

283
136



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

Efectos Jurídicos del Divorcio Administrativo cuando se obtiene ocultando el Embarazo de la Conyuge

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A N :

José Luis García Colín

México, D. F.

1983.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

A) Roma	1
B) Código Napoleón	4
C) México	10
a) Legislación Novohispana	12
b) Etapa independiente	14
1.- Código Civil de Caracas 1827-1828	15
2.- Código Civil Corona de Veracruz de 1868	17
3.- Código Civil de 1870	19
4.- Código Civil de 1884	23

CAPITULO SEGUNDO

EL DIVORCIO EN GENERAL

A) Concepto	28
B) Clases	30
a) Divorcio por separación de cuerpos	30
b) Divorcio vincular	34
1.- Divorcio necesario	35
2.- Divorcio voluntario	37

CAPITULO TERCERO

EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

A) Concepto	44
B) Elementos para que proceda	45
C) Procedimiento	46
D) Efectos jurídicos	49

CAPITULO CUARTO

TEORIAS SOBRE LAS SANCIONES A LOS ACTOS JURIDICOS

A) La teoría de las nulidades y la inexistencia	50
B) La teoría de Bonnacase	54
C) Código Civil para el Distrito Federal de 1928	58
D) Tesis de Ortiz-Urquidí contra la inexistencia	59

CAPITULO QUINTO

**SANCION AL DIVORCIO ADMINISTRATIVO CUANDO LA CONYUGE SE
ENCUENTRA ENCINTA.**

A) Situación jurídica cuando el producto no nace vivo y viable	62
B) La presunción de paternidad	67
C) Sanción jurídica al divorcio administrativo en sí	70
D) Consecuencias jurídicas para los cónyuges y del juez del Registro Civil cuando tienen conocimiento del embarazo	73
E) Consecuencias jurídicas del nacimiento entre el hijo y el padre	74
F) Crítica al artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal	77

CONCLUSIONES	79
---------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	82
---------------------	-----------

INTRODUCCION

El matrimonio es la unión de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida. Como estado permanente de vida entre los cónyuges el matrimonio está constituido por un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones que se han creado en vista de los intereses superiores de la familia: la mutua cooperación y ayuda de los cónyuges y la procreación de los hijos. De ahí que modernamente exista una honda preocupación por los menores. Podemos decir que, incluso, se ha pretendido la elaboración de códigos y leyes atinentes a ellos con exclusividad.

Desde principios de siglo, el movimiento legislativo en favor de los menores, se hizo presente y es así como países de alto desarrollo cultural y económico como Alemania, Austria, Suiza, Francia, los Estados Unidos de Norteamérica, entre otros, tuvieron prontamente, no solamente legislación específica al respecto, sino la organización administrativa suficientemente constituida para dar una efectiva protección a los menores.

En América, numerosos países se han ocupado de elaborar leyes relativas a ellos, habiéndolo hecho desde hace ya bastante tiempo Brasil, Uruguay y más recientemente Bolivia, Perú, Argentina, Guatemala; en nues

tro país existen códigos de menores en Guerrero, Estado de México, Michoacán y Coahuila; dentro de algún tiempo seguramente aparecerá el Código de menores de Colima. - Pero la protección del legislador se enfoca principalmente a la protección del contexto natural que es la familia. Sin embargo, la realidad nos demuestra que no solamente este tipo de menores requiere protección, sino aquellos que también viven en el medio familiar, lo que se hace particularmente trascendental en tratándose de menores pertenecientes a núcleos familiares próximos a desagregarse, lo que en estos tiempos es bastante frecuente debido al uso inmoderado que se hace del divorcio.

Pero si bien no podemos suprimir la disolución del vínculo conyugal porque con todos sus inconvenientes resulta un mal necesario, sí en cambio podemos preocuparnos porque los hijos, víctimas inocentes de situaciones a las que no han dado lugar, resulten los menos perjudicados posibles cuando sus progenitores han decidido dar fin a la vida en común.

En el divorcio de tipo administrativo es el juez del Registro Civil, con base en las reglas que proporciona la ley, el facultado para legalizar la separación de los cónyuges cuando éstos no tengan hijos, - sean mayores de edad y hayan liquidado su sociedad conyugal. De ahí nuestra preocupación para que no sea el capricho de los cónyuges ni tampoco las frías disposiciones legales (que con el carácter genérico y abstracto no pue-

den dar cabida a todas las situaciones que suelen presentarse en la realidad y que requieren cada una un tratamiento especial), quién determine el futuro de los cónyuges tomando en cuenta las decisiones que hayan sido al respecto. Esta tesis está encaminada a analizar algunos aspectos del divorcio administrativo, concretamente aquellos que a nuestro juicio pueden considerarse como más evidentemente inconvenientes; creemos que es necesario dar al Código Civil un sentido más humano y más acorde con la realidad a las soluciones que deben proponerse para el bien de los hijos y estabilidad de la familia.

Si con esta tesis logramos contribuir a la realización de este propósito o cuando menos logramos crear una inquietud en el lector que lo haga reflexionar sobre la envergadura del problema y sobre la necesidad de enjuiciar las soluciones legales, nos daremos por profundamente satisfechos y pensaremos que este nuestro primer esfuerzo de investigación no habrá sido en vano.

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES HISTORICOS

A) Roma.— Parece cierto que el divorcio — en cuanto al vínculo, existió en el derecho romano desde las épocas más remotas, y que podía pedirse sin causa — jurídica que lo justificase, a pesar de la afirmación de Plutarco, que atribuye a Rómulo una fantástica ley que — determinaba la causa legítima del divorcio. Explican — los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la — cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto, — cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio. Así se infiere del Código de Justiniano en el texto relativo a las estipulaciones inútiles (VIII-38-2). Por lo tanto, en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento: se — contrajo por medio de la Confarreatio el divorcio se lle — vaba a cabo por la Diffarreatio; si era por medio de la — Coemptio, entonces procedía la Remancipatio.(1)

Hubo sin embargo, una excepción a la regla general de que hablamos, y es la contenida en la Ley Julia de Maritandis Ordinibus, que prohibía a la liberta — casada con su patrón divorciarse sin su consentimiento.

(1) Cfr. PALLARES EDUARDO. El Divorcio en México. 3a. — Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1981. págs. 11 y 12

La facilidad para obtener el divorcio, produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha institución, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía. La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el filósofo Séneca pudo decir: "¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas -- ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos? Se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse." Actualmente -- sólo existen dos causas de disolución del matrimonio, que son la muerte de uno de los esposos y el divorcio.(2)

El Derecho Romano autorizaba la institución del divorcio en forma muy amplia, ya que ni siquiera exigía el consentimiento recíproco de las partes o la intervención del juez, pues tanto la mujer como el hombre se podían repudiar.

"La institución del divorcio es bastante antigua: la ley mosaica lo admitía de una manera muy extensa; en Atenas, cualquiera de los esposos tenía la facultad de pedir la disolución de su matrimonio; en Roma, era considerado como de la esencia de la unión conyugal, estando prohibido todo pacto que tuviera por objeto su renuncia."(3)

En el primitivo Derecho Romano, para los -

(2) PALLARES EDUARDO. Ob. cit. pág. 12

(3) COUTO RICARDO. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, - S. A., México, 1919. T. I. págs. 300 y 301

matrimonios en los que la mujer estaba sujeta a la manus del marido, es decir, a una potestad marital férrea, equi-
parando a la mujer a una hija, sólo el marido tenía el de-
recho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio,
y había, por consiguiente, la posibilidad de una disolu-
ción matrimonial por voluntad unilateral.

El divorcio en la Roma Imperial puede con-
siderarse en dos formas: a) Bona Gratia, que en nuestra -
legislación actual, equivale al divorcio voluntario. b) -
Por repudiación. Este divorcio se podía solicitar por --
uno solo de los cónyuges, y aún sin expresar la causa por
la que se pedía.(4) Por otra parte numerosas constitucio-
nes señalaron para casos de divorcio, infinidad de penas-
más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el
autor de una repudiación sin causa.

Al final de Roma, la primera en introducir
el principio de la indisolubilidad del matrimonio fue la-
Iglesia, y luchó contra leyes germánicas y romanas que --
autorizaban el divorcio, pero permitió la separación de -
cuerpos, porque realmente se dió cuenta, que en algunos -
casos la vida conyugal era imposible. Los esposos separa-
dos no podían volverse a casar.

Es discutible si en el Derecho Romano la -
repudiación que ejercía en un principio el marido y que -
después correspondió a ambos consortes podría ser libre,-

(4) Cfr. PETIT EUGENE. Derecho Romano. Traducc. de Manuel
Rodríguez Carrasco. Edit. Araujo, Buenos Aires, 1940,
págs. 109 a 111.

sin expresión de causa, o tendría que fundarse en determinados motivos justificados. En verdad, hay textos que aluden a ciertas causas que implican faltas graves, como el adulterio, la corrupción de los hijos, la prostitución de la esposa o que el marido la prostituyere, el que uncónyuge incitara al otro para cometer algún delito, etc. pero no se desprende necesariamente de estos textos que sólo cuando hubiese tales causas de divorcio podría ejercerse el derecho de repudiación. Por esto, la mayoría de los romanistas consideran que el derecho de repudiación era libre, podría fundarse en alguna causa, o podría llevarse a cabo sin expresión de ella.(5)

B) Código Napoleón.-- En el Código Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas. Ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración y se reconocieron como causas de divorcio: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales. Contra estas disposiciones que permitían la disolución de los vínculos matrimoniales con tanta ligereza, surgió una tesis conciliatoria que fue sostenida por el Código Napoleón que modificó el sistema, siendo así como el divorcio pasó de una forma libre a un sistema restringido. (6)

En realidad, la idea del divorcio voluntario que parte del Código francés, se debe a Bonaparte,

(5) Cfr. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho de Familia. T.II Edit. Antigua Librería Robredo, México, 1962. págs. - 46 y 47

(6) *Ibidem*. pág. 55

quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria -- de quienes intervinieron en la redacción del Código que -- lleva su nombre.

Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio voluntario, en parte por la posibilidad de que -- Josefina no le diese hijos, y también porque pensaba que -- el divorcio voluntario constituye una forma conveniente -- de ocultar causas muy graves; causas que pueden ser escan-- dalosas, que pueden originar la deshonra, el desprestigio, el descrédito de uno de los cónyuges. ¿Para qué obligar-- los a un divorcio necesario en que se tenga que exhibir -- ante los tribunales o públicamente, por ejemplo: el adul-- terio de la mujer o del hombre, o la comisión de un deli-- to en contra de la mujer o de los hijos, o graves hechos-- inmorales, como prostituir a la mujer, corromper a los -- hijos? Mejor que los cónyuges se arreglen solos, oculten la verdadera causa del divorcio y puedan conforme a la -- ley manifestar simplemente que es su voluntad divorciar-- se.

En lo personal estoy plenamente de acuerdo en la idea de Bonaparte, el divorcio voluntario es una sa-- lida para los cónyuges, que ayuda bastante para ocultar -- las verdaderas causas que originaron a los divorciantes a -- tomar una decisión de esta naturaleza.

Rojina Villegas dice que: "El divorcio -- por consentimiento mutuo no es necesariamente un divorcio sin causa; pero sí, por lo menos, un divorcio sin causa --

determinada por la ley y probada en juicio. Justamente era esto lo que había querido Bonaparte. La necesidad de demandar el divorcio ante los tribunales lo espantaba. Decía que era necesario ahogar el escándalo y que recurrir a la justicia sólo es útil en los casos graves, por ejemplo, cuando haya adulterio. Más tarde, empleaba un argucia para imponer su sistema; afirmaba que el consentimiento mutuo es el signo de que el divorcio es necesario y no causa de éste; hace presumir la existencia de una causa real que los esposos desean mantener en secreto y debe -- dispensarseles el revelarla, cubriéndose recíprocamente -- de vergüenza y ridículo.(7)

En Francia, no obstante que se origina el divorcio voluntario y que así se estatuye en el Código Napoleón, después se suprime, continuando vigente en los -- países que lo siguieron: Bélgica, Luxemburgo y Rumanía. -- Suecia, Dinamarca, Letonia, Estonia y Portugal, también -- lo admiten.

En Francia, en realidad ya no hay divorcio voluntario en la actualidad, pero se ha llegado, como explica Planiol, a circunstancias todavía más graves porque hay los divorcios simulados. No hay una verdadera causa de divorcio, pero como los consortes no pueden divorciarse por mutuo consentimiento, simplemente porque ya no -- quieren continuar casados y no se les aceptaría esta manifestación de voluntad, entonces recurren a la inmoralidad de inventar una causa. Generalmente la mujer se presenta

(7) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Ob. cit. págs. 41 y 42

como la inocente y el marido acepta, por ejemplo, que injurio gravemente a su esposa. Confiesa la causa y el juez tiene que decretar el divorcio por injurias, que en realidad nunca existieron, llegándose al grado de que en lugar de imponer las garantías que permite el divorcio voluntario, especialmente en favor de los hijos, se facilita el divorcio simulando las causas y favoreciendo una inmoralidad. Por eso los autores se pronuncian en el sentido de que se reforme el Código Francés para aceptar el divorcio por mutuo consentimiento.

"La jurisprudencia ha demostrado tal facilidad para admitir las quejas de los esposos y decretar la ruptura del lazo conyugal, que de hecho hemos llegado al consentimiento mutuo. Desde el principio de la aplicación de la ley en 1884, cuando no existía una causa real de divorcio, los esposos se entendían para crear una ficticia; simulaban un adulterio, presentaban testigos comprados o complacientes, etc. Los magistrados no ignoran las comedias que frecuentemente se presentan ante ellos y cierran los ojos. Pero los litigantes ni siquiera necesitan recurrir ya a estas estratagemas: basta que uno de los esposos abandone el domicilio conyugal y se niegue a volver a él, pues con ello comete una injuria grave que concede a su cónyuge el derecho de obtener el divorcio. O bien uno de ellos demanda al otro por motivos falsos y esta calumnia lo autoriza a su vez para demandarlo. Por último, se ha llegado al empleo de juicios consentidos en materia de divorcio: las partes no se de-

fienden, se invoca el interés de los hijos y no se celebra la audiencia de ley; en el Palacio estos procedimientos simplificados se llaman divorcios de común acuerdo. En estas condiciones, la negativa de divorcio por consentimiento mutuo ya no es sino una medida vana y sin efectos. Sería más digno de la justicia y de la ley autorizarla francamente: estando reglamentada, podría llegar a ser más difícil de obtener la disolución del matrimonio." (8)

El divorcio por mutuo consentimiento fue admitido por la ley de 1792. Como los esposos estaban de acuerdo para separarse, se había considerado inútil la intervención del Tribunal, limitándose el legislador a rodear este divorcio de algunas precauciones, destinadas a impedir la ruptura demasiado fácil del matrimonio; las principales consistían en plazos sucesivos impuestos a los esposos y en su comparecencia ante una asamblea — compuesta de seis parientes o amigos.

"Eliminado del proyecto, el divorcio por consentimiento mutuo reapareció en la redacción definitiva bajo la influencia del Primer Cónsul. El consejo de Estado era contrario a este divorcio, la opinión pública no lo quería y en las 'observaciones' de los Tribunales se había pedido la supresión. Pero Bonaparte hizo grandes esfuerzos para que se adoptara. Las actas oficiales permiten adivinar cómo su imperiosa voluntad obligó al Consejo. Se supone que insistió tanto por su interés personal, cuanto por haber querido reservarse para su —

(8) PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. relativo al divorcio, Traduc. de José M. Cajica Puebla, México, 1946, pág. 95

un medio de romper su unión con Josefina Beauharnais, quien no le daba el heredero que necesitaba para sus sueños de imperio".(9)

Posteriormente al Código Napoleón encontramos que surge nuevamente la religión católica, como religión del Estado en Francia (1814) y el 8 de mayo de 1816 es suprimido el divorcio en la legislación para darle una satisfacción a la Iglesia, contra el régimen derivado de la revolución. Pero el 19 de julio de 1884 se restableció nuevamente el divorcio, y en la legislación aparecen las mismas causales del Código anterior.

Las actuales causales de divorcio en el Derecho Civil Francés, están señaladas en los artículos 229 a 232.

"Artículo 229.- Todo adulterio del marido - solo será causa de divorcio, cuando iba acompañado de una doble circunstancia agravante, el mantenimiento regular de relaciones de concubinato, o que se cometiese en la casa conyugal".

"Artículo 230.- Relativo al adulterio de la mujer: Todo adulterio cometido por la mujer, aún aislado y fuera de la casa conyugal, hacía que se decretara contra ella el divorcio".

"Artículo 231.- Los esposos podrán demandar se recíprocamente el divorcio, por excesos, sevicias o injurias graves, de uno de ellos en contra del otro".

Artículo 232.- "Es la condena de uno de -- los cónyuges a una pena aflictiva o infamante".(10)

C) México.-- Como éste es el tema que me -- ocupa, haremos una breve síntesis histórica acerca del -- divorcio en México, desde la época precortesiana hasta -- nuestros días.

Primeramente encontramos que los mayas re-
pudiaban a la mujer cuando le era infiel al marido; en --
caso de que hubiere hijos y estos fueran menores de edad,
quedaban al cuidado de la esposa y por el contrario, si-
fueran mayores de edad, las mujeres permanecían con su --
madre y los hombres bajo la custodia del padre.

La mujer quedaba en libertad de contraer --
nuevas nupcias con otro hombre o si quería volver con su
excónyuge, lo podía hacer.

En relación con los viudos, éstos tenían --
libertad para casarse, aunque si se casaban antes de que
pasara un año de la muerte de la esposa eran criticados--
por el pueblo.

Nunca los mayas tomaron más de una mujer --
como se ha hallado en otros pueblos, otra de las caracte-
rísticas de esta civilización es de que los padres a nom-
bre de sus hijos (niños), contrajeran matrimonio (y los
casados esperan hasta que sean venidos en edad) y los pa-
dres se trataban como suegros.(11)

(10) Artículos 229, 230, 231 y 232 del Código Civil Fran-
cés.

(11) Cfr. DE LANDA DIEGO FRAY. Relación de las Cosas de-
Yucatán. Edit. Porrúa, S.A., 9a. Edic. México 1966, --
Pág. 42

En el Derecho Azteca, la edad para contraer matrimonio era de veintidos años para los hombres y de diez a dieciocho años para la mujer. Contraerlo era una obligación y el hombre que no lo hacía a tiempo, no podía contraerlo después y era mal visto. (12)

Entre los mexicanos, era lícita y muy frecuente la poligamia, principalmente entre los reyes y señores. También en este derecho se mencionan los matrimonios sujetos a condición suspensiva o sea si la mujer tenía un hijo de tal unión, los parientes podían exigir al hombre que se casara o la devolviera, y sucedía que estas uniones irregulares ya pasado algún tiempo se podían legitimar.

Observamos que el divorcio entre los aztecas estaba sujeto a complicados trámites judiciales. Las causales que reconocía este pueblo eran las siguientes:

Causas de divorcio para el hombre.

- 1.- La esterilidad de la mujer.
- 2.- La pereza de la mujer.
- 3.- Ser la esposa descuidada y sucia.
- 4.- Ser pendenciera.
- 5.- La incompatibilidad de caracteres.

Causas de divorcio para la mujer.

- 1.- Los malos tratos físicos.

(12) Cfr. ESQUIVEL OBREGON TORIBIO. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I. Edit. Polis. - México. 1965. Pág. 363

2.- El no ser sostenida por el marido en sus necesidades.

3.- La incompatibilidad de caracteres.(13)

Los aztecas no aceptaban que dos cónyuges divorciados volvieran a contraer nuevas nupcias, ya que si esto sucediera, serían castigados con la pena de muerte (lapidación).

a) Legislación Novohispana.- En esta época, la legislación aplicable fue solamente una pequeña parte la cual estaba basada en el Derecho Canónico, y tenía como idea primordial la indisolubilidad del matrimonio. Al matrimonio se le elevó a la categoría de sacramento. El Derecho Canónico, tuvo influencia en México a través de toda la Colonia y parte de la época independiente.

No debe llamarnos la atención el hecho de que en las leyes españolas no aparezcan, sino en algunas de ellas, normas relativas al divorcio. Esta omisión se explica fácilmente, si se toma en cuenta que todo lo concerniente al matrimonio y al propio divorcio pertenecía a la jurisdicción eclesiástica y que la Iglesia, mediante Decretales, resolución de concilios y el Código Canónico, era la que reglamentaba esas materias.

No obstante, hay algunas disposiciones en la legislación civil que tratan del divorcio. Vamos a -

(13) Cfr. H. ALBA CARLOS. Estudio comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, México, 1949. Págs. 28, 29 y 30

referirnos a las más importantes de las leyes españolas— que precedieron a la nuestra y en parte estuvieron vigentes en México.

En el Fuero Juzgo encontramos en el Libro Tercero, Sexto título, las siguientes disposiciones:

1.- Se prohíbe que alguno se case con la-mujer que dejó el marido a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por testigos (Esta ley demuestra que— el divorcio, en aquel entonces, no era indisoluble).

Si violare—la prohibición, y las personas unidas en el segundo matrimonio fuesen de calidad social, el señor de la ciudad, el vicario o el juez, deben dar — conocimiento al rey de ese hecho. Si no son personas de alcurnia social, las citadas autoridades deben separar— los inmediatamente y poner a disposición del primer marido, tanto a la mujer como al que se casó con ella, a no— ser que el marido estuviese ya casado con otra, para que hiciere con ellos lo que fuere su voluntad.

2.- Si el marido abandona a su mujer sin— motivo legal pierde la dote que recibió y no tiene dere— cho a ninguno de los bienes de su mujer. Además, si ha— bía enajenado lo que había recibido de la mujer, estaba— obligado a devolverlo.

3.- Si la mujer abandonada injustamente,— le hubiera dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría.

Esta ley demuestra que el divorcio en aquel entonces no era indisoluble.(14)

b) Etapa independiente.-- En esta época independiente de México, la Iglesia abarcó funciones de carácter político, autorizando a los párrocos a registrar nacimientos, matrimonios y muertes de todos los mexicanos e inclusive expedir actas civiles.

En Veracruz, el 23 de julio de 1859 o sea - la época de la Reforma, el Presidente Benito Juárez expide una ley sobre el Matrimonio Civil, en la que dice que el matrimonio es un contrato, asumiendo el Estado la potestad sobre el estado de las personas, restringiendo la facultad de la Iglesia Católica de expedir actas del estado civil.

Benito Juárez no admite el divorcio vincular y solamente reglamenta el relativo. El artículo 20 de la Ley mencionada dice: "El divorcio es temporal y en ningún caso deja hábiles a las personas para constituir nuevo matrimonio, mientras viva uno de los cónyuges".(15)

En relación a los códigos que se citan en este capítulo de antecedentes históricos, los analizaré - a continuación:

(14) Cfr. PALLARES EDUARDO. Ob. cit. Pág. 16 y 17

(15) GOMEZ GONZALEZ LUZ DEL CARMEN. Crítica a las soluciones dadas por el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal. Tesis. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. México, D.F., - 1973. Pág. 39

1.- Código Civil de Oaxaca 1827-1828.— De su artículo 144 Libro Primero, se desprende que únicamente admitía el divorcio perpetuo y temporal, y que a la letra — dice: "Por divorcio se entiende solamente la separación de marido y mujer, en cuanto al lecho y habitación, con autoridad del juez. Hay divorcio perpetuo y temporal".(16)

Como causas de divorcio señalaba dicho Código, el adulterio de uno de los cónyuges, y éste era perpetuo si uno de los cónyuges o ambos lo pedían. El Código a estudio aceptaba la separación de cuerpos, perpetuo o temporal. La primera sólo tiene lugar en caso de adulterio.— La separación de cuerpos, siempre ha de ser decretada por la autoridad eclesiástica competente y nunca por simple voluntad de los cónyuges.

En el caso de que ambos cónyuges de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación, deberían acudir ante el Tribunal eclesiástico para que éste lo decretara, no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio.

El artículo 162 del Código que nos ocupa, — aceptaba el divorcio temporal porque uno de los consortes haya caído en herejía o apostacia justificadas, pero en este caso si el consorte apostata o hereje se convierte en católico está obligado a reunirse con él; cuando la mujer temiera ser implicada en crímenes de su marido, que así —

(16) Cfr. DR. ORTIZ URQUIDI RAUL. Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana. 1a. Ed. Edit. Porrúa, S. A., México, D. F., 1974, págs. 137 a 140

podieran causarle la pérdida de su vida, de su honor o de sus bienes; por la locura o furor de uno de los consortes, si el otro corriese peligro de su vida o de padecer otro daño muy grave; pero esto se entiende en tal caso de que usando de precaución no pueda librarse del peligro y por causa de crueldad y malos tratamientos, sea en obras, como en golpes, heridas u otras considerables, sea por medio de amenazas capaces de inspirar miedo en el hombre.

La Iglesia abarcó también esta causal de divorcio temporal, y con ello los consortes estaban obligados a acudir ante ella a efecto de recibir consejos y persuadirlos en su decisión y en todo caso dictar la respectiva resolución al caso planteado.

La norma establecida en el artículo 262 -- del Código que se comenta, puede producir un resultado al parecer injusto, que es el siguiente, en su parte primera:

Si el cónyuge no culpable profesa una religión no católica, por ese hecho es sujeto para que le sea demandado el divorcio temporal por su consorte ofendido, -- a pesar de su inocencia, contrariamente al principio establecido en el artículo 24 Constitucional, por lo que en -- equiparación de nuestra Carta Magna sería atentatorio de garantías individuales.

En el Código de Oaxaca de 1827-1828 no se admitió el divorcio por mutuo consentimiento, creo que -- porque facilitaba en esa forma la disolución del vínculo conyugal y ponía en peligro la estabilidad de la familia.

2.- Código Civil Corona de Veracruz de 1868.- Este Código Civil del Estado de Veracruz, presentado en proyecto a la Honorable Legislatura por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia Licenciado Fernando de Jesús Corona y mandado observar por el Decreto número 127 de 17 de diciembre de 1868, de su Título Cuarto, - Capítulo Quinto, artículo 225, se observa que únicamente admitía el divorcio perpetuo y temporal y que textualmente dice:

"Artículo 225.- Los casados podrán separarse temporal ó perpetuamente, en los casos en que haya lugar al divorcio".

Y no obstante que ambos cónyuges quedaran divorciados, el divorcio no disolvía el matrimonio, de manera que alguno de los divorciados pudiera contraer otro matrimonio o faltar a la fidelidad, pero dicho divorcio - sí suspendía la vida en común de los casados y a algunas de las obligaciones inherentes al matrimonio.

Como causas de divorcio señalaba dicho Código, el adulterio y no procedía cuando ambos cónyuges se hubieren hecho reos de este crimen -en el Código a estudio se observa que el adulterio era considerado un crimen- el artículo 228 del Código que nos ocupa dice así:

"Artículo 228.- Son causas legítimas para el divorcio:"

1o. El adulterio, menos cuando ambos cónyuges háyanse hecho reos de este crimen, ó -

cuando el esposo prostituya á la esposa con su consentimiento; mas en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que este sea castigado conforme á las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido, dan derecho á la mujer para entablar la acción de divorcio -- por causa de adulterio."

"2o. La acusación de adulterio hecha por el marido, á la mujer, ó por esta á aquel, -- siempre que no la justifiquen en juicio".

"3o. El concubito con la mujer, de suerte -- que resulte contra el fin esencial del matrimonio".

"4o. La inducción con pertinencia, al crimen, ya sea que el marido induzca á la mujer, ó esta á aquel".

"5o. La crueldad excesiva del marido con la mujer, ó de ésta con aquel".

"6o. La enfermedad contagiosa de alguno de los esposos, grave de tal manera que comprometa a la existencia del otro".

"7o. La demencia de uno de los esposos, -- cuando fundadamente dé lugar á temor por la vida del otro".

Sin embargo el artículo 248 del mismo ordenamiento establecía que el adulterio no era precisamente -- una causa de divorcio cuando el que lo invoca era convencido de haber cometido igual delito, o haber inducido al -- adulterio al que lo cometió, la disolución del matrimonio -- por ésta causal quedaba como facultad discrecional del --

que otorgarlo o no. En este Código no se contemplaba el divorcio por mutuo consentimiento.

3.- Código Civil de 1870.- Esta legislación tuvo marcada influencia de las leyes españolas, y — del Derecho Canónico y éste lo vemos claramente en el artículo 239 del Código Civil a estudio, que dice: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos a éste Código"; es decir sólo — aceptaba la separación de cuerpos, y es así, como el matrimonio únicamente podía disolverse por la muerte de uno de los cónyuges.

El artículo 240, señala las causales por las que se podía pedir el divorcio necesario al decir:

Son causas legítimas de divorcio:

1.- El adulterio de uno de los cónyuges.

2.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando la haya hecho directamente sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso, de permitir que su mujer tuviera relaciones ilícitas con otro hombre.

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

4.- El conato del marido o de la mujer, para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción.

5.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal por más de dos años.

6.- La sevicia de un cónyuge hacia otro.

7.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge al otro.

Una vez que era aceptada la demanda, se tomaban ciertas medidas provisionales, que duraban la tramitación del juicio, para garantizar que no se dañara el patrimonio de la mujer o la integridad física y moral de los hijos, así como para asegurar la subsistencia de estos.

Tales medidas eran las siguientes. (Artículo 266)

a) Separar a los cónyuges en todo caso.

b) Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiera el depósito, corresponde al juez designar la casa en la que se quedará depositada la mujer.

Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta se depositará sólo a solicitud de ella.

c) Poner a los hijos al cuidado de los cónyuges o de alguno de ellos, observándose lo dispuesto en los artículos 268, 269 y 270.

d) Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos, que no queden en poder del padre.

e) Dictar, en su caso, las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicio a la mujer.

f) Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a las mujeres que quedan encinta.

Los efectos que se producían dictada la sentencia eran:

1.- Respecto de los hijos.- Estos quedaban bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si los dos cónyuges eran culpables, entonces se nombraba tutor, - en caso de que no existieran ascendientes en quienes recayera la patria potestad. (Artículo 268)

El juez tenía amplias facultades para dictar cualquier providencia en beneficio de los hijos menores, a petición de los hermanos mayores, tíos o abuelos. - (artículo 269) El cónyuge culpable, perdía todos los derechos sobre sus hijos recobrándolos hasta la muerte del cónyuge inocente, excepto en los casos de las fracciones III, V y VI, del artículo 240, pues entonces quedaban bajo la-

custodia de un ascendiente o de un tutor. (Artículos 271 y 272).

2.- Respecto a la persona de los cónyuges. Estos obtenían su separación, suspendiéndose su obligación de cohabitación, pero estaban facultados para acusarse en caso de infidelidad puesto que el vínculo subsistía.

3.- En relación a los bienes de la sociedad conyugal.- Se les devolvían a los cónyuges los bienes que habían aportado a la sociedad conyugal quedando la mujer en libertad de poder negociar con sus bienes sin autorización del cónyuge, si no fue ella quien dió causa al divorcio. El artículo 273 expone lo siguiente: "El cónyuge culpable, perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste y, el inocente conservará lo recibido y podía reclamar lo pactado en su provecho".

También el legislador de 1870, aceptó el divorcio por mutuo consentimiento, aduciendo para justificar su postura, que ciertamente había motivos atendibles por los cuales la familia deseaba ocultar las causas reales que lo originaban. Sólo se podía solicitar el divorcio, dos años después de haberse celebrado el matrimonio, pero si los cónyuges tuvieran veinte años de casados o la esposa cuarenta y cinco años de edad, entonces no se aceptaba la solicitud de divorcio voluntario. (Artículo 247 y 250).

PROCEDIMIENTO

Para obtener el divorcio voluntario en el Código Civil de 1870 se necesitaba:

1.- Presentación de la demanda.

2.- Convenio por el cual se fijara la situación de los hijos si los hubiere.

Una vez satisfechos estos requisitos, el juez señalaba fecha para la celebración de la primera junta de avenencia; si no se reconciliaban los consortes dejaba transcurrir tres meses, volviendo a exhortarlos para que se desistieran de la acción intentada; si no lograban avenirlos se decretaba la separación, si se aprobaba el convenio. (artículos 251, 252 y 253).

3.- Código Civil de 1884.- Después de doce años de observancia del Código Civil de 1870, se introducen algunas reformas en esta codificación, con la idea de satisfacer las necesidades sociales de la época y dar claridad a algunos preceptos que no aparecían suficientemente explícitos.

En el Código de 1884, se continuó sosteniendo la indisolubilidad del vínculo matrimonial y llamándose a la simple separación de cuerpos.

Este Código de referencia, aumentó las siete causas del Código anterior a trece.

El artículo 227, señala las siguientes causas de divorcio:

1.- El adulterio de uno de los cónyuges.

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

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

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

5.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción.

6.- El abandono del domicilio conyugal sin justa causa o aún cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio.

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

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

9.- La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley.

10.- Los vicios incorregibles del juego o -- embriaguez.

11.- Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento -- el otro cónyuge.

12.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

13.- El mutuo consentimiento.

Todas estas causales se repiten en las posteriores legislaciones, a excepción de la causal doce, que se refiere a las capitulaciones matrimoniales.

Al igual que en el Código de 1870 se regula el divorcio voluntario, el cual, como en aquél ordenamiento, no se procedía sino después de dos años de matrimonio.

5.- Ley Sobre Relaciones Familiares.- Esta Ley fue expedida por Venustiano Carranza, primer Jefe del -- Ejército Constitucionalista en el año de 1917. El divorcio en este cuerpo legal, disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, iniciando --

así una nueva etapa jurídica en la que sentaran las bases para que el matrimonio pudiera disolverse como cualquier contrato.

La publicación de esta ley originó muchas discusiones entre juristas de la época ya que algunos estaban de acuerdo indiscutiblemente con esta ley a pesar de los muchos errores técnicos que presentaba.

El Licenciado Eduardo Pallares, estaba en contra de la nueva ley, aduciendo que es rotundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar.(17)

El artículo 76 de esta ley en su fracción XII establece el divorcio por mutuo consentimiento que al igual que los Códigos de 1870 y 1884, esta Ley Sobre Relaciones Familiares ordenaba que una vez presentada y admitida la demanda de divorcio, se dictarían medidas provisionales, que consistían en depositar a la mujer en casa de persona decente, asegurar los alimentos tanto de los hijos como de aquella y salvaguardar los bienes de esta última.

Uno de los efectos definitivos de mayor importancia producido por el divorcio, consistía en la recuperación de los cónyuges de su capacidad matrimonial pues to que podían contraer nuevo vínculo.

(17) FLORES BARROETA BENJAMIN. Lecciones de Derecho Civil. (Apuntes) 1er. Tomo. México, México, D. F., pág. 463

Para que procediera el divorcio por mutuo-consentimiento, tenía que pasar un año de la celebración del matrimonio. Se presentaba la solicitud de divorcio - junto con el convenio; una vez hecho esto se citaba a tres juntas de avenencia, si al cabo de ésta no se llegaba a una reconciliación, se aprobaba el convenio y se le daba vista al Ministerio Público, si este funcionario no oponía, el Juez dictaba la sentencia concediendo el divorcio.

CAPITULO SEGUNDO

EL DIVORCIO EN GENERAL

A) Concepto.— Tenemos que distinguir dos grandes sistemas: El divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular. Los cuales estudiaremos en los siguientes incisos, pero mientras tanto veremos el concepto de divorcio:

"Divorcio proviene del latin 'divortium', - que significa disolución del matrimonio. Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa dos sendas que se apartan del camino. En un sentido metafórico, más amplio y moderno, divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban juntas (unidas). En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal".(18)

En cualquier caso, la resolución que decreta la ruptura del vínculo matrimonial, debe ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea porque ha quedado probada en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la ley como causa de divorcio, han provocado la ruptura de ese consenso necesario para mantener el vínculo (divorcio con

(18) FUEYO LANERI FERNANDO. Derecho Civil. T. VI. Edit. —
 Edit. Universo, S. A., Santiago de Chile, 1959, págs.
 183 y 184.

tencioso necesario) o porque marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo-consentimiento).

El matrimonio, considero, fuente primordial de la familia y garantía de su subsistencia, por su propia naturaleza debe ser permanente. No puede aceptarse en manera alguna, por la función misma de la institución matrimonial, que al celebrar el matrimonio la voluntad de los contrayentes sea otra distinta a la de mantener la subsistencia del vínculo conyugal, durante toda su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida, amenazan ese vínculo. El contenido de esa voluntad en el momento de la celebración del matrimonio, constituye una verdadera promesa, debe cumplirse desde ese momento hasta el final de la vida. Esa promesa solemne debe mantenerse permanentemente en cada momento de la vida matrimonial.

El divorcio es una institución jurídica que propiamente surgió al tiempo en que el Derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común. Apareció en una forma primitiva, como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos, por causa de adulterio de la esposa y también con no menor frecuencia, se aceptaba el ejercicio del derecho de repudiar, fundada en la esterilidad de la mujer.

B) Clases.- Dentro del Código Civil de 1928 encontramos dos tipos fundamentales de divorcio. El divorcio entendido en su más amplia expresión, esto es como la disolución del vínculo que deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, y el divorcio que suele llamarse por los autores relativo, o simplemente separación de cuerpos.

a) Divorcio por separación de cuerpos.- En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital.

Planiol, comentando la legislación francesa, decía: "La separación de cuerpos es una situación - - cruel, que deja subsistir todas las obligaciones y todas las cargas del matrimonio, y que al mismo tiempo suprime todas las ventajas que puede ofrecer la vida de familia.- Cuando se ha perdido toda esperanza de arreglo, esta situación llegaría a ser intolerable, de no tener fin. Por ello se ha dejado a los esposos un medio para librarse de él convirtiendo su separación en divorcio al fin de tres años. Frecuente en la práctica es el ejercicio de esta - facultad, y el número de conversiones tiende a aumentar".

(19)

La simple separación sin el divorcio, tiene una inmensa ventaja; y es, que abre la puerta de la reconciliación a los dos esposos. Así el caso que se da cuando en un momento dado se sienten vivamente ofendidos por la injuria más grave que pueda haber, por la infelicidad, — recurriendo al divorcio por separación de cuerpos. Y tal vez, aquel matrimonio desgraciado vuelva a contemplar — otra vez la alegría y la felicidad; tal vez aquel hogar — vuelva a restituirse.

Este tipo de divorcio fue el único que regu- laron las codificaciones anteriores, perdurando en nues- tro Código Civil vigente como una opción que se origina — en el texto mismo del artículo 277, ya que, tratándose de las causales de divorcio señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, el cónyuge sano puede optar entre — el divorcio vincular o la simple separación de cuerpos.

Según Planiol: "la separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido eximidos judicial- mente de la obligación de vivir juntos. La separación de cuerpos difiere del divorcio en que no disuelve el matri- monio; sólo afloja su vínculo. Ambos esposos permanecen casados; pero viven separadamente. Subsisten todas las — obligaciones nacidas del matrimonio, excepto las que se — refieren a la vida común".(20)

La separación no es sino el divorcio antiguo disminuido en sus efectos por el derecho canónico, que —

(20) PLANIOL MARCEL. Ob. cit. pág. 86

prohibía a los esposos desunidos contraer nuevo matrimonio con otras personas. Por tanto, no es una institución nueva, sino la transformación de una institución anterior: no pudiendo casarse ya cada uno de los esposos en vida del otro, el divorcio se reducía a una simple separación de habbitación. Muy pronto se reconoció que todo divorcio que no daba a los esposos el derecho de casarse nuevamente, dejaba en realidad subsistir su unión.

Puesta la discusión en sus verdaderos términos, no puede menos de sostenerse que si la separación es una necesidad de todo matrimonio en que la vida común se ha hecho imposible, preferible es por mil conceptos que se haga radicalmente, como lo hace el divorcio; no caben términos medios en el asunto: o hay matrimonio o no lo hay, y si la vida común, que es la base del matrimonio, se ha roto, es absurdo mantener que haya matrimonio; pretender que éste subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción; en efecto, ¿qué queda del matrimonio, una vez rota la comunidad de existencia?; ¿puede uno llamar matrimonio ese estado de cosas en que el hombre y la mujer viven, cada quien por su lado, comprometidos quizás en ilegítimas uniones?; ¿puede suponerse vivo, valiéndose de una ficción jurídica, lo que ha dejado de existir?; y ¿cuáles son los beneficios que acarrea esta ficción?

A lo anterior cabe agregar que impedidos los esposos separados de contraer un nuevo matrimonio, no les quedan más que dos caminos, en mi opinión personal: o condenarse a un celibato forzado o buscar la satisfacción de-

sus pasiones en uniones reprobadas por la sociedad; lo — primero es contrario a la naturaleza; lo segundo es contrario a la moral, ahora bien, un sistema de legislación que no se complace con los principios de la naturaleza y morales, no podrá menos de producir funestas consecuencias para el individuo y para la sociedad.

Mucho se habla de que el divorcio es contrario a la dignidad del matrimonio; yo pregunto ¿no es más indigno para el matrimonio y más contrario al respeto que se merece esta institución el pretender que se mantenga a un cónyuge por la fuerza?

Al respecto, Ricardo Couto, dice: "De todo lo dicho se infiere que el divorcio, sin dejar de tener — los mismos inconvenientes que la simple separación de cuerpos, presenta innumerables ventajas que ésta no tiene; — desde luego es más conforme con los principios, y encerrado dentro de justos límites, es una institución de moralidad. Decimos encerrado dentro de justos límites porque, — con todos los autores que han escrito sobre la materia, re conocemos que el ideal que debe perseguirse en el matrimonio es la perpetuidad del vínculo; en consecuencia, sólo — que la vida conyugal se haga imposible entre los esposos, — sólo que las condiciones que dieron lugar a la formación — del matrimonio hayan dejado de existir, debe admitirse el divorcio".(21)

(21) COUTO RICARDO. Ob. cit. págs. 307 y 308

Realmente la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ellas se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten con exclusión de la relativa a la vida en común.

b) Divorcio vincular.— El divorcio vincular ha sido enérgica y tesoneramente combatido antes y después de su incorporación al Derecho civil contemporáneo. No es ésta, como es sabido, una institución de los tiempos modernos, pues fue ya conocida en las civilizaciones más remotas.

"Puede decirse que el divorcio es una institución universal, que ha sido reconocida, con efectos más o menos rigurosos, en todos los tiempos, como remedio para los matrimonios realmente frustrados"(22)

Lo malo del divorcio no es, en realidad el divorcio en sí, sino el abuso del divorcio. Nadie puede negar con fundamento que en las esferas sociales más elevadas y, sobre todo, en ciertos medios "artísticos", el divorcio se ha convertido en un procedimiento cómodo de satisfacer los apetitos sexuales más desenfrenados. Creo que el remedio de esta desmoralización no está, sin embargo, en la supresión del divorcio, sino en darle una regulación legal que, de acuerdo con los resultados de las experiencias obtenidas, evite los abusos, en lo más-

(22) DE PINA RAFAEL.— Derecho Civil Mexicano. 12a. Edic.— Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982. Pág. 339

humanamente posible, y no permita en consecuencia, obtenerlo sino cuando realmente pueda constituir la solución única de una situación matrimonial en verdad francamente insostenible.

Porque, considero, que el divorcio como re medio heróico para situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio, no tiene nada de inmoral. Lo que constituye una verdadera inmoralidad es, repito, el abuso del divorcio, cuyos efectos son para la sociedad y la familia verdaderamente perniciosos.

Siguiendo con el tema. La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Dentro de este sistema podemos hacer una división bipartita, a saber: divorcio necesario y — divorcio voluntario:

1.- Divorcio necesario.— El divorcio vincular necesario se decreta por las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil vigente, que podemos clasificar, en los siguientes grupos: a) Por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas; b) — Hechos inmorales; c) Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio; d) Actos contrarios al estado matrimonial y e) Enfermedades o vicios enumerados específicamente.

Estas causas graves dan origen al divorcio vincular, aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

"Ahora bien, dentro del divorcio vincular-necesario, podemos mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero se motiva por las causas antes clasificadas, exceptuándose las enfermedades que en seguida se mencionan. El divorcio remedio se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, — cuando el otro consorte padece una enfermedad crónica e incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria".(23)

El divorcio necesario, sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente, y dentro de los seis meses siguientes al día en que se tuvo conocimiento de los hechos que funden la demanda, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 278 del Código Civil vigente para el Distrito Federal; para que esta acción pueda ser intentada, se requiere que no haya mediado perdón expreso o tácito, — por parte del cónyuge que no hubiere dado causa al divorcio.

El cónyuge culpable no podrá volver a casarse antes de que se cumplan dos años desde que se decretó el divorcio (artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal).

(23) PLANIOL MARCEL. Ob. cit. pág. 20

2.- Divorcio voluntario.- Esta clase de divorcio que se funda en el mutuo dicenso de los consortes, no se acepta en las legislaciones de todos los países que han acogido el divorcio vincular.

Se ha discutido sobre la conveniencia o inconveniencia de reconocer su validez, como un medio de disolver el vínculo matrimonial, junto al divorcio que se funda en causas taxativamente establecidas en la ley debidamente probadas ante el juez que decreta el divorcio. La Ley de Relaciones Familiares estableció por primera vez en México, la disolución del matrimonio, mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges — que declaran su voluntad concorde de querer divorciarse. El Código Civil vigente en el Distrito Federal, adopta el mismo sistema y además habilita dos vías de divorcio por voluntad de los consortes. Una de ellas, por medio de un procedimiento simplificado en extremo, que se lleva al cabo ante el juez del Registro Civil y que se conoce como divorcio administrativo y otro procedimiento, — que los cónyuges deben tramitar ante la autoridad judicial, en la vía de jurisdicción voluntaria.(24)

El divorcio por mutuo consentimiento, sea judicial o administrativo, no puede iniciarse sino después de un año de la celebración del matrimonio (artículo 274 del Código Civil vigente en el Distrito Federal).

En tanto se decreta el divorcio, el juez dictará las medidas necesarias para asegurar la subsis-

(24) Cfr. GALINDO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil. 3a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1979. Pág. 588

tencia de los hijos, a fin de hacer efectiva la obligación de dar alimentos por parte del consorte a quien -- la ley se la imponga. Durante la tramitación del juicio los consortes pueden reunirse en cualquier momento, dando con ello fin al juicio, pero a diferencia de los Códigos de 1870 y 1884, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, no es suficiente la cohabitación para considerar subsistente el matrimonio por reconciliación. -- Cuando durante el juicio, y antes de dictarse sentencia de divorcio, los cónyuges convengan en una reconciliación, no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino como ya mencioné, sino pasado un año a partir de la misma.

Este procedimiento comprende las dos juntas que respectivamente exigen los artículos 675 y - 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que en ellas se ratifique y reitere la voluntad de ambos consortes en divorciarse.

En este sentido, la Ley de Relaciones Familiares exigía tres juntas debiendo mediar entre cada una de ellas, por lo menos un mes, correspondiente -- en parte, al espíritu de los Códigos civiles anteriores de 1870 y 1884, para dificultar el divorcio voluntario.

Puede ocurrir que en el procedimiento de divorcio voluntario comparezca un cónyuge menor de edad, en cuyo caso, deberá de asignársele un tutor especial; aunque el matrimonio produzca de pleno derecho la emancipación del menor de edad. Una peculiaridad en el --

divorcio voluntario consiste en que los cónyuges no pueden hacerse representar por un apoderado, tomando en cuenta la finalidad que persigue la ley, de que el juez exhorte directamente a los consortes para procurar avenirlos.- Es evidente que la intervención de un apoderado podría hacer nugatoria esta finalidad, si el juez cumple con su deber, de hablar directamente a los sentimientos, a la conciencia de los consortes para procurar avenirlos. El apoderado juzgaría el asunto de una manera impersonal, fría, y no se lograría el efecto que la ley persigue de procurar por el juez la reconciliación. El artículo 678 del Código Procesal Civil en el Distrito Federal, impide de plano que se conceda representación para los consortes a un apoderado en el divorcio voluntario.

Es de hacer notar que para que pueda proceder el divorcio voluntario judicial cuando hay hijos, - se requiere la intervención del Juez y del Ministerio Público, con la principal función, éste último, de vigilar que los intereses de la prole queden garantizados suficiente y debidamente.

En cuanto al procedimiento que deba seguirse para la disolución del matrimonio voluntario no encontramos cómo ocurre tratándose del divorcio administrativo, el procedimiento dentro del Código Civil para el Distrito Federal, sino que aquí es el Código de Procedimientos Civiles el que establece, en un capítulo especialmente dedicado a ellos, que abarca de los artículos 674 al 682; el procedimientos para la disolución voluntaria judicial del vínculo conyugal.

Tratándose del divorcio voluntario por -- mutuo consentimiento tramitado en la vía judicial, la voluntad de los consortes que van a divorciarse para regir la situación que habrá de prevalecer después de pronunciada la sentencia de divorcio, debe concretarse en un convenio, un convenio al que se refiere el artículo 273 del Código Civil vigente que dice:

"Los cónyuges que se encuentren en el caso del párrafo último del artículo 272 están obligados a presentar al Juzgado un convenio en 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 -- la mujer 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 acompaña rá un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Análisis a éste artículo.

El punto primero del convenio referente a la designación de la persona a quien van a ser confiados los hijos del matrimonio, no puede resolver sobre la patria potestad. Diremos únicamente que se trata de determinar en quién va a recaer la tenencia material de los hijos o la custodia, pero la patria potestad continúa a cargo de ambos cónyuges. Naturalmente que no podría convenirse sobre la patria potestad de los hijos en un convenio, por la simple circunstancia de que el artículo 448 del Código Civil en el Distrito Federal establece que la patria potestad no es renunciable, por tanto si se conviniere que alguno de los dos cónyuges se iba a quedar exclusivamente con la patria potestad, esto implicaría la renuncia de uno de los progenitores de ese derecho obligación y por lo tanto no produciría ningún efecto puesto que los pactos que se hacen en contra de la ley son nulos, por expresarlo así el artículo 6o. del mismo ordenamiento, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley.

La fracción segunda que alude al modo de subvenir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, nos hace ver que la obligación existe no sólo durante la tramitación del divorcio, sino después de concluído aquél.

A este respecto cabe recordar que en el capítulo relacionado con los alimentos, el Código Civil establece una serie de disposiciones relativas a la forma como deben garantizarse dichos alimentos, lo cual debe ser tenido en cuenta por el Juez al momento de resolver sobre esta cuestión.

El tercer requisito que debe incluirse en el convenio, es la determinación de la casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento. — Esto es solamente un resabio de la época en la cual la mujer era considerada no en pie de igualdad con el hombre y no se justifica actualmente cuando el hombre y la mujer son jurídicamente iguales, siendo así que ¿Cómo podría justificarse el hecho de que la mujer deba ser depositada?. Esto rompe con la disposición del artículo 2o. del Código Civil para el Distrito Federal, conforme al cual la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer.

De acuerdo con la fracción cuarta debe señalarse ahí la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar a otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe dar para asegurarlo. Aquí vemos que es una hipótesis distinta que la de la fracción segunda en cuanto a la solución que admite la ley, pues aquí solamente se debe garantizar al cónyuge los alimentos durante el procedimiento, pero a diferencia de lo que ocurre con los hijos, no es necesario garantizar esos alimentos para después de que-

haya concluido el procedimiento. Al efecto tratándose de divorcio por mutuo consentimiento no existe obligación de los cónyuges de ministrarse alimentos, el artículo 288 párrafo segundo del Código Civil establece: "El divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia ni a la indemnización que concede este artículo". Por lo tanto vemos que la obligación de suministrar alimentos, la establece el Código como obligatoria en el pacto que celebran los cónyuges que pretendan divorciarse voluntariamente en la vía judicial, para la tramitación del procedimiento, pues concluido éste, ninguna obligación tienen de ministrarse alimentos.

De acuerdo con la fracción quinta, que trata de resolver los problemas de orden patrimonial que pudieran presentarse entre los cónyuges, con motivo de los bienes que hayan adquirido durante el matrimonio y que formen parte de la sociedad conyugal. Esto nos parece muy conveniente que sea un requisito del convenio, ya que así, se finiquita la situación de los cónyuges en cuanto a sus pertenencias.

Resumiendo lo anterior, podemos decir, que nuestro Código Civil en el Distrito Federal, reconoce dos clases de divorcio, el divorcio disolución del vínculo y el divorcio por separación de cuerpos. El divorcio disolución del vínculo a su vez puede ser contencioso o voluntario y el voluntario admite dos posibilidades administrativo o judicial.

CAPITULO TERCERO

EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

A) Concepto.- El divorcio administrativo es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los consortes declarada por el juez del Registro Civil, atendiendo a la voluntad de los divorciantes.

La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil para el Distrito Federal, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades que menciona el artículo 272, que transcribiremos después, los consortes pueden acudir ante el juez del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyectado Código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con ésto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario será de interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial.

B) Elementos para que proceda.- Refiriéndonos al artículo 272 de este tipo de divorcio y del cual habla el Código Civil vigente que dice:

"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 y 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 se hará constar la solicitud de divorcio y citará a los consortes 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 o no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces - aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia".

"Los consortes que no se encuentren 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".

En el caso de que no se reúnan los elementos del citado precepto, por existir hijos, ser los cónyuges menores de edad, o no haber liquidado la sociedad conyugal, procederá el divorcio voluntario de tipo judicial-conforme al artículo 273 del mismo Código Civil antes señalado, y según se habló en el capítulo precedente.

C) Procedimiento.— El procedimiento en realidad ya se ha mencionado en el artículo 272 transcrito, sin embargo haré algunos comentarios al respecto. Como dicho artículo exige que los cónyuges comparezcan personalmente ante el juez del Registro Civil, se infiere — que el divorcio no puede efectuarse por medio de un representante o de un apoderado. La ley considera a este divorcio de tal manera como un acto personalísimo, que implícitamente prohíbe se haga por otras personas que no sean — los cónyuges.

A diferencia de lo que previene la ley cuando el divorcio se efectúa ante la autoridad judicial, y en el que los jueces de primera instancia desempeñan un papel activo, al procurar, por medio de consejos, que los cónyuges no se divorcien, en los divorcios ante el juez del Registro Civil éste tiene funciones meramente pasivas, como son las siguientes:

Quando comparezcan por primera vez los cónyuges, levanta un acta en la que se hace constar su comparecencia y la declaración de voluntad, los cita para que—

comparezcan dentro de quince días, a ratificar su voluntad de divorciarse, hecho lo cual, los declarará divorciados y procede a anotar la disolución del vínculo conyugal en el acta respectiva del matrimonio.

Análisis a este artículo :

De la redacción de este numeral se destaca en primerísimo lugar que la autoridad que debe conocer del mismo, no es la autoridad judicial sino que corresponde al Poder Ejecutivo o administrativo quien delega facultades al juez del Registro Civil para tal efecto. Además se aprecia la facilidad con que puede disolverse el vínculo. Esta facilidad ha sido blanco de numerosas críticas; sin embargo, cabe decir en favor de ella que los requisitos tan especiales que se exigen para la procedencia del divorcio administrativo, hacen posible que la disolución pueda llevarse a cabo sin mayores dificultades.

En efecto, por un lado, vemos que el primer requisito es que quienes solicitan el divorcio sean mayores de edad, ésto significa personas concientes, desde el punto de vista jurídico, del alcance de sus actos, que han cumplido 18 años de edad. Recordemos que de acuerdo con los artículos 24 y 647 del Código Civil para el Distrito Federal, el mayor de edad, puede disponer libremente de su persona, esto quiere decir que la ley le reconoce aptitud para que decida por sí y pueda tomar decisiones fundamentales en su vida.

El segundo requisito establece que quienes solicitan el divorcio voluntario administrativo, - - carezcan de hijos; ésto viene a significar, en caso de - - que la decisión sea tomada con ligereza, que el perjuicio únicamente va a ser resentido por los cónyuges sin - - que ninguna otra persona se vea perjudicada en el ligero juicio con que ambos han decidido romper su vida familiar.

El tercer requisito a que se refiere este artículo tiene por objeto el de evitar posteriores divergencias o reclamaciones entre los cónyuges. La ley exige que los consortes hubieren liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron, es decir exige que no quede cuestión patrimonial entre ellos pendiente de solución.

Además de los requisitos contenidos en el artículo 272 del Código Civil, se necesita para que proceda este tipo de divorcio que haya pasado un año de la celebración del matrimonio, según lo reglamenta el artículo 274 del mismo ordenamiento legal citado. ¿Qué propósito tiene este último requisito establecido en el artículo 274?. Se trata de buscar de una manera indirecta el respeto a la institución matrimonial, pues los que posteriormente son cónyuges no podrán celebrar el matrimonio únicamente para pasar juntos unos meses sino cuando menos tendrán que permanecer un año casados, es decir el tiempo suficiente para darse cuenta si la vida común es beneficiosa o no.

D) Efectos jurídicos.— Los efectos de este tipo de divorcio desde el punto de vista jurídico, son definitivos, ya que los cónyuges que se divorcian voluntariamente por la vía administrativa no pueden volver a contraer matrimonio sino transcurrido un año de que el divorcio tuvo lugar. A través de estas dos medidas, es decir, la duración mínima de un año del matrimonio y la imposibilidad de los cónyuges de volver a contraer otro sino pasado un año de la disolución del anterior, se trata de mantener respeto al matrimonio mismo; mediante la segunda medida, se evita que el que se divorció pueda volver a contraer un segundo matrimonio inmediatamente, es decir se le da un año para que reflexione sobre su anterior fallido intento de vida conyugal y de esta manera, pueda garantizarse en cierta medida que el nuevo matrimonio sea producto de la reflexión y no producto del simple propósito deshacerse de un vínculo para contraer otro.

Así pues, partiendo de la serie de trabas, dificultades y obstáculos que interponía el Código de 1870 para la simple separación de cuerpos, esta forma de divorcio voluntario denominado de tipo administrativo, -- por la no intervención de la autoridad judicial, representa la última etapa a la que se ha llegado en nuestro derecho.(25)

(25) Cfr. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Ob. cit. págs. 26 y 27

CAPITULO CUARTO

TEORIAS SOBRE LAS SANCIONES A LOS ACTOS JURIDICOS

A) La teoría de las nulidades y la inexistencia.- Esta teoría considera a la nulidad como la sanción perfecta del derecho, en virtud de que tiene por objeto privar de efectos y consecuencias al acto jurídico.- Desde el momento en que la ley destruye con carácter retroactivo todas las consecuencias que pudo haber producido un acto nulo, se considera que existe una sanción perfecta, pues el derecho impide que tenga eficacia el acto contrario a la ley o bien, el acto en el cual existen ciertos vicios internos como son la incapacidad, los vicios de la voluntad y la inobservancia de las formalidades legales.(26)

En el matrimonio se regulan especies y formas importantes de nulidad que analizaremos detenidamente al hacer el estudio de dicha institución. Desde ahora podemos indicar que el carácter de ilicitud de ciertos matrimonios no siempre está sancionado con la nulidad absoluta. Más bien la regla se invierte para considerar que en la mayoría de los casos de ilicitud en el matrimonio la ley establece nulidad relativa y, sólo excepcionalmente, declara la nulidad absoluta en la bigamia y en el incesto, pues en ambos casos la acción es imprescriptible, se confiere a todo interesado y no desaparece la nulidad por la ratificación o confirmación del acto. En los casos de adulterio habido entre los consortes, atentado - -

(26) Cfr. ROJINA VILLEGAS RAFAEL.-Ob. cit. págs. 141 y 142

contra la vida de un cónyuge para casarse con el que queda libre, y rapto de la mujer, la ley establece la nulidad relativa por cuanto que la acción sólo se concede a determinadas personas y es prescriptible. Basta esta característica para que en nuestro derecho, de acuerdo con el artículo 2227, tengamos que concluir que la nulidad es relativa no obstante el carácter ilícito del matrimonio mismo y de las características que concurran antes de su celebración o durante el acto.

En consecuencia se infiere que en la teoría de las nulidades se considera que la ilicitud en el acto jurídico se sanciona con la nulidad absoluta que se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado.

La nulidad del acto jurídico se produce según el Código Civil para el Distrito Federal, por la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, pudiendo ser, como ya se dijo, absoluta o relativa (anulabilidad), según lo disponga la ley. La ilicitud del acto jurídico produce, según el criterio legal, la nulidad del mismo.—

(27)

La nulidad absoluta por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecer se todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

(27) Cfr. DE PINA RAFAEL. Ob. cit. págs. 285 y 286

Inexistencia.— "La inexistencia es una sanción que tiene por objeto declarar que un acto jurídico carece de sus elementos esenciales y, por ende, es la nada para los efectos del derecho. Es decir, se desconoce toda existencia al acto jurídico y se le priva totalmente de efectos en virtud de que le falta al mismo un elemento esencial o de definición, sin el cual no puede concebirse siquiera".(28)

En justamente en el derecho de familia en donde se originó en Francia la teoría de la inexistencia a propósito de ciertos matrimonios. En este sentido dice Flaniol: "origen de la teoría de los actos inexistentes.— La distinción entre los actos nulos y los inexistentes era desconocida por el antiguo derecho. Fue inventada a propósito del matrimonio para privar a ciertas uniones de todo efecto civil, aunque la ley no decreta su nulidad. Su idea se ha encontrado en las siguientes palabras del Primer Cónsul: 'Es necesario no confundir —dice— los casos en que el matrimonio no existe y aquellos en que puede nulificarse...No existe matrimonio cuando se ha sentado que la mujer dio su consentimiento no siendo esto cierto; si la mujer lo otorgó, y pretende después que fue forzada a ello, hay matrimonio, pero puede ser anulado'. La teoría fue presentada primeramente por —Zecharias (tomo III,450); a partir de entonces ha sido aceptada por todos los autores, felices de encontrar en ella un medio de evitar las dificultades y poder anular

los matrimonios sin un texto legal. Pero nunca han logrado ponerse de acuerdo totalmente sobre los detalles, ni, sobre todo, que su teoría sea aceptada por la jurisprudencia".(29)

De conformidad con el artículo 2224, en relación con el 1859 de nuestro Código Sustantivo en vigor, el acto jurídico -negocio- es inexistente cuando falta el consentimiento o el objeto que pueda ser materia de él, - es decir, cuando falta uno de sus elementos esenciales o de existencia y que se encuentran mencionados para el contrato señalado en el numeral 1794 del Código Civil para - el Distrito Federal.

Dicho precepto señala también únicamente - para la existencia del contrato el consentimiento y el objeto, es por ello que el artículo 2224 sólo se refiere a la falta de cualquiera de estos elementos esenciales como generadora de la inexistencia, omitiendo la solemnidad no obstante que ésta, en los casos en que la ley la requiere es también como lo sabemos elemento esencial del negocio. (30)

De acuerdo con la legislación vigente no sólo es inexistente el negocio jurídico por falta de voluntad o del objeto sino asimismo por la falta de solemnidad. De ahí se comparte la tesis del Dr. Raúl Ortiz-Urquidí en el sentido de que hay dos tipos de inexistencias: la de fondo, es decir cuando falta la voluntad, el objeto

(29) PLANIOL MARCEL. Ob. cit. págs. 139 y 140

(30) Cfr. DR. ORTIZ-URQUIDI RAUL.-Derecho Civil. Parte General, 2a. Edic. Editorial Porrúa, S.A., México, - 1982, pág. 554

o el reconocimiento legal, y la forma, o sea cuando falta la solemnidad.

El artículo 2224 del Código Civil tantas veces citado señala las características del acto inexistente: 1) No es susceptible de valer por confirmación; 2) ni por prescripción; 3) su inexistencia puede revocarse por todo interesado. Es decir; exactamente las mismas que para la nulidad absoluta señala el artículo 2226 del citado Código Civil: "De ella -de la absoluta-, dice este precepto, puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".(31)

B).- La teoría de Bonnacase.- Este autor, que tanto influyó en la preceptiva de los actos inválidos del Código Civil de 1928, ha constituido su teoría de la invalidez, tomando en cuenta la doctrina clásica de las nulidades.

Declara adherirse a la tesis clásica, y -- sostiene, de acuerdo con ella, que la inexistencia no debe ser absorbida por la nulidad y por lo tanto sostiene la división tripartita entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Bonnacase dice que el método orgánico, ha de tomar en cuenta la naturaleza de las cosas, tal como se presentan en la vida real y tal como se someten al juicio de quien las analiza.

(31) Citado por DR. ORTIZ URQUILDI RAUL. Ob. cit. pág. 554

La inexistencia tiene lugar, cuando al acto falta alguno de los elementos de definición y estos — elementos son de dos órdenes: el uno psicológico y subjetivo (la voluntad) y el otro material u objetivo (el objeto o la solemnidad cuando se trata de actos solemnes).— (32)

La inexistencia como ya dijimos se caracteriza porque el acto no es susceptible de producir ningún efecto, porque la inexistencia puede hacerse valer por — cualquier interesado y no necesita ser declarada por el juez.

Si algunos efectos llegare a producir el — acto inexistente, no los causa desde el punto de vista jurídico, sino como un simple hecho material. El acto jurídico, que requiere la reunión de todos sus elementos, voluntad, objeto, causa y forma, cuando carece de ellos deja de ser un acto reconocido por el derecho, para quedar como un mero hecho material.(33)

Bonnetcase distingue entre la nulidad absoluta o de interés general y la nulidad relativa o de interés privado.

La nulidad es absoluta cuando reúne los siguientes caracteres: a) puede ser invocada por cualquier interesado; b) la nulidad no desaparece por confirmación; c) la acción de nulidad no se extingue por prescripción.

(32) Citado por GALINDO GARPIAS IGNACIO. Ob. cit. pág. 259

(33) Ibidem. pág. 259

La nulidad es relativa: a) cuando sólo - puede ser invocada por determinadas personas; b) si la - nulidad puede desaparecer o c) cuando la acción de nulidad se extingue por prescripción.

Hasta aquí la teoría de Bonnacase, coincide con la teoría clásica. Se separa de ella, en cuanto la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, en que la doctrina clásica produce siempre la nulidad absoluta, en la teoría de Bonnacase la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, puede producir la nulidad absoluta o relativa.(34)

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Opinión de Ortiz-Urquidí.- En relación con lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencia sobre la tesis de la inexistencia, pues en ella sostiene que la diferencia que el Código Civil establece entre la inexistencia y la nulidad es meramente teórica, dado que, el tratamiento que los artículos diversos invoca el Código, no es otro que el tratamiento de las nulidades. Por lo que estamos de acuerdo en lo que sostiene el Dr. Ortiz-Urquidí cuando dice que: "Lo que evidentemente quiere decir que de nada sirvió, desde el punto de vista práctico, haber traído la inexistencia a nuestro Derecho".(35)

La jurisprudencia que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, número 238, pág. 751, Cuarta Parte, Tercera Sala, del Apéndice al Semana-

(34) Cfr. GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. cit. pág. 259
 (35) DR. ORTIZ-URQUIDI RAUL. Ob. cit. pág. 574

rio Judicial de la Federación editado en 1965, señala:

"NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS -- SON MERAMENTE TEORICAS.- Ann cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción, tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio Código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos -- 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950, fracción III, 2042, 2270 y 2950, en las que, teóricamente se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el Código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el Código los trata como nulidades".

"Vol. XI, pág. 130, A.D. 2596/57. Federico Baños.-Unanimidad de 4 votos".

"Vol. XIX, pág. 172, A.D. 2633/58, Donato Antonio Pérez.- 5 votos".

"Vol. LXVI, pág. 44, A.D. 1924/60, Pilar Mancilla Pérez.-Unanimidad de 4 votos".

"Vol. LXXXVII, pág. 16, A.D. 8668/62, Pedro Flores López.-Unanimidad de 4 votos".

"Vol. IC, pág. 46, A.D. 1205/52, Manuel Ahued.-Unanimidad de 4 votos".(36)

Tomando como breve comentario tal jurisprudencia, los dos casos de inexistencia que generalmente -- ofrece el artículo 2224, del Código Civil multicitado, están muy lejos de ser tratados por el mismo ordenamiento --

(36) Suprema Corte de Justicia de la Nación, Apéndice de jurisprudencia al Semanario Judicial de la Federación 1965.

como actos inexistentes, pues al tratar casos específicos en vez de considerarlos nulos de acuerdo a lo dispuesto — por los artículos 1794 y 2224, les otorga el tratamiento — de actos nulos.

C).— Código Civil para el Distrito Federal de 1928.— En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no se re—
glamentó la inexistencia de los actos jurídicos, pero el —
Código Civil vigente la definió aunque sin darle el trato
como inexistencia, desde el punto de vista práctico. De —
ahí que se haya citado la jurisprudencia de la Suprema Cor—
te de Justicia de la Nación.

En materia de matrimonios el Código Civil—
vigente se refiere al caso especial en el que falte la so—
lemnidad misma de dichos actos, que ha sido elevada a la —
categoría de elemento esencial. Tal solemnidad se refiere
a la existencia del acta de matrimonio otorgada ante el —
juez del Registro Civil y en el Libro correspondiente. El
artículo 249 dice:

"La nulidad que se funde en la falta de —
formalidades esenciales para la validez —
del matrimonio, puede alegarse por los cón—
yuges y por cualquiera que tenga interés —
en probar que no hay matrimonio. También —
podrá declararse esa nulidad a instancia —
del Ministerio Público".

En nuestro Código Civil, la falta de volun—
tad o de objeto que pueda ser materia del acto, produce su
inexistencia, de la misma manera que la falta de solemnidad

en los actos que las requieran conforme a la ley. El acto inexistente no produce ningún efecto y la inexistencia — puede hacerse valer por cualquier interesado; no puede — confirmarse el acto ni convalidarse; la inexistencia no — desaparece por prescripción. (artículo 2224)

D).—Tesis de Ortiz-Urquidi contra la inexistencia.— El Dr. Raúl Ortiz Urquidi en su obra Derecho Civil, parte general, capítulo XXIX, establece que: "salió sobrando haber traído a nuestro Derecho la institución de la inexistencia dado que en manera alguna teníamos — ni te nemos— necesidad de ella, como con toda evidencia lo prueba el hecho de que toda nuestra vida jurídica hasta antes — del Código de 1928, que como se sabe entró en vigor el — lo. de octubre de 1932, se desarrolló bajo el sistema de las dos nulidades clásicas, la absoluta y la relativa".— (37)

Por lo anterior estoy plenamente de acuerdo tomando como base que en el Código Civil Español no — aparece el término inexistencia (pues sólo se habla de actos nullos), no se encuentra reglamentada ésta. Pero no — cabe duda que diversos artículos especialmente el 1261 y 1310 del mismo ordenamiento reconocen la distinción entre ella y la simple anulabilidad.

El Dr. Ortiz-Urquidi plantea el problema — de la inexistencia en la siguiente forma:

(37) DR. ORTIZ-URQUIDI RAUL. Ob. cit. pág. 564

"I.-Hay verdadera, auténtica inexistencia -la nada absoluta, con la que, precisamente por ser la -nada, ni la ley ni el juez tienen por qué meterse- cuando en un pretendido negocio jurídico falta la solemnidad -- (siempre, naturalmente, que la ley la requiera)".

"II.- Hay igualmente auténtica inexistencia -también la nada absoluta con la que tampoco la ley ni el juez tienen por qué meterse- cuando la voluntad no se manifiesta, no se exterioriza en ninguna forma, ni por tanto se llega a celebrar el negocio deseado, que así las cosas sólo se queda en deseado, pero no en realizado".

"III.- Si hay falta absoluta de voluntad- pero existe un principio de ejecución del negocio, éste- no es ni puede ser inexistente, sino nulo, (sería, entre otros, el caso aludido por Napoleón, en que la mujer dijo en el acta de matrimonio se asentó falsamente que- dijo sí; el principio de ejecución lo constituiría aquí el acta que hay que anular".

"IV.- Si lo que falta es el objeto o si - hay desconocimiento legal de los efectos deseados por el autor o las partes (no es posible concebir estos casos - sin que el negocio llegue materialmente a celebrarse) -- tampoco hay inexistencia, sino nulidad".(38)

Opinión personal.

Por lo anterior resumimos que acogiéndonos a la teoría del Dr. Ortiz-Urquidí: los actos inexis-

(38) DR. ORTIZ-URQUIDI RAUL. Ob. cit. págs. 573 y 574

tentes no producen efectos en Derecho. No son susceptibles de valer por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado.

Los actos nulos, por regla general, producen provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando se pronuncia por el juez la sentencia de nulidad. La nulidad puede ser invocada por cualquier interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

CAPITULO QUINTO

SANCION AL DIVORCIO ADMINISTRATIVO
CUANDO LA CONYUGE SE ENCUENTRA ENCINTA

A) Situación jurídica cuando el producto no nace vivo y viable.— El nacimiento es un supuesto jurídico de múltiples consecuencias en todo el derecho y, especialmente en el derecho de familia, puesto que en primer lugar inicia de manera plena la personalidad cuando el nacimiento, se realiza en condiciones de viabilidad. Originando las relaciones de ^{parentesco} parentesco, con la obligación de alimentos.

El artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

"Artículo 22.— La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Y respecto a las condiciones de viabilidad el artículo 337 del citado ordenamiento establece lo siguiente:

"Artículo 337.— Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, des—

prendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

De acuerdo con las teorías más fundadas - sobre la personalidad jurídica, la concepción del ser, - viene a determinar el nacimiento de la personalidad física, porque desde ese momento es centro ideal de imputación de derechos, para ser heredero, legatario o recibir donaciones. Sin embargo, debemos reconocer que la mayoría de los civilistas opina que sólo hay una protección jurídica para casos determinados, sin que nazca todavía la persona.(39)

De lo anteriormente señalado surge la siguiente interrogante, ¿será malo el divorcio que por la falsedad de las declaraciones de los interesados se oculte el que no se cumplan los requisitos relativos, de mayoría de edad, no haber procreado hijos y liquidado la - sociedad conyugal? El artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal resuelve la cuestión cuando prescribe:

"Artículo 272.- "...El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establece el Código - de la materia".

(39) Cfr. ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Ob. cit. págs. 152 y 153

La interpretación de esta norma nos lleva a la siguiente conclusión: son requisitos para que se considere eficaz al divorcio administrativo o sea el verificado ante el juez del Registro Civil, que los cónyuges sean mayores de edad, no hayan procreado hijos y hayan liquidado su sociedad conyugal.

El artículo 272 provoca el siguiente problema: ¿la sanción que establece tiene como efecto la inexistencia del divorcio o meramente su anulabilidad?— La siguiente frase que emplea la norma parece referirse a su inexistencia cuando dice: "no surtirá efectos legales" o, lo que es igual, no surtirá dicho acto ante la ley. Sin embargo, la cuestión es dudosa porque en el capítulo del Código Civil relativo a la inexistencia de los actos jurídicos, únicamente se consideran inexistentes cuando falte totalmente el consentimiento de quien lo ejecuta o el objeto sobre los que recaen (artículo 2224 del Código Civil). Como en el caso no faltan esos requisitos, el acto sólo cabe considerarse como nulo de pleno derecho. Este sería mi punto de vista.

Aspecto penal.

Por otra parte, atendiendo a lo que reza en su parte final el numeral que nos ocupa, en nuestro derecho tenemos la necesaria intervención del juez penal, "Las declaraciones falsas que hagan los interesados serán sancionadas por el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 247 fracción I que establece:

"Artículo 247.—Se impondrán de dos meses a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos:

I.— Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad".

En realidad ésta sería la acción penal — que en el caso concreto se ejercitaría si alguno de los cónyuges faltare a la verdad interrogado que fuere por el juez del Registro Civil.

a).—Precauciones que debentomarse cuando la mujer ha quedado encinta una vez decretado el divorcio administrativo.— Los artículos 1638 al 1648 del Código Civil, que no son aplicables al divorcio sino a las disposiciones comunes a las sucesiones testamentarias y legítimas prescriben las precauciones que deben tomarse, — cuando la mujer queda encinta. Por ejemplo cuando decretado el divorcio el marido muere antes de que transcurran trescientos días de la declaración del divorcio.

b) Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan un derecho a la herencia de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

La ley no precisa a partir de qué día co

mienza a correr el mencionado término. Es de suponerse que desde el día en que a la mujer se le suspenden sus períodos menstruales.

c) El marido puede pedir al juez que dicte las providencias necesarias para evitar la suposición de parto, la sustitución del infante o que se haga pasar por viable al hijo que nazca. Se entiende que nace viable cuando, desprendido totalmente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. (Artículo 337 del Código Civil)

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

Si el hijo nace después de que los esposos han sido separados y la mujer no ha dado aviso de su preñez desde el punto de vista legal del divorcio administrativo, y el marido conoce de esa situación y únicamente para agilizar los trámites de su separación lo ocultan y el producto muere dicho divorcio es nulo con todas sus consecuencias legales.

B) La presunción de paternidad.—En cuanto al derecho de familia, se toma en cuenta la concepción del ser y para presumir la filiación paterna en el matrimonio, nuestro derecho, a diferencia del francés e italiano, considera que para determinar la filiación legítima se tomará en cuenta el momento de la concepción del ser durante el matrimonio y no en el momento del nacimiento. Por esto el artículo 324 del Código Civil presume hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y los habidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

Aún cuando el precepto toma en cuenta el momento del nacimiento, al fijar los términos de ciento ochenta días después del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, está aceptando como punto de referencia el momento de la concepción y no el del alumbramiento, basándose en los términos mínimo y máximo del embarazo de acuerdo con los principios de la ciencia médica.

El nacimiento también viene a ser la base firme para determinar la filiación legítima tomando en cuenta la presunción legal establecida por el artículo 324 ya señalado. Para la filiación natural el momento del nacimiento es esencial conforme al artículo 360 para probar la maternidad, pues ésta se acredita demostrando el parto y la identidad del hijo.

En la legitimación se toma en cuenta — tanto la concepción del ser como el nacimiento, dado que puede legitimarse al hijo que aún no nazca, como al ya — nacido y al que hubiese fallecido con anterioridad a la — celebración del matrimonio de sus padres.

Cuando existe divorcio o juicio de nulidad del matrimonio, se presenta una situación especial,— por cuanto que puede el hijo nacer después de los trescientos días siguientes a la separación judicial, pero — antes de que se dicte la sentencia de divorcio o de nulidad. Por consiguiente, existe aún el matrimonio. El — hijo que fue concebido por la esposa durante su matrimonio. Sólo que debido a la separación judicial de los — consortes, nació después de los trescientos días de que — se llevó a cabo esa separación y entonces entran en conflicto dos principios; a).—El primero considera en términos generales que todo hijo concebido por la esposa durante su matrimonio es legítimo. En la especie, el hijo fue concebido durante el matrimonio y puede nacer subsistiendo éste, porque los juicios de divorcio o de nulidad en ocasiones se prolongan por años y mientras no se pronuncie la sentencia definitiva que cause ejecutoria, el matrimonio subsiste. b).—El segundo principio se refiere a que la presunción legal de legitimidad del hijo se debe a que el marido hace vida conyugal con su esposa; de que hay un obstáculo material o legal que impida la cohabitación, tanto en el sentido de vivir bajo el mismo techo, como en la posibilidad de la relación sexual.(40)

(40) Cfr. ROJINA VILLEGAS RAPAEL.—Ob. cit. págs. 309 y 310

La ley evidentemente parte de la presun
ción legal para imputar al marido los hijos de su espo-
sa, cuando en condiciones normales existen las relacio-
nes sexuales y, por consiguiente, si en la época que se
presume de la concepción, esta situación normal existía,
lo natural, lo humano, lo necesario para la estabilidad
de la familia y para la protección del hijo, es conside-
rar que fue engendrado por el marido de la madre; pero-
cuando este principio de cohabitación y de posibilidad
de relación se impide legalmente a través de la separa-
ción judicial de los consortes, no obstante que su ma-
trimonio subsista, lo probable es que no haya existido
la cópula carnal entre ellos, aún cuando cabe evidente-
mente la posibilidad humana de que el marido tenga rela-
ción sexual con su esposa a pesar de estar en trámite -
el juicio de divorcio o de nulidad, pero esta posibil-
dad es muy relativa ante el hecho real de que los con-
sortes están separados, y por ello basta entonces que -
el marido en esas condiciones contradiga la paternidad
sin exigirle prueba especial para que sea la madre, o -
el hijo a través de su tutor, quienes reporten la carga
de la prueba en el juicio, y quienes tengan que aportar
al juez elementos suficientes de convicción para acredi
tar que el marido fue el autor del embarazo, no obstan-
te la separación de los consortes, si ésta no se llevó
a cabo en realidad, o se prueban las visitas del marido
a la esposa, las circunstancias en que se llevarón a ca-
bo, especialmente a la hora o su carácter de íntimas, -
aún cuando no se pueda justificar, porque es un hecho -

que se realice ante testigos, el momento preciso de la -
relación sexual.

Considero que en este sentido, debe inter-
pretarse el artículo 327 del Código Civil en vigor que -
regula el caso especial de que el hijo nazca después de-
los trescientos días siguientes a la separación judicial
de los consortes, pero antes de que esté disuelto el ma-
trimonio por sentencia definitiva bien sea en el juicio-
de divorcio o en el de nulidad.

C).- Sanción jurídica al divorcio adminis-
trativo en sí.- Como ya anteriormente quedó señalado, el
artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal,-
establece que los cónyuges comparezcan personalmente an-
te el juez del Registro Civil, se infiere que el divor-
cio no puede efectuarse por medio de un representante le-
gal o de un apoderado. La ley considera a este divorcio
administrativo de tal manera como un acto personalísimo,
que implícitamente prohíbe y por ende sanciona se haga -
por otras personas que no sean los cónyuges.

El Código Civil tantas veces citado exige
que los cónyuges demuestren con las copias certificadas
relativas a su estado civil de casados y su mayoría de-
edad, pero no exige prueba alguna respecto a los otros -
tres requisitos, a saber: el concerniente a su domicilio,
el de no haber procreado hijos, y por último, el que no-
han liquidado ya la sociedad conyugal, si bajo ese régi-
men se casaron. En la práctica, se admiten como verdade

ras las declaraciones de los divorciantes, si éstas — son falsas, se encuentran sancionadas por el Código Penal para el Distrito Federal. Y por otra parte, al no cumplirse los requisitos establecidos y exigidos por el Código Civil vigente, tiene como efecto la nulidad absoluta del divorcio.

Para que el divorcio administrativo sea declarado válido, el acto ha de reunir ciertos requisitos para adquirir plena validez, como son: a) la declaración de voluntad debe ser hecha por persona capaz; b) la voluntad se ha de formar en manera consciente y ha de ser expresada libremente (exenta de vicios); c) el objeto además de posible ha de ser lícito, y d) la declaración de voluntad ha de ser admitida de acuerdo con las formalidades que la ley establezca en cada caso.

El artículo 1795 del Código Civil, establece estos requisitos y la ausencia de cualquiera de ellos produce la nulidad del acto.

El precepto que hemos mencionado, contiene una regla de conducta formulada imperativamente y — que es de orden público, que debe ser acatada por los destinatarios a los que está dirigida.

La regla jurídica no se limita a ordenar o estatuir aquella conducta. La norma se halla provista de un elemento, LA SANCION que garantiza directa o indirectamente el cumplimiento de la orden contenida en un determinado precepto.

La sanción que establece el artículo 272 del Código Civil, tiende a asegurar el acatamiento de la conducta prevista y querida por la norma. Estas medidas aseguradoras de la realización de la norma jurídica pueden ser de diversa índole (estímulos, premios, — PENAS, ejecución forzada, nulidad del acto violatorio — de la norma, etc. (41)

La sanción en el divorcio administrativo puede consistir en la amenaza de un mal que se sigue en contra de aquel que no acate la conducta debida. En algunos casos la consecuencia de la violación de la conducta que la norma establece, es el desconocimiento por el orden jurídico, de los efectos que las partes esperarán con la realización de un acto (invalidez del acto).

Los efectos jurídicos que entraña la violación de ciertos deberes fundamentales desde el punto de vista social, puede llegar a la privación de la libertad corporal del infractor, en este caso, quienes declaran falsamente ante el juez del Registro Civil, con la finalidad de obtener fácilmente el divorcio administrativo, independientemente de la nulidad absoluta del acto al no haber satisfecho los requisitos establecidos en el artículo 272 del Código Civil, quedan sujetos a las penas señaladas por el Derecho Penal, mismas que — trataremos en el siguiente inciso.

Ahora bien, no todos los requisitos seña

(41) Cfr. GALINDO GARFIAS IGNACIO. Ob. cit. pág. 35

lados por el artículo 1795 del Código Civil, vician o perjudican al acto en igual manera. Fácilmente se percibe que si los autores del acto acuden a él o lo realizan para alcanzar propósitos reprobables para el interés de la colectividad o para la moral, o si el sujeto de la obligación por sí mismo es inmoral o acata las normas de orden público, la naturaleza de la violación en que han incurrido los divorciantes, es de mayor gravedad que la falta de formalidades o los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia) que sólo atañen al interés privado de las partes.

D).- Consecuencias jurídicas para los cónyuges y del juez del Registro Civil, cuando tienen conocimiento del embarazo.- 1.- Siguiendo lo que reza el artículo 272 del Código Civil que señala que "el divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos...", a lo que se añade que los mismos efectos surte si la mujer se encuentra encinta, en consecuencia hay nulidad absoluta del acto. 2.- Si el juez del Registro Civil conoce del embarazo de la mujer y aún así le da curso a la solicitud de los divorciantes, haciendo la anotación marginal en el acta del matrimonio anterior, cae en las hipótesis del artículo 46 del Código Civil que señala:

"Artículo 46.- La falsificación de las actas y la inserción en ellas de circunstan-
cias o declaraciones prohibidas por la ley, causarán la destitución del juez

del Registro Civil, sin perjuicio de las penas que la ley señale para el delito — de falsedad, y de la indemnización de daños y perjuicios".

En este caso, si el juez del Registro Civil que conoce del divorcio no aplica debidamente los — preceptos legales queda sujeto a las sanciones previstas por el Código Civil en vigor.

B).—Consecuencias jurídicas del nacimiento entre el hijo y el padre.— Fernando Fueyo Laneri (42), siguiendo la opinión de Puig Peña apunta que los problemas que presenta el estudio de la filiación, pueden reducirse fundamentalmente a tres, a saber: a) la fijación de los criterios para establecer las diversas clases de filiación; b) los medios de prueba admisibles para tener por establecida legalmente la filiación de una persona — determinada, así como los procedimientos de impugnación, y c) los diversos efectos jurídicos que se derivan de — las diversas clases de filiación admitidas por el derecho positivo de cada país.

De la filiación propuesta en el apartado anterior, se concluye que los elementos constitutivos de la filiación se integran en distinta manera según que se trate de establecerla respecto de la madre o en relación con el padre. Puesto que "la relación de filiación legítima no es una relación jurídica simple, sino compleja, la más compleja de las relaciones de filiación; no presupone sólo el hecho fisiológico de la procreación (pater-

(42) Cfr. FUEYO LANERI FERNANDO. Derecho de Familia. Vol. III, número 703, Santiago de Chile, 1959, pág. 307

nidad y maternidad) sino que debe ir precedida o acompañada de la existencia del matrimonio entre los progenitores. En consecuencia...resulta que los requisitos o presupuestos de ésta son: matrimonio de los progenitores, - maternidad de la esposa, concepción o nacimiento en matrimonio y paternidad del marido".(43)

Por lo que se refiere a la maternidad, el parto es el hecho que permite conocer la filiación en forma directa e indirecta. El alumbramiento es un hecho cuya existencia se puede constatar por medio de prueba directa.

La paternidad por lo contrario, no puede ser conocida directamente en forma inmediata, porque las relaciones sexuales hayan podido existir entre un varón y una mujer y que han dado como consecuencia el nacimiento.

El parto, es el hecho natural que por sí sólo basta para establecer que una cierta mujer es la madre de una persona. El hecho del parto sirve de base para deducir, de las circunstancias que ha precedido al nacimiento, quien es el padre de aquél que ha dado a luz - aquella mujer.

A la luz de la nulidad del divorcio administrativo, en principio, debe considerarse hijos nacidos de matrimonio, aquellos cuyo padre y madre estaban - en el momento de la concepción casados.

(43) RIVERO HERNANDEZ FRANCISCO. La presunción de paternidad legítima, Edt. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 57

Por lo tanto, la regla es que la clasificación de los hijos, como hijos de matrimonio depende que, - por la fecha de nacimiento del hijo de que se trate, se - presume que fue concebido después del matrimonio de sus - padres. Se presumen hijos del marido salvo prueba en con- trario, los que ha dado a luz la mujer casada, durante el matrimonio.

En virtud de esta presunción, el hijo de - matrimonio no tiene que probar quien es su padre, porque el Código Civil vigente presume que el embarazo de la ma- dre es obra del marido, con quien ella cohabitaba en la - época de la concepción.

Para determinar desde el punto de vista ju- rídico, la época de la concepción, el artículo 324 del Cód- igo Civil toma en cuenta el período normal de la gesta- ción, presume que fueron concebidos durante el matrimonio, los hijos nacidos después de ciento ochenta días de cele- brado éste (plazo mínimo de la gestación) y también los - hijos que nazcan dentro del plazo de trescientos días con- tados a partir de la disolución del matrimonio o de la se- paración material de los esposos (período máximo de gesta- ción). A lo que se agrega que esta presunción no puede - ser destruída fácilmente por los cónyuges, puesto que el artículo 345 del Código Civil establece que: "no basta el dicho de la mujer para excluir de la paternidad al marido, mientras que éste viva, únicamente el podrá reclamar con- tra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio" máxime -se insiste-, si fue declarada legalmente la multi-

dad del divorcio administrativo al haber dejado insatisfechos los requisitos exigidos por el artículo 272 de tantas veces mencionado Código Civil.

F).- Crítica al artículo 272 del Código-Civil para el Distrito Federal.- La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades - que menciona el artículo a estudio, los consortes pueden acudir ante el juez del Registro Civil para que se levante un acta, que dé por terminado el matrimonio. Y aunque a veces dichas formalidades no se cumplan, porque los divorciantes a fin de facilitar los trámites en el divorcio administrativo, falsean sus declaraciones sin pensar en las consecuencias que con ello traen en el futuro, - perjudicando en obvio de antecedentes derechos de terceros -en este caso los hijos, si es que ya se tienen-, que casi siempre resultan víctimas de la disolución de la familia.

El precepto citado dice: "Cuando ambos - consortes convengan en divorciarse y sean mayores de - edad, no tengan hijos...", el artículo aquí, es muy claro por lo que se refiere a que no procede el divorcio administrativo cuando los consortes tengan hijos o que la mujer se encuentre en período de embarazo. Sin embargo - este numeral es a mi criterio demasiado consecuente, toda vez que no establece que los divorciantes deben estar -

obligados a probar que la mujer no se encuentra encinta, a través de dictámenes médicos y en su caso, ordene el juez del Registro Civil las investigaciones que considere pertinentes para verificar el no embarazo, por las instituciones establecidas de carácter social, que tengan como fin la protección de la familia.

El artículo citado exige que los divorciantes demuestren con las copias certificadas su estado civil de casados y su mayoría de edad, pero como ya he mencionado, no exige prueba alguna de los otros tres requisitos. En tal virtud no debería ser admitida la solitud de divorcio, mientras no hayan quedado debidamente satisfechos esos requisitos señalados en el artículo 272, ya que la cuestión se desplaza a la comprobación fehaciente, concienzuda, de que efectivamente ya no subsiste entre los consortes que pretenden divorciarse, la situación familiar de un verdadero matrimonio.

Por lo anterior, el Código Civil debe modificarse para incluir, como un requisito a cumplir en el caso de divorcio voluntario, que los cónyuges divorciantes comprueben con certificados médicos, que la mujer no se encuentre en estado de embarazo.

Asimismo, debe adicionarse al artículo 272 del Código Civil para facultar expresamente al juez del Registro Civil para ordenar las investigaciones necesarias a fin de cerciorarse de que la mujer que pretende el divorcio administrativo no se encuentra en estado de embarazo.

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

De lo expuesto en los capítulos que forman el presente trabajo, he obtenido las siguientes conclusiones:

I.- El divorcio administrativo tuvo su aparición en la legislación civil del Distrito Federal, en el Código Civil de 1928.

II.- El artículo 272 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece que el divorcio voluntario de tipo administrativo procede: a) Cuando los divorciantes sean mayores de edad, b) no tengan hijos y c) de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

III.- El divorcio administrativo no puede celebrarse por medio de representantes legales o de apoderados, pues es legalmente un acto personalísimo.

IV.- El artículo 46 del Código Civil, — aparte de las sanciones que señala para el juez del Registro Civil, debería establecer otra pena para el delito de falsedad cuando dicho funcionario, a sabiendas de que los cónyuges no han cumplido con los requisitos señalados por el artículo 272 del mismo ordenamiento, le da trámite a su solicitud de divorcio.

V.- En los divorcios de tipo administrativo, el interés que mayormente debe ser tomado en cuenta para dictar la resolución que decreta la disolución del vínculo matrimonial, es que no se lesione al hijo que pudiese haber sido concebido por la mujer antes de la disolución del matrimonio.

VI.- A este efecto debe ser adicionado el repetido artículo 272 en el sentido de exigir a los divorciantes como uno de los requisitos para obtener el divorcio en la vía administrativa, que demuestren que la mujer no está embarazada.

VII.- Debe también adicionarse la ley en el sentido de facultar expresamente al juez del Registro Civil para que en los casos en que lo estime necesario ordene las investigaciones tendientes a verificar si existe o no el estado de gestación de la mujer divorciante, y se han cumplido con los demás requisitos para la procedencia del divorcio administrativo.

VIII.- Mientras no hayan quedado debidamente satisfechos los requisitos señalados en el artículo 272 del Código Sustantivo en vigor, modificado en los términos de la conclusión que antecede, no debería ser admitida la solicitud de divorcio.

IX.- El propósito de dar cumplimiento escrupulosamente a los requisitos señalados en el artículo 272 del Código Civil, modificados en la forma señalada en

en la conclusión siete, es con la finalidad de garantizar el adecuado desarrollo moral, emocional e intelectual del hijo que la mujer haya concebido durante el matrimonio.

X.- Finalmente, si se comprueba que la mujer se encuentra embarazada al momento de decretarse el divorcio, la sanción será la de nulidad absoluta del divorcio administrativo.

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

- 1.- PALLARES EDUARDO. El Divorcio en México. 3a. Edic. Edit. Porrúa, S. A., México, 1981
- 2.- COUTO RICARDO. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S. A., México, 1919. T. 1
- 3.- PETIT EUGENE. Derecho Romano. Traducc. de Manuel - Rodríguez Carrasco. Edit. Arsujo, Buenos Aires, -- 1940
- 4.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho de Familia. T. II. Edit. Antigua Librería Robredo, México 1962
- 5.- DR. ORTIZ-URQUIDI RAUL. Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana. 1a. Ed. Edit. Porrúa, S. A., México, D. F., 1974
- 6.- DR. ORTIZ-URQUIDI RAUL. Derecho Civil. Parte General, 2a. Edic. Edit. Porrúa, S. A., México, 1982
- 7.- FLORES BARROETA BENJAMIN. Lecciones de Derecho Civil. (Apuntes) 1er. Tomo. México, D. F.
- 8.- FUEYO LANERI FERNANDO. Derecho Civil. T. VI. Edit. Lito Universo, S. A., Santiago de Chile, 1959
- 9.- PLANIOL MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo Relativo al Divorcio. Traducc. de José M. Cájica, Puebla, Pue. México 1946
- 10.- DE LANDA DIEGO PRAY. Relación de las Cosas de Yucatán. Edit. Porrúa, S. A., 9a. Edic. México, 1966
- 11.- ESQUIVEL OBREGON TORIBIO. Apuntes para la Historia del Derecho en México. T. I. Edit. Polis. México, - 1965

- 12.- H. ALBA CARLOS. Estudio comparado entre el Derecho Anteco y el Derecho Positivo Mexicano. México, 1949.
- 13.- GOMEZ GONZALEZ LUZ DEL CARMEN. Crítica a las soluciones dadas por el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal. Tesis. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. México, D. F. 1973
- 14.- GALINDO GARCIAS IGNACIO. Derecho Civil. 3a. Edic. Edit. Porrúa, S. A., México, D. F., 1979
- 15.- DE PINA RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. 12a. Edic. Edit. Porrúa, S. A., México, D. F., 1982
- 16.- RIVERO HERNANDEZ FRANCISCO. La presunción de paternidad legítima. Edit. Tecnos, Madrid, 1971