

1984



Universidad Nacional
Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO CRITICO SOBRE EL
PROCESO DE DIVORCIO
NECESARIO

TESIS
PROFESIONAL

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

REYNA CAROLINA TEJEDA PATIÑO

MEXICO, D. F.

1984.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CAPITULO CUARTO.- REGULACION DEL PROCESO DE DIVORCIO NECESARIO EN LOS CODIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL D.F.

	PAG.
a).- Vía Procesal	81
b).- Demanda	84
c).- Contestación	88
d).- Reconvencción	88
e).- Ofrecimiento	89
f).- Admisión	90
g).- Preparación	90
h).- Desahogo de Prueba	90
i).- Audiencia	
j).- Sentencia	
Absolutoria	91
Condenatoria	91
k).- Causales:	
Disolución de la Sociedad-- Conyugal.....	91
Pérdida de la Patria Potes- tad y Custodia de los hi- jos.....	98
Alimentos	99
Liquidación de la Sociedad.	99
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFIA	105

NOTA ACLARATORIA:

AL MOMENTO EN QUE SE CONCLUYERON LOS TRABAJOS PARA LA ELABORACIÓN DE ESTA TESIS, EL EJECUTIVO FEDERAL SOMETIÓ A LA CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, UN DECRETO - QUE REFORMA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL Y EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

EL DECRETO REFERIDO TUVO COMO MOTIVO REFORMAR LOS ARTÍCULOS: 163, 172, 188, 194, 216, 232, 233, 267, 268, 273, 279, 281, 282, 283, - 288, 302, 311, 317, 734, 1602 Y 1635 DEL CÓDIGO CIVIL EN VIGOR. - SE PROPUSO ADEMÁS LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 271 DEL MISMO ORDENAMIENTO.

DE IGUAL FORMA EL DECRETO PRECITADO POSTULÓ LAS REFORMAS A LOS - NUMERALES 213, 274, 406, 941, 953 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS - CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO - 716 DE DICHO ORDENAMIENTO.

DENTRO DE LAS DISPOSICIONES SEÑALADAS PODEMOS DESTACAR AQUELLAS QUE POR EL CONTENIDO DE LAS MISMAS SE VINCULAN CON LA REALIZACIÓN DE ESTE ESTUDIO. AL EFECTO SE COMENTARÁ BREVEMENTE EL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS SIGUIENTES:

- LA FRACCIÓN VII DEL ARTÍCULO 267 QUE ESTABLECE COMO CAUSAL - DE DIVORCIO LA SITUACIÓN DE PADECER ENAJENACIÓN MENTAL INCURABLE, LE FUE AGREGADA LA PREVIA DECLARACIÓN DE INTERDICCIÓN DEL CÓNYUGE DEMENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL. ELLO CON EL AFÁN DE QUE SE CONSTITUYA COMO MEDIDA DE GARANTÍA. DE MANERA COMPLEMENTARIA SE INTRODUJO LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO - 271 QUE SEÑALA: " PARA QUE PUEDA PEDIRSE EL DIVORCIO POR CAUSA DE ENAJENACIÓN MENTAL QUE SE CONSIDERE INCURABLE ES NECESARIO QUE HAYAN TRANSCURRIDO DOS AÑOS DESDE QUE COMENZÓ A PADECERSE LA ENFERMEDAD".

- IGUALMENTE SE PROPONE LA REFORMA A LA FRACCIÓN XII DEL ARTÍCULO 267. ESTA CONFIGURA COMO CAUSA DE DIVORCIO LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CÓNYUGES A CUMPLIR SUS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS, INHERENTES AL HOGAR ASI COMO DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA QUE RESUELVA CUESTIONES RELACIONADAS CON EL MANEJO DEL HOGAR, FORMACIÓN Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES QUE A LOS MISMOS PERTENEZCAN. EN ESTE SENTIDO LA REFORMA PRETENDE ACLARAR DE MANERA PRECISA EL SUPUESTO JURÍDICO EN ELLA TUTELADO CON EL OBJETO DE EVITAR EL AGOTAMIENTO PREVIO DE LOS PROCEDIMIENTOS TENDIENTES AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INDICADAS EN EL ARTÍCULO 164 DEL PROPIO CÓDIGO CIVIL.

- POR LO QUE REFIERE AL NUMERAL 268 QUE A SU LETRA DICE: "CUANDO UN CÓNYUGE HAYA PEDIDO EL DIVORCIO O LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR CAUSA QUE NO HAYA JUSTIFICADO O QUE HAYA RESULTADO INSUFICIENTE, EL DEMANDADO TIENE A SU VEZ EL DERECHO DE PEDIR EL DIVORCIO, PERO NO PODRÁ HACERLO SINO PASADOS TRES MESES DE LA NOTIFICACIÓN DEL LA ÚLTIMA SENTENCIA. DURANTE ESTOS TRES MESES, LOS CÓNYUGES NO ESTÁN OBLIGADOS A VIVIR JUNTOS". SE CONSIDERÓ PERTINENTE INTRODUCIR EL EQUIPARAMIENTO DEL DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA O DE LA ACCIÓN SIN LA CONFORMIDAD DEL DEMANDADO COMO UN SUPUESTO MÁS CONSTITUTIVO DEL DERECHO DEL ÉSTE ÚLTIMO PARA PEDIR EL DIVORCIO, CON LA SALVEDAD DEL TÉRMINO ESPECIFICADO EN LA PROPIA INICIATIVA (TRES MESES A PATIR DEL AUTO QUE RECAYÓ AL DESISTIMIENTO).

- POR OTRA PARTE, EN EL ARTÍCULO 279 SE CONSIDERÓ PERTINENTE INCORPORAR COMO CASO DE EXCEPCIÓN AL PERDÓN TÁCITO, PREVISTA DENTRO DE ESTA DISPOSICIÓN LA MERA SUBSCRIPCIÓN DE LA SOLICITUD DEL DIVORCIO VOLUNTARIO, ASÍ COMO LOS ACTOS PROCESALES POSTERIORES.

- LA INICIATIVA CONSIDERÓ PARA EL ARTÍCULO 281, MODIFICACIONES A SU CONTENIDO QUE SE PRECISAN EN LA ELIMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL CÓNYUGE QUE NO HAYA DADO CAUSA AL DIVORCIO A PRES- CINDIR DE SUS DERECHOS, Y DE LA FACULTAD PARA OBLIGAR AL CÓNYUGE CULPABLE A REUNIRSE NUEVAMENTE CON ÉL, EMPERO SUBSISTE LA POSIBI LIDAD DE QUE EL PRIMERO OTORQUE A SU CONSORTE EL PERDÓN RESPECTI VO SIN QUE ESTO SE CONSIDERE COMO UNA RENUNCIA DEL EJERCICIO DE SUS DERECHOS. ASIMISMO SE INLCUYE EL SUPUESTO DE QUE A SU VEZ - PODRÁ ENTABLAR DEMANDA DE DIVORCIO POR HECHOS DISTINTOS QUE LE- GALMENTE CONSTITUYAN CAUSA DE DIVORCIO.

- SE PLANTEA CON RESPECTO A LOS ALIMENTOS POR MOTIVO DE DIVORCIO LA REFORMA DE LA FRACCIÓN CUARTA DEL ARTÍCULO 273 Y DEL 288 (DI- VORCIO NECESARIO), A FIN DE QUE TENGA LA MUJER O EN SU CASO EL VARÓN CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO CUARTO DE LA CONSTITUCIÓN EL DERECHO A PERSCIBIR PRECISAMENTE DURANTE UN PERÍODO EQUIPA- RABLE AL TIEMPO DE DURACIÓN DEL MATRIMONIO. ESTE CRITERIO NO ES APLICABLE CUANDO LA MUJER TIENE MEDIOS SUFICIENTES PARA SU SUBSISTENCIA O TIENE UNA CONDUCTA NO HONORABLE A JUICIO DEL - JUEZ. CON EL OBJETIVO DE EVITAR ABUSOS ANTE LA FALTA DE UNA ADECUACIÓN DEL MONTO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA RESPECTO DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA PREVALECIENTE, SE INCLUYEN EN EL ARTÍCULO 311, UN INCREMENTO AUTOMÁTICO EN PROPORCIÓN PORCENTUAL AL SA- LARIO MÍNIMO GENERAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL, DE TAL PENSIÓN. EN IGUAL FORMA SE AMPLIA LA POSIBILIDAD DE GARANTI- ZAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA CON MEDIOS NO TRADICIONALES MEDIAN TE LA ADICIÓN AL ARTÍCULO 317, EL CUAL POSTULA EL CONTENIDO - SIGUIENTE: "EL ASEGURAMIENTO PODRÁ CONSISTIR EN HIPOTECA, PREN DA, FIANZA, DEPÓSITO DE CANTIDAD BASTANTE A CUBRIR LOS ALIMEN-

TOS O CUALQUIERA OTRA FORMA DE GARANTÍA SUFICIENTE A JUICIO DEL JUEZ".

- POR ÚLTIMO SE ELIMINA COMO SANCIÓN LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO, PROPONIENDO QUE TAL DETERMINACIÓN SEA RESUELTA POR EL JUEZ PONDERANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE CADA CASO. EN LO QUE CONCIERNE AL CUIDADO DE LOS HIJOS SE IMPLEMENTA LA REFORMA RESPECTIVA, A EFECTO DE QUE LA MADRE ASUMA TAL OBLIGACIÓN EN LOS CASOS DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, SALVO QUE A CRITERIO DEL JUZGADOR ESTO CONLLEVE UN GRAVE PELIGRO AL DESARROLLO NORMAL DE LOS INFANTES.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS.

a) Derecho romano.

Según Varrón (1) hacia el año 754-53 a.c., en Italia, sobre el Tíber inferior surgía una pequeña ciudad-estado: roma.

A lo largo de los siglos VII a.c. al IV d.c., la civilización romana nació de desarrollar el primer derecho universal cuyos elementos fundamentales sobrevivirán por muchos siglos a la sociedad que los había generado.

De ese derecho, en el presente trabajo, nos interesa hacer una referencia a su conceptualización del divorcio, así como a las características particulares de su evolución. Análisis, que nos permita más adelante, precisar la primera de las influencias históricas sobre la forma de regulación de la figura jurídica en nuestra legislación.

Así, en la sociedad romana, hasta las transformaciones que se verificarán en la época imperial, la familia se constituía bajo la idea central del paterfamilias, a quien correspondían las prerrogativas --

(1) De los llamados "anticuarios" (arqueólogos) de la época posrepublicana, Marco Terencio Varrón, fue un partidario de Pompeyo pasado luego al lado de César (116-27 a.c.), filósofo, historiador, poeta y matemático escribe su investigación Sobre la Lengua Latina en 25 libros de los cuales nos han llegado los comprendidos entre el quinto y el décimo.

más amplias en cuanto a los bienes, esclavos y miembros del grupo. La antigua familia romana se equipara entonces, a una monarquía doméstica.

En este contexto familiar, en sus orígenes el matrimonio en la legislación romana no tenía una relevancia jurídica, considerándosele básicamente como una relación social cuya consecuencia principal radicaba en la constatación de una voluntad de convivencia de los consortes.

En esta primera etapa, las relaciones maritales se establecían mediante una situación de hecho y no mediante una declaración de voluntad. (2)

En consecuencia no era necesaria la adopción de una forma jurídica determinada.

En torno a esa idea, se desarrollarán tres variantes de la llamada conventio in manum (3):

1.- la confarreatio, que consistía en ceremonia -

(2) Ignacio Galindo Garfias, Derecho civil, México, - edit. Porrúa, 1976, p. 461.

(3) Guillermo Floris Margadant en su libro Derecho romano, citando a Max Kaser señala: "el antiguo derecho romano piensa en posiciones de poder. Su objeto se agota en la tarea de resolver si a una persona determinada le corresponde poder sobre otra persona o cosa". De tal manera el matrimonio original romano que no pertenece directamente al ius civile y no reviste forma jurídica, podía convalidarse con una institución jurídica: la manus considerada como una naturalización doméstica de la mujer en el domus del marido. (la monarquía doméstica que hemos señalado). Nace así el conventio in manum.

religiosa en presencia de un sacerdote de Júpiter;

2.- la coemptio que se expresaba como un acto solemne donde intervenían el antiguo y nuevo paterfamilias de la novia considerándose como una venta simbólica.

3.- el usus mediante el cual, una mujer, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con el marido cambia su nacionalidad doméstica.

En suma, la relación de poder de la manus, se resolvía con la fórmula de posesión del marido sobre la mujer.

Más adelante, en plena época republicana, será frecuente encontrar que el convenio in manus se convine con el matrimonio mismo. (4)

Si bien el derecho romano en sus orígenes reconocía al matrimonio como esa situación o relación social más tarde el ius civile le dará una connotación jurídica asignándole consecuencias legales específicas. Gayo (5), en este último sentido, hace referencia al matrimonio romano esencialmente como generador o fuente de la patria potestad.

En el derecho posclásico, las dos formas de matrimonio reconocidas, lo eran:

(4) Guillermo Floris Margadant, Derecho Romano, México, Edit. Esfinge, 1979, p. 198.

(5) Gayo, jurista del siglo II d.c., escribió su libro Instituciones que constituye una de las principales fuentes de la historia jurídica de roma.

1.- el matrimonio celebrado entre los ciudadanos - romanos y que se denominaba iustae nuptiae del cual - se derivaban los derechos de la patria potestad y el parentesco civil. (6)

2.- el concubinato, cuyas consecuencias jurídicas eran reducidas. (7)

Existía aún una tercera forma de unión reconocida entre hombre y mujer que recibía el nombre de contubernium y que designaba la convivencia sexual entre - esclavos.

A la par con este avance, el derecho romano asigna al matrimonio la forma de un contrato civil exento - de solemnidad o carácter público. (8) No obstante, se presentaban algunos revestimientos en el acto de calidad religiosa. (9)

Aún cuando el matrimonio romano presenta en estos momentos una forma jurídica determinada, la característica esencial continuará siendo la constatación de la existencia del affectio maritalis, es decir, - de la voluntad de convivencia, en calidad de esposos,

(6) Eduardo Fallares, el divorcio en México, México, edit. , 19 , p. 13.

(7) Guillermo Floris Margadant, op. cit., p. 207.

(8) Eduardo Fallares, op. cit. p. 13.

(9) estos revestimientos no constituían sino remembranzas de la Confarreatio.

entre un hombre y una mujer (10)

En la época imperial, con las influencias de Oriente, los jurisconsultos romanos acentuarán la tendencia a considerar el matrimonio como un acto jurídico formal, tal como se demuestra en el Corpus iuris.(11)

A esas formas particulares de considerar el matrimonio, la legislación romana adecuará, a su vez, distintas características en la figura del divorcio.

De tal manera, el divorcio romano se configura partiendo de la idea de que no se requiere de una causa determinada para su legitimación, en tanto que con la desaparición de la affectio maritalis, desaparece la causa y esencia misma de la unión marital. Idea ésta que se deriva del tratamiento original que había recibido el matrimonio en tanto carente de una forma jurídica concreta.

EDUARDO PALLARES (12), sostiene que en el derecho clásico el matrimonio se disolvía mediante un procedimiento contrario al que le dió origen o nacimiento: si se contrajo por medio de la confarreatio, el divorcio se llevaba a cabo mediante la difarreatio; si era por medio de la coemptio procedía por la remancipatio.

(10) Ignacio Galindo Garfias, op. cit., p. 461.

(11) Guillermo Floris Margadant, op. cit., p. 198.

(12) Eduardo Pallares, op. cit., pp. 11-12.

Para la etapa posdásica, el divorcio se manifestará en dos formas distintas orientadas básicamente en torno a la justae nuptiae :

a) bonagratia o mutuo dissenso, que no requería formalidad alguna, surtiendo sus efectos por el solo acto de voluntad de los cónyuges;

b) repudiación, que podía ser intentada por uno solo de los cónyuges y que no requería causa legal alguna para su procedencia; aún cuando la ley Julia de adulteris, exigía que aquel que intentara divorciarse mediante esta forma, requería de notificación hecha al otro cónyuge a través de un acta donde se expresase su voluntad ante siete testigos. (13)

El divorcio como creación jurídica, nuevamente responde aquí, a la idea del afecto marital, de donde no se requiera causa legal que lo funde; no obstante se expresa ya como una declaración de voluntad conjunta en un caso, de los cónyuges, o de uno solo, en otro.

En realidad, con la llegada de las grandes conquistas, a partir de los siglos III y II a.c., se verificaron profundas transformaciones en las costumbres — que habrán de recaer en la psicología romana.

Ello, se hizo particularmente evidente en la vida familiar, produciéndose una paulatina emancipación en la mujer, paralelamente al debilitamiento de la autoridad del pater familias; lo que se expresó en la dig

(13) Kojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, México, edit. Porrúa, 1978, p. 347.

minución de los matrimonios y aumento de los divorcios. (14)

En este marco, es de suponerse que la evolución de la figura jurídica del divorcio y por consiguiente del matrimonio romano, obedece a esas transformaciones en las estructuras sociales de estos siglos. En consecuencia, por una parte, el matrimonio adopta una forma jurídica específica en función de la necesidad del mayor rigor en las uniones, con el objeto de evitar las clandestinas; en tanto que en el divorcio se configuran las primeras causas legales de procedencia a fin de obstaculizar la proliferación de las separaciones conyugales.

En la época imperial, será Theodosio el primero en establecer varias causales, fuera de las cuales no era lícito el divorcio. (15)

Ya en el período de Justiniano (16), el divorcio asume tres formas distintas:

1.- el llamado por mutuo consentimiento (mutuo dissenso) con la declaración de voluntad conjunta de los cónyuges y de común acuerdo.

2.- por culpa legal de alguno de los cónyuges.

(14) S. I. Kovaliov, Historia de Roma, Madrid, Edt. Akal, 1979, p. 344

(15) Antonio Xavier Pérez y López, Teatro de la legislación, p. 199.

(16) a mediados del siglo VI d.c. sube al trono del Imperio Romano de Oriente o Bizancio.

3.- Bonagratia o el fundado en circunstancias que nacían inútil la continuación del matrimonio (impotencia, cautividad, voto de castidad) (17)

Igualmente, Justiniano adecuó la forma jurídica — del divorcio implementando causas legales para su procedencia. Así se mencionaban en la penúltima novela, como tales:

a) que a la mujer se le descuorieran maquinaciones contra el Estado.

b) adulterio probado de la mujer.

c) atentado contra la vida del marido.

d) tratos con otros hombres contra la voluntad del marido.

La mujer podía solicitarlo en caso de:

a) alta traición oculta del marido.

b) atentado contra la vida de la mujer.

c) intento de prostituirla.

d) falsa acusación de adulterio.

e) que el marido tuviese su propio amante en su casa conyugal. (18)

No existe aún en estas causales un criterio estrictamente referido a las relaciones maritales de los — cónyuges y dirigidas al seno familiar, mezclándose en ellas circunstancias y consideraciones de seguridad — estatal por ejemplo.

(17) Guillermo F. Margadant, op. cit., p. 212.

(18) Antonio Xavier Pérez y López, op. cit., pp. 199-200.

Justiniano prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero poco después fue restablecido. (19)

De esta forma, la principal aportación jurídica — del derecho romano en materia del divorcio, radica en la evolución de la característica primaria de la ausencia del affectio maritalis, nacia la aparición de las primeras causas legales con reconocimiento estatal de su procedencia. así mismo, se configuran las dos formas básicas en que se manifestará más tarde el divorcio: el mutuo consentimiento y el necesario.

b) derecho canónico.

a la caída del Imperio romano de Occidente en el 476 d.c., se sucede en Europa una serie de invasiones de los llamados pueblos bárbaros que producirán la sujeción de los territorios conquistados a una serie de reinados regionales. Se configura de esta forma el — feudalismo.

Bajo esta panorama, el norte de Europa mantiene en forma de derecho común, un derecho consuetudinario de origen germánico, en tanto que en el sur, se encuentra en vigor el llamado "derecho romano", en realidad constituido por un especial uso del cuerpo justineano y del Código teodosiano.

(19) Eduardo Pallares, op. cit., pp. 12-13.

En términos generales, puede hablarse de una falta de unidad jurídica a principios del medioevo. (20)

Paralelamente, a comienzos del siglo V, el papado estaba manteniendo unido lo que quedaba del Imperio desmembrado. La primacía de Roma en la Iglesia de Occidente fue establecida por el papa Inocencio I (402-417); hacia la época del acceso al poder de León I (el Grande) en 440, la autoridad temporal del papa alrededor de Roma se había hecho considerable. Había transcurrido poco más de un siglo desde que el catolicismo fuese legalizado por el Imperio mediante el edicto de Milán (313). (21)

En este contexto se desarrolla, bajo la supremacía de la Iglesia Católica, el derecho canónico cuya influencia histórica es posible observar en las legislaciones posteriores de la España colonial. (22)

El derecho canónico así, invocaba una jurisdicción tan extensa, que los tribunales eclesiásticos aspiraban a conocer en todos los litigios en que estuvieran en juego el bienestar de las almas, y apremiaban a los tribunales seculares a que también aplicaran a esos pleitos el derecho eclesiástico. Aún las contiendas de competencia entre los tribunales seculares y canónicos constituirán un problema recurrente, entre los siglos XI y XIV. (23)

(20) Pietro Barcellona, Diritto privato e processo economico, Jovene Editore, Napoli, 1973, 357 pp.

(21) Tigar y Levy, Derecho y acceso del capitalismo al poder, el telón de fondo de las nuevas instituciones jurídicas, siglo XXI, México, 1980.

(22) Ibid., p. 42.

(23) Ibid., p. 41.

Las bibliotecas y monasterios de la Iglesia se - -
constituyeron en centros de estudio y enseñanza de - -
los textos jurídicos romanos. (24)

La familia del feudalismo, se constituyó como un or-
ganismo económico que tenía por finalidad el bastarse
a sí mismo. El cristianismo y su difusión permitie-
ron atemperar la tiranía del pater familias romano, -
convirtiéndose éste en guía espiritual y protector -
maternal de la familia. En el seno familiar adquirie-
ron una situación de privilegio el hijo primogénito -
en razón de su relación con el acervo patrimonial del
grupo; y la mujer como consecuencia de la indisolubi-
lidad del matrimonio que, sin embargo, la colocó en
una posición de sumisión. (25)

De esta manera, en la concepción del derecho canó-
nico, el matrimonio se considerará como un sacramento
esta consistía en un acto solemne donde los mismos es-
posos son considerados como ministros, siendo el sa-
cerdote un testigo autorizado por la Iglesia.

La unión de los esposos es bajo esta idea, la ima-
gen de una unión de Cristo con la Iglesia.

(24) Tigar y Levy, en su obra Derecho y acceso del ca-
pitalismo al poder, señala que la Iglesia en la cons-
trucción del derecho canónico tradujo la "razón natu-
ral" romana naciendo de ella el "derecho natural" y co-
locó a Dios, en lugar del consenso común de la humani-
dad, como árbitro de ese derecho.

(25) Julián Gutiérrez fuentevilla, Derecho Familiar, -
edit. Gama, México, 1972, pp. 52-55.

El vínculo es así creado por voluntad de los esposos, y es mediante su libre consentimiento generada la relación matrimonial. Pero no es, sino hasta el momento en que la misma se consagra ante la Iglesia, gracias a la bendición nupcial, que queda consumado y que se eleva a la calidad de sacramento. (26)

El derecho canónico, distinguió dos tipos de matrimonios: el consumado y el no consumado. En ambos las consecuencias normativas eran totalmente distintas.

El matrimonio consumado era aquel donde se había realizado la cópula carnal, en tanto que el no consumado era aquel donde aquella no había sido realizada. (27)

Así mismo, la Iglesia distinguió entre la validez y la licitud de los matrimonios. Los impedimentos impedientes hacían ilícita la celebración del matrimonio, pero si por cualquier circunstancia, el mismo se había celebrado tenía que ser considerado como válido, en tanto que contrariamente el existir un impedimento dirimiente el matrimonio era nulo. (28)

(26) Rafael Rojas Villegas, op. cit., pág. 279.

(27) Ignacio Galindo Garras, op. cit., pág. 566.

(28) Salvador Minguijón, Historia del derecho español, Barcelona, edit. Labor, 1953, p. 139.

a la par se desarrolló la figura de los esponsales o promesa de matrimonio, diferenciándose entre los hechos de palabras de futuro, y los de palabra de presente. Sólo esta último será considerado como un verdadero antecedente obligatorio del matrimonio. (29)

A partir de la base teológica en que se funda la figura del matrimonio se construye una estructura jurídica elaborada en función de las definiciones y pasajes de las fuentes romanas.

Con la llegada del siglo X, la Iglesia ha de tomar para sí, una plena jurisdicción sobre el matrimonio, declarando de inmediato el principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal, y corroborándolo en los Concilios basados en San Agustín y en los textos evangélicos de San Marcos y San Lucas que en definitiva afectaron al matrimonio consumado. (30)

La distinción que la Iglesia estableció en el matrimonio, provocó que el elemento fundamental a considerar como constitutivo del mismo fuese la cópula carnal, haciendo a un lado, el afecto marital establecido en el derecho romano. El principio de indisolubilidad giró en torno a esa diferenciación.

(29) Ignacio Galindo Garfias, op. cit., pág. 466.

(30) Ibidem., pág. 566.

De tal manera, es claro que la Iglesia pretendió por medio de tal principio, restringir en la vida social del medioevo el que se llevarán a cabo las separaciones conyugales retirando en consecuencia toda validez a las formas empleadas por el derecho romano.

El proceso, habrá de culminar con la introducción del principio en las leyes seculares. En Italia en el siglo - VIII, el matrimonio se considera ya indisoluble, y en el siglo XI, el divorcio ha desaparecido. Las Capitulares -- de los Reyes francos prohíben el divorcio en el siglo IX. (31)

No obstante, que el derecho canónico fue renuente a aceptar la idea del divorcio, tratándose del matrimonio no consumado permitió su disolución por dos medios:

- 1.- a través de profesión solemne en una orden religiosa reconocida por la Iglesia;
- 2.- por dispensa pontificia. (32)

Estos criterios, sin embargo, no eran aplicables en el caso del matrimonio consumado.

Paralelamente, con el fin de atenuar los efectos del principio de indisolubilidad, la Iglesia reorganiza una figura jurídica ya utilizada por el derecho romano y que se conoció como separación de cuerpos, respondiendo a la fórmula: divortium quad torum et mensam, non quad vinculum (divorcio en cuanto cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo).

(31) Salvador Minguijón, op. cit., p. 139

(32) Antonio Xavier Pérez y López, op. cit., p. 230.

La separación podía ser perpetua o temporal, teniendo lugar la primera únicamente para el caso de adulterio, -- en tanto que la segunda se configuraba ante las llamadas situaciones inaguantables. La separación de cuerpos requería en esas variantes que fuera decretada por autoridad eclesiástica competente, no bastando la simple voluntad de los cónyuges.

En resumen, este segundo antecedente histórico de la figura del divorcio, a fin de situar su significación -- jurídica en los siglos XI a XIV, es necesario vincularlo en el marco del antiguo derecho español, del cual ha de -- constituir la fuente principal. Ese derecho español, a su vez, es el antecedente directo del derecho colonial y en particular de la Nueva España, y en consecuencia influencia directa en las legislaciones del México independiente.

La imposición del principio de indisolubilidad del matrimonio en el derecho canónico obedeció a la necesidad -- de otorgar cohesión a la familia feudal y mantener así -- mismo el sistema de privilegios. La consecuencia normativa más significativa y que mayor influencia tendría en -- las legislaciones seculares, lo constituyó la desaparición del divorcio en relación del matrimonio consumado.

c) Derecho colonial.

El derecho familiar que quería integrarse en las colonias americanas y en particular en la Nueva España, constituye, en términos generales, una yuxtaposición de las formas y solemnidades que regían en la metrópoli al momento de producirse los descubrimientos americanos. (33)

En efecto, la Real Cédula de 12 de julio de 1564, declaró que los cánones del Concilio de Trento eran la base jurídica del reino.

De tal suerte, en razón de que el derecho colonial tuvo por fuente primaria al derecho español, en consecuencia, recibió las influencias del derecho canónico, que como ya hemos analizado, introdujo el principio de indisolubilidad del divorcio dentro de las leyes seculares.

Es así como las legislaciones de la reconquista reafirmaron las ideas desarrolladas por la Iglesia. De esta manera, el Fuero Real en la ley que titula "que ninguno sea osado de casar gavendo su mujer viva" (Lib. III, Tit. 1, ley 8) y las Partidas establecieron los lineamientos generales de aquella concepción. (34)

El principio aceptado consistía en la fórmula: Inni-
tiatum, ratum, consumatum, según el cual, el matrimonio era considerado de tres modos: iniciado, rato y consumado

(33) José María Ots Capdequí, Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano, Talleres gráficos de A. Baiocco y Cia., Buenos Aires, 1943, t. II, p. 228.

(34) Eduardo Pallares, op.cit., pp. 17 a 19.

Igualmente, en el derecho colonial se retomó la distinción entre matrimonios consumados y no consumados, lo que llevó a considerar, que tratándose de los primeros, sólo por dos causas procedía el divorcio: a) si alguno -- de los cónyuges decidía profesar religión católica guardando castidad, y con mandato de Obispo; b) por adulterio de la mujer siendo probado o por el llamado adulterio espiritual, consistente en herejía de alguno de los consortes. (35)

El matrimonio en suma, se constituyó nuevamente como un sacramento.

Paralelamente, el derecho colonial desarrollará la figura de los esponsales, que según definición establecida en las Partidas, fue considerado como "el prometimiento -- que hacen de palabra hombre y mujer cuando quieren casarse". Al igual que el derecho canónico, los esponsales se clasificaron en palabras de futuro y palabras de presente y determinando a estos últimos como verdaderos matrimonios.

No será, sino hasta el concilio de Trento cuando se declaren nulos los matrimonios clandestinos, es decir, aquellos en los que no se había llevado a cabo el sacramento matrimonial. (36)

Las normas que supletoriamente se aplicaban en las colonias, habrán de integrarse en varios cuerpos legislati-

(35) Antonio Xavier Pérez y López, op. cit., pp. 203 a - 205.

(36) Salvador Minguíjon, op. cit., p. 138.

vos, de los cuales los más significativos serán la Recopilación del 23 de marzo de 1776 y posteriormente la Novísima Recopilación. (37)

De esta manera, el derecho colonial transportó fielmente los principios y formas del derecho canónico y español de tal suerte, que en materia de matrimonio y particularmente de divorcio, en la Nueva España, se recibieron y adoptaron las características de la indisolubilidad y del divorcio restringido, atenuando a este último, mediante la figura de la separación de cuerpos.

d) en la legislación mexicana del siglo XIX.

México, al igual que el resto de las naciones latinoamericanas, cuando a principios del siglo XIX nacen a la vida independiente, se enfrascan en una serie de luchas internas manifestándose en la lucha de tendencias opuestas: en algunos casos clericales contra anticlericales, en otros, conservadores contra liberales, centralistas contra federalistas, mismas que han de obstaculizar en todos los órdenes el desarrollo del país. (38)

México, cuenta hacia 1860 con aproximadamente siete millones de habitantes. La población lo constituye un grupo heterogéneo: blancos, mestizos e indios. En este contexto, la familia mexicana del siglo XIX, lo sigue conformando a la manera de la época colonial: el padre de familia cuya autoridad es, sin embargo, atenuada; el hijo primogénito, que es el privilegiado en razón del

(37) Guillermo Floris Argüendano, Introducción a la historia del derecho mexicano, México, edit. Textos Universitarios, 1971, pag. 124.

(38) Francisco López Cámara, La estructura económica y social de México, edit. Siglo XXI, México, 1980, p. 5

acervo patrimonial, y la mujer, que se mantiene en un estado de sumisión. (39)

La legislación mexicana del siglo XIX en materia familiar denota la influencia, que hemos analizado anteriormente, del derecho canónico transportado a las Indias por el derecho colonial. Ello, provocaría que los legisladores mexicanos en la Constitución de 1857, otorgaran al matrimonio una connotación religiosa. Al mismo se considerará como un acto indisoluble no permitiéndose el divorcio. En la Constitución de 1857 no se hará una referencia a la familia. (40)

Sin embargo, por otra parte, el derecho que se construye a partir de la segunda mitad del siglo XIX, producto del triunfo político del liberalismo, retomará las fuentes del derecho romano y en particular del Código Napoleón de 1804. (41)

Es así, como en materia familiar, y dentro del conjunto de leyes de reforma, que se dictará la llamada Ley Juárez (Ley de Administración de Justicia) de 23 de noviembre de 1855, que separó del conocimiento de los tribunales eclesiásticos los asuntos de naturaleza civil; - siendo su complemento la ley del 23 de julio de 1859, - donde se reguló el matrimonio puramente civil. En virtud de esta ley, el matrimonio se considerará como un contrato civil contraído ante la autoridad estatal. (42)

(39) Idem .

(40) Julián Gutiérrez fueitevilla, op. cit., p. 96.

(41) Jesús Reyes Heróles, La historia y la acción, edit. Oasis, México, 1978, pp. 14 a 19.

(42) Ibidem., p. 130.

Consecuencia de esas legislaciones, será el establecimiento del 28 de julio de 1859, de jueces del Estado Civil para la averiguación y constancia del estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, en lo concerniente, entre otras materias, al matrimonio. (43)

Con estos antecedentes, se llega a la promulgación del Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Acordes con la política individualista y liberal, el código tendrá como sus fuentes principales a los ordenamientos franceses y españoles de la época, a su vez, influenciados por las corrientes del Código Napoleón y del derecho romano.

En ese sentido, el código regulará básicamente a la familia, el matrimonio y la figura de la separación de cuerpos.

El código corroboró el espíritu de las leyes de reforma declarando al matrimonio como una institución regulada por el Estado. No obstante, siguiendo la ruta marcada por los códigos francés y español, reguló al divorcio sin permitir la disolución del vínculo matrimonial, permitiendo únicamente la figura de la separación de cuerpos y la suspensión provisional de alguna de las obligaciones conyugales. En forma general, puede decirse, que los códigos de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, centralizándose en el desarrollo de la figura de la separación de cuerpos. (44)

(43) loc. cit.

(44) Ignacio Galindo Garfias, op. cit., p. 567.

En el artículo 240 del código de 1870, se señalaron - entre otras, como causas de separación de cuerpos, las - siguientes:

- a) adulterio de alguno de los cónyuges.
- b) propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- c) incitación hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito.
- d) el connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción.
- e) el abandono sin causa justificada del domicilio conyugal prolongado por más de dos años. (45)

La separación de cuerpos, como hemos analizado antes, no rompía con el vínculo matrimonial sino sólo establecía limitaciones concretas en los derechos conyugales. De aquí que la definición de la unión conyugal establecida en el código de 1870 rezara: "el matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y de una sólo mujer que se unen con el vínculo indisoluble para perpetuar la especie y - ayudarse a llevar el peso de la vida." (46)

La presencia de esta fórmula obedece no solo a las influencias legislativas que han quedado mencionadas, sino también a un profundo individualismo resultado de un requerimiento histórico concreto: secularizar a la sociedad mexicana del siglo XIX.

(45) Julián Gutiérrez Fuentetilla, op. cit., p. 104.

(46) Manuel Dublan y José Manuel Lozano, Colección Completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República, Imprenta del Comercio, T. 20, 1879.

En el año de 1884 habrá de dictarse un nuevo código civil para el distrito federal y territorio de Baja California, que en realidad reprodujo casi en su totalidad los preceptos del código de 1870.

En realidad, entre el código de 1870 y el código de 1884, sólo existen diferencias de grado. (47)

A manera como lo establecía el código de 1870, el de 1884 en su artículo 226, admitía como única vía de divorcio la figura de la separación de cuerpos. Como nuevas causas de divorcio se señalaban las siguientes:

a) el hecho de dar a luz un hijo durante el matrimonio concebido antes del contrato que judicialmente se declarara legítimo.

b) el hecho de negarse a administrar alimentos conforme a la ley.

c) los vicios incorregibles de juegos y embriaguez.

d) el mutuo consentimiento.

Sin embargo, en este último caso, en que los consortes estuviesen de común acuerdo en separarse del lecho y habitación, requerían de acudir frente al juez para que éste lo decretara. (48)

En suma, el código de 1884 fue una reproducción del de 1870 en cuanto a la naturaleza del divorcio y sus efectos tal vez, la única diferencia radicaría en un procedimiento más expedito en el código de 1884.

De esta forma, las aportaciones más significativas de la legislación mexicana del siglo XIX en materia de divorcio radican en la secularización de la institución y la aparición del contrato civil como su connotación jurí-

(47) Rafael Rojas Villegas, *op. cit.*, p. 349.

(48) *Ibidem.*, p. 350.

ca concreta. De tal suerte que su construcción individualista y su rompimiento tajante del carácter religioso del matrimonio, permitirán más adelante, el nacimiento de un código que pretende revalorizar a la figura desde un punto de vista distinto y desde la óptica social de la protección de la célula de cohesión social más importante en el siglo XX; la familia. Estudio que analizaremos más adelante.

CAPITULO SEGUNDO
SU ESTUDIO EN EL DERECHO COMPARADO.

a) En la familia romano-germánica

1.- España:

La legislación española hasta finales de la década de los 70's, desconocía al divorcio. La indisolubilidad del matrimonio constituía una institución de tradición jurídica arraigada en el sistema jurídico español.

De esta forma, los antecedentes más próximos a la institución del divorcio en la legislación española giraron en torno a la idea de la indisolubilidad canónica.

En el proyecto de código de 1851 que por primera vez otorgó el conocimiento del matrimonio y del divorcio a los tribunales civiles, en su artículo 74 indicó los límites de la institución: "el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados". - Igualmente la Ley del matrimonio civil de 1870 estableció en su preámbulo el principio de que "la indisolubilidad del vínculo matrimonial determina la naturaleza -- del divorcio. Por éste los cónyuges no adquirirán su libertad para contraer un nuevo vínculo, ya que el anterior habrá de subsistir, y solamente quedarán exentos de la obligación de vivir juntos". (49)

(49) Gabriel García Cantero, el vínculo de matrimonio civil en el derecho español, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Roma-Madrid, 1959, p. 270.

mediante decreto del 9 de febrero de 1875, se -
instauró el sistema de doble forma del matrimonio:
matrimonio canónico para los pertenecientes a la -
religión católica, y civil para los extraños a la -
misma: siguiendo en ambos casos inalterable la indi-
solubilidad del vínculo. Tanto los proyectos de Có-
digo civil de 1851 como de 1882, así como el Código
Civil en su artículo 52 mantuvieron igual principio
(50)

En el siglo XX, la Constitución de 1931 estable-
ció en su párrafo primero que el matrimonio podía -
disolverse por mutuo disenso o a petición de cual-
quiera de los cónyuges, con alegación en ese caso,
de una causa justa. Desarrollando el precepto cons-
titucional, la ley del 2 de marzo de 1932 dispuso
que el divorcio decretado por sentencia firme por
los tribunales civiles disuelve el matrimonio cual-
quiera que hubieran sido la forma y la fecha de su
declaración. (51)

(50) Vicente Luis Simo Santoja, Divorcio y separación
Matrimonio Comparado y conflictual Europeo, Madrid, Edi-
torial Tecnos, 1973, p. 109

(51) Idem.

más tarde, la ley de matrimonio civil del 28 de junio de 1932, alteró el sistema establecido en las leyes anteriores. La misma, admitía la existencia del divorcio vincular, aceptando además la separación de personas y bienes. La orientación que estableció esta legislación se situó entonces dentro de un criterio que podríamos denominar de "divorcio atenuado", cuya significación radicaba en la conservación del vínculo matrimonial en tanto a petición de los cónyuges, se transformara la separación en divorcio vincular. (52)

Al expedirse la ley del 24 de abril de 1958, nuevamente su integración resultaba inspirada en las normas del derecho canónico. (53) Se basaba en tres principios fundamentales: a) sustitución de la palabra "divorcio" por la expresión "separación personal"; b) equiparación del marido y de la mujer en las causas legítimas de separación; c) reforma en la regulación de los efectos de la separación.

(52) Gabriel García Cantao, op. cit., p. 269.

(53) Ibid., p. 271.

Las distintas concepciones manejadas en ambas legislaciones miraban a la diferenciación, ya analizada, en el sentido de que en tanto el divorcio se presenta como la posibilidad jurídica de ruptura total y definitiva del vínculo conyugal y en la factibilidad de que los cónyuges puedan celebrar matrimonio con distinta persona; la separación en cambio se refiere a la suspensión de determinados deberes conyugales, pero con el mantenimiento del vínculo matrimonial.

La ley de 1958 comprendió a la figura jurídica de la separación con las consecuencias o efectos de sanción por violación culpable de las obligaciones que derivan del matrimonio, y sólo por excepción la separación se comprendía para los casos no culpables o meramente objetivos.

La separación judicial se regulaba mediante tres modalidades: en la primera sólo podía decretarse a instancias de la mujer que se proponga demandar la separación o nulidad del matrimonio; en la segunda, a petición de cualquiera de los cónyuges una vez acreditada la admisión de las demandas de

separación o nulidad; en la tercera, se producía al ejecutar una sentencia firme de separación personal. en las dos primeras la separación tenía un carácter provisional, incluyendo en el primer caso, - una duración muy limitada; en cuanto que en la tercera era una duración indefinida. (54)

La ley de 24 de abril de 1958 explicó en su preámbulo que se había querido desterrar del Código el término divorcio y sus derivados sustituyéndose por el término "separación personal". La redacción del artículo 104 disponía: "la separación produce la suspensión de la vida en común de los casados y los demás efectos previstos en el artículo 73" (entre los que no figuraba la disolución del vínculo). (55)

Igualmente, en el artículo 105 del citado código, se admitían como causas de separación, las siguientes:

- 1.- el adulterio de cualquiera de los cónyuges;
- 2.- los malos tratos de obra, las injurias graves o el abandono de hogar; 3.- la violencia ejercida

(54) Ibid., p. 276.

(55) Vicente Luis Simo Santonja, op. cit., p. 110.

por uno de los cónyuges sobre el otro para obligarles a cambiar de religión; 4.- la propuesta del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución; 6.- la condena del cónyuge a reclusión mayor .

No obstante la no regulación del divorcio vincular en este período, el Tribunal Supremo, la Dirección de los Registros y la jurisprudencia española admitieron ciertos efectos indirectos o reflejos ante determinadas situaciones jurídicas derivadas de las sentencias extranjeras de divorcio, pero limitándose en todo caso, en virtud del no reconocimiento del divorcio vincular, al desconocimiento de la disolución del vínculo matrimonial. (56)

Así mismo, el criterio sancionador de la no admisión del divorcio vincular estuvo nuevamente presente cuando el Gobierno español, con relación al convenio sobre reconocimiento de divorcios y separaciones de cuerpos, aprobado el 10. de junio de 1970 en la Haya, consideró que la coherencia del -

(56) Enrique Malegona, Revista de derecho privado, el matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español, t. LVI, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1972, pp. 485-486.

mismo era respecto a las legislaciones que admitían el divorcio, resolviendo las siguientes soluciones: a) desconocimiento de las sentencias de divorcio relativas a una relación matrimonial indisoluble; b) reconocimiento de las sentencias de divorcio sobre la unión matrimonial que pueda considerarse disuelta por divorcio conforme a la legislación de alguno de los Estados contratantes. (57)

De esta forma, llegamos al nuevo Código Civil (58) que en su artículo 85 establece el principio según el cual el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración del fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Se introduce en este artículo ya el reconocimiento expreso de la figura jurídica del divorcio bajo el criterio que se manifiesta a lo largo de la redacción del propio código, en el sentido del cese efectivo de la convivencia conyugal. El hecho relevante consiste en la incorporación del divorcio vincular.

Dentro del capítulo relativo a las medidas provisionales por demanda de divorcio, la ley complementa el reconocimiento de la figura del divorcio, contrariamente al criterio sustentado a través del có-

(57) Ibid., pp. 501-503.

(58) F. Vera Urbano, Nueva Legislación matrimonial - civil y canónica, Málaga, Ediciones Universidad de Málaga, 1983, p. 90

digo de 1958, al señalar que el divorcio se regirá por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, a falta de nacionalidad común, por ley de la residencia habitual del matrimonio y si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los tribunales españoles resulten competentes. (59)

Como se ha señalado en los párrafos que anteceden el criterio de causal de divorcio se configura en la ley no mediante una concepción basada en una relación casuística sino mediante una hipótesis general desarrollada de la siguiente forma:

Considerando como causas de divorcio:

1.- el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal.

2.- el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años consecutivos ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a parti

(59) Ibid., p. 98

ción de cualquiera de ellos,

3.- el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, al menos, cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

4.- la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. (60)

En esta materia, el criterio que la ley española establece como causal de divorcio se refiere básicamente a la comprobación del cese efectivo de la convivencia conyugal y sólo por excepción la condena en sentencia firme por atentar contra la vida de uno de los cónyuges.

Los efectos del divorcio en los términos del artículo 89 producen sus efectos a partir de la firmeza de la sentencia correspondiente.

Aún cuando el nuevo código reconoce el divorcio vincular, la posibilidad de la reconciliación amerita la extinción de la acción de divorcio pero siempre y cuando aquella se lleve a cabo en forma expresa. (61)

Cuando se decreta la sentencia el juez debe determinar paralelamente la situación de las medidas relacionadas con los hijos, la vivienda fami-

(60) Ibid., p.90

(61) Ibid., p.92

liar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las caute las o garantías respectivas. Aquí básicamente se reconoce como efecto provisional al admitir la demanda el que los cónyuges puedan vivir separados y cese la convivencia conyugal. (62)

(62) Ibid., p. 98

Alemania:

Al ser restaurado el Reich alemán, aproximadamente poco más de cien años, cada uno de los Estados federales poseían su propia regulación jurídica. El Código Civil que entró en vigor el 1.º de enero de 1900 reguló básicamente en forma unificada el derecho matrimonial y la materia de divorcio.

Con la caída del tercer Reich al finalizar la segunda guerra mundial, se promulgó la ley número 16 del Consejo de Control Aliado (enG), misma que respetó la concepción matrimonial hasta entonces puntualizada y que hoy día se encuentra en vigor. (63)

El derecho alemán de hoy día, por lo que respecta al divorcio, se inspira principalmente en cuatro principios: principio de culpabilidad, principio mixto de culpabilidad y relajamiento de la paz conyugal, principio puro de relajamiento de las relaciones matrimoniales.

Estos principios pueden ser sintetizados en cuanto a su contenido en la forma siguiente:

1).- principio de culpabilidad.- encuentra su expresión en el artículo 42 de la EheG consistente en

(63) Vicente Luis Simo Santonja, op. cit., p. 211.

que uno de los cónyuges puede solicitar el divorcio - si el otro ha cometido adulterio culpable, de tal suerte que el adulterio juega el papel de una causa absoluta de divorcio, provocándolo sin que sea necesario probarse que se ha perturbado objetivamente el matrimonio. No obstante, se excluye el divorcio cuando el demandante ha consentido el adulterio, lo ha hecho posible o lo ha facilitado. (64)

2).- principio mixto de culpabilidad y relajamiento de la paz conyugal: según el artículo 43 de la *Shég* "un cónyuge puede solicitar el divorcio cuando el otro, por una falta conyugal grave o por un comportamiento deshonroso o inmoral ha producido culpablemente una perturbación en las relaciones matrimoniales que no pueden esperarse la reanudación de una vida común digna. sin embargo, no puede solicitarse el divorcio cuando un cónyuge ha cometido una falta que, atendiendo a la naturaleza y sobre todo a causa de la conexión de la falta del otro cónyuge con su propia culpabilidad, no justifica la solicitud de divorcio que atienda debidamente a la dignidad de la institución matrimonial." (65)

(64) Ibid., p. 212.

(65) Ibid., p. 213.

En este sentido la jurisprudencia alemana ha reconocido como infracciones: cualquier infidelidad aun de que no suponga adulterio; malos tratos; amenazas; ofensas; vigilancia infundada por medio de detectives; trato de desafecto; también hacia los hijos o hijas; situar a uno de los cónyuges socialmente al descubierto con afirmaciones como "no responda de las deudas de mi mujer"; las renunciaciones infundadas; el revelar intimidades de la vida conyugal; la constante negativa al acto sexual; trato sexual desconsiderado; incumplimiento del deber de alimentos, incluso si es respecto de los hijos; descuido de la educación de los hijos o de la administración doméstica; abandono malicioso; negativa a la procreación. (66)

Dentro de esas faltas conyugales graves o comportamientos deshonrosos se precisan además la embriaguez, vida inmoral, u actos delictivos.

La legislación alemana se inclina en el sentido de considerar la culpabilidad mutua, en el entendido de que si ambos cónyuges han contribuido al re-

(66) Hademann y Endemann-Lenmann, Tratado de Derecho Civil, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pp. 100-108.

lajamiento con culpabilidad de la paz conyugal, tal situación debe hacerse constar en la demanda, señalándose la preponderancia de la culpa de uno u otro pudiendo renunciar a tal ponderación. (67)

3).- principio puro del relajamiento de las relaciones matrimoniales: según el artículo 48 de la ley el divorcio podrá solicitarse si la comunidad doméstica cesó hace por lo menos tres años y a causa de un profundo e insubsanable relajamiento de la paz conyugal, mismo que no permite presumir la reanucación de una vida en común digna. (68)

aún es posible detectar en la legislación alemana algunas otras causales de divorcio que sin embargo podemos catalogar como de carácter secundario, así por ejemplo, podemos citar la enfermedad mental, conductas derivadas del trastorno mental y enfermedades contagiosas y repulsivas. (69)

(67) Vicente Luis Simo Santonja, op. cit., p. 214.

(68) Ibid., p. 215.

(69) Neemann y Sandemann Lehmann, op. cit., p. 109.

Francia:

La historia del divorcio en Francia es una continuación de prórrogas entre el denominado divorcio-sanción y el divorcio acta. (70)

Se plasma igualmente, en su desarrollo, un enfrentamiento entre aquellos que, como los católicos consideraron el matrimonio como un lazo indisoluble y aquellos que no lo veían sino como un contrato.

Hacia la llegada del siglo XII, el derecho canónico hará del matrimonio un sacramento indisoluble y prohibirá al mismo tiempo el divorcio. Se permite entonces, sólo la separación de cuerpos como fórmula intermedia de disolución de las obligaciones conyugales. El vínculo permanece no disoluble.

Será necesario esperar hasta la revolución francesa para ver, el proceso de laicización del matrimonio.

En esa coyuntura, la Constitución del 3 de septiembre de 1791 proclamará la neutralidad religiosa del Estado y decretará que el matrimonio no es más que un contrato a los ojos de la sociedad civil.

(70) Jacques Commaille, el divorcio en Francia, notas y estudios documentales, documentación francesa, no. 4478.

Más tarde, el 20 de septiembre de 1792, Francia reconocerá por primera vez, el divorcio al adoptar la ley de ese año los siguientes tres tipos:

- a) la incompatibilidad de caracteres con el cónyuge.
- b) libre manifestación de la voluntad mutua (mutuo - consentimiento)
- c) por motivos específicos: demencia, locura, crímenes, malos tratos, injurias graves, desorden notorio de las conductas, abandono de hogar conyugal durante por lo menos dos años, ausencia de por lo menos cinco años. (71)

No obstante la emisión de esta ley, la proclamación del catolicismo como religión del Estado a través de la carta del 4 de junio de 1814, derivará en la abolición del divorcio el 8 de mayo de 1816, para así retornar a los tiempos del derecho canónico donde la única forma de rompimiento de las obligaciones conyugales sería la separación de cuerpos. (72)

El divorcio no será restablecido sino hasta el año de 1884 con la ley del 27 de julio llamada ley Naquet.

(71) Idem.

(72) Vicente Luis Sino Santonja, op. cit., p. 262.

Aún cuando el espíritu del autor obedecía a la necesidad de retornar a la ley del año de 1792, el texto adoptado impuso el llamado divorcio-sanción, es decir, aquel que sólo pueda llevarse a cabo cuando se ha probado que uno de los cónyuges ha cometido una falta grave.

La ley Maquet admitió como causales de divorcio el adulterio, condena a una pena aflictiva e infamante y los excesos, sevicias o injurias. En ella, las dos primeras eran consideradas como causas perentorias, es decir, que aportadas las pruebas materiales el tribunal pronunciaba el divorcio automáticamente, en tanto que la última era facultativa concediéndose al tribunal un amplio poder de apreciación. (73)

Esta ley habrá de regir en Francia el divorcio hasta el año de 1975 aunque evidentemente fue modificada por el transcurso de los años. (74)

(73) Ibid., p. 263.

(74) Luis Simo Santonja en su obra Divorcio y separación nos indica que, entre otras, la ley del 15 de diciembre de 1904 autorizó al cónyuge adúltero a casarse con su cómplice. La del 6 de junio de 1908 autorizó la conversión de la separación en divorcio a petición del esposo culpable. Asimismo, habrán de asentarse las facilidades a partir de 1970 vía la jurisprudencia.

Llegamos así a la ley de 1975. En ésta el legislador francés rehusó discutir la necesidad de reformar el sistema del divorcio, decidiendo entre el divorcio sanción y el divorcio acta para adoptar en definitiva una fórmula de pacto. (75)

Uno de sus autores, Jean Carbonnier, profesor honorario de la facultad de derecho en París, explica que la ley no podía ser sino el resultado de un compromiso convenido entre objetivistas y culpabilistas.

En ese sentido, el divorcio por falta será conservado bajo las siguientes circunstancias:

1) si uno de los esposos ha sido condenado a una pena aflictiva o infamante.

2) si es posible jurídicamente ser imputado a uno de ellos, hechos que constituyan "una violación grave y renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio y haciendo intolerable la conservación de la vida en común"

(76)

(75) Autores diversos, Cómo autodivorciarse, guía práctica del divorcio, colección el todo por el todo, París, t. II.

(76) Ibid., p. 450

Además se introduce el divorcio por mutuo consentimiento sea mediante demanda conjunta en cuyo caso los esposos no tienen que dar a conocer sus razones; o sea por demanda de uno de los esposos y aceptada por el otro. De esa forma el solicitante en este último caso, debe tomar en cuenta "un conjunto de hechos provenientes de uno y de otro que hacen intolerable la conservación de la vida en común." (77)

aún la ley de 1975 implementó una tercera innovación: el divorcio por ruptura de la vida en común ya sea porque los esposos vivan de hecho separados después de diez años, o porque uno de los esposos sufra de una enfermedad mental grave.

De esta sistematización cuyo desarrollo hemos expuesto, nos es posible observar que la fórmula adoptada por la nueva legislación francesa mira hacia una figura jurídica del divorcio que intenta situarse como intermedia entre dos enfoques distintos como constitutivos de la acción de separación conyugal: a) la causa culpable im-

(77) Idem.

putable a uno de los cónyuges; y b) el reconocimiento por la ley de una situación generalizada de la vida en común que impida su continuación.

Un enfoque pues el primero causal, en tanto que el segundo de carácter objetivo.

Por último, la ley de 1975 conservó la separación de cuerpos pronunciada en la demanda de uno de los cónyuges en los mismos casos y en las mismas condiciones que el divorcio, catalogándosele como una medida de índole precautorio.

Igualmente por lo que respecta al cuidado de los hijos la ley del año 1975 prevé que la custodia de los mismos es confiada a uno u a otro, según el interés de los hijos menores, conservando el esposo no custodio el derecho de vigilar su manutención y su educación y la contribución fijada de acuerdo con los recursos.

Resulta interesante esta innovación en la medida en que el sistema legal anterior otorgaba el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere obtenido el divorcio; de tal suerte que la custodia depende hoy día de una sana crítica del juez.

Italia:

El desarrollo de la legislación italiana en materia de divorcio ha recorrido dos etapas diversas, que al mismo tiempo son resultado del choque general que ha sido posible observar a lo largo de este capítulo, en el sentido de la pugna entre el derecho canónico que ha de introducir más tarde el principio de la indisolubilidad del matrimonio en las leyes seculares; y la corriente de la laicización.

El primer paso en Italia habrá de puntualizarse con el Concilio de Trento, en tanto que el proceso posterior de laicización se inicia con la ley de 1970. La única interrupción que habrá de presentarse entre esas etapas se deriva de la invasión Napoleónica y con ella de la vigencia temporal del Código Francés de 1804 en territorio italiano. (78)

Es así como la ley del primero de diciembre de 1970 incorporó a la legislación italiana el divorcio vincular. El legislador italiano tuvo la necesidad de asimi-

(78) Augusto César Belluscio, La ley, Revista Jurídica Argentina, "Recientes reformas legislativas en materia de divorcio," t. 142, Talleres gráficos, Buenos Aires, 1971, pp. 3-5.

lar en la legislación tres tipos de matrimonios reconocidos por el propio ordenamiento en razón de consideraciones históricas. Ellos son: el matrimonio civil celebrado ante la autoridad competente; el matrimonio religioso católico, denominado concordatario, celebrado según las normas del derecho canónico; y el matrimonio religioso acatólico celebrado ante el ministro de alguno de los cultos admitidos por el Estado. (79)

De esa forma la ley referida distinguió efectos diversos según la naturaleza de la unión conyugal: en el caso del matrimonio civil y el acatólico la sentencia produce la disolución del vínculo; en el caso del matrimonio concordatario la sentencia cesa los efectos civiles transitorios, es decir, la inscripción y registro del mismo en el Estado civil.

En la ley de 1970 se previeron como causas de divorcio las siguientes:

a) condena penal cuando la condena ha sido pronunciada después de la celebración del matrimonio.

(79) Vicente Luis Simo Santonja, *op. cit.*, p. 307.

b) el hecho de que el otro cónyuge, como ciudadano extranjero haya obtenido en el extranjero, el anulación o la disolución del matrimonio y haya contraído también en el exterior nuevo matrimonio.

c) en el caso de que cualquiera de los cónyuges haya sido absuelto por enfermedad total de los delitos previstos para los casos de incesto, prostitución, homicidio voluntario, tentativa de homicidio.

d) en los casos en que el matrimonio no se haya consumado. (80)

En tal sentido, la legislación de 1970 en Italia inicia el proceso de laicización mediante la introducción del divorcio vincular. No obstante su fórmula consiste en un criterio causal no reconociendo la causal objetiva. Asimismo parte de una constatación consistente en el reconocimiento de dos matrimonios propiamente, el católico y el acatólico estableciendo una premisa discrecional para los ciudadanos, en el sentido que de conformidad con la unión elegida procede sus efectos.

En ese contexto, la más importante modificación sufrida por el derecho familiar italiano después de la ley de 1970, se ha aportado por las reformas contenidas en la

(80) Ibid., pp.307 a 310.

legislación del año 1975 donde se abroga la separación por culpa. (81.)

El legislador de 1975 se inclinó por el reconocimiento de la objetividad de la disolución señalando como criterio orientador una situación familiar tal que haga imposible que la convivencia entre los cónyuges perdure. Ante tal hipótesis, el juez debe decretar la separación sin que para ello atribuya culpa alguna a alguno de los cónyuges. (82)

Sin embargo, la ley previó la posibilidad de que el juez declare a cualquiera de los cónyuges como destinatario de la separación en consideración a un comportamiento contraído de los deberes que se tengan del matrimonio.

En esa medida el nuevo texto reconoce la existencia de la separación consensual dejando la posibilidad de la separación judicial. La fórmula intenta, en consecuencia basada en un criterio objetivo general provocar que la hipótesis legal reúna a la mayoría de los casos concretos posibles, no obstante posibilitando la invocación de

(81) Annotazioni e Coordinamenti a cura de Mario Abate.
Casa editrice la Tribuna Piacenza.

(82) Idem.

la disolución basándose en la presunción de un comportamiento intencionado de uno de los cónyuges en contra de los deberes del matrimonio.

El nuevo texto de la ley es relevante también en cuanto a la tutela de los intereses de los hijos que en la legislación de 1970 no era sino de carácter secundario.

en la familia del Common Law:

1.- Inglaterra.

Con la introducción del catolicismo en las Islas británicas, el derecho familiar comprendiendo al matrimonio así como el divorcio, fueron regulados por el derecho canónico. (83)

La consecuencia inmediata fue la introducción, - como había ocurrido en el resto de naciones católicas, del principio de indisolubilidad del vínculo conyugal y la aparición de la figura de la separación de cuerpos.

No será sino hasta 1857 cuando al dictarse la Matrimonial Causes Act, cuando se faculte a los súbditos ingleses para promover el divorcio vincular o en su caso el llamado divorcio por separación de cuerpos. (84)

Con posterioridad, diversas reformas al régimen familiar inglés, específicamente las derivadas de

(83) Augusto César Belluscio, op. cit., p. 3-5.

(84) Ibid., p. 6

de las matrimonial causes act de fecha 30 de julio de 1937 y de 1950-51, modificaron el sistema implementado por la de 1857; al introducirse como causales de divorcio: el adulterio, el abandono, crueldad, alienación mental incurable, estupro, sodomia, bestialidad del marido. (85)

Más tarde, la ley del divorcio en Inglaterra fue sometida a una radical revisión con la ley de reforma del divorcio de 1969, según la cual el único motivo para el divorcio es el rompimiento irreparable del matrimonio, naciéndose al mismo tiempo una provisión para la reconciliación entre los cónyuges cuando fue re posible. Dicha ley fue complementada con la de procedimientos matrimoniales y bienes de 1970, estableciéndose que, en cuanto fue se práctico y justo en todas las circunstancias, o ambos cónyuges (y los hijos que pudiese haber) debían ser puestos en la situación financiera en que se hallarían de no haberse disuelto el matrimonio. Las provisiones se basan en el principio de que los arreglos financieros consecuentes de la disolución matrimonial deberán afectar en términos igual

(85) Vicente Luis Simo Santonja, op. cit., p. 422-425

les al hombre y a la mujer. Las leyes de 1969 y 1970 han sido consolidadas en la ley de Causas Matrimoniales de 1973. (86)

Según esta ley, el único motivo por el que pueda solicitarse el divorcio es el rompimiento irreparable del matrimonio lo que implica la comprobación de una o más de las siguientes circunstancias:

- 1.- que el demandado haya cometido adulterio, y al demandante le resulte insoportable continuar viviendo con él o con ella;
- 2.- que el demandado se haya comportado de tal modo que no sea justo pensar que el demandante pueda continuar viviendo con él o con ella;
- 3.- que el demandado haya abandonado al demandante, por lo menos dos años con anterioridad a la formulación a la demanda;
- 4.- que los cónyuges hubiesen vivido por lo menos dos años con anterioridad a la demanda, separados y muestren su conformidad con el decreto de disolución;
- 5.- que los cónyuges hayan vivido separados durante un período de cinco años con anterioridad a la demanda. (87)

(86) D. Tolstoy, The Law and Practice of Divorce and Matrimonial Causes, ISM, Londres, 1971.

(87) Augusto César Belluscio, op. cit., p. 15-18.

Al probarse a satisfacción de la Corte cualquiera de los hechos citados, se dicta una resolución denominada decreo nisi, sentencia provisional de divorcio, que es susceptible de convertirse en una sentencia definitiva de divorcio, llamada decreo absoluto. Sin embargo, la sentencia provisional podrá cesar si sobrevienen motivos de rescisión, debidos a la reconciliación de los cónyuges. (88)

En este último sentido, la ley contiene medidas especiales para el sostén de los matrimonios y para alentar la reconciliación entre los esposos.

A fin de evitar acciones precipitadas para conseguir el divorcio y dar al matrimonio oportunidad razonable de afianzarse sobre todo cuando hay hijos no podrá presentarse la petición de divorcio dentro de los tres primeros años de haberse celebrado el matrimonio, a menos que el juez conceda un permiso especial fundado en el sufrimiento excepcional a que esté sometido el demandante o en la depravación excepcional del demandado. (89)

(88) Idem.

(89) Matrimonial Causes Act, 1979 Londres, ISBN.

Por último, en Irlanda del Norte, la ley de divorcio se basa en la doctrina de la ofensa matrimonial. En virtud de la ley de causas matrimoniales de 1939 el marido o la esposa pueden solicitar al Tribunal Supremo un Decreto de divorcio basándose en el adultério del otro, abandono durante tres años o más, crueldad o demencia incurable que haya sido tratada continuamente durante, por lo menos, cinco años. Así mismo la esposa puede solicitar el divorcio alegando que el marido ha sido culpable de violación, sodomía o bestialidad durante el matrimonio. (90)

(90) Matrimonial Causes Act (Northern Ireland)
1979 ch 13.

2.- Estados Unidos de Norteamérica.

Todos los Estados de la Unión Americana autorizan el divorcio, si bien la reglamentación de la materia resulta ser muy variable.

Ello provocaba situaciones de gran peculiaridad, como por ejemplo que hasta entrada en vigor la ley de 1967 en el Estado de Nueva York, sólo se admitía como causa de divorcio al adulterio, lo que conlucía a divorcios convenidos por colusión de las partes o a fugas a otros territorios menos exigentes: Alabama, Luano, Nevada y Nuevo México.

Bajo esta óptica podemos enumerar las siguientes causas de separación conyugal:

a) Adulterio.- aceptado en prácticamente todos los Estados, suele sin embargo, invocarse rara vez y suele extenderse a actos de homosexualismo. El problema fundamental radica en la prueba del mismo. En Kentucky basta la mala conducta de la mujer; en Texas, para que lo cometa el marido, es necesario que viva en concubinato. Generalmente no se concede el divorcio cuando ha mediado perdón del inocente, aceptándose este criterio en la mayoría de los Estados del norte de la nación. Tampoco se acepta el adulterio cuando es recíproco (Alabama, Alaska, Colorado, Illinois, Indiana, Maine, Minnesota, Mon-

tana, Nebraska, Nueva Jersey, Nueva York, Rhode-Island y Virginia del Oeste). Tampoco se acepta en los casos de colusión o cuando el inocente ha sido negligente en presentar la demanda transcurrido cierto tiempo o plazo desde que conoció el adulterio. (91)

b) Abandono.- Es causa de divorcio en todos los estados excepto Carolina del Norte. La mayoría de las legislaciones exigen que el abandono dure un determinado tiempo. Así, en la mayoría de los estados se exige el término de un año, considerándose en todos los casos como un abandono total y sin razón válida. (92)

c) Falta por el marido en cuanto al mantenimiento de la mujer y de sus hijos, por negligencia, pereza, libertinaje o disipación.- esta causa se admite sin exigencias de plazo en California, Delaware, Maine, Massachussetts, Michigan, Nebraska, Nuevo México, Utah, Vermont y Washington. (93)

(91) Vicente Luis Simo Santonja, op. cit., pp. 438-439.

(92) Ibid., p. 439-440.

(93) Ibid., p. 440

d) Crueldad y sevicias.- Se reconoce como causal - de divorcio en todos los Estados excepto Maryland, Carolina del Norte y Virginia. Con frecuencia la legislación exige que se trate de una crueldad extrema o intolerable. Así, entre las conductas que pueden constituir crueldad figuran la violencia o amenazas de violencia, los actos sexuales abusivos, las exigencias excesivas, los atentados deliberados a la dignidad individual o a la reputación, mantener relaciones incorrectas con terceros, la embriaguez o el uso habitual de estupefacientes. Según la jurisprudencia no bastan los actos aislados siendo necesario el comportamiento habitual. (94)

e) Separación de hecho.- esta constituye una de - las más novedosas causas de divorcio siendo aceptada cada vez en más Estados. De esta forma, en Alabama, Carolina del Norte, Louisiana, y Wyoming se acepta con un plazo de separación de dos años, en Arkansas y Nevada con tres años; en Arizona, Columbia, Idaho, Maryland, Washington y Wisconsin con cinco años; en Texas y Rhode Island con diez años. (95)

(94) Ibid., p. 441.

(95) Ibid.

f) La incompatibilidad.- En la práctica el término incompatibilidad se ha englobado en la idea de crueldad. Sin embargo, hay algunos estados que la consideran en forma distinta y como causa independiente (Alaska, Nuevo México y Oklahoma). Se le define como una serie de conflictos de carácter y tendencias tan profundas que impiden a las partes continuar y mantener entre ellos las relaciones conyugales normales.

(96)

g) La intemperancia habitual.- Reconocida en gran parte de los estados de la Unión. En algunos casos se exige que haga la vida común insostenible (Luisiana) o que haga al esposo culpable incapaz de mantener a su familia (Nevada). (97)

h) Intoxicación habitual por estupefacientes.- Es reconocida expresamente por algunas legislaciones (Maine, Massachusetts, Mississippi, Rhode-Island y Virginia del Oeste. En otros casos se incluye dentro de la crueldad mental.

l) Condena penal.- Se admite en todos los estados menos Carolina del Norte, Florida, Maine, Maryland,

(96) Ibid., p. 441.

(97) Idem.

Nueva Jersey y Nueva York. En algunos casos se exige un tiempo mínimo de condena y en otros que la misma sea consecuencia de un delito o crimen infamante.

j) Emajenación mental.- Se admite como causa de divorcio en varios estados y se exige con frecuencia que sea duradera e incurable.

k) Bigamia.- Constituye causa de divorcio en los siguientes estados: Arkansas, Delaware, Florida, Illinois, Kansas, Mississippi, Missouri, Ohio, Oklahoma y Tennessee.

l) Impotencia.- Se admite como causal de divorcio en la mayoría de los estados.

m) Embarazo de la mujer anterior al matrimonio ignorándolo el marido y por obra de tercero.- Se admite como causal en Alabama, Arizona, Carolina del Norte, Georgia, Iowa, Kansas, Kentucky, Mississippi, Missouri, Nuevo México, Oklahoma, Tennessee, Virginia y Wyoming
(98)

n) Matrimonio celebrado en forma irregular.- El hecho de casarse cuando un esposo no tiene la edad suficiente es causa de divorcio en Delaware. En Maryland y Rhode-Island se admite el divorcio por todas las causas que producen nulidad del matrimonio. (99)

(98) Ibid., p. 443.

(99) Ibid., p. 444.

aún existen otras causas de divorcio distintas a las enumeradas anteriormente las cuales se aplican a determinados estados, así por ejemplo hayamos: la incompatibilidad de humor admitida en Alaska, Florida y Nuevo México; la difamación pública admitida en Louisiana; contagio de enfermedad venérea (Illinois); la disimulación de una enfermedad repugnante (Kentucky); el crimen contra natura (Alabama y Carolina del Norte); el vagabundaje del marido (Missouri y Wyoming); el incesto (Florida, Georgia).

c) En el Derecho Socialista:

Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

En la actualidad, la problemática del matrimonio y los asuntos de familia se regulan en la Unión Soviética por los decretos del Presidium del Soviet Supremo de la URSS, de 8 de julio de 1944 y de 15 de marzo de 1945, mediante algunos otros actos legislativos de toda la Unión y los Códigos de leyes del matrimonio, la familia y la tutela, vigentes en las quince Repúblicas federadas soviéticas. Así mismo, las disposiciones del pleno del Tribunal Supremo de la URSS, contienen aclaraciones de vital importancia con respecto a dichos problemas. (100)

Según el Decreto del Presidium del Poder Supremo de la URSS, del 8 de julio de 1944: "el robustecimiento de la familia ha sido siempre una de las misiones más importantes del Estado soviético". (101)

En realidad no obstante la definición del Soviet Supremo en torno al afán de preservación del núcleo familiar, la historia peculiar del desarrollo de la URSS, con posterioridad a la Revolución de 1917, no permitió en la práctica durante algunos años, el logro de tal objetivo.

(100) G. Sverdlov, Fundamentos del Derecho Soviético. - MÚS-CU, Academia de Ciencias, Ediciones en lenguas Extranjeras, Moscú-1962. Pag. 439

(101) Ibid, Pag. 434

En ese sentido las leyes zaristas, descansaban en el principio introducido por los Tribunales eclesiásticos y el Derecho Canónico, de la indisolubilidad del matrimonio.

De tal suerte que las disposiciones legales de principios de la revolución soviética hubieron de sacrificar la idea de fortalecimiento de la familia ante la necesidad de imponer el sistema secular en la materia del matrimonio, lo que llevó a continuas resoluciones conyugales durante esa primera etapa.

Así mediante las normas del primer Decreto del Poder Soviético "Sobre la Disolución del matrimonio" de 1917, los asuntos relativos al divorcio fueron excluidos de la competencia de la Iglesia y transferidos a los órganos del Estado. (102)

Más tarde los Códigos aprobados en 1926, comenzaron a simplificar la tramitación de los divorcios. No es sino hasta el Decreto del Presidium del Consejo Supremo de la URSS de 1944 cuando se introdujeron las reformas más serias que sin implementar el anterior sistema de la indisolubilidad del matrimonio, vinculó al divorcio a un principio de control estatal, según el cual - la figura en su utilización no debía entrar en contradicción con los intereses de la sociedad en su conjunto.

En él se introducen para el divorcio el proceso judicial frente al anterior sistema que admitía la disolución del matrimonio sin intervención de los órganos estatales (103)

La ley soviética no reconoció el divorcio sanción, y en consecuencia renunció a un sistema casuístico activo - por el cual no se realizó una incorporación de causas legales para decretar el divorcio. La ley estableció un cambio, un criterio general según el cual el tribunal puede disolver el matrimonio mediante un sistema que parte del estudio de las circunstancias del caso concreto - para llegar al convencimiento de que la acción del divorcio fue intentada por motivos serios y que el mantenimiento del matrimonio se encuentra en pugna con los principios de la moral socialista y que principalmente no permite la vida en común de los cónyuges. (104)

De esta manera el tribunal tiene un poder soberano de apreciación en cuanto a las causas en concreto que en cada caso provocan la necesidad de la disolución del vínculo matrimonial. Dicho criterio no encuentra más límites que los provocados por la definición indicada con anterioridad.

(103) Vicente Luis Simo Santeja, op. cit. p.p. 506 y - 507.

(104) Ibid. pag. 508.

es por ello que las sentencias de los jueces soviéticos "sobre la disolución del matrimonio", tienen gran significado social - educativo, deben contribuir a la comprensión correcta de la importancia de la familia y del matrimonio en Estado Soviético inculcar a la población el respeto a la familia y al matrimonio basados en los principios de la moral comunista". (105)

En consecuencia la directiva de la Asamblea Plenaria - del Tribunal Supremo del 4 de diciembre de 1979, indicó que los tribunales debían de aclarar al máximo las relaciones reales de las partes y los motivos invocados. Los tribunales deciden, al mismo tiempo, en poder de quien de los cónyuges que se divorcian, han de quedar cada uno de los hijos así como cual de los padres soportará los gastos de manutención, la cuestión de la patria potestad de los hijos, así como cualquier litigio referente al patrimonio de los cónyuges. (106)

No obstante el sistema de criterio general del Derecho Soviético en la realidad social según encuestas llevadas a cabo en el año de 1976, los motivos de divorcio más comunes lo son:

- 1.- Ausencia de gustos e intereses comunes.
- 2.- La incompatibilidad de caracteres.
- 3.- La desaparición del atractivo recíproco.

(105) G. Sverdlov, Op. cit. Pag. 454

(106) Ibid. Pag. 454.

- 4.- La infidelidad.
- 5.- el alcoholismo crónico.

Por otra parte el tribunal supremo de la república de Ucrania por medio de la jurisprudencia ha admitido como - causas de divorcio en razones de su importancia:

- 1.- Ausencia de hijos.
- 2.- Impotencia física debidamente probada.
- 3.- conducta injuriosa contraria a las reglas de la vida de la sociedad socialista.
- 4.- infidelidad conyugal.
- 5.- Separación de hecho de los cónyuges y creación - - de un nuevo hogar. (107)

La característica central de la transformación sufrida por el derecho soviético, visto antes y después de la revolución de 1917, radica en la desaparición del principio de indisolubilidad del matrimonio para la aparición de la figura del divorcio. En consecuencia la conclusión de la evolución del nuevo derecho socialista soviético en materia de divorcio se centraliza en dos aspectos fundamentales:

- 1.- La excitación de la acción desvinculadora vía la voluntad unilateral.
- 2.- el establecimiento de un criterio general fundamental de la motivación de la acción de divorcio.

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA Y UBICACION DEL PROCESO DEL DIVORCIO NECESARIO.

a) Su naturaleza jurídica.

Con el objeto de precisar la naturaleza jurídica del proceso del divorcio necesario, hemos de partir de una tesis central: el proceso del divorcio necesario lo catalogamos como una relación jurídica procesal, disolvente, a su vez, de un vínculo jurídico y una institución emanada y con carácter familiar.

Así indicada nuestra hipótesis, procedamos al análisis de cada una de las premisas señaladas.

Quando señalamos que el proceso de divorcio necesario debe catalogarse como una relación jurídica procesal hacemos referencia a la existencia de una concatenación de actos jurídicos sucesivos dentro de la competencia y jurisdicción de un órgano facultado para ello por el propio ordenamiento jurídico. En el caso del divorcio necesario se presenta como esa relación jurídica procesal decretada por las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor.

En ese sentido, el maestro Gómez Lara expone que el proceso es un conjunto de procedimientos, entendidos como un conjunto de formas o maneras de actuar y que el procedimiento pueda manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo. (108)

(108) Cipriano Gómez Lara, Teoría General del Proceso, Textos Universitarios, UNAM, México, 1979.

En el caso del divorcio necesario éste se presenta en la legislación vigente como un juicio ordinario ejercido por el cónyuge que no ha dado causa a él, seguido de una serie de "formas o maneras de actuar" tales como la admisión de la demanda, decreto provisional de separación de los consortes, guarda provisional de los hijos en su caso, presentación de pruebas por las partes, etc. De tal suerte que el proceso se configura durante este sucesivo paso de actos.

Aún más, según una conocida definición del derecho procesal, éste "es el conjunto de reglas destinadas a la aplicación de las normas de derecho a casos particulares ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordenen que se haga efectiva" (109)

Nuevamente en el caso del divorcio necesario el caso particular se presenta bajo la forma de un conflicto de intereses entre dos partes (cónyuges) y en el que un órgano jurisdiccional deberá decretar el cumplimiento de una obligación (la separación) por los mismos.

El argumento que desarrollamos a fin de situar la naturaleza del divorcio necesario encuentra un apoyo en el análisis de los elementos que pudiésemos citar como constitutivos de la unidad procesal. (110)

(109) Eduardo García Máynez, Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, México, 1971, p. 143.

(110) Cipriano Gómez Lara, op. cit., pp. 50 a 52.

Así la relación entablada en el divorcio necesario se presenta como una triangulación donde las partes (cónyuges) ejercen una acción (divorcio) en tanto tienen intereses contrapuestos entre sí (litigio) supeditados a la existencia de un tribunal o juez.

Igualmente, el divorcio necesario para su ejercicio cuenta con una organización de impartición de justicia con jerárquicas competencias y con una distribución de funciones. En tal sentido es necesario recordar la creación de los tribunales familiares regulados por primera vez en la historia jurídica de México en el año de 1971.
(111)

Por otra parte, acordes con las definiciones citadas el proceso del divorcio necesario se presenta como una secuencia de etapas que se inician, como ya lo mencionamos, con la presentación de la demanda fundada en alguna de las causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil en vigor.

El contenido del proceso es un litigio consistente en la imposibilidad de la continuación de la vida conyugal en razón de la existencia de una de las causas enumeradas en el artículo 267 del propio Código Civil. Recuérdese que para la existencia de un proceso se requiere como antecedente del mismo un litigio en tanto contenido del mismo.

Por último la solución del litigio es la finalidad del proceso.

En esa medida parece claro que el divorcio necesario se presenta en nuestra legislación con una naturaleza

(111) Familiaris Jus, revista del Colegio Nacional de Estudios Superiores de derecho familiar, año 1, vol 1 No. 6, diciembre de 1976, México.

de proceso y no meramente de procedimiento.

Este criterio es contrario y debemos distinguirlo de los otros tipos de divorcio establecidos en nuestra legislación como es el caso de la separación de cuerpos entendido como el estado de los esposos, que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vivir juntos; del llamado divorcio pro mutuo consentimiento voluntario y del divorcio administrativo.

Caso particular presenta el denominado divorcio por mutuo consentimiento voluntario que debe distinguirse claramente del divorcio necesario toda vez que en la solicitud del primero no se plantea disputa alguna sobre las causas que dan origen a la ruptura del vínculo matrimonial, y ambos cónyuges manifiestan que han convenido en divorciarse. (112)

En esa medida, debemos concluir que en nuestro derecho se reconocen la existencia de dos procedimientos de divorcio voluntario: el llamado por mutuo consentimiento y el denominado administrativo que se distingue del primero en razón de que no se resuelve mediante sentencia, sino mediante el acta que levanta el oficial del registro Civil en la que se hace constar el divorcio.

Fuera de esas consideraciones en este trabajo nos interesa precisar que diferenciando al divorcio necesario de los otros tipos de divorcios en nuestra legislación, éste se presenta como un proceso o relación jurídica procesal.

(112) Ignacio Galindo Garfias, op. cit., p. 571.

La segunda de las características que precisan la naturaleza jurídica del divorcio necesario se deriva de la situación ya planteada referente a que en este proceso existe un antecedente litigioso claro: la desavenencia de los cónyuges que hace imposible la vida en común. De tal suerte, que el efecto de la sentencia de divorcio según lo dispone el artículo 197 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, es la disolución de la sociedad conyugal, la cual debe ser puesta en liquidación, de acuerdo con las bases que establezca la sentencia de divorcio conforme a lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales. (113)

La acción desvinculadora es producto como ya lo hemos precisado en el capítulo primero de esta tesis de la historia social y legislativa de México.

Por último, consideramos que dentro de la naturaleza jurídica del divorcio necesario es dable indicar que el proceso desvinculador del matrimonio debe considerarse como una institución de derecho familiar.

En ese sentido es ampliamente conocida una definición del derecho de familia formulada por Julián Bonnacase, según la cual es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia. (114)

(113) Ibid., p. 600-601.

(114) Julián Bonnacase, La filosofía del Código Napoleón aplicada al derecho de familia, México, Cajica, 1945.

Es por ello que parece claro que la institución del divorcio se precisa con un carácter de derecho familiar de gran relevancia dado que en última medida el efecto del proceso, concretamente de la sentencia, tiene por destinatario la disolución de la familia. La razón de la importancia es manifiesta si consideramos a dicha familia como la base del ordenamiento social, no sólo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino además porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes, para mantenerse saludable y próspera, la comunidad política. (115)

En esa medida es claro el observar que el divorcio necesario se sitúa dentro de la órbita de un derecho familiar.

En conclusión, la naturaleza jurídica del divorcio necesario la situamos con tres características principales:

a) constituye una relación jurídica procesal en razón de las características de los actos sucesivos que lo conforman, así como por la estructura judicial de los mismos.

(115) Rafael Rojina Villegas, op. cit., p. 206.

b) en cuanto proceso o relación jurídica procesal conlleva a la solución de un litigio con, en su caso, la disolución, a su vez, del vínculo matrimonial.

c) en razón de que el vínculo matrimonial constituye una de las formas reconocidas por la ley para la organización y desarrollo de la familia y entanto que el divorcio afecta la vida de la misma, debe catalogarse como una institución de derecho familiar.

b) Su ubicación en el Código Civil y en el Código de Procedimientos Civiles.

La ubicación del divorcio necesario en el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles en vigor, es resultado de nuestra historia legislativa. En tal virtud, es necesario hacer un breve recorrido por el pasado, ubicandonos, de tal suerte que sea fácilmente distinguibles las huellas del divorcio y en consecuencia su ubicación actual en nuestro derecho.

De esa forma, como ya quedó señalado en el capítulo primero de este trabajo, hasta el año de 1914 la legislación mexicana (Código Civil de 1884) admitía únicamente la figura de la separación de cuerpos como vía de divorcio, sin dejar a los divorciados en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

Se llega así, a la expedición el 29 de diciembre de 1914 de la llamada Ley del Divorcio en la ciudad de Veracruz por Venustiano Carranza.

el artículo primero de la misma establecía en su fracción I, que el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo ya fuere por mutuo consentimiento o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal, estableciéndose igualmente, que disuelto el matrimonio los cónyuges podían contraer una nueva unión legítima. (116)

Encontramos aquí ya, la regulación jurídica del divorcio como desvinculador de la relación matrimonial por un lado, y por el otro, la aparición del divorcio necesario fundamentado en ciertas causales.

Entre ellas, cabe mencionar las siguientes:

- 1) impotencia incurable para la cópula, por impedir la perpetuación de la especie.
- 2) enfermedades crónicas e incurables que fueren contagiosas o hereditarias.
- 3) el abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.
- 4) faltas graves de uno de los cónyuges para con otro.
- 5) delitos de un cónyuge contra un tercero que arrojase una mancha irreparable.
- 6) prostitución de la mujer, en actos directos o

(116) Julián Guitrón Ruantevilla, *op. cit.*, pp. 112-113.

en tolerancia.

7) corrupción de los hijos.

8) incumplimiento en alimentos para con los hijos, o cónyuges y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

En esa forma, nacía en el derecho mexicano el llamado divorcio necesario el cual dejaba en aptitud, contrariamente a la figura usada de la separación de cuerpos, de contraer nuevas nupcias al cónyuge. La evolución en relación con la legislación del siglo XIX es clara: si bien las leyes de la reforma plasmaron la preocupación de conservar al núcleo familiar, la realidad social se presentaba cada vez más, en el sentido de la proliferación del concubinato e hijos ilegítimos toda vez que sólo se permitía la separación de cuerpos lo que bloqueaba la formación de nuevos hogares legítimos.

Más tarde, el desarrollo de la figura permitió la constatación de un hecho: ha dado mayores beneficios el permitir a los cónyuges separarse, que tenerlos atados para toda la vida por un capricho del legislador de 84, además producido por la época misma. (117)

Ahora bien, la ley de 1914 constituía una legislación separada del Código Civil que sin embargo, era concurrente al regular una institución del derecho fa-

(117) Ibid., p. 115

miliar, es decir, dado que el proceso desvinculador (divorcio necesario) afectaba la vida de la familia.

No obstante, la propia ley de 1914 estableció en su artículo segundo, que entre tanto se estableciera el orden constitucional en la República, los Gobernadores de los Estados quedaban autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pudiese tener aplicación.

En esa medida, ya la ley de 1914 hacía referencia al Código Civil como norma reguladora del proceso del divorcio necesario.

Sin embargo, el propio Carranza habrá de promulgar en el año de 1917, la ley sobre relaciones familiares la cual al igual que la ley de 1914, se dió al margen del Código Civil de 1884, el cual estaba en vigor en esa época.

Es decir, la ley sobre relaciones familiares se presentaba como autónoma del Código Civil. En ella se regulaban instituciones familiares tales como el matrimonio, la adopción, y el divorcio por mutuo consentimiento. (118)

(118) Ignacio Galindo Garfias, op. cit., p. 567

es así, como llegamos a la promulgación en el año de 1928 del Código Civil en vigor a partir de 1932 y la inclusión en él del proceso del divorcio necesario.

El mismo, pretendió revalorizar la figura del divorcio necesario debiendo transformarse en una concepción originada por un derecho privado, que a su vez, fuese social.

Ello es desprendible de la exposición de motivos del legislador de 1928.

Los mismos, sostuvieron que las relaciones entre particulares afectaban directamente a la sociedad, en tal virtud, al reglamentarlas debía tenerse en cuenta el interés social.

En esa medida, se afirmó: "socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o medio de dominación de una clase sobre otra. (119)

De tal suerte, la intención del proyecto que incluía al divorcio necesario, radicaba en la búsqueda de una fórmula de derecho que permitiese armonizar los intereses individuales con los sociales corri-

(119) Código Civil para el Distrito Federal, exposición de motivos, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 9.

giendo el exceso de individualismo del siglo XIX.

El Código Civil de 1928 ubicó de esa forma, al divorcio necesario dentro de la concepción de un de recho privado con una connotación social.

Es así como el artículo 266 del Código Civil reprodujo el artículo 75 de la Ley sobre relaciones familiares, que a la letra dice: " el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. (120)

Se encuadró entonces al proceso del divorcio necesario estableciendole su presupuesto de acción en cualquiera de las causales enumeradas en los artículos 267 y 268 del Código Civil.

El complemento del sistema de ubicación del proceso del divorcio necesario resulta del Código de - Procedimientos Civiles en vigor, a partir de 1932, al comprenderse en el título sexto, es decir, como juicio ordinario.

Ahora bien, si el proceso de divorcio necesario no encuentra hoy en día dificultad alguna en precisar su ubicación en la legislación mexicana, no costan-

te consideramos que esa ubicación debiera responder a un nuevo enfoque lo que conduciría al replanteamiento de la misma.

La historia de la legislación del siglo XX constituye un auxiliar en la exposición de nuestra hipótesis.

En ese sentido, como ya lo establecimos tanto la Ley del Divorcio de 1914 como la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 constituyeron legislaciones autónomas del Código Civil entonces en vigor.

En ellas se comprendía la figura del divorcio necesario.

Más tarde el legislador de 1928 consideró oportuno recobrar para el derecho civil la institución del divorcio necesario y en general el llamado derecho familiar, en razón de un interés social plasmado en su propia exposición de motivos.

En este último punto estamos de acuerdo en que la familia y todas las instituciones que se derivan de la misma, incluidas el divorcio (centralizado en este estudio el necesario) tienen una connotación social.

También somos de la opinión, siguiendo al Dr. Gutiérrez Fuentevilla de que la familia está en crisis debido a la educación deficiente de los hijos, a la pérdida de los lazos espirituales de acercamiento entre los miembros del grupo familiar, y por la apari-

ción de la pérdida de los vínculos de unión de los miembros del grupo familiar y las frecuentes separaciones entre los esposos, dándose lugar a la formación de otras familias, factores que consideramos disolutivos y que pueden ocasionar la desaparición próxima o futura de la familia.

En ese contexto, consideramos que la regulación jurídica de la familia así como de las instituciones de derecho derivadas de la misma debieran incluirse en un nuevo Código que tratase en particular el denominado derecho familiar.

En ese sentido, son muchos los juristas que sostienen hoy día tal necesidad. Así, por ejemplo, el maestro Rafael Mojina Villegas por un lado, precisa que el derecho familiar pertenece por entero, atendiendo a la vieja clasificación, al derecho privado, concretamente a la rama de éste, denominada derecho civil.

Fundamenta la afirmación en la consideración de un único criterio para la determinación de que una norma sea de derecho público o privado, criterio que habrá de referirse a la naturaleza de los sujetos cuya conducta jurídica es objeto de regulación. (121)

Pero, por otro lado, considera que el derecho civil no debe regular bajo un mismo sistema de normas, los problemas de orden patrimonial que se presenten,

(121) Rafael Mojina Villegas, *op. cit.*, pp. 200-202.

por un lado entre particulares y por el otro los de naturaleza familiar, ya que éstos deben ser diferenciados e integrados en una rama autónoma dentro del derecho privado. (122)

Así también el Dr. Gutiérrez Fuentevilla, -- estima que la inclusión del derecho de familia, en el seno del derecho civil, corresponde a la regulación de las relaciones familiares, no desde el punto de vista del grupo, sino en consideración al interés del individuo; que en la actualidad existe en la doctrina y en las legislaciones, un movimiento tendiente a la organización jurídica familiar, -- desde un punto de vista autónomo y trascendente.

Distingue el derecho de familia del derecho privado y considera que se encuentra en el momento más apropiado para declarar su independencia del derecho civil, debiéndose agrupar bajo un género diferente al privado y al público, dado que la familia como generadora de todas las formas actuales de sociedad y de gobierno, tiende a desaparecer, no tanto por la desmembración constante de ella sino por la intervención, cada día más penetrante, del núcleo familiar por el estado.

(122) loc. cit.

En conclusión, la ubicación del divorcio necesario se situa hoy día en el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles en vigor, no obstante sostenemos la hipótesis que en cuanto proceso cuya consecuencia puede manifestarse en la terminación del vínculo matrimonial y con él de la vida y desarrollo de la familia, y por tanto institución de derecho familiar, nuestra legislación debiera orientarse en el sentido de la expedición de un Código familiar que integrará a las normas de derecho familiar incluyendo, desde luego, al divorcio necesario,

CAPITULO CUARTO: REGULACION DEL PROCESO DE DIVORCIO NECESARIO EN LOS CODIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL.

a) Vía procesal.

Como antes se ha precisado, el proceso de divorcio necesario tiene lugar, al momento en que se invocan cualquiera de las causales enumeradas en los artículos 267 y 268 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor.

La acción (123) de divorcio en la vía contenciosa se manifiesta en el juicio ordinario. (124)

ello es así, porque como señala Becerra Bautista, el juicio ordinario es el juicio típico al que se reducen todas las contiendas que no tengan señalado un procedimiento especial. (125)

La acción para el divorcio necesario presenta algunos presupuestos, mismos que pueden ser enunciados de la siguiente forma:

- 1) existencia de un matrimonio válido.
- 2) que el mismo se haga valer ante un juez.

(123) Entendida la acción, como señala el maestro Gómez Lara en su obra "Teoría General del Proceso" en el sentido de la instancia proyectiva presente no sólo al principio sino en toda la extensión del proceso.
(124) Ignacio Galindo Garfias, op. cit., p. 602.
(125) José Becerra Bautista, El proceso civil en México, México, Porrúa, 1979, p. 48.

3) que la acción la ejerza un sujeto capaz jurídicamente y legitimado procesalmente para accionar. (126)

En este último presuuesto, se requiere tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 278 del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, según el cual, el divorcio sólo pueda ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él.

Por otra parte, la acción de divorcio en la vía contenciosa presenta una serie de características, a saber:

- 1) es una acción sujeta a caducidad.
- 2) es personalísima.
- 3) se extingue por reconciliación o perdón.
- 4) es susceptible de renuncia y de desistimiento.
- 5) se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, bien antes de ser ejercida o durante el juicio. (127)

Al señalar que se trata de una acción sujeta a caducidad, significa que en el proceso de divorcio necesario puede originarse la pérdida de todos los derechos procesales por la inactividad de las partes, inactividad total y bilateral, una vez que transcurre determinado plazo que la ley señala. (128)

(126) Ignacio Galindo Garfias, op. cit., p. 583.

(127) Rafael Mojina Villegas, op. cit., p. 389.

(128) Cipriano Gómez Lara, op. cit., p. 251.

asimismo, la acción de divorcio necesario es personalísima, dado que sólo puede intentarse por la persona facultada por la ley, excluyéndose a los herederos.

Por otra parte, la acción de divorcio se extingue por reconciliación o perdón expreso o tácito en los términos de los artículos 279 y 280 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor. (129)

En ese sentido no existe dentro de nuestra legislación presunción sobre la reconciliación. Para algunos se entiende ésta desde el momento en que se reanuda la vida en común de los consortes. (130)

La acción de divorcio puede ser objeto además de desistimiento, misma que extingue a aquélla aun sin consentirlo el demandado. En todos los casos de desistimiento de la acción de divorcio, se produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de la demanda.

De esta forma, como ya se precisó el proceso de divorcio necesario se manifiesta por la vía del juicio ordinario.

En relación a ello, sostenemos en este trabajo la necesidad de legislar para la creación de un proceso específico para el divorcio necesario, ajeno a la vía ordinaria regulada en el actual Código de Procedimientos Civiles.

(129) Rafael Hojina Villegas, *op. cit.*, p. 393.

(130) *Ibid.*, p. 394.

La vía procesal resulta inadecuada toda vez que el actual juicio ordinario es aplicable tanto para asuntos cuya trascendencia radica en valores de tipo pecuniario, como para contiendas cuyo contenido se precisa en la vida y desarrollo de la familia. En ese contexto no es posible que la legislación otorgue el mismo tratamiento para contiendas de importancia tan dispar.

La disolución de la familia implica profundas y concienzudas reflexiones, de tal forma que la responsabilidad del órgano jurisdiccional debe ser no sólo reforzada sino complementada. Más adelante desarrollaremos esta hipótesis.

De tal manera, la vía procesal actual es inadecuada en cuanto a la razón del contenido de los valores que tutela, así como porque su extensión resulta inconveniente para los cónyuges e hijos en su caso.

Sobre el particular la extensión en tiempo del proceso puede resultar gravoso desde el punto de vista psicológico como social para los consortes y sus hijos en su caso.

Así, proponemos no sólo la creación de un proceso específico para el divorcio necesario sino también su incorporación en un Código de Familia, donde se prevea un juicio con términos procesales cortos.

b) Demanda.

La autoridad competente para conocer del divorcio necesario, es el Juez de lo familiar del domicilio del cónyuge, o en su caso, de abandono de hogar, el del

domicilio del cónyuge abandonada. (131)

La presentación de la demanda debe atender a la segunda parte del artículo 278 del Código Civil observando el término de seis meses a partir del día en que hayan llegado a la noticia del cónyuge no culpable los hechos en que se funda la demanda. (132)

Es decir, durante los seis meses siguientes al conocimiento de la causa el cónyuge no culpable deberá presentar la demanda de divorcio.

En esta forma, el plazo de caducidad de la acción empieza a correr a partir del momento en que el cónyuge absuelto pudo ejercer la acción de disolución. (133)

A la presentación de la demanda de divorcio, el juez debe adoptar ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional; mismas que se enumeran en el artículo 282 de nuestro Código Civil de la siguiente manera:

1) proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

2) señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

3) las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso.

(131) Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, 583.

(132) Código Civil para el Distrito Federal, *op. cit.*, p. 97.

(133) Rafael Mojina Villegas, *op. cit.*, p. 330.

4) dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establezca respecto a la mujer que quede encinta.

5) poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos.

En relación con tales medidas cautelares, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su título quinto, capítulo tercero establece la llamada separación de cuerpos. Esta se manifiesta definitivamente con tal carácter y no es lo un divorcio por separación de cuerpos. Su efecto jurídico consiste en la separación y no en el rompimiento del vínculo.

Con la demanda de divorcio necesario encontramos el primer acto del proceso por el cual un particular acude ante el órgano jurisdiccional a fin de plantear una controversia ejerciendo de esa manera un derecho de acción y donde el Estado a través del órgano jurisdiccional queda obligado a desplegar la jurisdicción.

En este último sentido y en referencia a la demanda que pone la controversia familiar en la responsabilidad del Juez de lo Familiar, consideramos conveniente la creación de un Consejo de Familia

Este Consejo de Familia se integraría por personas especializadas en controversias del orden familiar y la legislación debería orientarse en el efecto de otorgar el carácter de órgano auxiliar del Juez de lo Familiar con la consiguiente necesidad de poner en su conocimiento la demanda respectiva.

El objetivo del Consejo de Familia radicaría en rendir un informe profundo de las causas de la desavenencia conyugal; en caso contrario, ningún divorcio podría iniciarse. De tal forma la mera presentación de la demanda no tendría el efecto inmediato de extirpar la jurisdicción, en razón del valor a tutelar por el Estado: la familia.

De esta forma la actividad del Estado en la regulación de la permanencia de la familia se vería revitalizada.

En cuanto a las medidas cautelares sería conveniente agregar en los casos de tutela legítima de los hijos la posibilidad a petición de cualquiera de los cónyuges, del nombramiento por parte del Juez de un tutor especializado que cumpla funciones de auxiliar en el cuidado de los hijos con el sólo propósito de evitar consecuencias negativas psicológicas en los mismos y con la única facultad de rendir un informe al Juez sobre situaciones anómalas propiciadas por el tutor legítimo en perjuicio de alguno de los cónyuges.

c) Contestación.

En los términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, una vez que se corre traslado al cónyuge demandado se le emplaza al mismo para la contestación de la demanda.

Con el emplazamiento se origina el efecto de obligar al demandado a contestar ante el Juez que lo emplazó, salvo siempre el derecho de provocar la incompetencia.

En la contestación el demandado debe referirse a cada uno de los hechos aducidos por el demandante, confesándolos, negándolos o expresando los que ignore por no ser propios. Asimismo el cónyuge demandado en la contestación deberá oponer toda clase de excepciones, lo mismo sean procesales que de fondo.

Igualmente, la reconvención deberá hacerse valer precisamente en el mismo escrito en que se conteste la demanda.

d) Reconvención.

Definimos a la reconvención como la pretensión que el demandado deduce al contestar la demanda por lo cual se constituye a la vez en demandante del actor, a fin de que se fallen las dos pretensiones en una sola sentencia.

Contraatacar es precisamente la reconvención.

En ese sentido, el demandado que oponga reconven-
ción, lo hará al contestar la demanda y nunca después
y se dará traslado del escrito al actor, para que a
su vez conteste.

En la reconvencción, el demandado, para defender-
se, no sólo se limita a impugnar la relación jurí-
dica fundatoria de la demanda, sino que se ve obligado
a hacer valer una situación jurídica incompatible
con la deducida por el actor. En estos casos, el de-
mandado, aun cuando se defiende, no se limita a o-
poner una simple excepción, sino que introduce una
nueva demanda, una nueva relación jurídica, diversa
de aquella que funda la demanda del actor. (134)

e) Ofrecimiento de Pruebas.

Con el plazo que se concede a las partes para
que ofrezcan o propongan los medios de prueba que
considere adecuados para probar los hechos afirmados
por ellas, que hayan sido discutidos y sean discuti-
bles, se inicia la etapa probatoria.

El plazo de ofrecimiento de pruebas es de 10 días
que empiezan a contarse a partir de la notificación
del auto que tuvo por contestada la demanda o la re-
convencción en su caso. También con la declaración de
rebeldía, en el supuesto de que el demandado no com-
parezca a contestar la demanda, se inicia el plazo de
ofrecimiento de prueba.

En todo caso, el oferente está obligado a relacio-
nar las pruebas ofrecidas por los hechos.

(134) José Secerra Bautista, op. cit., p. 150.

f) Admisión de la prueba.

El juez debe dictar resolución en la que se determine las pruebas que se admiten sobre cada hecho, pudiendo limitar el número de testigos prudencialmente.

La admisión de los medios de prueba va a depender de que los medios de prueba que hayan ofrecido las partes, sean medios de prueba congruentes, pertinentes, útiles, procedentes.

Las pruebas deben ser ofrecidas relacionandolas con cada uno de los puntos controvertidos.

g) Preparación y desahogo de las pruebas.

Una vez presentadas las pruebas el juez deberá desde luego citar a las partes a una audiencia de pruebas donde serán desahogadas cada una de ellas de acuerdo con su propia naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, deberá procederse a los alegatos.

Según Becerra Bautista, éstos consisten en las argumentaciones jurídicas tendientes a demostrar al tribunal la aplicabilidad de la norma abstracta al caso controvertido con base en las pruebas aportadas por las partes. (135)

De conformidad con el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los alegatos serán verbales y pueden las partes presentar conclusiones por escrito.

Así, se concede el uso de la palabra por dos veces a cada una de las partes, las que procurarán la mayor brevedad y concisión, evitando palabras injuriosas y alusiones a la vida privada y opiniones políticas o reli-

(135) Ibid., p. 155.

gias, limitándose a tratar de las acciones y de las excepciones que quedaron fijadas en la clausura del debate preliminar y de las cuestiones incidentales que surgieran.

h) Sentencia.

Los efectos producidos por la sentencia de divorcio cuando la misma resulta ser absolutoria, es básicamente la no procedencia de las pretensiones demandadas por el actor.

En caso contrario, si la sentencia resulta ser condenatoria, podemos enumerarlos de la siguiente forma:

- a) disolución del vínculo matrimonial.
- b) pérdida de la patria potestad.
- c) condena de pago de alimentos.
- e) disolución de la sociedad conyugal y su liquidación.

Por lo que se refiere al primero de ellos, el efecto inmediato consiste en dejar a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

No obstante, el artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, establece que si bien los cónyuges recobran su capacidad para contraer nuevo matrimonio, el cónyuge que ha dado causa al divorcio no podrá volver a casarse, sino después de dos años a partir de la fecha en que se decretó la disolución del vínculo.

Por otra parte, la mujer no puede contraer nuevo matrimonio antes de los trescientos días siguientes a la disolución del anterior, excepto que dentro de ese

plazo, diere a luz a un hijo. (136)

Para algunos autores, éstas constituyen efectos de la sentencia respecto a la persona de los cónyuges que se divorcian. (137)

Ahora bien, la sentencia disolvente del vínculo matrimonial tiene su fundamentación en la prueba de alguna de las causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil en vigor.

En ese sentido, generalmente se ha hecho referencia al sistema del artículo 267 como aquel que incluye en las causales de divorcio, unas que operan de modo absoluto, sin sujeción a condición alguna, en tanto que otras, sólo dan lugar al divorcio, si se encuentran condicionadas por ciertas circunstancias que perturban la armonía conyugal. (138)

Desde nuestro punto de vista, el sistema mexicano para el establecimiento de las causales de divorcio, puede caracterizarse en dos grandes grupos: aquellas que implican culpa de uno o de ambos consortes, y aquellas en las que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos. A las primeras podemos clasificarlas como culposas y a las segundas, como divorcio remedio.

(136) Ignacio Galindo Garrías, op. cit., p. 598.

(137) Harsel Mojina Villegas, op. cit., p. 403.

(138) Ignacio Galindo Garrías, op. cit., p. 585.

Partiendo de esa idea, como causas culposas encontrariamos las siguientes:

- 1) el adulterio.
- 2) que la mujer dé a luz a un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- 3) la propuesta del marido para prostituir a la mujer.
- 4) la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.
- 5) los actos inmorales del marido o de la mujer para corromper a los hijos así como la tolerancia en su corrupción.
- 6) la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.
- 7) la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio dentro de ese término.
- 8) la declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia.
- 9) la sevicia, las amenazas y las injurias graves ejecutadas por un cónyuge en contra del otro.
- 10) la negativa de uno de los cónyuges a resolver lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes queá éstos pertenecen o a negarse a acatar la resolución del juez, en caso de desacuerdo sobre

el particular, con su consorte.

11) la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

12) la comisión de un delito no político pero infamante, que merezca pena de prisión mayor de los años.

13) los hábitos de juego, de embriaguez o el uso indebido y persistente de las drogas estupefacientes, siempre que amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

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

Además sería necesario incluir aquí la figura contenida en el artículo 268 del propio Código Civil ya que éste indica que un cónyuge que haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tendrá a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia.

Por otra parte, encontramos en nuestra ley civil ciertas causas de divorcio originadas por enfermedad mental o física de alguno de los cónyuges o por impotencia, incurable para la cópula carnal. Estas no pueden sino ser catalogadas como causas en las que a efecto de hacer imposible la vida en común, es nece-

sario que la ley de un remedio.

De tal forma, el sistema de causales de divorcio establecido en nuestro actual Código Civil adolece desde nuestra perspectiva de dos aspectos:

- a) adecuación y actualización de las causales con la realidad social que pretende regular.
- b) incorporación de causas objetivas de desavenencia conyugal.

Por lo que respecta al primer punto, con frecuencia ocurre que los cónyuges ante la falta de la fundamentación legal basada en un acto culposo recurren a la creación de actos ficticios a fin de encajarlos en alguna de las causales enumeradas en el artículo 267. Ello conlleva una carga psicológica no sólo del proceso disolutorio sino además de la comprobación de la ficción legal.

La inadecuación social de las causales resulta de la transformación de la vida de un individuo en nuestra sociedad, fundamentalmente originada por la expansión y crecimiento de las ciudades. En ese sentido una ruptura conyugal puede obedecer no a una actitud dolosa de uno de los cónyuges sino a las exigencias, por ejemplo, de una profesión liberal.

Igualmente, la no actualización de las causales se debe a falta de precisión jurídica o no practicabilidad de las mismas al contexto social. Así la declaración de ausencia o presunción de muerte, es una causal poco invocada, en virtud de requerir un lapso de nueve años y tres meses para considerara una persona ausente. Las sevicias, amenazas y las injurias graves, plantean la confusión para diferenciar en qué consisten la sevicia; pues se confunde con las injurias.

además las injurias en todo caso, deben relacionarse con el contexto social y geográfico de los cónyuges.

El adulterio, presenta dificultad no sólo en el momento de su comprobación sino en el origen del mismo. Los cónyuges que continuamente tienen desavenencias conyugales recurren al adulterio en rechazo a un hogar que de hecho ha fracasado.

En tal virtud, sostenemos en este trabajo la necesidad de reformar el Código Civil en su parte conducente a efecto de establecer un criterio general en el que se configure la objetividad de la desavenencia conyugal, estableciéndose en consecuencia una causal objetiva de divorcio.

En ese sentido, ya hemos establecido en el capítulo segundo de esta tesis que en algunos países se considera como causal de divorcio la integración de un concepto general que conduce a la imposibilidad de la vida en común.

La incompatibilidad de caracteres nos parece un criterio desasertado, proponiendo en cambio una causal consistente en la ruptura de la armonía espiritual, moral, física y económica de la pareja. Ello permitiría incluso integrar causales que hoy día se consideran como culposas como medios de prueba de tal situación objetiva.

El Consejo de Familia también propuesto en este trabajo permitiría la comprobación adicional de la procedencia del divorcio y de la ruptura de la vida familiar, además garantizaría el interés del estado en la preservación del núcleo familiar y su disolución cuando su continuidad plantee problemas más graves que permanencia.

La jurisprudencia en tal suerte, jugaría un papel de suma importancia.

La reforma permitiría al estado hacer efectiva su participación en la estabilidad de la familia y evitaría la frecuente práctica de procesos amañados, así como los efectos psicológicos basados en las causales de hoy día. (139)

Fudiese argumentarse en contra de la inclusión de tal causal, que ello facilitaría la disolución del vínculo matrimonial con el consiguiente daño a la sociedad, sin embargo nos parece más incongruente la inclusión del proceso voluntario de disolución. (140)

La causal objetiva y la intervención del Consejo de Familia harían por una parte, más efectivo el derecho individual a renacer la felicidad y por otra garantizarían el derecho social implícito en el carácter de la institución con la participación efectiva del estado.

Ahora bien, la necesidad de reforma, insistimos, debiera acompañarse de la emisión de un Código de Familia que permitiese precisar los elementos con mayor claridad.

(139) En el periódico "El Universal" año LXXVIII, tomo CCLXVII, número 24,190 de fecha 26 de octubre de 1983, se contiene nota informativa respecto de la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal para reformar algunos artículos del Código Civil y donde se indica que el proyecto de reformas sugiere revisar el texto actual de algunas causales de divorcio, en beneficio de la equidad y respeto en el ámbito de las relaciones familiares. Ello demuestra la necesidad de las reformas propuestas en este trabajo.

(140) Becerra Bautista es de igual opinión en su obra El Proceso Civil en México, pp. 396-397.

El segundo efecto de la sentencia de divorcio citado se refiere básicamente a la situación de los hijos. El artículo 283 del Código Civil en vigor castiga con la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable cuando la conducta que ha observado en él, revela un grado de inmoralidad tan grave que si conservara la patria potestad, constituiría un verdadero peligro para la educación de los hijos. Se impone la sanción cuando la referida causa del divorcio ha sido cualquiera de las enumeradas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del propio Código Civil.

En realidad, nuestra legislación al establecer la sanción de la pérdida de la patria potestad en caso del divorcio necesario ha provocado que la contienda conyugal trascienda a la contienda por los hijos con el consiguiente impacto psicológico en los mismos.

En esa virtud la calificación de la culpabilidad de los consortes no debe llevar a la pérdida de la patria potestad. Una y otra deben ser independientes dejándose a la sana crítica del Juez de lo Familiar tal salvedad.

En relación con este efecto las recientes reformas propuestas por el Ejecutivo Federal plantea la revisión de la misma estableciéndose como criterio para la calificación señalada la aptitud para mantener una adecuada relación con los hijos de los consortes. Facultándose al Juez de lo Familiar, en cada situación específica a la determinación independientemente de

la responsabilidad que tengan los cónyuges en relación con sus propias dificultades.

La conveniencia de la causal objetiva se refuerza; ello posibilitaría el establecimiento de un acuerdo a manera del divorcio por mutuo consentimiento, lo que conllevaría a consecuencias menos gravosas para los hijos.

nuestro actual Código en vigor, señala que si la conducta ha sido inmoral por ambos cónyuges, pierden la patria potestad pasándose al ascendiente o ascendientes que correspondan. De no existir la sentencia contemplará el nombramiento de un tutor. Cuando la causal no implica extrema gravedad la patria potestad queda en manos del cónyuge inocente, pero el culpable la recobra a la muerte de aquel.

el tercero de los efectos indicados se refiere a la condena al pago de alimentos. Aquí el cónyuge culpable de acuerdo con su capacidad económica y capacidad para trabajar deberá otorgar el pago de alimentos en favor del inocente, en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. (141)

el pago de alimentos debiera contener una facultad discrecional del Juez para fijar los mismos, no sólo en razón de la capacidad económica del cónyuge culpable al momento de la disolución, sino de la situación económica del cónyuge inocente.

(141) Ignacio Galindo Garfias, op. cit. p. 598

por último el efecto en cuanto a los bienes produce que el cónyuge culpable pierda en favor del cónyuge inocente, en todo lo que hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona, en consideración al matrimonio. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. (art. 286 del Código Civil)

" CADUCIDAD DE LAS CAUSALES DEL DIVORCIO "

CAUDICIDAD : PERDIDA DE UN DERECHO PROCESAL, POR EL NO EJERCICIO EN EL PLAZO SEÑALADO POR LA LEY

REGLA GENERAL: "SEIS MESES A PARTIR DEL DIA SIGUIENTE EN QUE HAYAN LLEGADO NOTICIAS AL CONYUGE INOCENTE"

EXCEPCIONES : a) PERDON EXPRESO O TACITO
b) TRACTO SUCESIVO

FRACCIONES DEL ARTICULO 267	CADUCIDAD
I- ADULTERIO	6 MESES A PARTIR DEL ADULTERIO CONSUMADO A PARTIR DE LA SENTENCIA PENAL QUE DECLARE PROBADO EL DELITO DE ADULTERIO
II- EL HECHO QUE LA MUJER DE A LUZ DURANTE EL MATRIMONIO UN HIJO CONCEDIDO ANTES DE CELEBRARSE ESTE CONTRATO, Y QUE JUDICIALMENTE SEA DECLARADO LEGITIMO	6 MESES DESPUES DE LA DECLARACION JUDICIAL
III- PROPUESTA DE PROSTITUIR	6 MESES
IV- INCITACION A LA VIOLENCIA PARA COMETER DELITO	6 MESES
V- ACTOS INMORALES PARA CORROMPER A LOS NIJOS Y LA TOLERANCIA	6 MESES
VI- ENFERMEDADES	CAUSAL DE TRACTO SUCESIVO POR LO QUE OPERA LA CADUCIDAD SEIS MESES DESPUES DE QUE LA ENFERMEDAD SEA CALIFICADA COMO CURABLE
VII- ENAJENACION MENTAL INCURABLE	NO CADUCA ES DE TRACTO SUCESIVO
VIII- SEPARACION DE CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES	6 MESES CONTADOS A PARTIR DEL DIA SIGUIENTE QUE SE CONFIGURA LA CAUSAL
IX- ABANDONO POR CAUSA JUSTIFICADA	1 AÑO, SI SE MEDIA EL PERDON SE PERDE LA ACCION
X- LA DECLARACION DE AUSENCIA LEGALMENTE HECHA, O LA DE PRESUNCION DE MUERTE	NO CADUCA Y SON CINCO AÑOS A PARTIR DE LA AUSENCIA
XI- LA SEVICIA, LAS AMENAZAS O LAS INJURIAS GRAVES	6 MESES
XII- LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 164	NO CADUCA
XIII- ACUSACION CALUMNIOSA	6 MESES A PARTIR DE PROBAR LA CALUMNIA
XIV- HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO QUE SEA INFANTE POR EL CUAL TENGA QUE SUFRIR PENAL DE PRISION MAYOR DE DOS AÑOS	6 MESES
XV- LOS HABITOS DEL AÑOSO O DE ENRIJECIMIENTO O EL USO ABUSIVO Y PERDURANTE DE DROGAS ENERVIANTES CUANDO AMENAZAN LA BUENA DE LA FAMILIA	6 MESES A PARTIR DE LA ULTIMA AMENAZA DE UNA FAMILIA
XVI- COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DEL OTRO UN ACTO QUE SEÑA SANCION O SE TRATARE DE OTRA PERSONA EXTRAÑA, SIEMPRE QUE TAL ACTO TENGA SEÑALADA EN LA LEY UNA PENAL QUE PASE DE UN AÑO DE PRISION	6 MESES A PARTIR DE LA NOTICIA

" CONCLUSIONES "

- 1.- La aportación jurídica más relevante en el derecho romano radica en el proceso mediante el cual se evoluciona la figura jurídica del divorcio centrada en la ausencia de affectio maritalis, hacia la aparición de las primeras causales de separación con reconocimiento estatal. Ello influiría en los sistemas modernos fundamentales, en cuanto a la configuración de la causa por culpa o no de los cónyuges como base de la acción.
- 2.- Las dos formas básicas que se construyeron en la legislación Romana, conduciría a su expresión en los modernos sistemas jurídicos, a saber:
 - a).- mutuo consentimiento
 - b).- divorcio necesario
- 3.- Con el Derecho Canónico se introduce en él, la indisolubilidad del vínculo como principio rector de la figura del matrimonio, conduciendo ello a que en los siglos XI a XIV, en las legislaciones seculares desaparezcán los efectos del rompimiento del vínculo, configurándose en su lugar la separación de cuerpos.
- 4.- El derecho colonial recibió su principal influencia del derecho canónico de tal manera que al desarrollarse dicha legislación en América transportó fielmente los principios y formas del derecho canónico; previéndose en consecuencia la indisolubilidad del vínculo y la figura de separación de cuerpos.
- 5.- En relación con el antecedente colonial citado, la aportación más significativa de la legislación mexicana del siglo XIX, en materia de divorcio radicará en la secularización de la Institución con la aparición concreta del contrato civil del matrimonio, aún cuando se mantiene el principio de indisolubilidad. La construcción de la figura del divorcio obedecerá a un principio individualista en la legislación de este siglo.
- 6.- De esta forma, las influencias históricas sobre la figura del divorcio, desarrollada actualmente en nuestro derecho provienen de cuatro fuentes principales: Derecho Romano, Derecho Canónico, Derecho Colonial y el Derecho Mexicano del siglo XIX.

- 7.- La figura del divorcio necesario está hoy en día regulada en base a los principios de la desvinculación de la relación matrimonial y con la regulación social de sus consecuencias.
- 8.- El divorcio necesario como juicio se presenta bajo una relación jurídica procesal en razón de las características de los actos sucesivos que lo configuran, así como por la estructura judicial de los mismos.
- 9.- En razón de su carácter procesal conlleva a la solución de un litigio y en su caso con el efecto principal de la disolución del vínculo matrimonial.
- 10.- La ubicación del divorcio necesario se sitúa en el Código de Procedimientos Civiles y en el Código Civil en vigor en el Distrito Federal. Sin embargo toda vez que la desvinculación de la relación jurídica trae consigo consecuencias en la vida y desarrollo de la familia, y no sólo efectos de tipo pecuniario, el proceso debiera incluirse como un juicio especializado. La aprobación de un Código de Familia facilitaría la construcción de dicho proceso.
- 11.- La vía procesal actual resulta inadecuada, dado que el tiempo o duración de ella es muy amplio.
- 12.- El inicio del proceso se presenta con la demanda fundada en cualquiera de las causales enumeradas, por la ley. En este contexto es pertinente la creación de un órgano auxiliar del Juez de los Familiar, integrado por personas especializadas, y caracterizado como un Consejo de Familia, cuyo objetivo radicaría en rendir un informe profundo de las causas de desavenencia conyugal. De tal forma la mera presentación de la demanda no tendría el efecto inmediato de excitar la jurisdicción.

- 13.- En nuestra legislación se prevé como medida precautoria el nombramiento de una persona en cuyo poder deben quedar los hijos provisionalmente. Dicha persona será designada de común acuerdo por los cónyuges o en su defecto, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a esa persona. En este caso el Juez, previo el procedimiento, resolverá lo conveniente. En este contexto, sostenemos el requerimiento de la incorporación en nuestra ley de la figura de un tutor especial de los hijos, con un carácter provisional mientras dure el proceso, cuya función radique en coadyuvar al cuidado de los hijos y con el propósito de evitar consecuencias psicológicas negativas en ellos. Asimismo con la única facultad de rendir un informe al Juez sobre las situaciones anómalas propiciadas por la persona en cuyo cuidado se encuentren los hijos, de acuerdo con el artículo 282 fracción VI del Código Civil vigente.
- 14.- El sistema de causales de divorcio establecido en nuestro actual Código amerita reformas en dos aspectos:
 - a) adecuación y actualización de las causales, con la realidad social que pretende regular.
 - b) incorporación de causas objetivas de desavenencia conyugal.
- 15.- La creación de una causal objetiva miraría al establecimiento de un criterio distinto al de culpabilidad regulado hoy en día en nuestra legislación. En tal sentido esa causa objetiva tendría como contenido cualquier situación probada que alterase la continuidad de la vida económica, social y de estabilidad de la familia.
- 16.- La causal objetiva y la intervención del Consejo de Familia harían por una parte, más efectivo el derecho individual a rehacer la felicidad y por otra parte, garantizaría el derecho social implícito en el carácter de la institución con la participación efectiva del Estado.

- 17.- La calificación de la culpabilidad de los consortes no debe llevar, como hoy día se regula, a la pérdida de la patria - potestad. Una y otra deben ser independientes dejándose a la sana crítica del Juez de lo Familiar.

- 18.- La sentencia de divorcio trae consigo efectos de carácter - económico significados por la condena al pago de la pensión alimenticia y el establecimiento de la disolución de la sociedad cónyugal en su caso.

BIBLIOGRAFIA.

AUTORES Varios, Cómo autodivorciarse, guía práctica del divorcio, París, Colección el todo por el todo, 1975, t. II.

BRACCIONE, Pietro, Diritto privato e processo economico, Jovene editore, Napoli, 1975.

ESCALONA SANTIOLA, José, El proceso civil en México, México, Porrúa, 1979.

AMUNDARUO, Augusto César, "Acientos reformas legislativas en materia de divorcio" en revista jurídica argentina, Buenos Aires, Talleres gráficos, 1971, t. 142.

BONNOCAS, Julián, La filosofía del Código Napoleón aplicada al derecho de familia, México, Cajica, 1945.

Código civil para el Distrito Federal, México, Porrúa, 1982

Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal, México, Porrúa, 1982.

COMTE-LINAS, Jacques, El divorcio en Francia, notas y estudios documentales, Documentación de la Embajada Francesa en México, Vol. 4-478.

MUNIAN, Manuel y José Manuel Lozano, Colección Completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República, Imprenta del Comercio, 32 T. (1877, 1879, 1904).

FLORIS MARGADANT, Guillermo, Derecho Romano, México, Esfinge, 1979

FLORIS MARGADANT, Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, México, Textos universitarios UNAM, 1971

Órgano de difusión del Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, A.C., Familiares Ius, Año 1, Vol. 1, Núm. 1 al 6, 1976. México.

GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Derecho civil, México, Porrúa, 1976.

GARCIA CANTERO, Gabriel, El vínculo de matrimonio civil en el Derecho Español, Roma-Madrid, Cuadernos del Instituto jurídico español, 1959.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, México, Porrúa, 1971.

GÓMEZ LARA Cipriano, Teoría general del proceso, México, Editorial Textos Universitarios, UNAM, 1979.

GUTIÉRREZ FUENTEVILLA, Julián, Derecho Familiar, México, Editorial Gama, 1972.

KOVALIOV, S.I, Historia de Roma, Madrid, Editorial Akal, 1979.

LAGUNA, Enrique, "matrimonio indisoluble y divorcio - vincular en el orden jurídico español" en Revista de derecho privado, Madrid, 1972, T. LVI.

LEHMANN, Hedemann y Endemann, Tratado de derecho civil, Madrid, Editorial revista de Derecho Privado, 1953.

LOPEZ CAMANA, Francisco, La estructura económica y social de México, México, Siglo XXI, 1980.

Matrimonial Causes Act, Londres, Documentación de la Embajada de la Gran Bretaña en México, ISBN, 1979.

Matrimonial Causes Act, Northern Ireland, Documentación de la Embajada de la Gran Bretaña en México, ISBN, - 1979.

MINGUIJON, Salvador, Historia del Derecho Español, Barcelona, Editorial Labor, 1953.

OS CAPEDEQUI, José maria, manual de historia del Derecho español en la Indias y del derecho propiamente Indiano, Buenos Aires, Baiocco y Cia, 1943, T. I y II.

PALMERES, Eduardo, El divorcio en México, México, Porrúa, 1968.

PANZA Y LOPES, Xavier Antonio, Teatro de la Legislación
editorial Manuel González, Madrid, T. XXVIII.

MEYER HERCULES, Jesús, La historia y la acción, México,
editorial Oasis, 1978.

HOJINA VILLALBA, Rafael, Compendio de Derecho Civil, -
México, Porrúa, 1978. t. I.

SILVO SANTONJA, Luis Vicente, Divorcio y separación, -
Madrid, Tecnos, 1973.

SVETLOV, G. Fundamentos del derecho soviético, Moscú,
Academia de Ciencias, ediciones en lenguas extran-
jeras, 1962.

TIGAN Y LEVI, Derecho y acceso del capitalismo al poder,
México, Siglo XXI, 1960.

TOLSTOY, D., The law and practice of divorce and matri-
nial causes, Londres, ISBN, 1971.

VERA URBANO, Francisco de Paula, Nueva legislación matri-
monial civil y canónica, Málaga, ediciones Universi-
dad de Málaga, 1983.