cuyas desemejanzas efectivas son consideradas como no existentes, - es preciso entender por equidad una justicia que tiene en cuenta - en la medida de lo posible, la particularidad más individual del caso dado " (1)

Más adelante Radbruch concreta su punto de vista de la siguiente manera: " Resumamos: la justicia es un fin del Derecho que deber ser bien diferenciado del bien común, y que se encuentra aun en -- una cierta contradicción con él. La justicia presupone la existencia de un conflicto, mientras que la idea del bien común lo niega, o por lo menos, no le presta atención alguna " (2)

En cuanto a la seguridad explica Radbruch que: " Se puede concebir la seguridad de tres maneras. Se presenta desde luego como - seguridad por el Derecho: es la seguridad contra el homicidio y el robo, es la seguridad contra los peligros de la calle. En este sentido, la seguridad es un elemento del bien común, y no tienen, por tanto, nada que ver con nuestra materia. Hay sin embargo,

(1) Radbruch Gustav. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 59.

(2) Radbruch Gustav. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 63.

entre esta noción de seguridad y aquella que vamos a contemplar, afinidades muy estrechas. En efecto, la seguridad por el Derecho presupone que el Derecho mismo sea una certeza. Así, nuestra segunda definición entiende por seguridad la certidumbre del Derecho que exige la perceptibilidad cierta de la norma de Derecho, la prueba cierta de lo que ha sido reconocido como Derecho. La certeza de que aquí se trata, es la del contenido del Derecho en vigor; otra cosa es la validez misma del Derecho " (1).

Explica Radbruch que mientras la justicia es un valor absoluto - la seguridad no lo es, por lo cual se trata de nociones que aunque pertenecen al mundo de los fines del Derecho poseen una estructura esencial diferente.

Concluye el ilustre maestro alemán lo siguiente: "El bien común, la justicia y la seguridad, ejercen un condominium sobre el el Derecho, no en una perfecta armonía, sino en una anatomía viviente. La preeminencia de uno u otro de estos valores frente a otros, no puede ser determinada por una norma superior -tal norma no existe-, sino únicamente por la decisión responsable de la época. El estado de policía atribuía la preeminencia al bien común, el derecho natural a la justicia, y el positivismo a la seguridad " (2).

Para finalizar, señalaremos nuestra adhesión al pensamiento de Radbruch. Creemos que aunque ordinariamente los fines del Derecho -bien común, justicia, seguridad- se dan armónicamente, no de necesidad ocurre así, pues eventualmente podemos encontrarlos en pugna y entonces enfrentaremos el problema de decidir cuál de ellos habrá de prevalecer.

(1) Radbruch Gustav. Los fines del Derecho. Bien común. justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 64.

(2) Radbruch Gustav. Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad. UNAM. México. 1975. Pág. 70.

II.- La adición de la Fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil.

I.- El proyecto para la adición de la Fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil.

En su oportunidad el Ejecutivo envió al Congreso de la Unión lo que se calificó como "paquete" de reformas al Código Civil; la iniciativa incluía diversos artículos cuya modificación, supresión o adición se proponía. Dicho paquete de reformas, siguiendo el procedimiento establecido por el párrafo final del artículo 71 constitucional, fué turnado desde luego a Comisión, la que emitió el dictamen relativo, pero no se limitó a eso, sino que además le hizo una añadidura que consistió, precisamente, en el texto de la fracción XVIII del artículo 267, que constituye el tema del presente trabajo recepcional. Dicho en otros términos, que el proyecto original enviado por el C. Presidente de la República no incluía la repetida fracción XVIII; fué ésta, pues, una creación de la Comisión Dictaminadora.

2.- Discusión del proyecto que propuso la adición de la Fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil.

Varios oradores se inscribieron tanto para impugnar el proyecto como para apoyarlo. La discusión más importante tuvo lugar en el seno de la Cámara de Diputados. Con objeto de dar una noción de como se desarrolló el debate, transcriberemos a continuación los párrafos conducentes de las intervenciones de mayor relieve, comenzando por quienes se pronunciaron como adversos a la adición de que se trata:

Diputado David Orozco Romo (intervención: 29 nov. 83):

"Viene la Fracción XVIII que es lo que más se ha encaminado y que es una labor de la Comisión, no de la Iniciativa Presidencial, en que se establece la separación como causal de divorcio por más de dos años, cualquiera que sea el motivo y que pueden invocar los dos cónyuges. O sea, aquí, si el motivo es justificado, no vale, no es procedente frente a alguien que declare que demande, la separación. Y se puede

multiplicar los ejemplos de que las separaciones de dos años pueden ser justificadas inclusive con el acuerdo del cónyuge. Pueden ser muchos, aquí tengo uno: alguien va a estudiar un doctorado en Alemania, no puede trasladar a la esposa, le dice: Nos vamos a separar, pero esto va a implicar mejores ingresos. La esposa está de acuerdo con ello. Se va esta persona a Alemania, le escribe, le manda cheques con la beca -- que le dió el CONACYT aunque ahora sean más pequeñas, con -- los trabajos que consiguió, no se configura lo que es el --- abandono y sin embargo, cualquiera de los dos cónyuges pasado el término de separación, que ese es más simple que del - abandono porque para el abandono debe haber el descuido de - la familia, el no ministrar alimentos, etc., nada más la separación, cualquiera de los dos pueden pedir el divorcio aún que hayan estado de acuerdo.

El se encontró una rubia germana para rehacer su vida o - ella se encontró un mejor partido, o quiere vivir las peripecias de la soltería, demanda el otro cónyuge el divorcio ".

Francisco Javier González Garza (intervención: 29 nov. 83):

"Y en el artículo 267 se menciona, se aumenta más bien una - causal de divorcio, está en la fracción XVIII, dice: 'La se - paración de los cónyuges por más de dos años, independiente - mente del motivo que haya originado la separación, la cual - podrá ser invocada por cualquiera de ellos'; pues nosotros - aquí nos encontramos ante también una amplitud de criterio - que abre el marco de, a nuestro modo de ver, abre la posibi - lidad de que el divorcio se dé con mayor abundancia, porque - esta definición de decir independientemente del motivo que - la haya originado, pues muchos de los diputados aquí presen - tes que no van a su distrito, que no regresan a su hogar, -- cuando, vayan a regresar se pueden encontrar con la sorpresa de que tienen una causal de divorcio, -una sorpresa grata pa - ra el señor diputado, - bueno, de tal manera que nos parece - indefinido y también como está indefinido, se presta a abuso precisamente en esta causal; esto nos parece que entonces en - globa el espíritu no de integración familiar como aquí se vi - no a precisar, no de protección del vínculo familiar, sino - más bien de disolución familiar; estamos en contra de ese -- artículo ".

Diputado Daniel Ángel Sánchez Pérez (intervención 29 nov. 83):

"Y por lo que de a la fracción XVIII del mismo artículo 267, consideramos que aquí se sigue poniendo albarda sobre a-pare - jo hablan de que la separación de los cónyuges formal de 2 -

años, sea una causal nueva. Hablaban en principio de preservar a la familia, de defender la institución familiar. Y -- aquí aumentan causales para que se pueda romper la familia, -- para que pueda disgregarse la institución familiar. Yo creo que no tienen necesidad, Los causales a que se refiere aquí la separación por más de dos años, de hecho que se da muy -- comúnmente, ya están invocadas en otras fracciones. El abandono de hogar que se considera por más de 6 meses o la fracción IX que es la separación por más de un año, aunque tuviera una causa para alegar el divorcio o la separación misma, nada más que debe, si no se alegó en ese año y dura más del año separado ese cónyuge, el cónyuge que resultaría afectado con esa causal, puede pedir el divorcio.

Si ya hay causal que se refieren a la separación, de hecho, que caso tiene salir con que muy novedoso de que si tienen más de 2 años separados, ya es una causal de divorcio. Ya están contempladas. De todas maneras se trata de ser incongruente con la iniciativa, darle más causales a la pareja, a causales como esas que son intrascendentes o que ya existen, es disolver a la familia. No tiene caso".

Diputado Francisco Javier González Garza (nueva intervención para refutar la primera que hizo el diputado José Luis Caballero: 29 nov. 83):

"Usted no nos aclara, y quiero repetir un poco más sus palabras, dice usted; no cree y niega rotundamente que en el artículo 267, en la fracción XVIII, éste sea disolvente del -- vínculo matrimonial. Nosotros, bueno, a mí en vez de que me dijera usted que no cree, me gustaría ver un poco la estadística, porque así de creencias, pues estamos muy lejanos -- de que sea argumento.

Nosotros sostenemos que esa fracción disuelve el matrimonio. Usted piensa en los mexicanos que son responsables, -- nos dan argumentos de los que usted cree. Pero nosotros estamos pensando también en la realidad del otro mexicano, que a lo mejor no está presente en esta Cámara, que es el que todo lo toma por la vía ligera, aquél mexicano que dice: 'hoy ya tengo otra salida, me voy dos años y ya se acabo el problema y tengo otra familia'. Es bastante disolvente, sobre todo, volvemos a insistir, porque esta causal no marca causas, simplemente por eso, es una causal más, pero que no marca ninguna causa porque dice: '...independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos'. De tal manera que quedamos otra vez en un marco disolvente de la familia, alejado de -- cualquier referencia objetiva, con la cual nosotros podemos considerar que este artículo en vez de ser disolvente del ma

trrimonio, sea algo que resuelve una problemática que está presentando. Este artículo, a nuestro modo de ver, debe ser rechazado, y aquí usted nos aclara una cosa: Fueron las Comisiones lo que metieron, no fue la iniciativa del Ejecutivo. Bueno, ahora yo invoco a que se regrese a la del Ejecutivo y que quitemos la de la Comisión, que quitemos esta nueva causal para que no se siga desintegrando la familia en México.

Yo no encontré sinceramente ningún argumento para que esta causal sea puesta en el artículo 267, al contrario. De tal manera que nosotros seguimos sosteniendo nuestra tesis, con respecto a la familia, que todo lo que se haga en favor de fortalecer el vínculo familiar va a ser un bien para la nación, no en exclusividad para una clase social, sino en general para todo el pueblo mexicano. Por esto mismo nos seguimos oponiendo hasta no encontrar un argumento de su parte mejor. Gracias, señor diputado".

Refirámonos ahora a los diputados que se mostraron partidarios de la Iniciativa:

Diputado Ignacio Olvera Quintero (intervención: 29 nov. 83):

"La separación de los cónyuges es el divorcio lo que el concubinato al matrimonio es una situación de hecho; un divorcio real que opera casi con toda plenitud pero que carece de existencia jurídica legal. Considerar la separación de los cónyuges por más de dos años causal de divorcio era una necesidad inaplazable que justifica y explica su inmediata incorporación al texto de la Ley".

Diputada Angélica Paulín Posada (intervención: 29 nov. 83):

"En la actualidad, innumerables parejas se separan por diversos motivos sin establecer una demanda de divorcio; de hecho existe ya un rompimiento de los lazos afectivos y muchas veces también de las obligaciones económicas. Si en el caso de invocar la fracción que se está proponiendo, la número XVIII como causal de divorcio por separación sin causa justificada, se establece que ya los cónyuges no tienen ya, no tienen relación alguna. Decía el diputado Orozco Romo, que suponía el caso de alguien que saliera al extranjero becado o en cuestión de trabajo y se pudiera aludir esta separación como causa de divorcio. Creo que si alguno de los cónyuges invoca en el caso de aceptarse esta Iniciativa que se propone, se dará ya por hecho, se supondrá que no existe entre ellos alguna rela-

ción y ofrece la oportunidad de regularizar situaciones a veces incómodas y de matrimonios que ya se encuentran desintegrados desde hace tiempo".

Diputado José Luis Caballero Cárdenas (intervención: 29 nov. 83):

"Por lo que toca a la fracción XVIII del artículo 267, en cuestión, me parece que en lo esencial tanto el señor diputado Sánchez Pérez, como el señor diputado González Garza, coincidieron en el fondo en el sentido de su impugnación. Y parece ser que en esencia, afirman que la iniciativa amplía las posibilidades para la disolución del vínculo matrimonial por una parte y por otra introduce novedades que en realidad no lo son, pues por una parte, afirma el diputado Sánchez Pérez, que el abandono de hogar por más de seis meses podría quedar comprendido dentro de este agregado que es resultado del análisis que de la iniciativa hicieron las Comisiones conjuntas o bien que puede darse o puede quedar comprendida esta supuesta novedad, en el caso general de -- cuando existiendo una causa que justifique la instauración del juicio de divorcio necesario, quien la tenga a su favor, se separa y no la ejerce por más de un año, en cuyo caso es la parte aparentemente culpable en ese supuesto, quien a su vez tendría acción para demandar a quien no haya ejercitado oportunamente el derecho de disolver con justa causa el vínculo matrimonial.

Yo no creo que este agregado del dictamen, y que insisto no está contenido en la iniciativa del Ejecutivo Federal sino que fue propuesto en el seno de las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal, yo no creo, repito, que este agregado bajo ninguna circunstancia amplíe irresponsablemente las posibilidades para que el divorcio en el seno de la sociedad mexicana se dé como una especie de gracioso-deporte. Niego rotundamente que ese sea el espíritu que movió a los miembros de la Comisión para proponer a esta Soberanía la adición de la fracción XVIII en cuestión, muy por el contrario, considero que la adición de que se trata obedece a lo que la experiencia nacional muestra en múltiples casos, sobre todo entre personas de escasa preparación, de cultura mediana y de poca información en cuestión de orden legal.

En efecto, en casos reiterados que estoy seguro que los señores diputados aquí presentes habrán conocido entre amigos, entre parientes, entre sirvientes, entre personas del pueblo en general, en casos verdaderamente numerosos, ----

quienes han contraído matrimonio se separan por la razón que sea, y después de años creen, de buena fe que el matrimonio se extinguió por una especie de prescripción negativa, según quien así lo considerara. Es decir, que el vínculo matrimonial quedó disuelto simple y sencillamente porque ellos no viven juntos; pero no solamente consideran de buena fe que el matrimonio se disuelve a través de una separación prolongada, sino que con base en esa reflexión, con base en esa -- convicción y en esa creencia, proceden a contraer un segundo matrimonio o viven en unión libre con otra persona. Muchísimas veces esto les acarrea problemas legales de verdadera importancia y esto obedece pues a que muy en contra de su ingenua creencia que es producto directo de la ignorancia del Derecho, el hecho mismo de la separación de ninguna manera puede tener la virtud legal de disolver un matrimonio legítimamente contraído, legítimamente celebrado. La única forma de determinar ese matrimonio o es la muerte o es el divorcio, -- la disolución legal del vínculo conyugal ante las autoridades competentes y siguiendo los procedimientos que la ley de la materia establece.

Entonces, para evitar que esa creencia siga proliferando en las personas que yo llamaría de buena fe, es preferible, mil veces, establecer como lo proponen las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal una nueva causal de divorcio para que quienes estando separados por más de dos años, sea cual fuere la causa que haya motivado esa separación, estén en aptitud de acudir ante la autoridad competente pidiendo el divorcio necesario para ese motivo. Y estimo -- que es mil veces preferible esta nueva posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, que mantener en la incertidumbre relaciones conyugales o relaciones matrimoniales que por flojedad de los vínculos pudieran ya no tener ninguna significación para marido y mujer".

Diputado José Luis Caballero (nueva intervención para refutar la segunda del diputado Francisco Javier González Garza; 29 noviembre 83):

" Bueno, el señor diputado González Garza pide que haya más claridad en las razones que, de una u de otra manera, pudieran justificar la adición de la fracción XVIII como una nueva causal para la disolución del vínculo matrimonial, lo que en el foro se conoce como divorcio necesario.

Y creo que esta causal está dirigida única y exclusivamente a las clases debidamente preparadas o con una posición económica solvente y que tienen una información más que aceptable acerca de las consecuencias jurídicas de todos y cada uno de sus actos, sino que, como él lo pide y así debe ser, -- y así lo entendemos nosotros, la adición debe estar dirigida

a la generalidad de los miembros de la sociedad mexicana, es to es así por que pues una de las características esenciales de cualquier ley es precisamente que no se refiera de manera particular a un grupo determinado, sino que llene el requisito de generalidad que con toda propiedad ha invocado el señor diputado González Garza.

Ahora bien, cuando los cónyuges se separan teniendo una causa justa para demandar el divorcio necesario y no lo hacen, provocan inseguridad, incertidumbre e indefinición de la situación marital no sólo en el otro cónyuge, sino en los hijos que merecen contar con toda la seguridad propia para su atención, las de sus necesidades de educación, de crecimiento, de salud, de vestido, de distracciones, de escuela y de futuro; pienso que si quien tiene una justa causa para demandar y se separa del hogar sin hacer valer la causa de divorcio necesario que en su opinión concurre en un abandono superior a los seis meses, puede evidentemente demandar al cónyuge en este caso abandonado, o separado, el divorcio necesario con la modalidad que se propone por las comisiones, paralisa y llanamente definir de una vez por todas esa situación incierta. Y es evidente que ante una situación de ese género, no definida por una sentencia donde se defina y se decida en forma precisa cuál es la situación conyugal de los interesados, sufre la persona separada, sufren los hijos y con ellos el deterioro repercute necesariamente en el resto del cuerpo social.

Poe ese motivo consideramos que la modificación que sugieren en este dictamen las Comisiones Unidas, no tiene como propósito ampliar las posibilidades para obtener el divorcio necesario, sino simplemente establece una posibilidad para que sea cual fuere esa razón de la separación, si el abandono se prolonga por más de seis meses, o si va más allá de dos años la separación de quien haya tenido causa justa para demandar el divorcio necesario y no lo hace, pueda hacerlo él mismo, si así lo desea, y poner un hasta aquí a una relación totalmente carente de significado conyugal, que perjudica a los cónyuges separados, que deteriora la situación de los hijos, que pone en entredicho gravemente su derecho a los alimentos, en todo lo que estos alimentos significan y que perjudica necesariamente a la sociedad.

Alguien antes en esta tribuna sostuvo que al final de cuentas la sociedad no es mas que el reflejo de lo que es cada una de los matrimonios que la integran.

En esas condiciones, pienso que la sugerencia de las Comisiones Unidas, no agrava ni abre la puerta en forma innecesaria a nuevos pretextos para disolver el vínculo matrimonial. Nosotros coincidimos absolutamente con las inquietudes expresadas por el señor diputado González Garza, en cuanto a que estamos obligados a por todos los medios, prudentes, normales,

racionales, jurídicos, legales, económicos, de toda especie, políticos, a mantener hasta donde sea posible la subsistencia del vínculo matrimonial, pero cuando esto no es posible por razones de diversa índole, puede esta causa novedosa -- contenida en el artículo 267 fracción XVIII, abrir o presentar a los cónyuges que se encuentren en esta situación de desavenencia, una posibilidad plenamente decorosa para poner fin a su situación incierta ".

Después de la intervención que antecede del diputado José Luis Caballero, se pasó a la votación, que arrojó el resultado que más adelante se indica. El momento se vivió como sigue (la votación de las reformas y adiciones al artículo 267 se hizo en bloque y no por fracciones):

" CONSULTE LA SECRETARIA A LA ASAMBLEA SI EL ARTICULO 267 SE ENCUENTRA SUFICIENTEMENTE DISCUTIDO.

-LA C. SECRETARIA XOCHITL ELENA LLARENA DE GUILLEN: Por instrucciones de la Presidencia se consulta si el artículo 267 se encuentra suficientemente discutido.

Los ciudadanos diputados que estén por la afirmativa, sírvance manifestarlo.

- SUFICIENTEMENTE DISCUTIDO SEÑOR PRESIDENTE-

Se va a proceder a recoger la votación nominal del artículo 267 - en sus términos.

Se ruega a la Oficialía Mayor haga los avisos a que se refiere el artículo 161 del Reglamento Interior.

- LA C. SECRETARIA XOCHITL ELENA LLARENA DE GUILLEN: Señor Presidente, se emitieron 258 votos en pro y 52 en contra.

- EL C. PRESIDENTE: APROBADO EL ARTICULO 267 POR 258 VOTOS EN -- SUS TERMINOS ".

Aún después de aprobadas las reformas y adiciones al artículo 267, hubo dos intervenciones más, dignas de ser tomadas en cuenta, a cargo de los diputados José González Torres y José Luis Caballero, este último refutando al primero:

Diputado José González Torres (intervención: 29 nov. 83) :

(Refiriéndose a la reciente aprobación del artículo 267 del Código Civil): "Ya les decía que desgraciadamente varias de las peticiones de reforma que solicitamos nosotros no fueron aceptadas, fueron rechazadas, de inmediato, pero, a pesar de eso y de que prácticamente este capítulo de reformas al Código Civil y al Derecho Familiar en particular, están prácticamente consumadas, yo quiero por lo menos dejar una constancia ante esta Cámara de Diputados, de que es una política equivocada, de que es un error seguir atentando contra la debilidad de la familia: -- Mientras no exista una familia fuerte no podremos esperar nosotros una nación grande, una nación que aspire a la realización de grandes objetivos; la debilidad de la familia debilitará a la nación como tal, debilitará a nuestro pueblo y nos llevará a consecuencias que muy pronto todos nosotros tendremos que lamentar. Yo quisiera apelar, repito, ya únicamente como juicio moral, a la intimidad de la conciencia de todos ustedes, señores diputados, para que mediten que esta política contra la familia es una política equivocada y que de uno u otro modo hemos de frenarla y de pararla para lograr, por el contrario, el saneamiento y el fortalecimiento de la familia, condición sin la cual no habrá de darse la grandeza del pueblo mexicano".

Diputado José Luis Caballero (intervención: 29 nov. 83. Refutando la intervención anterior).

" Por cuanto hace a la segunda parte de la muy, muy importante intervención del maestro González Torres, a quien también admiro, no de ahora sino que he tenido el gusto de conocer en el ejercicio profesional de la abogacía a donde brilla con envidiable luz propia, afirma el maestro González Torres que las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal añaden en el dictamen una causa de divorcio que más bien parece atentar en contrade la subsistencia de la familia, que de favorecer su permanencia dentro de la sociedad mexicana.

Yo creo que la consideración no obedece rigurosamente al espíritu de esa adición. En efecto, hace algunos momentos en una agradabilísima charla con dos diputados mientras llantábamos -así se dice-, mientras-

llantábamos les manifesté a ambos que quizá la razón más importante - de que las Comisiones Unidas hayan introducido esa única innovación - dentro de las causales de divorcio necesario al artículo 267 del Código Civil vigente, obedezca a que en muchas ocasiones la causa que dá motivo al divorcio necesario es tan terriblemente vergonzosa e infamante que se causaría daño inmenso al otro cónyuge, a sus parientes, - al medio social en que desarrolla sus actividades, y sobre todo a los hijos si se revelara en los tribunales el motivo que los ha obligado a solicitar el divorcio necesario.

Yo considero que la fracción XVIII que las Comisiones Unidas --- agregaron a la iniciativa del Titular del Poder Ejecutivo Federal tiene como valor jurídico el de prestar, a quienes lamentablemente se encontraran en ese caso, la posibilidad de solicitar el divorcio después de haberse separado durante dos años, sin necesidad de que los demás lleguen a conocer ese motivo vergonzoso e infamante que los impulsa y los obliga a no llevar más la vida en común y mucho menos a sostener en plena vigencia legal el vínculo del matrimonio que los unía.

Creo, señores, que esta es realmente la aportación que hacen las Comisiones: abrir, a quienes se encuentren en ese caso desdichado, -- una puerta por la que pueden dilucidar sus controversias, sin necesidad de revelar ante el juez ni ante la opinión pública cuál es la verdadera causa que los ha orillado, que los ha obligado a romper el vínculo conyugal ".

3.- Síntesis de argumentos en pro y en contra de la adición de la fracción XVIII, al artículo 267 del Código Civil.

Resulta un tanto difícil concretar los argumentos tanto favorables como contrarios a la adición que nos ocupa, pues advertimos que los señores diputados no siempre son precisos en sus razonamientos, - sino que con frecuencia recurren a sarcasmos e ironías para tratar de hacer prevalecer su punto de vista. Sin embargo, notamos que quienes son adversarios de la fracción XVIII, alegan principalmente:

A).- La aplicación de la fracción de que se trata puede conducir a la injusticia, pues al admitir como causal de divorcio la separación de los cónyuges por más de dos años cualquiera que sea el motivo, no juzga sobre si puede o no estar justificada tal separación, es decir si hay o no culpa en ello.

B).- La nueva fracción atenta contra la integridad del grupo familiar en tanto que al aumentar el número de causales de divorcio, ofrece mayores facilidades para que se disgregue la familia, lo cual es nocivo para la sociedad mexicana.

En cuanto a los argumentos favorables a la incorporación de la fracción XVIII al artículo 267, consisten principalmente en :

A).- Ofrece la oportunidad de regularizar situaciones de matrimonios desintegrados previamente.

B).- Coincide con la creencia muy generalizada de que cuando se separan los cónyuges por un período prolongado, opera algo así como "prescripción negativa" del matrimonio, lo que suponen (de buena fe) los autoriza a celebrar una nueva unión o a vivir en concubinato con un tercero.

C).- Pone fin a la incertidumbre de relaciones conyugales que, por la flojedad de los vínculos, pudieran ya no tener ninguna significación para marido y mujer.

III.- La seguridad jurídica como fundamento de la adición de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil.

Con objeto de precisar el contenido de la disposición legal que será objeto de nuestro estudio, recordemos ahora que el texto de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, que muy próximamente entrará en vigor, se encuentra redactado en los siguientes términos : -

" Artículo 267.- Son causas de divorcio:

XVIII. La separación de los cónyuges por -- más de dos años, independientemente del motivo -- que haya originado la separación, la cual podrá -- ser invocada por cualesquiera de ellos ".

Puede apreciarse del texto transcrito que se otorga a cualquiera de ambos cónyuges el derecho de solicitar y obtener el divorcio, cuando ha permanecido durante un bienio separado de su consorte, independientemente de la causa o circunstancia generadora de tal separación. Notamos pues, que existe una notoria diferencia entre el -- planteamiento de la causal que se examina y aquéllos que se hacen -- en todas las demás contenidas en el artículo 267, pues salvo los supuestos de las fracciones VI y VII, relativas a casos de enfermedad física o mental, en todas las demás encontramos siempre que uno de los cónyuges es calificado como "culpable", en tanto que el otro -- se le caracteriza como "inocente". En los supuestos de las fracciones VI y VII citadas, los cónyuges son llamados, según el caso, -- "sano" o "enfermo".

En las hipótesis que hasta ahora incluía el artículo 267 comentado y de acuerdo al 278, el derecho de pedir el divorcio se reservaba al -- cónyuge inocente, es decir, a aquél que no había dado causa a la disolución del matrimonio:

" Artículo 278.- El divorcio sólo puede ser de mandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en -- que hayan llegado a su noticia los hechos en que -- se funde la demanda ".

Notamos que, en cambio, la parte final de la fracción XVIII dispone -- de manera expresa, refiriéndose a los cónyuges, que la causal -- ".... podrá ser invocada por cualesquiera de ellos". Lo anterior significa --

que en caso de la fracción adicionada, ya no se toma en consideración la idea de culpa para permitir que proceda el divorcio, sino - que se prescinde de esta noción para atender tan sólo al hecho objetivo de que los consortes hayan permanecido sin cohabitar por un período de dos años.

Pero, ¿no será injusta esta solución legal?. Hemos visto de las discusiones en torno a la iniciativa de la adición de la fracción - de la fracción XVIII al artículo 267, que tuvieron lugar en el seno de la Cámara de Diputados, cómo algunos legisladores ejemplificaron casos en los cuales de aplicarse la nueva fracción, ello podría conducir a la injusticia. Por nuestra parte, podemos imaginar algunos otros en los cuales la sentencia que decretara el divorcio podría ser injusta, al disolver el vínculo sin que uno de los cónyuges estuviera de acuerdo con ello y, también, sin que con su conducta indebida hubiera dado causa a tal disolución: supongamos, por -- ejemplo, que marido y mujer son padres de dos hijos, los cuales se encuentran enfermos, uno de parálisis y el otro de leucemia, u por tanto requieren de tratamientos largos y especializados; es el caso que los tratamientos deben ser aplicados, el primero en la ciudad - de Monterrey y el otro en Guadalajara, por lo que convienen los progenitores en que cada uno se haga cargo de llevar a un hijo al lugar donde puede ser curado y permanecer a su lado para estar pendiente del tratamiento; en razón de lo anterior, los cónyuges permanecen separados más de dos años; en eso, uno de ellos se relaciona amorosamente con tercera persona y retorna al domicilio de México - para demandar el divorcio, fundándose para ello en la fracción --- XVIII que analizamos. Si el divorcio fuera concedido, obviamente - constituiría una injusticia.

Creemos que la fracción XVIII en cuestión no fué creada para casos - como el anterior, sino, como también se replicó en la Cámara de Dipu

tados, para regularizar situaciones anómalas, consistentes en que dos personas, permaneciendo casadas, no cohabiten. Ya sabemos que una de las obligaciones inherentes al matrimonio es la convivencia, como expresamente lo ordena el artículo 163 del Código Civil; incluso, se ha sostenido, con razón, que el incumplimiento de este deber marital se sanciona por la fracción VIII del artículo 267, con el divorcio. Es una situación inconveniente que dos personas estén unidas en matrimonio y hagan vida separada, pues, por una parte, no pueden cumplir con los fines del matrimonio consistentes en la procreación y la ayuda mutua y, por otra, el hecho de vivir autónomamente les proporciona una imagen de solteros que puede inducir a terceras personas a establecer relaciones amorosas con ellas, sin saber que éstas son adulterinas y también sin conocer que, de efectuarse un matrimonio, se configuraría el delito de bigamia.

Lo que la fracción XVIII busca es que aquellos matrimonios que lo son nada más de Derecho, pues ningún trato hay entre marido y mujer, puedan ser disueltos con relativa facilidad, aún cuando en ciertos casos aislados, ello pudiera conducir a la injusticia. Estamos de acuerdo con Radbruch en que en ocasiones los fines del Derecho (como justicia y seguridad jurídica), pueden ser antitéticos, supuesto en que habría que decidir cuál de ellos debe prevalecer. El fin -- que polariza a la fracción XVIII es el de la seguridad jurídica, -- pues con ella lo que se busca es dar firmeza y estabilidad a una situación de hecho que prolonga por largo tiempo. En el caso que nos ocupa, el legislador optó por la solución que hace coincidir el estado de hecho constituido por la separación, con el de Derecho, surgido de la sentencia que resuelve el divorcio.

Para concluir, sólo queremos manifestar nuestra coincidencia con el pensamiento del legislador, es decir, que consideramos acertada la adición XVIII al artículo 267 del Código Civil. Aconsejaríamos, --

para dar plena coherencia a la ley, que se reformara el artículo-278, para incorporar el caso de excepción contemplado por la fracción XVIII del artículo 267:

" Artículo 278.- El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, salvo el caso de la fracción XVIII del artículo 267, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia - los hechos en que se funde la demanda.

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

- PRIEMERA.- Es sostenible, desde el punto de vista histórico, que los pueblos de la antigüedad conocieron el divorcio, entendiendo éste como un medio de disolución del matrimonio, que hace recuperar a quienes recurren a él, su capacidad matrimonial.
- SEGUNDA.- Dentro del Derecho Romano no sólo se admitió el divorcio -- vincular, sino que, incluso, se regularon con gran precisión los diversos procedimientos para tramitarlo.
- TERCERA.- Los pueblos mesoamericanos precortesianos, como los aztecas y los otomíes, también conocieron y aceptaron el divorcio, aunque los primeros más bien lo toleraron, en tanto que los jueces solían decretarlo con repugnancia.
- CUARTA.-, Los hebreos del Antiguo Testamento permitieron el divorcio-- bajo la forma de repudio.
- QUINTA.- Cristo se opuso firmemente al divorcio, pronunciando la celeberrima frase "Quod Deus conyuxit, homo non separet", misma que posteriormente se sustentó la Doctrina Canónica sobre la materia y, con ello, toda la legislación familiar inspirada por esta última.
- SEXTA.- Los códigos civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884, tampoco admitieron el divorcio vincular sino tan sólo la separación de cuerpos (que como es sabido, no disuelve el matrimonio, ya que se limita a poner fin a la cohabitación de los cónyuges, dejando subsistentes las demás obligaciones -- existentes entre ellos).

- SEPTIMA.- El divorcio vincular aparece por primera vez dentro de la legislación mexicana con la Ley Carranza de 1914 y se consolida definitivamente al promulgarse la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.
- OCTAVA.- El Código Civil actualmente en vigor en el Distrito Federal regula tanto el divorcio separación de cuerpos como el divorcio vincular, pudiendo este último tramitarse voluntariamente, es decir, a solicitud de ambos cónyuges, o bien a petición de uno solo de ellos, en cuyo caso toma el nombre de necesario.
- NOVENA.- El divorcio necesario es aquél que previo juicio se decreta por la autoridad judicial a petición de uno de los cónyuges y con base en alguna de las causales que limitativamente establece la ley.
- DECIMA.- Las causales de divorcio se encuentran enumeradas en las primeras deiciseis fracciones del artículo 267 del Código Civil y una más aparece en el 268. Recientemente el primero de los preceptos citados ha sido adicionado con una causal más, que ahora constituye su fracción XVIII.
- ONCEAVA.- La mayoría de los tratadistas están acordes en que el Derecho posee una pluralidad de fines, señalando como tales la justicia, la seguridad y el bien común. En cambio, discrepan acerca de si dichos fines son complementarios, de modo que siempre puedan armonizarse entre sí, o si eventualmente entran en conflicto, en cuyo caso es preciso determinar cuál de ellos va a prevalecer. Optamos por adherirnos a esta postrer postura.

DOCEAVA.- Firmemente creemos que el legislador al crear la fracción XVIII del artículo 267, lo hizo teniendo en cuenta el fin seguridad del Derecho y con el propósito de eliminar situaciones irregulares, aún a riesgo de herir a la justicia. En efecto, es anómalo que una pareja unida en matrimonio no conviva; por lo tanto, debe superarse tal inconveniencia cuando se prolonga por más de un bienio, permitiendo la disolución de esa unión, que aparentemente carece ya de todo significado para marido y mujer.

TRECEAVA.- A fin de hacer coherente al artículo 278 del Código Civil con la nueva fracción XVIII del 267, debiera modificarse su texto, para quedar con la siguiente redacción:

" Salvo el caso de la fracción XVIII del artículo 267, - el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda ".

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

- I.- BARROSO FIGUEROA, José. Apuntes de clases. U.N.A.M. 1980.
- II.- BONFANTE, Piero. Instituciones. Instituciones de Derecho Romano.
- III.- CONSENTINI, Francisco Citado por Luis Fernández Clerigo. - El Derecho de familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica. Editorial Porrúa Hispano-America. México. -- 1947.
- IV.- DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México. 1978.
- V.- DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México. 197 .
- VI.- ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Apuntes para la Historia de México. 1937.
- VII.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. La Familia. Editorial Porrúa, S.A. México. 1978.
- VIII.- JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. La Familia. Ediciones Jurídicas Europa-America. Bosh y Cía. Editores. Buenos Aires. 1950.
- IX.- KOLER. Revista de Derecho Notarial Mexicano. El Derecho de los aztecas. U.N.A.M. 1959.
- X.- LE FUR, Delos, Radbruch y Carlyle. Los fines del Derecho.- Bien común, justicia y seguridad. U.N.A.M. México. 1975.
- XI.- MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. - Ediciones Jurídicas. Europa - América. Buenos Aires. 1959.
- XII.- MENDIETA Y NUNEZ, Lucio. Enciclopedia Mexicana. El Derecho Precolonial. Editorial Porrúa, S.A. México.
- XIII.- ORTIZ URQUIDE, Raul. Oaxaca, cuna de la Legislación Hispano Americana. Editorial Porrúa. S.A. México. 19
- XIV.- OTERO Buendia Lanberto. Derecho Civil. Editorial Moncay. - Quito. Ecuador. 1981.

- XV.- PALLARES, Eduardo. *El divorcio en México*. Editorial Porrúa, S.A.
- XVI.- PLANIOL, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Editorial Cajica, S.A. Puebla México.
- XVII.- RIPER Georges y Boulanger, Jean. Citados por Ignacio Galindo Garfias. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S.A. México.
- XVIII.- SANDOVAL, Baca Maria Elena. *Sociología*. Edición Privada de la autora. México. 1978.
- XIX.- SOHM, Rodolfo. *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Gráfica Panamericana, S. de R. L. México. 1951.

LEGISLACIONES.

- I.- Código Civil para el Estado de Oaxaca de 1928.
- II.- Código Civil para el Distrito Federal de 1870 y 1884.
- III.- Ley Carranza de 1914.
- IV.- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.
- V.- Decreto del 27 de marzo de 1983 publicado el 27 de diciembre del mismo año.

OTROS DOCUMENTOS.

- I.- La Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamento. La Biblioteca Mexicana del Hogar. Impreso en la Gran Bretaña. Imprenta de Richard Clay (The Chaucer Press), Bungay, Suffolk Inglaterra.
- II.- Diario de Debates de la Cámara de Diputados del día 29 de diciembre de 1983.

JURISPRUDENCIA.

Semanario Judicial de la Federación. Volumen relativo a la -
3a. SALA de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.