

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ARAGON"

EL ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL  
COMO CAUSAL DE DIVORCIO NECESARIO

T E S I S

D-71

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

EDUARDO CARRANZA MORENO



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

Der-149

A la memoria inolvidable de mi madre:  
Que a través de sus consejos, desvelos y preocupaciones para lograr darme una mejor forma de vida, me estimulara para que obtuviera una profesión. Espero que esta tesis sea un pequeño reconocimiento a su deseo y recompense en algo todo lo que no me fue posible darle en vida, es por ello que quiero hacer patente mi agradecimiento por todo lo invaluable que ella supo darme: La vida.

Sra. Mercedes Moreno Segovia.

A mis hermanos:

Rosa, Gloria, Yolanda,  
Alicia, Ma. de los Angeles,  
Patricia, Enrique, Víctor y  
Rogelio.

Con el más sincero cariño por  
su gran ayuda, comprensión y  
con especial agradecimiento,  
por que debido a su apoyo moral  
y económico que siempre me  
brindaron pude salir adelante  
y terminar mi carrera.

A mis familiares:

Tíos, primos, cuñados y cuñadas.  
Con cariño y estimación. Muy  
especialmente a mis sobrinos:  
Deseo que para ustedes sea motivo  
de superación y así logren éxito  
en lo que se propongan.

A la Lic. Hipólita González Oropeza:

Con cariño: Que a lo largo de la carrera al estar a mi lado influyó con su apoyo y comprensión a la culminación de esta tesis, por su ayuda invaluable, quiero expresarle mi más grato agradecimiento, espero no defraudarla y que nuestra relación perdure para siempre.

Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a mi asesor el Lic. Luis Guerra Vicente, por su ayuda y colaboración para la realización de esta tesis.

A mis profesores:

A todos y cada uno de ellos que con sus enseñanzas, me brindaron el camino del estudio, obteniendo nuevas experiencias y conocimientos.

A mis compañeros y amigos:

A mis compañeros por su cooperación  
y a mis amigos por la grandiosa  
amistad que nos ha unido, por todos  
los momentos buenos y difíciles que  
hemos compartido.

Quiero agradecer a todas  
aquellas personas que de una  
o de otra manera colaboraron  
conmigo para la realización  
de la presente tesis.

El conocimiento proporciona  
sabiduría, decisión, valor y  
entereza. No importan los  
fracasos y descalabros que el  
hombre sufra en su afán de  
alcanzar la meta, el conocimiento  
le proporcionará la seguridad y  
el entusiasmo para continuar  
adelante.

# I N D I C E

	PAGINA
PROLOGO	1
INTRODUCCION	4
CAPITULO I	
EL MATRIMONIO ASPECTO HISTORICO	9
A) LA INDIA	11
B) HEBREOS	15
C) EGIPTO	17
D) GRECIA	18
E) ROMA	20
CAPITULO II	
EL MATRIMONIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACION	29
A) CONCEPTO	29
B) PRIMER CODIGO CIVIL DE IBEROAMERICA	35
C) ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO	39
D) NATURALEZA JURIDICA	44
E) EFECTOS	60
CAPITULO III	
EL DIVORCIO ASPECTO HISTORICO	83
A) LA INDIA	83
B) HEBREOS	84
C) EGIPTO	85
D) GRECIA	86
E) ROMA	86
CAPITULO IV	
EL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION	93
A) CONCEPTO	93
B) CODIGO CIVIL DE 1870	96
C) CODIGO CIVIL DE 1884	108
D) LEY DE RELACIONES FAMILIARES	115

	PAGINA
E) TIPOS DE DIVORCIO	121
F) SEPARACION DE LECHO Y HABITACION	133
CAPITULO V	
ANALISIS DE LA FRACCION VIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE "LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA".	141
A) CONCEPTO DE DOMICILIO CONYUGAL	151
B) RELACION QUE EXISTE ENTRE LA FRACCION VIII Y LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE	156
C) EFECTOS DEL DIVORCIO	172
D) EL PROBLEMA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL	204
E) JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION AL RESPECTO.	216
CONCLUSIONES	247
BIBLIOGRAFIA	253

## P R O L O G O

De acuerdo a lo establecido por el Reglamento y demás disposiciones para exámenes profesionales de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales, Plantel Aragón, de la Universidad Nacional Autónoma de México, me es grato presentar este trabajo a consideración del H. Jurado, con la plena convicción de que esta tesis es el resultado de un esfuerzo realizado a través de las experiencias asimiladas durante mi residencia en esta casa de estudios y de las enseñanzas recibidas de todos y cada uno de mis profesores, que durante toda la carrera más que profesores, fueron inseparables amigos y compañeros que supieron ayudarme y estimularme con sus enseñanzas y consejos, es por ello que quiero hacer patente mi reconocimiento a todos y cada uno de ellos, así como a la Universidad Nacional Autónoma de México y muy especialmente a la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, que gracias a sus instalaciones y servicios pude culminar la carrera de Licenciado en Derecho, que en mi opinión es una de las más interesantes de nuestro país, pero que además lleva implícita una gran responsabilidad, pues se adquiere un compromiso con la Universidad, con la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, con el Estado y con la Sociedad,

pues fueron todas y cada una de estas instituciones que de una u otra forma hicieron posible que concluyera mi carrera.

Espero que los puntos expuestos en este trabajo y mis opiniones sirvan de algo para nuevos estudios respecto de las nuevas necesidades que afronte nuestra sociedad dentro de la legislación positiva, ya que toda sociedad como cualquier ser viviente, está sujeta a evolucionar y es por ello que nuestro derecho se debe de adecuar a las necesidades actuales.

Mucho se podría decir sobre el tema que nos ocupa en esta tesis, pero muy concretamente se analiza una causa de divorcio, y no se puede negar que dentro de la sociedad en que nos desenvolvemos la institución del divorcio viene a constituir una de las formas de desintegrar a la familia, pero se puede agregar que si se contempla el divorcio desde un punto de vista positivo, concluiremos que es una forma de resolver un sin número de problemas de tipo emocional principalmente, dentro del grupo familiar, que día con día va perdiendo el objeto por el cual se constituyó.

Normalmente cuando se presentan problemas o desavenencias conyugales dentro de la familia, estos repercuten en la educación y en los estados emocionales de los hijos, que

son los menos culpables de la situación que predomina en sus hogares, es por ello que nuestra legislación civil y muy concretamente nuestro derecho de familia, trata de proteger a estos hijos, cuando la ruptura del vínculo matrimonial de sus padres es inevitable.

## I N T R O D U C C I O N

En el presente trabajo de tesis se analiza la fracción VIII del Artículo 267 de nuestro Código Civil vigente, es decir, el abandono del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada; el citado trabajo se divide en cinco capítulos, el primero es el referente al matrimonio en su aspecto histórico donde se analizan las primeras formas de este tipo de unión entre los seres humanos, como es la forma en que surgió y como se fue regulando entre las civilizaciones, aquí en este capítulo concretamente se estudia a la India, los Hebreos, Egipto, Grecia y Roma.

Posteriormente teniendo como antecedente la regulación del matrimonio en su aspecto histórico, se analiza lo referente al matrimonio en nuestra actual legislación, empezando desde su concepto, estudiando sus elementos esenciales y de validez, aspecto muy importante ya que sin estos elementos no se configuraría de lleno el matrimonio, además de analizar lo referente a su naturaleza jurídica, y por último otro punto muy interesante que es el referente a todos los efectos que produce el matrimonio.

Como nuestro tema se avoca al análisis de una causal de divorcio fue necesario primeramente hacer un estudio de

el matrimonio, para así poder tener una base y estudiar lo referente al divorcio y como se hace en el primer capítulo de este trabajo, aquí también se analiza el divorcio en lo que se refiere a su aspecto histórico, es decir, cuales fueron las primeras formas de disolución del vínculo del matrimonio en la India, entre los Hebreos, en Egipto, en Grecia y en Roma.

En cuanto al cuarto capítulo se hace el estudio del divorcio en nuestra actual legislación, primeramente se establece un concepto, se analiza la forma de disolución del -- vínculo matrimonial en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como su reglamentación en la Ley de Relaciones Familiares , además se estudian los tipos de divorcio que contempla nuestro Código Civil vigente.

Por último en este Trabajo de tesis, en su capítulo final hacemos un análisis profundo de la mencionada fracción VIII del artículo 267 del citado Código primeramente se analiza lo que se debe de entender por domicilio conyugal desde un punto de vista jurídico, puesto que no se podrá considerar cualquier lugar donde se establezcan los conyuges como tal, pues es necesario que cumpla con los requisitos que fija nuestra legislación, además se establece la posible re

lación que pueda existir entre las fracciones VIII y X del artículo 267 del citado Código, se establecen también los efectos del divorcio, se analiza el problema del abandono del domicilio conyugal por más de seis meses sin que exista causa que lo justifique desde el punto de vista penal y todo este último capítulo se fundamenta con la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Espero que este trabajo contribuya en algo para resolver los problemas que afectan a un gran número de familias mexicanas, ya que como se estableció anteriormente, el matrimonio viene a constituir la base y el desarrollo de la familia, es por esto, que a la familia se le considera como una de las más importantes instituciones sociales, pues es la familia la que se toma como ejemplo para todas las demás instituciones.

Mediante el matrimonio se da origen a la familia, en la cual el producto de esa unión es decir, los hijos son preparados como hombres para una vida social que tarde o temprano tendrán que enfrentar como personas adultas, ya que en base al matrimonio, se establecen afectos y mutuas relaciones de intimidad, que muy difícilmente se lograrían fuera de él además se establecen vínculos de tipo moral que

consecuentemente darán como resultado el mejoramiento y superación de sus hijos, repercutiendo esto en beneficio del Estado y de la Sociedad.

## CAPITULO 1

### EL MATRIMONIO ASPECTO HISTORICO

A) LA INDIA

B) HEBREOS

C) EGIPTO

D) GRECIA

E) ROMA

## EL MATRIMONIO ASPECTO HISTORICO

Para poder hablar del matrimonio, es necesario que retrocedamos y recordemos los inicios de la humanidad, esto es que tendremos que basarnos en la historia primitiva, desde que el hombre habitó la tierra, y la forma en que logró subsistir y adaptarse al medio, que en esa época era duro y hostil, pero que finalmente logró vencerlo.

Es así como desde los inicios de la humanidad el hombre fue un ser errante cuyas principales ocupaciones fueron la caza y la pesca; en cambio la mujer llevó una vida sedentaria dedicándose al cultivo de las plantas y a la agricultura lo cual motivó que ambos, más tarde tuvieran su asiento en una región determinada.

Desde un principio la humanidad se asoció para vivir en grupos o tribus, con sus respectivas necesidades como las de alimentarse, defenderse y reproducirse.

Los hombres primitivos al agruparse para cazar o defenderse de otros grupos o tribus, se agrupa también con la finalidad de reproducirse y lo hizo en diferentes formas. En ocasiones abusando de su fuerza, en otras contemplando el sexo contrario, el halago hacia la mujer para realizar el acto sexual, en otros casos se unía con la mujer para satis

hacer sus necesidades sexuales y reproducirse, pero se ausentaba temporalmente por la necesidad de alimentarse, pero volvía con la mujer de su elección, y, es así como dan comienzo las instituciones que hoy conocemos, como son el matrimonio, la familia, etc., y con la delimitada actividad de la mujer se inicia el matriarcado, en el cual la mujer se dedicaba al cultivo de la tierra, convirtiéndose en la directora del pequeño grupo que vivía a su lado.

El matriarcado es la única época clásica del valor femenino, que se observa en los albores de la humanidad y cuyo fenómeno transitorio no ha vuelto a observarse. (1). La endogamia y el incesto eran castigados y son los antecedentes mediatos del matrimonio. El Dr. Raúl Ortiz-Urquidí nos dice: "Sin embargo, algunos sociólogos consideran que la promiscuidad era relativa, puesto que el hombre, por ciertos instintos y sentimientos naturales debió haber permanecido con la mujer por lo menos hasta el nacimiento del hijo. Naturalmente que ésta es una hipótesis que no ha logrado una comprobación efectiva" (2).

(1) Antonio Caso. Sociología. Edit. Polis, México. 1940. Pág. 194.

(2) Raúl Ortiz-Urquidí. Matrimonio por Comportamiento. Editado por el Gobierno de Tamaulipas. Pág. 94.

En los tiempos primitivos tuvo poderoso predominio el medio geográfico sobre el ser, la inteligencia humana poco a poco fue dominando el medio geográfico, va perfeccionando sus utensilios, la creación de armas para defenderse, surge también la idea de la existencia de seres superiores o dioses, el hombre primitivo tuvo que pensar, oír y ver todo lo que le rodeaba sin entender todos los fenómenos naturales, como el aire, la lluvia, la tempestad, el crecimiento de -- las plantas o las fieras, el girar de los astros, así en -- las tribus se va gestando la idea de los dioses como seres superiores, creadores de todo lo que les rodea, es así como va surgiendo lo que actualmente conocemos como religión, Es ta va tomando predominación en los actos humanos y es la -- que se avoca a imponer prohibiciones y obligaciones al grupo, hasta que domina todas las actividades del individuo.

#### A) LA INDIA

En el pueblo de la India, para que el joven tuviera de recho a casarse era necesario que antes hubiera estudiado -- concienzudamente los tres vedas, hecho lo cual, puede en-- trar en el orden del Señor o amo de casa, por haber recibido, bajo la dirección de su padre natural o espiritual, el dón de la Sagrada Escritura. Purificábase luego con un baño

y había de casarse con una mujer de su misma clase.

Estaba la antigua sociedad hindú dividida en vanas o colores, para distinguir a los conquistadores ários de piel blanca, de los drávidas oscuros y dominados. Nos dicen los vedas que las agrupaciones jerárquicas se basaron en la ocupación: Brahamanes (sacerdotes y estudiosos), kshatriyas -- (soldados y gobernantes), vaihyas (agricultores y comerciantes), soudras (sirvientes). Ello limitaba la ocupación del hindú, su matrimonio, sus prácticas religiosas y su libertad para moverse en sociedad.

El matrimonio conveniente para hombres de las tres primeras clases era aquél que se celebraba con mujer no descendiente con uno de sus antepasados paternos o maternos hasta el sexto grado. Se daban las cualidades que debían adornar a la esposa. No podía casarse un soudra mas que con un soudra; un vaishya podía tomar una esposa de su clase o de la servil; un kshatriya, de las dos clases mencionadas y de la suya; un brahaman de cualquiera de las cuatro.

Un brahaman que no se casa con una mujer de su clase, y que introduzca una soudra en su lecho, desciende al infierno, y si procrea un hijo, será desposeído de su rango.

Hubo entre los hindúes ocho modos usados de contraer -

matrimonio por las cuatro clases. El modo brahama; el de -- los dioses (devas); el de los santos (richis); el de las -- criaturas (pradjapatis); el de los malos genios (asoudras); el de los músicos celestiales (gandahabas); el de los gigantes (rakchusas) y el octavo, el más vil, fue el de los vampiros (pisatches). Los legisladores consideraron los cuatro primeros convenientes a un brahama; los permitidos por la Ley a los kachatriyas fueron los modo sexto y séptimo. El de los soudras y vaishyas es el quinto.

El modo brahama: El padre da a su hija vestidos y adornos para entregarla a un hombre versado en las Sagradas Escrituras y virtuosos, por el invitado; el divino, cuando un padre después de haber preparado a su hija, la otorga al sacerdote que oficia; en el de los santos, otorga el padre la mano de su hija después de haber recibido el pretendiente una vaca y un toro para el cumplimiento de la ceremonia religiosa, pero no como gratificación. El de las criaturas, cuando el padre casa a su hija con los honores convenientes y le dice: Practiquen los dos justamente los deberes prescritos. El de los malos genios, el pretendiente recibe de su plena voluntad la mano de una hija y hace obsequios a ella y a los padres. Cuando la unión resulta de la

mútua atracción, se trata del matrimonio de los músicos celestiales. El de los gigantes, es aquél en que se rapta a la joven de la casa paterna y ella grita y llora. El de los vampiros, el amante se introduce secretamente en el dormitorio de la mujer o se embriaga con licor espirituoso.

Los cuatro primeros modos dan a luz infantes brillantes y virtuosos; los otros cuatro producen hijos crueles, mentirosos que invariablemente sentirán horror a la Sagrada Escritura.

Es común en las clases elevadas el sistema de la dote; entre otros grupos se paga un precio por la novia. Salvo en los altos grupos urbanos cosmopolitas, todavía los matrimonios son arreglados por los padres, con o sin el consentimiento de los interesados. Llega la mujer a su plenitud -- cuando da a luz a su primer hijo, hombre de preferencia. Si enviuda, baja de rango. En las castas superiores está prohibido entre personas que descienden de algún antecesor espiritual común (3).

(3) Antonio de Ibarrola. Derecho de familia. Editorial Porrúa, S.A., México 1978. Págs. 66, 67 y 68.

## B) HEBREOS

Era característica de la unión conyugal la unidad indisolubilidad, santidad, mútuo auxilio y recíprocas prestaciones. La organización doméstica del pueblo judío, trazada por dios en la biblia, contiene por precisión los deberes y derechos de los padres, esposos e hijos. El matrimonio tiene un carácter religioso, y de él se derivan los derechos de naturaleza civil; los hijos eran considerados como bendición del matrimonio, y eran tenidos en tan alta estima que aún antes de nacer eran considerados personas.

Tomar esposa significaba hacerse dueño. El novio entregaba al padre de la muchacha una cantidad de dinero (mohar), palabra que aparece sólo tres veces en la biblia. Nunca, -- claro está, que la mujer fuese considerada como mercancía. Tendió la dote a desaparecer, pues se consideró objeto de -- vergüenza que una mujer mantuviera al marido. Parece ser que las muchachas contraían matrimonio a los doce y los muchachos a los trece años. No obstante a la autoridad de los padres, hubo matrimonios en que el muchacho decidió por sí mismo su elección sin consultar a los padres.

El antiguo testamento no mencionaba contrato escrito de matrimonio, pero seguramente si lo hubo, ya que desde en-

tonces se redactaban actas de divorcio, y sería extraño que las de matrimonio no existieran. En cuanto a la fórmula decía el marido: "Ella es mi esposa y yo soy su marido a partir de hoy y para siempre".

El matrimonio era ocasión de esparcimiento: dirigíase el novio a casa de la novia y ésta, vestida y alhajada lo esperaba, cubierta con un velo que conservaba hasta la cama nupcial. La muchacha, acompañada de sus amigas, era conducida cerca del esposo entre cantos de amor: En algunas tribus la novia trata, por juego, de escaparse de su novio, que debe simular conquistarla por la fuerza, posible supervivencia del matrimonio por raptó. Luego, un gran festín de siete días. Sin embargo, el matrimonio se consumaba en la primera noche y de ella se conservaba el lienzo manchado de -- sangre que probaba la virginidad de la novia, mismo que servía de prueba en caso de calumnia del marido.

No teniendo la mujer facultad de repudiar al marido, - las de alta alcurnia cambiaban con frecuencia escandalosamente de marido (4).

(4) Antonio de Ibarrola: Ob. Cit. Págs. 63, 64 y 65.

### C) EGIPTO

Los antiguos egipcios debieron a Menes la institución del matrimonio.

Desgraciadamente en un principio no fue debidamente regulado: Nos se tenía idea de la unión conyugal. Adquirían - los hombres únicamente una mujer que satisficiera sus deseos y los hijos de esta unión irregular llevaban el nombre de la madre, no siendo responsable el padre en ningún sentido. Fue Secrops el que vio que este abuso perjudicaba altamente a la sociedad y entonces estableció leyes y reglas para el matrimonio reglamentándolo debidamente. También aquí los ritos ceremoniales fueron una mezcla de lo civil y lo religioso, celebrado ante los ayudantes del visir que ejercía funciones públicas elegido por los dioses. Diodoro de Sicilia estableció que, a pesar de que existieron cierto número de esposas, según otra ley únicamente había de reconocerse a una sola de ellas como la legítima. En Egipto, el matrimonio fue siempre monógamo, salvo excepciones introducidas en favor del Rey y de los príncipes durante las épocas feudales. En el matrimonio cada parte tenía derechos definidos en los que no intervenían restricciones impuestas por las respectivas familias. El contrato de matrimonio, por

otra parte, fue sumamente estricto. Existió la propiedad -- conyugal en la que el hombre gozó de las dos terceras partes y la mujer del resto; el hombre administró la propiedad y vigiló que las adquisiciones fuesen distribuidas en proporciones prescritas. Los niños fueron el mayor tesoro del matrimonio (5).

#### D) GRECIA

En Grecia la familia era más que una asociación natural, una asociación religiosa en la que la mujer perdía la religión de su familia para adquirir la religión del esposo, la mujer ocupaba un lugar secundario en el hogar.

En un principio el matrimonio fue obligatorio a fin de lograr continuidad de la familia y el culto doméstico, y como consecuencia vino una sobrepoblación, a tal grado de que hubo una limitación en relación a la natalidad, apareciendo una crisis en el matrimonio y surgió como costumbre general el concubinato que, por cierto, "no causó escándalo ni produjo sorpresa" (6).

(5) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Págs. 71 y 72.

(6) Citado por el Dr. Raúl Ortiz-Urquidí. Ob. Cit. Pág. 76.

La ceremonia del matrimonio entre los griegos se celebraba en tres actos: a). En la casa del padre, en presencia del pretendiente, el padre de la joven, rodeado de la familia, ofrece un sacrificio y por medio de fórmula sacramental entrega a su hija al joven. Desligada ésta del hogar paterno, en lo sucesivo adorará en el hogar a su esposo; entra en una nueva religión sin conexión con la anterior. b). La joven es transportada a la casa del marido, a veces por éste, a veces por un heraldo. Tras una lucha simulada, el esposo la alza en sus brazos y la hace pasar por la puerta cuidando que sus pies no toquen el umbral. Luego comienza en la casa el acto sagrado. c). En el nuevo hogar se coloca a la esposa en presencia de la divinidad doméstica ante la cual se le rocía de agua lustral, se toca el fuego sagrado, se recitan algunas oraciones, y luego, ambos esposos comparten un pan, una torta, algunas frutas. Así quedan colocados los esposos en mutua comunión religiosa. Nótese que la reunión conyugal es algo más que una relación de sexos o que un afecto pasajero; ha unido a los dos esposos con los firmes lazos del mismo culto y de las mismas creencias (7).

(7) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 74.

## E) ROMA

El matrimonio en Roma comienza con los esponsales, que eran dos promesas recíprocas de matrimonio que hacen los futueros consortes o sus respectivos paterfamilias. Los esponsales tenían en la época clásica más bien un carácter so--cial que jurídico; sin embargo, si había sido entregada la dote, el futuro marido tenía derecho a conservarla; ninguna de las partes podía celebrar otro compromiso estando vigente el primero. Los esponsales no eran requisito previo para el matrimonio.

Razón de la calidad de las personas que celebraban su matrimonio en Roma, éste podía ser de cuatro clases:

- 1) La *Iustae Nuptiae*.
- 2) El concubinato.
- 3) El *Sine Connubium*.
- 4) El *Contubernio*.

LA JUSTAE NUPTIARE. Era el matrimonio celebrado entre ciudadanos romanos que tenían el *Connubium* o *Ius Connubium* o sea la aptitud legal para contraer la *Iustae nuptiae*. Es la única que daba a los hijos la calidad de *Libere justi*, -- que da al padre la patria potestad sobre sus hijos y tiene varias consecuencias jurídicas.

La *Justae Nuptiae* era sólo privilegio de los ciudadanos romanos y solamente mediante ésta se adquiría la *Manus* o potestad marital, la cual era de tres formas: la *conferratio*, la *coemptio* y el *usus* (8). La *conferratio*: Consistía en una ceremonia religiosa celebrada por el Gran Pontífice y el Flámine de Júpiter en presencia de diez testigos y con palabras solemnes, la mujer debía tener en la mano un pan de trigo-*farreus panis* que era el símbolo de su asociación a la vida entera del marido. Esta forma matrimonial era propia de los patricios.

La *Coemptio*: Consistía en la emancipación o venta ficticia de la mujer al marido hecho por ella misma con autorización de su padre o de su tutor, en su caso, en presencia de cinco ciudadanos romanos púberes. La mujer pasaba bajo la *manus* del marido, gracias a las palabras especiales de la *coemptio*. Cuando dejó de existir la *conferratio*, la *coemptio*, que era propia de los plebeyos, se generalizó también entre los patricios.

(8) Rene Foigne. *Manuel Elemental de Derecho Romano*. Trad. Lic. Arturo Fernández Aguirre, Edit. Cajica. Jr. Puebla, México 1956. Pág. 50.

El usus. Este resultaba de la cohabitación del hombre y de la mujer por espacio de un año. La mujer podía evitar la manus durmiendo tres noches seguidas fuera de la cama de aquél antes de finalizar el año.

#### REQUISITOS PARA CONTRAER JUSTAE NUPTIAE

El matrimonio romano no exige solemnidades de forma ni la intervención de autoridad alguna, sea ésta civil o religiosa; los requisitos son: a). La pubertad, b). El consentimiento de los contrayentes, c). El consentimiento del pater familias, d). El connubium.

a) La pubertad. Con esta palabra se designa en el hombre la aptitud de engendrar y en la mujer la de concebir, - Justiniano fijó la edad de la pubertad, 14 años para el varón y 12 años para la mujer.

b) El consentimiento de los contrayentes. La voluntad expresa es necesaria en los contrayentes, pues su conjunción forma el consentimiento.

c) El consentimiento del Pater Familias. Si se trata de una hija debe dar el consentimiento aquél ascendiente -- que tenga la patria potestad; si se trata de un hijo debe dar su consentimiento tanto el ascendiente que tenga la patria potestad como todos aquéllos que algún día puedan te--

nerla.

d) El *connubium*, que es la aptitud legal para contraer *justae nuptiae*.

#### CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL *JUSTAE NUPTIAE*

El matrimonio establece entre los cónyuges una *societas vitae*; se deben mutua fidelidad, tienen el deber recíproco de la vida en común, se deben mutuamente alimentos, - si el matrimonio es *cummanus* el marido adquiere en propiedad bienes de la mujer y ésta ocupa el lugar de una hija.

Con respecto a los hijos, estos siguen la condición -- del padre estándole sometidos, tomando su nombre y domicilio (9).

#### EL CONCUBINATO

Este concepto no se debe confundir con el concubinato del derecho moderno que es una unión irregular, extra-legal (10).

[9] Agustín Bravo González y Sara Bialostoski. Compendio de Derecho Romano, Edit. Pax-México. Librería Carlos Cesar Man, S.A., México 1966, Págs. 45 y 46.

[10] Raúl Ortiz-Urquidí. Ob. Cit. Pág. 77.

En el derecho romano se tomaba por concubinato aquella mujer con quien el matrimonio estaba vedado; consistía en "una unión de orden inferior que no elevaba a la mujer a la condición social de su marido como tampoco hacía caer a los hijos bajo la patria potestad del padre" (11). Por mucho tiempo el Derecho Civil no se ocupó de estas uniones de hecho y fue bajo Augusto cuando el concubinato obtuvo su sanción legal, haciéndosele producir efectos jurídicos.

Los efectos del concubinato en relación a los hijos hacían que estos siguieran la condición de la madre, naciendo Sui Juris. Se les llamaba *liberi naturales* y no *legitimi* o *justi*. El derecho cristiano mejoró su condición otorgándoles derechos, alimentos y a la sucesión, autorizando su legitimación, si los padres contraían matrimonio posterior.

#### EL SINE CONNUBIUM

O matrimonio de Derecho de Gentes, era el que se contraía entre personas que por razón de su nacionalidad no tenían el *ius connubium* como el contraído entre un ciudadano y una peregrina. Esta unión o forma matrimonial se consideraba ilícita, estaba reglamentada por el derecho de gentes,

(11) René Foigne. Ob. Cit. Pág. 57.

esta forma matrimonial desapareció cuando el derecho de ciudadanía fue otorgado a todo el imperio.

### EL CONTUBERNIO

Era la unión regular y continua entre dos esclavos o entre dos personas de las cuales una era esclava. Esta --- unión no producía ningún efecto civil, los hijos seguían la condición de la madre, el Derecho no reconocía entre los esclavos ningún parentesco.

Como se puede apreciar después del estudio del matrimonio por lo que respecta a su etapa histórica. al inicio de la humanidad aún no se tenía una visión clara de lo que este concepto representaba para los individuos de aquella época, pero poco a poco con el avance de sus necesidades este concepto fue tomando una forma más concreta y clara.

Al inicio de la humanidad las primeras uniones que se conocieron fueron aquellas que tenían como finalidad las de agruparse para defenderse de los ataques de otras tribus y con el fin de que se les facilitara la caza de animales de mayor fuerza o tamaño, con estas uniones se llegó a la necesidad de reproducirse, pero esta situación era sin ninguna responsabilidad.

Es así como es casi imposible conocer la paternidad y

es aquí donde predomina la etapa del matriarcado, y la mujer adquiere la responsabilidad del grupo con el que vive.

Con el correr del tiempo van evolucionando las costumbres respecto a lo que hoy conocemos como el matrimonio, tenemos así que en la India en la etapa primitiva existió la promiscuidad como forma de matrimonio, se decía que en aquella época no era delito el ser infiel al esposo, ya que la mujer era considerada como un ser común. En la India predominó una legislación sumamente religiosa y esta permitía la poligamia como forma matrimonial. Con esta forma los hombres de mayor jerarquía política podían gozar de mayor número de esposas.

En el pueblo Hebreo existía como forma matrimonial también la poligamia, pero aquí se prohibía que se realizara entre parientes cercanos, es así como empieza una forma de perfeccionamiento del matrimonio.

Ya en el pueblo Egipcio se conocieron tres formas matrimoniales, en uno la mujer era considerada como esclava, en el segundo se le reconocía ya una igualdad con el esposo por lo que respecta a los bienes y el tercero tenía un carácter mixto, como vemos ya en esta etapa se toma más en cuenta a la mujer.

En Grecia el matrimonio al principio fue obligatorio, - pero esto creó una sobre población y es así como surge el concubinato.

El matrimonio en Roma toma una forma más amplia, es decir, como institución y se conocen diversas formas de matrimonio, ya que trae consecuencias jurídicas, y requisitos para contraerlo.

Como se puede observar en la etapa histórica la institución del matrimonio no tiene un concepto general sino que varía de acuerdo a las costumbres y religión de cada pueblo, pero al menos nos dan una noción de las formas jurídicas - que empiezan a adoptar, para reglamentarlo y de los requisitos o impedimentos para contraerlo, es así como se dan - las bases para poder definir el matrimonio que hoy conocemos ya como la institución más importante del Derecho de - Familia.

## CAPITULO II

### EL MATRIMONIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN

- A) CONCEPTO
- B) PRIMER CÓDIGO CIVIL DE IBEROAMERICA
- C) ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDÉZ DEL MATRIMONIO
- D) NATURALEZA JURÍDICA
- E) EFECTOS

## EL MATRIMONIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN

### A) CONCEPTO DE MATRIMONIO

Para poder dar un concepto moderno del matrimonio es conveniente analizar la evolución que ha tenido este concepto desde la etapa primitiva hasta nuestros días.

En la evolución del concepto del matrimonio han existido grandes etapas como lo son las siguientes:

#### 1) PROMISCUIDAD PRIMITIVA

En las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de la madre, dándose así lugar al matriarcado.

#### 2) MATRIMONIO POR GRUPOS

El matrimonio por grupos se presentó ya como una forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mística derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clán. De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio el matrimonio no se celebró -

en forma individual sino que determinados hombres de un grupo celebraban el matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre.

### 3) MATRIMONIO POR RAPTO

En una evolución posterior de vida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo, aparece el matrimonio por raptor. En esta institución, la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquieren como propiedad a las mujeres que logran al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales.

### 4) MATRIMONIO POR COMPRA

En el matrimonio por compra se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues --

Esta es conocida. Se admite un poder absoluto e ilimitado del padre sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

#### 5) MATRIMONIO CONSENSUAL

El matrimonio se presenta en esta etapa como una manifestación libre de voluntad entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la iglesia y del estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público. De todas maneras es fundamental en su constitución la manifestación libre de voluntades de los contrayentes, en oposición a las formas de matrimonio por raptor o por compra que aún cuando establecen la unión monogámica no reconocen la función importante del consentimiento como libre acuerdo de los contrayentes, para realizar la unión sexual (1).

(1) Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil Tomo I

Por otro lado en lo que respecta al concepto de matrimonio Manuel Albadelejo, nos dice en su libro titulado "Compendio de Derecho Civil" "que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer que crea a la familia y se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida"(2). Rafael de Pina por su parte al definir el concepto de matrimonio expresa que es un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se procede entre dos personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes (3).

Antonio Cicu, en su obra "El Derecho de Familia", citada por Rafael de Pina en su libro "Derecho Civil Mexicano" dice "el matrimonio es una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola. El matrimonio, como institución natural, se basa en el instinto sexual pero al pasar el hombre del estado de la animalidad al de la sociabilidad, y, por tanto, de espiritualidad, se ha subli-

(2) Manuel Albadelejo. Compendio de Derecho Civil. Editorial Bosh. Barcelona 1970. Pág. 473.

(3) Rafael de Pina. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México 1956. Pág. 316.

mado convirtiéndose en una unión de dos almas" (4). Otra definición más acertada es la que nos da el Dr. Raúl Ortíz Urquidí, dice: "que el matrimonio consiste, complejamente, en la unión y convivencia de un solo hombre con una sola mujer, para hacer nacer entre ellos, de acuerdo con la ley, determinados derechos y obligaciones" (5).

Un concepto más amplio lo es también el que da Ignacio Galindo Garfias, en su libro Derecho Civil, que dice: "el matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges; efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio".

La celebración del matrimonio, produce un efecto primordial: Da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges.

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber: La protección de los hijos y la mútua colaboración y ayuda de los cónyuges.

[4] Rafael de Pina. Ob. Cit. Pág. 316.

[5] Raúl Ortíz Urquidí. Matrimonio por Comportamiento. Pág. 106

Tan altas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo -- conyugal. Tal colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas, la solidez y permanencia de la unión entre los consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado.

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para compartir su común destino, no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio. La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos ellos pueden realizarse mas o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos,

de sus bienes y sus derechos familiares. El estado del matrimonio, de la seguridad y la certeza que imparte el derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad" (6).

#### B) PRIMER CÓDIGO CIVIL DE IBEROAMERICA

A principios del año de 1974, se publicó la obra intitulada "Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana" (7), donde se demuestra diáfamanamente que el primer Código Civil, no sólo de Iberoamerica sino de todo el mundo de habla española y portuguesa, fue el expedido por el Segundo Congreso Constitucional del Estado de Oaxaca, en 3 libros: El primero el 31 de octubre de 1827, promulgado por el Gobernador - Ignacio de Morales, el 2 de noviembre del mismo año; el segundo el 2 de septiembre de 1828, promulgado por Joaquín -- Guerrero el 4 de septiembre del mismo año y el tercero el - 29 de octubre de 1828, promulgado por Don Miguel Ignacio de Iturribarria el 14 de enero de 1829, se incertaron como apen

(6) Ignacio Garfias. Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A., México 1979. Págs. 471 y 472.

(7) Raul Ortiz Urquidi. Editorial Porrúa, S.A., México 1974.

dice de las obras los tres libros que fueron reproducidos - de las ediciones originales que de dichos ordenamientos se hicieron en la imprenta del Gobierno de Oaxaca en los años de 1827 y 1829.

El Dr. Ortíz Urquidí en su obra emplea la expresión Iberoamérica y no latinoamérica a secas, porque el Código Civil de Oaxaca no fue el primero que se exhibió en el Territorio Continental e Insular Americano, pues se expedieron tres códigos anteriores al Oaxaqueño; El primero por la antigua colonia francesa de Louisiana, siendo territorio de la Unión Americana (comprada por dicha unión en el año de 1803 y llamada oficialmente territorio de Orleans) en 1808 - llamado "Digesto de las Leyes Civiles en vigor en el territorio de Orleans con enmiendas a su actual sistema de gobierno; promulgado por el Gobernador William C.C. Claiborne: El segundo también por Louisiana convertida ya en estado, el 12 de abril de 1824 y entró en vigor el 20 de junio de 1823, el último, también por la antigua colonia Francesa de Haití, erejada ya en país independiente en el año de 1825. Pero corresponde al Estado de Oaxaca y muy legítimamente a México, la gloria de haber expedido el primer Código Civil en el mundo de habla española y portuguesa, ya que

ninguna de las dos naciones tuvieron antes su propio Código.

Esta reglamentación sujetó al matrimonio a las disposiciones del derecho canónico al decir que: "Los matrimonios celebrados según el orden de nuestra Santa Madre Iglesia Católica, Apostólica Romana, producen en el Estado todos los efectos civiles" (8).

En el Código Civil Mexicano del año de 1870. En el artículo 159 define el matrimonio de la siguiente manera: "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". El Código de 1884, regula de igual manera el matrimonio, es de cir, en todos y cada uno de sus aspectos.

La Ley de Relaciones Familiares expedida por Don Venustiano Carranza de 9 de abril de 1917; conceptúa el matrimonio como un "contrato civil", con la innovación de que es - un vínculo disoluble, como lo establece el propio artículo 13 de dicha Ley: "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sólo mujer que se unen con un vínculo

(8) Artículo 78 del Código Civil, libro Primero, para el Gobierno del Estado libre de Oaxaca, 1828. "Oaxaca Cuna de la Codificación Iberoamericana". Pág. 130.

disoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

En nuestra Constitución de 1917, en el párrafo tercero del artículo 130, afirma que el matrimonio es un contrato civil y que por lo tanto corresponde su regulación a las -- autoridades civiles, esto es, el Estado Mexicano.

Nuestro actual Código Civil que fue promulgado por el Presidente Plutarco Elías Calles el 30 de agosto de 1928 y de conformidad con su artículo transitorio. el Presidente - Pascual Ortiz Rubio dispuso por decreto el 29 de agosto de 1932, que entrará en vigor el 1o. de octubre del mismo año, en ninguna de sus disposiciones lo define expresamente, por lectura de nuestros artículos se llega a la convicción de - que el concepto adoptado en él, es el mismo de la Ley de Relaciones Familiares. Así por ejemplo, el artículo 147 del - Código Civil vigente, señala que "cualquier condición con-- traria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta, y el 162 del mismo ordenamiento legal, está íntimamente relacionado, y el cual establece: "Los cónyuges están obligados a contri-- buir cada uno por su parte a los fines del matrimonio a so-- correrse mutuamente".

### C) ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

El acto del matrimonio exige el acuerdo de voluntades o consentimiento de los contrayentes para celebrarlo. No -- basta, sin embargo, la existencia de tal consentimiento, se requiere que la concurrencia de voluntades sea declarada solemnemente, es decir, manifestada por los contrayentes, ante el Juez del Registro Civil, en el acto de la celebración del matrimonio.

Como acto jurídico, el matrimonio está constituido por ciertos elementos que lo integran, en ausencia de los cuales no se puede concebir su existencia y además es preciso que se llenen los requisitos de validez, que la misma ley establece.

Por lo mismo, para la celebración del matrimonio deben de existir elementos esenciales y de validez. Los elementos esenciales del matrimonio son:

1. La voluntad de los contrayentes.
2. El objeto.
3. La solemnidad requerida por la Ley.

a) LA VOLUNTAD: Se manifiesta através de la declaración expresa de los contrayentes. Esta concurrencia de voluntades en el sentido de unirse en matrimonio, forma el -

consentimiento propiamente dicho.

Se requiere además la declaración del Juez del Registro Civil, en el sentido de que los cónyuges quedan unidos en nombre de la sociedad y de la Ley.

b) EL OBJETO: El objeto del acto del matrimonio, consiste en que la vida en común entre un solo hombre y una so la mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas - que ambos han convenido en crear por propia voluntad.

El objeto directo consiste precisamente, en la creación de esos derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos.

c) LAS SOLEMNIDADES REQUERIDAS POR LA LEY: El matrimonio es un acto solemne y por lo tanto las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben revestir la formalidad ritual que la Ley establece en ausencia de la cual, el acto de celebración del matrimonio es inexistente.

El artículo 146 del Código Civil dispone que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades (solemnidades) que ella exige.

Por otro lado el mismo Código Civil vigente en su artículo 250, dice: "No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidad, en el acta de matrimonio celebrada ante -

el Juez del Registro Civil. Debía referirse a "formalidades" pues sabemos que la omisión de estas origina la nulidad y - la de las solemnidades, la inexistencia, cuando a la exis- - tencia del acta se une la posesión de estado matrimonial".

Los elementos de validez del matrimonio son:

1. Capacidad.
2. La ausencia de vicios de la voluntad.
3. La licitud en el objeto.
4. Las formalidades.

a) LA CAPACIDAD: En relación a este elemento debemos - distinguir entre la capacidad de goce y la capacidad de --- ejercicio. La capacidad de goce alude a la aptitud para la cópula entre los contrayentes, que la Ley fija en la edad - requerida para contraer matrimonio (artículo 148 del Código Civil), a la salud física y mental de los contrayentes, y a la no existencia de hábitos viciosos como la toxicomanía o el alcoholismo (artículo 156, fracciones I, VIII y IX del - Código Civil).

En cuanto a la capacidad para celebrar el acto del ma- trimonio (capacidad de ejercicio), los menores de edad re- quieren el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela (artículo 149 y 150 del Código-

Civil). Este consentimiento necesario (propriadamente es una autorización), puede ser suplido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa (artículo 151 del Código Civil).

Cuando faltan los padres o tutores, el Juez de lo familiar de la residencia del menor, podrá prestar el consentimiento para que pueda celebrarse válidamente el acto (artículos 150, 151 y 152 del Código Civil).

b) LA AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD: La voluntad debe estar exenta de vicios. El error vicia el consentimiento, si recae sobre la persona del contrayente, cuando entendiéndose celebrar matrimonio con persona determinada, se contrae con otra (artículo 235, fracción I del Código Civil).

La violencia que consiste en la fuerza o miedo grave, tiene, especial importancia en el caso de rapto; porque la voluntad de la raptada no puede expresarse con libertad, -- hasta que se le restituya a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad (artículo 156, fracción VII del Código Civil).

c) LICITUD EN EL OBJETO: La licitud en el objeto tiene lugar en el matrimonio en los siguientes casos:

1. Si existe parentesco por sanguinidad, por afinidad

o por adopción, entre los cónyuges.

2. Si ha habido adulterio, entre personas que pretendan contraer matrimonio, siempre que este adulterio haya sido comprobado judicialmente.

3. El atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre.

4. Finalmente, la bigamia (artículo 156, fracciones III, IV, V, VI y X del Código Civil).

d) LAS FORMALIDADES: Conforme a los artículos 102 y 103 del Código Civil se establecen tanto como formalidades como solemnidades, y conforme a los mencionados artículos son:

1. Asentar lugar, día y hora del acta matrimonial.
2. Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.
3. Si son mayores o menores de edad.
4. El consentimiento de los padres, de los abuelos o tutores, o el de las autoridades que deban sustituirlos, haciendo constar los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las mencionadas personas.
5. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó.

6. La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes.
7. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en que grado y en que línea (9).

D) NATURALEZA JURIDICA: La naturaleza jurídica del matrimonio ha sido considerada desde distintos puntos de vista, según el Dr. Rafael Rojina Villegas son: (10)

1. Como institución.
2. Como acto jurídico condición.
3. Como acto jurídico mixto.
4. Como contrato ordinario.
5. Como contrato de adhesión.
6. Como estado jurídico.

(9) Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A. México, 1979. Págs. 487, 488 y 489.

(10) Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A. México 1979, Pág. 282 a 288.

7. Como acto de poder estatal.

Raúl Ortiz-Urquidí agrega dos puntos de vista más a esta enumeración que Rojina Villegas no considera y que son importantes citar y que corresponden en primer lugar, al Dr. Gabino Fragas en su derecho administrativo, y, en segundo lugar, a Salvador Pugliatti en su introducción al estudio - del Derecho Civil.

8. El matrimonio como acto unión-Fraga.

9. El matrimonio como convención en sentido técnico-Pugliatti (11).

#### A) EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION

En este sentido significa el conjunto de normas que rige el matrimonio.

Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering, explica que las normas jurídicas que se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que cons-

(11) Raúl Ortiz-Urquidí. Matrimonio por Comportamiento

tituye el derecho positivo.

Para Hauriou, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en el medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del -- grupo social interesados en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos",

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mis mos. Para el logro de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos de poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema me xicano, o bien puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la historia de la institución, desde el matrimonio por raptó.

La tesis de Hauriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la - institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica, y, finalmente, la estructura--ción normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución.

#### B) EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION.

Sobre este punto, León Duguit, tiene el mérito de haber precisado la significación que tiene el acto jurídico - condición y distingue tres tipos de actos: el acto regla, - el acto subjetivo y el acto condición en su tratado de Derecho Constitucional. Define el último, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas - que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se - agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. Ahora bien, relacionándolo con el - matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que - vendrá a regir la vida de los cónyuges en forma permanente. Es decir un sistema de derecho en su totalidad, es puesto -

en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

En el matrimonio se encuentran los elementos que caracterizan el acto condición; lo más importante es que implica una manifestación de voluntades (la de los contrayentes) para crear un estado permanente de vida entre los cónyuges, originando derechos recíprocos, así como las relaciones permanentes que no se agotan por su cumplimiento, pues se renuevan indefinidamente.

El Dr. Gabino Fraga, clasifica los actos jurídicos por razón del efecto que producen. Al referirse a los tres tipos de actos ya mencionados, dice que el efecto de tales actos jurídicos condición "es el de condicionar la aplicación de una situación general a una particular".

El Dr. Raúl Ortiz-Urquidí, transcribe del Dr. Gabino Fraga, lo siguiente: "Resulta que en multitud de casos la norma jurídica no es aplicable de pleno derecho a un caso individual; para que lo sea es necesario la verificación de un acto jurídico intermedio. Este acto produce una modificación en el orden jurídico, puesto que por su realización el individuo que se ve colocado dentro de la regla ge

neral así por ejemplo, la situación de un hijo adoptivo o de casado no se aplica de pleno derecho a todos los individuos; se requiere para el primer caso, el acto de adopción y, para el segundo, el acto del matrimonio". "Esos actos necesarios para que una situación jurídica general se aplique a un caso individual, se designan con el nombre de actos-condición, significándose con esta expresión la aplicación de la norma general" (12).

#### C) EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO

Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia -- tanto del particular como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

Planiol y Ripert, en su tratado *Práctico de Derecho -- Civil Francés*, dan una concepción distinta al acto jurídico

(12) Raúl Ortíz-Urquidí. *Matrimonio por Comportamiento* Pág.55.

mixto, diciendo que: "la única concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, - del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros autores como un contrato y sacramento a - la vez" (13).

El Dr. Rafael Rojina Villegas dice que: "El matrimonio es un acto jurídico mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Juez del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en el legítimo matrimonio, éste no existirá desde el punto de vista jurídico" (14).

#### D) EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO.

Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se ha considerado fundamental

(13) Citados por Raúl Ortíz-Urquidí. Ob. Cit. Pág. 55

(14) Rafael Rojina Villegas. Ob. Cit. Pág. 282.

mente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.

El jurista italiano Degni opina que cuando se dice que el matrimonio es un contrato no debe creerse que se trata de un contrato como la generalidad de los contratos. El matrimonio es un contrato en cuanto surge por efectos de la voluntad de los esposos, más no deja de tener una particular estructura, vinculada íntimamente con los fines que la institución del matrimonio se propone; justifica y explica los límites señalados por la Ley, el interés general, a la eficacia de la voluntad de los contrayentes. Continúa diciendo Degni que el consentimiento no puede ser considerado solamente como el presupuesto para la constitución del matrimonio. La intervención del Estado es esencial según su criterio para la perfección del matrimonio, pero únicamente como elemento de reconocimiento de la voluntad de los cónyuges y la de falta de todo impedimento para la validez del

acto, pero la voluntad del Estado no puede situarse en el mismo plano que la voluntad de las partes de unirse en matrimonio, ya que la voluntad del Estado es indispensable para la formación legal del matrimonio por exigencias de orden social.

Por su parte el Dr. Rafael Rojina Villegas, dice que en el derecho de familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto, pues sostiene en forma categórica que debería desecharse la tesis contractual ya que ésta sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso y negar el principio consagrado por el derecho canónico que dió carácter de sacramento al matrimonio y como dice el artículo 130 de nuestra Constitución de 1917, el matrimonio es un contrato civil exclusivamente de la competencia de los funcionarios, y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas le atribuyen.

#### E) EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION

Como una modalidad a la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión toda vez que los con-

sortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintas de aquellos que imperativamente determina la Ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. "En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados" - (15).

#### F) EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO

Desde el punto de vista el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

(15) Rafael Rojina Villegas. Ob. Cit. Pág. 287.

El matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho, en los sistemas que le niegan a aquél efectos jurídicos.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aún cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; -- sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de -- convivencia que existe entre los esposos. Por consiguiente, faltando ese estado puede darse el caso de la disolución en los términos de las fracciones VIII y IX del artículo 267 - del Código Civil vigente.

G) EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.

El jurista italiano Antonio Cicu, es quien sostiene -- que : "El matrimonio no es un contrato sino un acto de poder estatal. Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al Juez del Registro Civil, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. De lo anterior se deduce que la Ley no considera el matrimonio como contrato, tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento; Éste y solo éste es constitutivo del matrimonio. Se comprende que si no vacilamos en llegar a esta conclusión, esto es porque la misma está consentida y justificada por la premisa contenida en la primera parte; y una vez admitido que el interés en la constitución de relaciones familiares sea también interés del Estado, no se puede tener dificultad en considerar el matrimonio como constituido formalmente por acto de poder público y no es dudoso que esta fuese la meta de la evolución histórica: Es el Estado el que une en matrimonio; se objetará - que además del interés del Estado existe el interés bien -

distinto de los esposos, el cual incluso debe considerarse como preponderante, tanto que el Estado está obligado, en defecto de impedimentos, a la celebración. Pero se ha visto que el interés de los esposos no puede ser considerado como un interés individual privado de los mismos; por consiguiente, también bajo este aspecto la concepción privadística carece de base. Lo que más contribuye a mantener firme la concepción contractual es la consideración de que hay libertad de unirse o no en matrimonio, y que sin la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es concebible; que incluso el consentimiento aquí es más simple, más vinculante. No se advierte que mientras el contrato limite la libertad de un contratante frente al otro, el matrimonio no limita, sino que excluye la libertad, y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior (divinidad, estado). Por eso el Estado no se mantiene como extraño. Se tiene, en cambio interés familiar, elevado a interés estatal. Si después de esto todavía se quiere hablar de negocio jurídico familiar, no habrá problema en estar de acuerdo; con tal de que el negocio no se haga consistir en el contrato entre los esposos, y, en todo caso, se deje de lado la concepción

privadística" (16).

#### H) EL MATRIMONIO COMO ACTO UNION

El Dr. Gabino Fraga sostiene esta tesis y aborda la -- clasificación de actos unilateralmente y plurilateralmente, para en seguida dividir estos, los plurilaterales, en contractuales, o sea aquellos en los que tanto el objeto como la finalidad perseguida por cada contractante es diferente; en colectivos o complejos o actos de colaboración como también los llama, o sea aquellos en que las voluntades que concurren a la formación del acto tienen el mismo objeto y la misma finalidad (ejemplo, la formación de una Ley). El Dr. Ortíz-Urquidi (17). Transcribe las palabras del Dr. Gabino Fraga, al decir "puede presentarse un tercer caso en que, concurriendo varias voluntades, tengan el mismo objeto, lo cual asemejaría el acto colectivo, pero que tiene cada una de ellas, finalidades diferentes, lo cual sería motivo para asemejarlos al contrato. Este tercer caso se considera por algunos autores, como siendo en realidad una forma del

(16) Antonio Cicu. "El Derecho de Familia". Trad. de Santiago Sentés, Cit. Raúl Ortíz-Urquidi. "Matrimonio por Comportamiento".

(17) Raúl Ortíz-Urquidi. Ob. Cit. Págs. 60 y 61.

acto complejo o colectivo, porque se estima que un mismo objeto de la voluntad puede satisfacer múltiples y diversos intereses.

Sin embargo, se ha sostenido que esta forma a que nos venimos refiriendo debe considerarse como un tipo especial del acto plurilateral, habiéndosele llamado en la doctrina acto-uni6n. A ese efecto, se indica que en 6l las voluntades concurrentes no son independientes como en el acto colectivo, sino que ellas est6n ligadas entre s6 de manera de dar lugar a una convenci6n; pero sin que esta llegue a formar un contrato, puesto que en el efecto jur6dico que se produce y que es otro elemento que viene a caracterizar a 6ste, no es crear una situaci6n jur6dica individual. Por ejemplo: El acto del matrimonio implica la concurrencia de dos voluntades que se convencionan, lo cual har6a pensar en calificarlo como un contrato, sino fuera porque esas voluntades no son las que determinan la situaci6n jur6dica de los c6nyuges, pues 6sta se encuentra de antemano determinada por la Ley.

De manera que el acto del matrimonio no es sino la condici6n de aplicaci6n del estado de casados a los que concurren por su voluntad a formarlo.

## I) EL MATRIMONIO COMO CONVENIO EN SENTIDO TECNICO

Plugliatti, al iniciar el estudio del negocio jurídico en su obra *introducción al estudio del derecho civil*-traducción del maestro Vázquez del Mercado afirma que "es más fácil identificar los diversos negocios típicos a través de su particular: *Nomen juris*, antes que abarcarlos bajo propias denominaciones de clases o grupos"; así pueden ponerse de relieve los nombres de los contratos individuales y pueden también encontrarse términos propios de particulares negocios no contractuales: el matrimonio, el testamento, la renuncia, la aceptación de herencia, etc.", y sobre esta base de considerar que el matrimonio es un negocio no contractual, lógicamente afirma más adelante que los contratos no agotan la categoría de los negocios bilaterales aún cuando ocupan la mayor parte. Tienen, en efecto, la misma estructura de los negocios bilaterales, los negocios que se designan como convencionales en sentido técnico y restringido (en sentido lato el término "convención" comprende también los negocios contractuales). Dada la identidad de estructura, la distinción entre estas dos categorías de negocios bilaterales debe ser hecha en relación al contenido: los contratos tienen un contenido patrimonial y pertenecen de pre-

ferencia al campo obligadas a crear un status, una situación jurídica estable. El matrimonio es el acto civil regulado por los artículos 53 y siguientes del Código Civil. -- Los artículos se refieren al Código Civil Italiano; no el negocio contractual, que regula el régimen patrimonial entre los cónyuges, artículo 1378 y siguientes del Código Civil y que presume justamente el acto civil; la adopción, para la que se requiere el consentimiento del adoptante y del adoptado (artículo 208 del Código Civil)" (18).

#### E) EFECTOS

Los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista: a) Entre consortes; b) En relación con los hijos y c) En relación con los bienes.

Los efectos entre consortes, son tanto los derechos que se derivan del estado civil que rige el matrimonio, como las obligaciones correlativas a ese status.

(18) Salvador Pugliatti. "Introducción al estudio del Derecho Civil". Trad. del Lic. Alberto Vázquez del Mercado Editorial Porrúa, S.A. México 1943, Pág. 238, 300 y 301. Cit. por Raúl Ortíz-Urquidí. Ob. Cit. Págs. 61 y 62.

Los efectos en relación a los cónyuges son:

1. El derecho a la vida en común con la obligación correlativa de la cohabitación.
2. El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente.
3. El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos.
4. El derecho y obligación, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

a) El derecho a la vida en común, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él - puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir con los fines del matrimonio. Ya que constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o derivadas. La vida en común implica la relación jurídica fundante, por que si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.

b) El derecho relativo a exigir el débito carnal, no sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación, dado que cabe determi

nar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad.

Evidentemente que, como en todos los problemas de derecho familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto por el artículo 162 del Código Civil vigente, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. En algunas definiciones, tanto de la doctrina como de la Ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para tal efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

Desde el punto de vista jurídico el deber de la relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.

c) El derecho de exigir fidelidad, y la obligación correlativa, implica fundamentalmente la facultad reconocida

en la Ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con personas de otro sexo, que sin llegar al adulterio sí implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. No sólo existe, en relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil - relativa al divorcio, el adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber. Además, no sólo se comprende el aspecto jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica.

En nuestro derecho, tanto el Código Civil, como el Penal, no distinguen en cuanto a las consecuencias del adulterio del marido o de la esposa. El artículo 267, fracción I del Código Civil, estatuye que es causa de divorcio, el adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges. Los artículos 273 a 276 del Código Penal, no hacen distinción alguna en la sanción y configuración del delito del adulterio del hombre o de la mujer.

La creencia vulgar de que las relaciones íntimas que tenga un cónyuge con persona de otro sexo, sin llegar al --

adulterio, no se encuentran sancionadas jurídicamente, sólo podría ser exacta desde el punto de vista estrictamente penal, pero el derecho civil es evidente que concede una acción al cónyuge ofendido para exigir el divorcio por injuria grave. Si sólo hubiese sanción al deber de fidelidad para el caso del adulterio, peligraría la institución matrimonial, y razones de seguridad jurídica y de interés público motivan la necesidad de admitir las conclusiones anteriores.

d) El derecho y obligación a exigir asistencia y ayuda mutua, se trata de verdaderos derechos - deberes o estados funcionales, que descansan siempre en la solidaridad familiar y tiene por objeto realizar los fines superiores de la misma. Una de las principales es la relativa a la prestación de alimentos que la Ley impone a los consortes; pero, fundamentalmente, no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial. El deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges (19).

(19) Rafael Rojía Villegas. Compendio de Derecho Civil.

Los efectos del matrimonio respecto a los hijos, se aprecian desde tres puntos de vista: a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres y c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

a) El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 dispone: "se presumen hijos de los cónyuges : I. Los hijos nacidos después de los 180 días contados desde la celebración del matrimonio; II. Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

b) Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres. Los artículos 354 a 359 del Código Civil vigente regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no por un decreto del jefe del Estado, como suce

de, por ejemplo, en el derecho italiano o alemán. Dice el artículo 354 del Código Civil vigente "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos habidos antes de su celebración".

c) Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. En nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y los abuelos sean legítimos o naturales. Por este motivo, nuestro Código Civil vigente al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad del hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, conforme al orden reconocido en el artículo 420 del Código Civil vigente, es decir, primero a los padres, a falta de ellos a los abuelos paternos, y, en su defecto a los abuelos maternos. En los artículos 415 a 418 del Código Civil vigente, expresamente regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de los hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio sólo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio o atribución de

la patria potestad, respecto a los hijos legítimos.

En la mayoría de las legislaciones, el matrimonio sí produce efectos; por lo que se refiere al padre, se requiere que se trate de hijos legítimos para que se ejerza la potestad respectiva, con el conjunto de derechos y obligaciones. En cuanto a la madre generalmente se admite que tratándose de hijos naturales, a ella le corresponde la patria potestad. Existe un sistema distinto conforme al cual, tratándose de hijos naturales, no se reconocen los efectos de la patria potestad, sino que se somete a los menores a una tutela especial (20).

Los efectos del matrimonio respecto a los bienes. Conforme al sistema regulado por el Código Civil vigente, existen dos regímenes posibles en cuanto a los bienes al celebrarse un matrimonio: a) El de separación de bienes, y b) - El de sociedad conyugal. El artículo 98, fracción V, del Código Civil exige que con la solicitud de matrimonio se presente el convenio que los pretendientes deberán celebrar - con relación a sus bienes presentes y a los que adquirieran -

(20) Rafael Rojina Villegas. Ob.Cit. Págs. 327 y 328.

después. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. En consecuencia, la Ley no presume ningún sistema, sino que es obligatorio convenirlo expresamente. El oficial del Registro Civil no deberá proceder a la celebración del matrimonio si no se cumple con este requisito previo de fundamental importancia.

En la actualidad se persigue como principal fin, el de realizar la seguridad jurídica entre los consortes por lo que toca a sus bienes, de tal manera que la certeza en cuanto al régimen queda definida, no por una presunción legal, sino por un convenio que al efecto celebran los consortes.

Prescribe el artículo 178 del Código Civil vigente que el contrato de matrimonio debe celebrarse según el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. En consecuencia, expresamente la Ley considera que por lo que se refiere a los bienes, los consortes deben celebrar un contrato pactando uno u otro sistema.

Dicho contrato lleva el nombre especial de "capitulaciones matrimoniales" que el artículo 179 del Código Civil vigente define como el pacto que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y

reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso (21).

El artículo 180 del Código Civil vigente expresa: "Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, pudiendo comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieren después". Para otorgar capitulaciones matrimoniales, se requiere la capacidad necesaria para contraer matrimonio e inclusive el menor puede pactarlos, con la concurrencia de las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio.

Deben contener las capitulaciones matrimoniales, la mención de los bienes que cada consorte lleva a la sociedad, tanto si son inmuebles como muebles; la nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio y si la sociedad a de responder de ellas; la declaración expresa de que si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos; si solamente comprende sus productos, si son de ingresarse a la

(21) Rafael Rojina Villegas. Ob. Cit. Págs. 328 a 330.

sociedad los productos del trabajo de cada consorte, si se ingresaran los bienes futuros que adquirieran los cónyuges durante el matrimonio. En resumen, la Ley, en forma amplia, permite la constitución de la sociedad conyugal, dejando plena libertad a los cónyuges para determinar los bienes y productos que la constituyan.

La sociedad conyugal termina con la disolución del matrimonio, que puede deberse a defunción, a nulidad de aquel, o a divorcio. Puede determinarse antes, si así lo convienen los cónyuges, puede también terminar durante el matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges conforme al artículo 188 del Código Civil vigente.

En el régimen de separación de bienes debe pactarse, al igual que en la sociedad conyugal, las capitulaciones matrimoniales y pueden tener lugar antes de la celebración -- del matrimonio o durante el mismo.

Como hemos analizado el matrimonio, por lo que respecta a nuestra legislación actual podemos señalar primeramente que para poder establecer un concepto moderno del matrimonio es necesario analizar las primeras formas de unión -- que han existido, como lo fueron en la antigüedad primero -- en la etapa conocida como promiscuidad primitiva, en la --

cual la organización del grupo familiar se reguló siempre - en relación a la madre, desconociéndose por esa forma de -- unión la paternidad, después se conoció otro tipo de unión que fue el matrimonio por grupos y esta unión o matrimonio se efectuó por grupos de una tribu con grupos de otra tribu diferente y aquí también predominó el régimen matriarcal. Posteriormente surge el matrimonio por raptó, en esta unión generalmente la mujer es considerada como parte del botín - de guerra. Más adelante el matrimonio por compra, y es aquí donde se consolida la monogamia, ya que el marido adquiere un derecho de propiedad sobre la mujer, y tomando como antecedentes estos conceptos o formas de unión podemos decir -- que el matrimonio en la actualidad es como lo señalan dife- rentes autores entre ellos Rafael Rojina Villegas que dice: "El matrimonio es una manifestación libre de voluntades en- tre hombre y mujer que se unen para constituir un estado -- permanente de vida y perpetuar la especie". Rafael de Pina dice: "El matrimonio es un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines expon- táneamente derivados de la naturaleza humana y de las situa- ciones voluntariamente aceptadas por los contrayentes".

Como podemos observar en estos conceptos modernos de matrimonio existe ya una igualdad entre los contrayentes, puesto que se establece como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer. Otro concepto más amplio es el que emite el Dr. Raúl Ortíz-Urquidí al decir: "Que el matrimonio consiste, complejamente, en la unión y convivencia de un solo hombre y una sola mujer, para hacer nacer entre ellos, de acuerdo con la Ley, determinados derechos y obligaciones.

Este concepto es aún más amplio que los anteriores, ya que no sólo establece libertad e igualdad entre los contrayentes sino que además les impone derechos y obligaciones de acuerdo con la Ley, es decir, que el matrimonio es regulado por la manifestación bilateral de voluntades de los contrayentes y por la solemnidad que le impone el estado y como consecuencia de esta unión nacen los derechos y obligaciones relativas a la Institución del matrimonio, mismas que de no ser cumplidas darán consecuencias que desvirtúen la naturaleza del matrimonio.

Por lo que respecta a nuestra legislación nuestro Código Civil de 1870 en su artículo 159 define el matrimonio y dice: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo -

hombre y una sola mujer, que se unen en un vínculo indisolu  
ble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso  
de la vida". Por su parte el Código Civil de 1884 se apega  
al mismo concepto. Como se observa en este concepto se seña  
la que los contrayentes se unen en un vínculo "indisoluble"  
término que en la actualidad ha desaparecido ya que en es-  
ta época es necesario adaptarse a las necesidades y progre-  
sos de nuestra sociedad. Y es así como en la Ley de Relacio  
nes Familiares expedida por Don Venustiano Carranza el 9 de  
abril de 1917, en su artículo 13 concretamente se señala -  
que: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hom-  
bre y una sola mujer que se unen con un vínculo disoluble,  
para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la  
vida".

Como vemos en este concepto se permite que el vínculo  
sea disoluble y se nota un mayor avance del concepto del ma-  
trimonio puesto que en el anterior se nota aún la influen-  
cia de la religión y ya con esto se divide claramente el ma-  
trimonio religioso del civil dándosele prioridad y mayor va-  
lidez al matrimonio civil, y por lo tanto su regulación com-  
pete exclusivamente a las autoridades civiles, es decir, el  
Estado Mexicano.

Por lo que respecta a nuestro Código Civil vigente en ninguna de sus disposiciones define expresamente al matrimonio, pero según varios artículos se puede notar que es el mismo de la Ley de Relaciones Familiares. El artículo 147 del Código Civil vigente señala que: "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta", y el artículo 162 del Código Civil, establece: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente". En otras palabras podemos decir que nuestro Código Civil vigente se apega al concepto señalado en el artículo 13 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Analizando lo anterior podemos decir que el concepto de matrimonio es claro, pero, para que se dé esta unión es necesario que existan diferentes elementos como lo son los esenciales y los de validez.

Por una parte tenemos los elementos esenciales del matrimonio que son: La voluntad de los contrayentes y esta se manifiesta con la concurrencia de voluntades de los contrayentes, esto es, el consentimiento propiamente dicho.

Y además es necesario la declaración del Juez del Re--

gistro Civil, esto es, en el sentido de que los cónyuges -- quedan unidos en nombre de la Ley y de la sociedad. Por o--tro lado tenemos el objeto, que es el conjunto de relacio--nes jurídicas que ambos han convenido en crear por propia - voluntad, además en el objeto se encuentra la creación de - estos derechos y obligaciones entre los consortes y en rela--ción con los hijos. Un tercer elemento esencial es la solem--nidad, y esto es que las declaraciones de voluntad de los - contrayentes deben revestir la forma ritual que la Ley esta--blece.

Estos elementos son fundamentales ya que a la falta de alguno de ellos no podría darse el matrimonio, primeramente no puede haber matrimonio si no existe voluntad de parte de los contrayentes, de la misma forma no tendría sentido si - no hubiese un objeto a seguir, y por lo que respecta a las solemnidades al no existir estas darían lugar a la inexis--tencia del matrimonio.

Los elementos de validez del matrimonio son:

La capacidad, por lo que toca a este elemento tenemos capacidad de goce y de ejercicio, la de goce se refiere con--cretamente a la aptitud para la cópula entre los contrayen--tes, es decir, la edad requerida por la Ley para el matrimo--

nio, así como la salud física y mental de los contrayentes y además que no tengan hábitos viciosos como la toxicomanía o el alcoholismo. En cuanto a la capacidad de ejercicio, esto es que los contrayentes puedan celebrar el acto del matrimonio libremente y en el caso de menores de edad se requerirá el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela.

Como segundo elemento de validez tenemos el de ausencia de vicios de la voluntad, esto significa que la voluntad debe estar exenta de vicios. El error vicia el consentimiento, que recae sobre la persona del contrayente, por ejemplo cuando una persona debe celebrar matrimonio con una persona determinada y lo contrae con otra. Otro vicio en la voluntad además del error, lo es la violencia que consiste en la fuerza o miedo graves.

El tercer elemento es la licitud en el objeto, esto -- consiste en una serie de medidas que la Ley establece para que se pueda celebrar el acto, como lo es que no exista algún parentesco entre los cónyuges, que no exista algún atentado contra la vida de uno de los cónyuges para casarse con quien queda libre, etc.

Por último tenemos las formalidades, estas formalida--

des consisten en la serie de pasos a seguir, es decir, es la estructura que debe seguir el acta matrimonial, como es lugar, día y hora del acto; edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes; el consentimiento de los padres; el régimen sobre el cual se casan, etc.

Como se puede apreciar los elementos de validez del matrimonio son los que le dan forma o validez legal al acto. Ya que primeramente debe existir una capacidad para que se pueda celebrar el matrimonio ya que sin esta no tendría validez el acto. Por otro lado es necesario que no existan vicios en la voluntad de los contrayentes, ya que si existiera algún vicio el acto sería nulo. Además es necesario que exista licitud en el objeto, ya que esto es muy importante puesto que el objeto es primordial en la celebración del matrimonio. Y por último tenemos las formalidades que son fundamentales ya que la omisión de éstas originan la nulidad del matrimonio.

Además de analizar el concepto y los elementos, tanto esenciales como de validez del matrimonio, es importante analizar la naturaleza jurídica del matrimonio y como se establecía que el matrimonio es concebido desde diversos puntos de vista como lo son los siguientes: El matrimonio como

institución, el matrimonio como acto jurídico condición, el matrimonio como acto jurídico mixto, el matrimonio como contrato ordinario, el matrimonio contrato de adhesión, el matrimonio como estado jurídico, el matrimonio como acto de poder estatal, el matrimonio como acto unión y el matrimonio como convención en sentido técnico.

Todos y cada uno de estos puntos de vista tienen cierta razón de ser, puesto que todos emiten sus fundamentos y tal vez la conciben según la época y necesidades y como tal es muy respetada, pero para nosotros al igual que el Dr. Rafael Rojina Villegas estamos de acuerdo con su idea, quien considera el matrimonio, como acto jurídico mixto, es decir, por la realización de un acto jurídico privado y un acto jurídico público. los actos jurídicos privados se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; y los actos jurídicos públicos se realizan por la intervención de los órganos estatales, agrega que para la realización del acto del matrimonio se requiere el consentimiento de los contratantes (esto viene a ser el acto jurídico privado, pues ya que en el consentimiento solo intervienen los particulares otorgando su consentimiento para contraer matrimonio), y la intervención del Juez del Registro Civil en representación

del Estado, para que haga la manifestación expresa de declararlos unidos en matrimonio en nombre de la Ley y la sociedad (esto formaría el acto jurídico público ya que en él intervienen el Juez del Registro Civil representando al Estado). Es por esto que estamos de acuerdo con el Dr. Rafael Rojina Villegas al establecer que el matrimonio es un acto jurídico mixto.

Por lo que respecta a los efectos del matrimonio en -- nuestra legislación vigente tenemos que se dan desde tres -- ángulos diferentes: como lo es entre los consortes, en relación con los hijos y en relación con los bienes.

Como es natural al celebrarse el acto del matrimonio y al estar plenamente regulado por el Derecho surgen diversos derechos y obligaciones para ambos cónyuges. Por lo que toca a los efectos del matrimonio en relación con los cónyuges es el derecho a la cohabitación, a la relación sexual, fidelidad, asistencia y ayuda mútua como se puede apreciar son derechos y obligaciones que les corresponde cumplir como pareja que se integra a través del matrimonio para formar un hogar o familia, es decir, es el objeto primordial -- del matrimonio.

Como consecuencia de esta unión y en cumplimiento del

objeto del acto del matrimonio se procrean hijos y los efectos del matrimonio respecto a estos son principalmente atribuirles la calidad de hijos legítimos a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres y -- además para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. Como se puede observar al celebrarse el matrimonio el Estado por medio de sus leyes protege primordialmente a los hijos nacidos antes o después de celebrado el matrimonio.

Por otra parte tenemos los efectos del matrimonio respecto a los bienes y esto consiste en que al momento de celebrarse el matrimonio se establezca en el acta respectiva sobre qué régimen se celebra el acto matrimonial. Es decir nuestra legislación establece dos tipos de régimen: El de separación de bienes y el de sociedad conyugal. Esto es con el fin de realizar la seguridad jurídica entre los consortes, es decir, la ley considera que por lo que se refiere a los bienes, los cónyuges deben celebrar un contrato pactando uno u otro sistema. A este contrato se le llama capitulaciones matrimoniales y pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, y además de comprender los bienes de que son dueños, también los que adquieren des

pués y son bienes, muebles o inmuebles. Por esta parte la -  
Ley protege también el patrimonio de cada uno de los cónyuges, así como también de la sociedad que pasan a integrar.

### CAPITULO III

#### EL DIVORCIO ASPECTO HISTORICO

A) LA INDIA

B) HEBREOS

C) EGIPTO

D) GRECIA

E) ROMA

## EL DIVORCIO ASPECTO HISTÓRICO

Con el crecimiento de los pueblos y el establecimiento de las instituciones como la familia, el matrimonio, etc., la humanidad fue evolucionando y conoció o creó nuevas formas de vida, así como en un momento estableció la institución del matrimonio, poco tiempo después buscó la forma de romper el vínculo matrimonial y así es como nace el divorcio.

El divorcio fue una de las formas aceptadas generalmente por los pueblos más antiguos para romper el matrimonio, de tal manera que esta institución fue concebida como una solución a los problemas existentes entre los matrimonios de la antigüedad.

### A) LA INDIA

En la legislación india (Código de Manú) aceptaban -- que el esposo podía repudiar a su mujer por diversas causas, entre ellas, por la esterilidad de ésta, a los ocho años de celebrado el matrimonio.

Tanto el divorcio como el segundo matrimonio de la mujer están prohibidos en las castas superiores; pero son comunes en los estratos no indúes o en los inferiores de la

sociedad (1).

## B) HEBREOS

El pueblo Hebreo en la antigüedad conoció el divorcio en forma peculiar y de acuerdo con sus costumbres y las ideas que formaron su cultura.

La familia estaba sujeta al régimen patriarcal admitiéndose la poligamia a condición que el varón pudiera proveer el mantenimiento, vestido y débito conyugal de sus consortes.

Una de las formas de disolución del vínculo matrimonial, fue también el repudio que por años después se generalizó en Roma. Consistía en una declaración razonada de las causas por las cuales se pretendía la disolución vincular. En el caso particular del varón, éste podía repudiar a su mujer si ésta no reunía las cualidades o atributos que había creído que tenía. Existían algunos casos especiales que no sólo eran causas de repudio, sino además tenían señaladas sanciones especiales. Ellas eran: Cuando la mujer al --

(1) Antonio de Ibarrola. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S.A., México, 1978. Pág. 68.

llegar al matrimonio no era virgen o bien en los casos en que una vez celebrado el matrimonio era sorprendida en adulterio.

En el primer caso la Ley mosaica establecía que fuera sacada a la puerta de la casa de su padre y apedreada hasta morir. En el segundo caso si los adúlteros eran sorprendidos en el lecho, ambos debían morir.

La familia se degradó con la poligamia y con el divorcio. De éste se hizo tan pródigo abuso que una simple carta de despido tenía la propiedad de disolver el vínculo matrimonial, repudiada dos veces la mujer no podía contraer matrimonio con el marido, porque la mujer no podía repudiar al marido, pues es una adquisición del hombre. Las causas del repudio estaban reguladas por el capricho del marido.

La cosa más insignificante que molestase al marido era causa bastante para que éste pudiese escribir una carta de separación (2).

### C) EGIPTO

Durante el último lapso (1085-332 A.C.) no hay prueba alguna de que se hubiese admitido el divorcio. Numerosas --

(2) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 64

pinturas reporducen la paz de la vida doméstica. Cuando más tarde apareció el divorcio, se cuidó de salvaguardar los -- derechos de cada parte (3).

Así como en los otros países en Egipto también existió el llamado divorcio-repudio, en el que estuvo exclusivamente a disposición del esposo quien tenía el derecho derivado de la fuerte potestad marital de arrojar de él a su mujer.

#### D) GRECIA

El divorcio estaba autorizado a cualquiera de sus cónyuges, y podía ser efectuado rechazando al otro o abandonándolo, sin expresar la causa. La mujer divorciada regresaba a su propia familia (4).

La forma de romper con el vínculo matrimonial fue también el divorcio-repudio.

Las esposas eran repudiadas por ser estériles, y en -- cuanto a la esterilidad del marido no autorizaba el divor-- cío.

#### E) ROMA

(3) Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 72

(4) Antonio de Ibarrola. Ob. Cita. Pág. 74

Parece cierto que el divorcio en cuanto al vínculo, -- existió en el derecho romano desde las épocas más remotas, y que podía pedirse sin causa jurídica que lo justificase, a pesar de la afirmación de Plutarco, que atribuye a Rómulo - una fantástica ley que determinaba las causas legítimas del divorcio.

Explican los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institu-- ción del matrimonio se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el efecto conyugal. Por lo tanto, cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio. Por lo tanto en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento: Si se contrajo por medio de la Confarreatio el divorcio se lleva-- ba a cabo por la Difarreatio; si era por medio de la coemptio, entonces procedía la Remancipatio.

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

La facilidad de obtener el divorcio, produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha insti-

tución, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía. La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el filósofo Séneca pudo decir: "¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de cónsules, sino por el número de sus maridos?. Se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse".

Constantino únicamente permitió el divorcio cuando existiera una causa justa para obtenerlo. En caso contrario se castigaba al infractor de esta norma, pero no se nulificaba el divorcio. Justiniano estableció como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse, las siguientes:

- 1.- Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el estado.
- 2.- Adulterio probado de la mujer.
- 3.- Atentado contra la vida del marido.
- 4.- Trato con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.
- 5.- Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.

6.- Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

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

1.- La alta traición oculta del marido.

2.- Atentado contra la vida de la mujer.

3.- Intento de prostituirla.

4.- Falsa acusación de adulterio.

5.- Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, -- con persistencia.

El propio emperador prohibió el divorcio por mútuo consentimiento, pero su sucesor Justino hubo de restablecerlo porque la opinión pública se lo exigió. (5)

Después de este análisis histórico por lo que respecta al divorcio en la etapa antigua, podemos observar que lo que predominó fue el llamado divorcio-repudio, pero éste se inclina a favor del hombre puesto que era él el que podía re-

(5) Eduardo Pallares. *El Divorcio en México*. Edit. Porrúa, S.A. México, 1979, Págs. 11, 12 y 13.

puédar a su mujer.

Como vemos existió un machismo en cuanto a la institución del divorcio ya que al inclinarse a favor del hombre - la mujer pasaba a un lugar inferior y le era prohibido a ella repudiar a su esposo.

Pero la institución del divorcio fue evolucionando, ya que al existir el divorcio-repudio era muy fácil divorciarse y esto producía inmoralidad y daba como consecuencia que se hiciera un uso indebido del mismo. Esto atentaba contra la estabilidad y dignidad moral del matrimonio.

Por lo que fue necesario reglamentarlo, y es así como los romanos establecen ya causales de divorcio tanto para el hombre como para la mujer.

El divorcio es la institución que rompe el vínculo matrimonial y como se observa desde la antigüedad su finalidad fue solucionar los problemas existentes dentro de la familia, pero en este aspecto se descuidaba lo referente a los hijos concebidos durante la existencia del matrimonio.

En los diferentes pueblos de la antigüedad de una o de otra forma existió la institución del divorcio, en algunos se daba como consecuencia de la esterilidad, o a causa de que la mujer no fuera virgen: Es decir, que se adoptaban me

didas muy superficiales para disolver el matrimonio.

Pero el avance más importante en esta época como ya lo señalamos fue que en Roma se dieron ya igualdad para los -- cónyuges de pedir el divorcio y lo más importante es que se señalan ya causales de divorcio para ambas partes.

## CAPITULO IV

### EL DIVORCIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACION

A) CONCEPTO

B) CODIGO CIVIL DE 1870

C) CODIGO CIVIL DE 1884

D) LEY DE RELACIONES FAMILIARES

E) TIPOS DE DIVORCIO

F) SEPARACION DE LECHO Y HABITACION

## EL DIVORCIO EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN

Al analizar los aspectos históricos del divorcio, se puede observar que la Institución del Divorcio surgió a la par que el matrimonio, es decir, como una consecuencia del matrimonio. A este respecto el Dr. Ignacio Galindo Garfías, expresa en su obra intitulada "Derecho Civil", lo siguiente: "El divorcio es una institución jurídica que propiamente surgió al mismo tiempo en que el Derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común. Apareció en una forma primitiva como un derecho concedido al varón de repudiar a la mujer, en ciertos casos, por causa de adulterio de la esposa, y también, con no menor frecuencia, se aceptaba el ejercicio del derecho de repudiar, fundada en la esterilidad de la mujer". (1).

### a) CONCEPTO

Por lo que corresponde al concepto del divorcio tene--

(1) Ignacio Galindo Garfías. Derecho Civil, Edit. Porrúa, S.A., México, 1979, Pág. 576.

mos diferentes puntos de vista, como son los siguientes: Por su parte Rafael de Pina, señala: "La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; - en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso". (2). Por otro lado Benjamín Flores Barrueta nos dice que: "El divorcio es la disolución del vínculo del matrimonio, en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio" (3). Por lo que respecta a nuestro Código Civil vigente, establece en su artículo 266 que: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Por lo que podemos decir que, jurídicamente el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial declarado por

[2]Rafael de Pina. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S.A., México, 1956. Pág. 340.

[3]Benjamín Flores Barrueta. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A., México, 1960, Pág. 382.

autoridad competente, a petición de parte legítima, mediante el procedimiento fijado al efecto y por una causa determinada de modo expreso, quedando los cónyuges desligados de las obligaciones que les impone el matrimonio y en aptitud de celebrar segundas nupcias.

Un concepto de divorcio más amplio nos lo da el Dr. - Ignacio Galindo Garfías al decir: "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretado por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial, y en ciertos casos, de la autoridad administrativa dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial. En cualquier caso, la resolución que decreta la ruptura del vínculo matrimonial, debe ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los cónyuges, ya sea porque ha quedado probada en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la ley como causa de divorcio, han provocado la ruptura de

ese consenso necesario para mantener el vínculo (divorcio contencioso o necesario) o porque marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento)". (4).

#### b) CODIGO CIVIL DE 1870

Antes de analizar este Código por lo que respecta al divorcio, es necesario estudiar la Progresión Legislativa del Derecho Civil Mexicano. "Por lo que toca a la época pre cortesiana, es innegable el primitivismo jurídico que informaba el Derecho de los diferentes pueblos mexicanos y de -- ahí que no se pueda hablar con propiedad de legislaciones -- ni de progresiones legislativas. Las normas que regían las manifestaciones de la vida privada de esos pueblos eran eminentemente consuetudinarias. La costumbre no escrita, trasmitida tradicionalmente de generación en generación, integraba el Derecho de los reinos, tribus y familias del territorio que hoy constituye la República Mexicana.

Se advierte entre la masa de derecho consuetudinario -

(4) Ignacio Galindo Garfías. Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A. México, 1979, Págs. 575 y 576.

de cada una de estas grandes familias de aquella época numerosas diferencias esenciales, debidas, al mayor o menor grado de civilización alcanzada por cada una de ellas. La religión intervenía en la inmensa mayoría de los actos y relaciones jurídicas, no para regular éstos o darles determinado contenido sustancial, sino para establecer o predecir si eran fastos o nefastos, de acuerdo con los augurios religiosos.

En la época colonial y hasta la independencia, los españoles trajeron consigo su derecho e hicieron lo posible para imponerlo a los indígenas, sin embargo, comprendieron desde los primeros momentos la conveniencia de atemperar el Derecho de Castilla con las costumbres indígenas, a cuyo efecto proveyeron los Reyes de España a instancia de los misioneros que extendían la Religión católica.

Los cuerpos legales de Castilla durante la dominación española en México empezaron con las Leyes de Toro (1505), donde se hizo lo posible por determinar la prioridad y la vigencia de las múltiples disposiciones anteriores que informaban el derecho nacional de Castilla. Después surgieron otras leyes como la Nueva Recopilación (1567), la Novísima Recopilación (1805). Además hubo cuerpos subsidiarios como

el Fuero Real, Fuero Juzgo, Fueros Municipales y Las Partidas.

Durante esta época se dieron numerosas cédulas cuyo estudio es muy interesante para el Derecho Civil Mexicano, puesto que van modulando el contenido del Derecho Privado de acuerdo con las necesidades de la colonia. Entre estas cédulas tenemos las siguientes: La de conferir mercedes de baldíos y realengos (1754); la que reglamentaba el registro de hipotecas (1788); la que se refiere a mantener el secreto de los contratantes en determinadas escrituras (1789); la que reglamenta la legitimación de hijos expósitos (1803) etc.

Posteriormente al producirse en 1821 la Independencia, los nuevos poderes del Estado, no tuvieron mas remedio que aceptar la legislación hispánica colonial y metropolitana, a fin de mantener la vida jurídica del país. No obstante, desde el primer momento se convino en no admitir aquellas disposiciones que fuesen contrarias al espíritu y forma de la nueva nación independiente. Durante el gobierno del general Iturbide y por mandato del artículo 24 del Plan de Iguala y del cuarto de los tratados de Córdoba, se confirmó a la Junta Gubernativa la potestad de promulgar leyes urgen-

tes. Esta potestad fue ejercida hasta que el 24 de febrero de 1822, se reunió el Primer Congreso. Esas Leyes urgentes fueron recogidas en la "Colección de los decretos y órdenes de la Soberana Junta Provisional Gubernativa". A esta colección se agregó después un segundo tomo que contiene las disposiciones dictadas por los congresos convocante y constituyente. A partir de la Constitución de 1824, algunas leyes - constitucionales derivadas de ellas proveyeron sobre asuntos de Derecho Civil.

Desde el principio de la Independencia, los gobernantes mexicanos atendieron a la necesidad de crear un Código Civil, ya que la tendencia codificadora se había extendido por entonces en todos los países civilizados. En 1859 Benito Juárez, encomendó al abogado Justo Sierra la redacción de un proyecto del Código Civil, inspirándose para ello en el proyecto del jurisconsulto español Florencio García Goyena, una comisión oficial presidida por el ministro de Justicia Jesús Terán, se encargó de revisar el proyecto de Justo Sierra y presentar uno definitivo que había de ser el primer Código Civil Mexicano.

El primer Código Civil Mexicano de 1870 consta de 4126 artículos, agrupados en un título preliminar y cuatro li---

bros:

Título Preliminar: De la Ley y sus efectos, con reglas generales de aplicación.

Libro Primero: De las personas.

Libro Segundo: De los bienes, de la propiedad y sus diferentes modificaciones.

Libro Tercero: De los contratos.

Libro Cuarto : De las sucesiones". (5)

Por lo que respecta al Código Civil de 1870 en materia de divorcio, se puede señalar que no existía tal como lo conocemos en la actualidad, el legislador de este Código excluyó toda posibilidad de disolución matrimonial que no fuera la muerte de uno de los cónyuges, ya que el divorcio que admite este Código no disuelve el vínculo matrimonial y sólo autoriza la suspensión de algunas obligaciones civiles - conforme el artículo 239 que dice: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas obligaciones que se expresan en los artículos relativos a este Código".

(5) Dr. Luis Muñoz. Derecho Civil Mexicano. Ediciones Model México, 1971, Págs. 18 a 23.

"El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

"...El matrimonio civil no se disuelve más que con la muerte de uno de los cónyuges, pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona".

Según los artículos antes citados el divorcio para este Código no era más que una simple separación temporal o indefinida, de alguna de las obligaciones civiles que nacen del matrimonio, ya que éste sólo se disolvía por la muerte de alguno de los cónyuges, por lo tanto, el divorcio sólo se admitía como simple separación de los cónyuges, y en virtud de la separación se eximía a los cónyuges de llevar vida en común.

Todo esto se debía a que en aquella época, el matrimonio como institución indisoluble estaba profundamente respetado, ya que constituía una sociedad duradera entre un hombre y una mujer, por lo que al divorciarse se le impusieron

una serie de trabas y formalidades para impedir su realización.

El artículo 240 del Código Civil de 1870, señalaba las causas por las cuales se podía pedir el divorcio, que eran:

- I El adulterio de uno de los cónyuges.
- II La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- III La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, que no sea de incontinencia carnal.
- IV El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o a la convivencia en su corrupción.
- V El abandono sin justa causa del domicilio, prolongando por más de dos años.
- VI La sevicia del marido con su mujer. o de ésta con aquél.
- VII La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Por lo que toca a la primera causal, era necesario di-

ferenciar si se trataba de adulterio cometido por el hombre o por la mujer, ya que solamente bastaba la demostración en contra de esta última para que se decretara el divorcio (artículo 240).

"El adulterio del marido dará causa del divorcio sólo en ciertos casos. La razón de esta diferencia que a primera vista parece injusta es la que si bien bajo el aspecto moral, la falta es la misma, bajo el aspecto social, es menor la del marido. La mujer siempre introduce un vástago extraño que usurpa derechos legítimos y disminuye la porción que la ley ha designado. Hay sin duda, mayor inmoralidad en el adulterio de la mujer, mayor abuso de confianza, más notable escándalo y peores ejemplos para los hijos cuyo hogar queda siempre deshonrado". (6)

En cuanto a las circunstancias que deberían ocurrir para que la mujer pudiera invocar la causal de divorcio por adulterio del marido, el artículo 242 del Código Civil de 1870, señalaba lo siguiente:

(6) Exposición de motivos del Código Civil de 1870. Pág. 18.

1. Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal.
2. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal.
3. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido o la mujer legítima.
4. Que la adúltera haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

Esta desigualdad que existía entre el adulterio del hombre y la mujer, nuestro legislador de 1870, se basó principalmente de las leyes españolas, italianas y francesas, que consideraban que el adulterio del marido sólo podría ser causa del divorcio si concurrían, ciertas circunstancias.

Las causas segunda y tercera, se fundaban en que el mal que podría haber al acontecer lo señalado por dichas causales, que a su existencia hacía imposible la convivencia de los cónyuges y su separación, por consecuencia, debería ser de inmediato con el fin de que el ejemplo no cundiera o quede grabado en la mente de los hijos.

Por lo que toca a la cuarta causal, el comentarista Manuel Mateos Alarcón, nos dice: "La razón es obvia; esa con-

lucta inmoral importa una injuria grave para el cónyuge en las personas de sus hijos, hace temer con todo fundamento, que quien se atreve a pervertir la virtud de éstos, después será osado o corromper a su propio cónyuge, y que con cñico desembarazo faltará a sus demás deberes; circunstancia que hace imposible toda unión con él. Pero hay que advertir que, la convivencia para la corrupción de los hijos, debe consistir en actos positivos porque las simples omisiones no son causa para el divorcio" (7).

Respecto al abandono del domicilio conyugal sin justa causa y prolongado por más de dos años, daba origen a que se presumiera que se habían olvidado de los deberes que nacen del matrimonio, tales como subvenir a las necesidades del cónyuge o de la familia, hacer vida marital, en fin, en términos generales, abandono del domicilio conyugal, era el incumplimiento al deber de convivencia, y que el cónyuge que lo ocasionaba, obraba por malas pasiones. Por lo que se procedía al divorcio, castigando la ley con la separación a

(7) Manuel Mateos Alarcón. Estudios sobre el Código Civil.

aquél que por más de dos años abandonaba a su cónyuge sin justa causa.

Con relación a la sexta causal, la sevicia del marido con su mujer, o de ésta con aquél, eran también causa para el divorcio; Manuel Mateos Alarcón dice que, se entiende por sevicia la excesiva crueldad y particularmente los ultrajes y malos tratamientos de que alguno usa contra una persona, sobre quien tiene alguna autoridad o potestad.

Los autores comprenden generalmente en la sevicia, no sólo los malos tratamientos de obra que puedan alterar la salud y poner en peligro la vida, sino las amenazas frecuentes, acompañadas de injurias atroces entre personas de cierta posición social. También la sevicia comprende los malos tratamientos leves, siendo cotidianos, sin justa causa e incesantes, pues constituyen una prueba evidente de la pérdida del cariño y el respeto que se deben los cónyuges, sin los cuales no pueden existir la armonía necesaria para el matrimonio (8).

Por lo que toca a la séptima causal de divorcio del C<sup>o</sup>

(8) Manuel Mateos Alarcón. Ob. Cit. Pág. 124.

digo Civil de 1870, cuando algún cónyuge había solicitado el divorcio, o la nulidad del matrimonio, por alguna causa - que no fuere suficiente, o no justificada, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tenía derecho a solicitar el divorcio, pero no podía hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses, el legislador quiso que la esperanza de una reconciliación encontrara cierto apoyo en la Ley.

El Código Civil de 1870, también admitió el divorcio - por mutuo consentimiento de los cónyuges en su artículo 246, pero estableció reglas para solicitarlo, así tenemos que el artículo 247, establecía: "El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de -- edad", y por otra parte el artículo 250, decía: La separación no puede pedirse, sino pasados dos años de la celebración del matrimonio".

Es obvio que el legislador trató con esto de establecer ciertas trabas para solicitar esta clase de separación, dándole cierta protección a la mujer, ya que fijó tiempo y edad para que tuviera lugar la separación por mutuo consen-

timiento. Reglamentando además minuciosamente el procedimiento, y procurando que éste se llevara con lentitud, a fin de dar tiempo a que se calmaran los rencores entre los cónyuges y que éstos reflexionaran sobre la situación.

Para terminar, podemos agregar lo que al respecto nos dice el maestro Rafael Rojina Villegas: "Este ordenamiento se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización, del divorcio una serie de trabas y formalidades. Al respecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales al finalizar el plazo de cada una de ellas, el Juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentando en la última audiencia una reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva" (9).

#### C) CODIGO CIVIL DE 1884

El legislador de 1884, con base tradicional en los atavismos sentimentales de la población mexicana, repudió la -

(9) Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Edit. Porrúa, S.A., México, 1976, Pág. 349.

institución del divorcio, ya que el matrimonio lo siguió -- considerando como indisoluble, y admitiendo solamente como remedio a los males, impropriamente lo denominó divorcio.

Por lo que respecta al divorcio el Código Civil de -- 1884 aumenta a trece las causas de separación, con relación a las siete admitidas por el Código Civil de 1870, y se redujeron notablemente los trámites necesarios para el divorcio, por lo que se hizo más fácil obtener la separación de cuerpos.

De acuerdo con lo establecido por el Código Civil de -- 1884 en el artículo 225 decía al respecto: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, sólo algunas de las o-- bligaciones civiles".

El artículo 227 del Código Civil de 1884, enumeraba -- las siguientes causas legítimas de divorcio:

- I El adulterio de uno de los cónyuges.
- II El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- III La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dine

ro o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.

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

V El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, a la tolerancia en su corrupción.

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

VII La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.

VIII La acusación falsa, hecha de un cónyuge contra el otro

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

X Los vicios incorregibles del juego o de la embriaguez

XI Una enfermedad crónica o incurable que sea también

contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

XII La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

XIII El mutuo consentimiento.

La primera causal o sea el adulterio, era considerado como una de las más graves, ya que este incumplimiento rompe la fe y la armonía de todo matrimonio.

Para que procediera el divorcio por adulterio en contra de la mujer, era necesario solamente la demostración de éste, y para que se pudiera decretar en contra del marido, era necesario que concurrieran las siguientes circunstancias: Que el adulterio haya sido cometido en la casa común. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal. Que haya habido escándalo o insulto público, hecho por el marido a la mujer legítima. Que la adúltera haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

La causal número dos, referente al nacimiento de un hijo ilegítimo, fue introducida por el presente ordenamiento, ya que el Código Civil de 1870 no la mencionaba.

Para que procediera el divorcio en este caso, era nece-

sario que el parto se hubiere verificado y que hubiere sido declarado jurídicamente ilegítimo el hijo.

La tercera causal está plenamente justificada, debido a que el marido es el que debe dar a la mujer toda su protección y sería por demás injusto querer obligar a la mujer a hacer vida en común con el hombre que la ha incitado a la prostitución.

La cuarta causal, tenía plenamente justificada su conveniencia ya que se protegía al cónyuge inocente de las asechanzas que le podría tender su cónyuge para arrastrarlo al crimen, proporcionándole el derecho de separarse del culpable.

La quinta causal, referente a la corrupción de los hijos, no era solamente una causa de divorcio, sino que constituía, además; un delito plenamente previsto en el Código Penal.

El legislador dispuso al respecto, que el simple contrato de corrupción, y aún la simple tolerencia deberían considerarse como causas de divorcio.

La sexta causal referente al abandono del domicilio conyugal, se explica porque como consecuencia del matrimonio, los cónyuges tienen el deber de socorrerse mutuamente,

y sobre todo hacer vida en común, y la falta de estos deberes, es natural que se consideren como una grave infracción al contrato de matrimonio que amerite el divorcio.

Pero cabe hacer notar que el presente ordenamiento exige que el abandono fuera sin justa causa, pues si había motivo para él no procedía el divorcio, salvo que hubiera transcurrido un año sin que el cónyuge que lo cometió hubiera promovido el divorcio.

La séptima causal referente a las sevicias, amenazas o injurias graves, de un conyuge al otro, que son causas bastantes para la procedencia del divorcio, siempre y cuando existiera la voluntad, el ánimo deliberado del agente de ofender gravemente a su cónyuge.

Los hechos que se hubieran alegado para fundar la separación debían de ser graves, ya que si eran de poca importancia y si no revelaban odio ni falta de consideración de un cónyuge para el otro, o si éstos eran producto de un momento de exaltación, no eran bastantes para motivar la separación.

La fracción octava del artículo que comentamos se refiere a la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro. La acusación podría ser sobre un delito grave o leve,

la demanda de divorcio por este motivo no podría presentarse sino pasados cuatro meses después de pronunciada la sentencia.

La causal novena, referente a la negativa de suministrar alimentos, era causa de divorcio, en cuanto a los alimentos que se deben suministrar, no solamente se comprende la comida sino el vestido, la habitación y atención médica en caso de enfermedad. Esto se comprende ya que uno de los deberes que nacen del matrimonio y que la ley impone a los esposos en forma obligatoria, es el deber de darse alimentos.

La décima causal era la referente a los vicios incorregibles de juego o embriaguez, ya que todo individuo que adquiere estos vicios de una manera constante, hace que pierda toda consideración y respeto para los miembros de su familia.

La fracción once señala como causal, la enfermedad crónica e incurable que fuera también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio de la que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge era motivo suficiente para solicitar el divorcio.

La causal doce nos habla de la infracción a las capitul

laciones matrimoniales, podemos decir que las capitulaciones matrimoniales son aquéllos pactos que antes o después del matrimonio celebran los esposos para arreglar la forma de administrar sus bienes.

Por último, tenemos como causal el mútuo consentimiento de los cónyuges, para evitar que el motivo que los cónyuges tengan en divorciarse no se haga público; pero para evitar el abuso de esta causal, se establecieron condiciones y formalidades.

#### D) LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

Al expedirse la Ley de Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917 por Venustiano Carranza, primer jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, el Código Civil de 1884, sufrió reformas sustanciales en la parte relativa a las personas y a la familia; ya que dicha ley consideró al matrimonio como contrato disoluble, y en materia de divorcio, vino a darle su justo alcance, o sea, disolver el vínculo matrimonial, derogando la parte relativa al divorcio del Código Civil de 1884, que lo consideraba al igual que el de 1870 como simple separación de cuerpos.

La presente Ley introdujo el divorcio, ya no como sím-

ple separación de cuerpos, sino como disolución del vínculo matrimonial; el artículo 75 de dicha ley, definió el divorcio en los términos siguientes: "El divorcio disuelve el -- vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Además de autorizar el divorcio vincular, la Ley de Relaciones Familiares implantó otras reformas trascendentales en el régimen del matrimonio de la familia, por lo que ha sido severamente combatida, pero hay que notar que por lo que se refiere al divorcio no hizo más que seguir la orientación de la ley que autorizaba el divorcio vincular en vida de los cónyuges.

El artículo 76 de la Ley de Relaciones Familiares, establece doce causales para invocar el divorcio, que son las siguientes:

- I El adulterio de uno de los cónyuges.
- II El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de la celebración -- del contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- III La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la

mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, - sino también cuando haya recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otra tenga relaciones ilícitas con ellas; por la incitación a la - violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; por el connato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos, o a la simple tolerancia en su corrupción o por algún otro hecho inmoral, tan graves como los anteriores.

- IV Ser cualquiera de los cónyuges, incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquier otra enfermedad crónica incurable, o que sea, además contagiosa o hereditaria.
- V El abandono injustificado del domicilio conyugal, - por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos.
- VI La ausencia del marido por más de un año; con abandono de las obligaciones inherentes del matrimonio.
- VII La sevicia, las amenazas o injurias graves, o los malos tratos de un cónyuge para el otro, siempre --

que estos y aquellos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.

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

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

X El vicio incorregible de la embriaguez.

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

XII El mútuo consentimiento.

En cuanto a los efectos de la sentencia de divorcio, - la presente ley trajo un cambio notable y trascendental en comparación con los anteriores ordenamientos, ya que en virtud del divorcio los cónyuges recobraban su entera capacidad para contraer otro matrimonio, salvo que la mujer no podría hacerlo sino pasados trescientos días después de la di

solución de su anterior matrimonio. En caso de que el divorcio se hubiere declarado por causa de adulterio, el cónyuge culpable tendría que esperar dos años contados a partir de pronunciada la sentencia para contraer nuevas nupcias.

Al respecto, Eduardo Pallares nos dice: "La Ley de Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria y destructora del núcleo familiar. Sacude el edificio social en sus cimientos, y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Es al mismo tiempo una obra de sinceridad y de valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública. Manifestaron claramente su idea y la desarrollaron con lógica implacable. Sólo son comparables a esta ley, por su importancia política y social, los artículos 30., 123 y 130 de la flamante Constitución, pero mientras estas normas iban provocando intensas discusiones, comentarios periodísticos y críticas de todo género, la Ley sobre Relaciones Familiares, ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente; algunos le han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden" (10).

(10) Eduardo Pallares. *El Divorcio en México*. Edit. Porrúa, S.A. México, 1979, Págs. 35 y 36.

Por otra parte, es conveniente que hagamos un breve análisis del Código Civil vigente de 1928. Este Código siguió los lineamientos trazados por la Ley de Relaciones Familiares.

De conformidad con nuestro Código Civil vigente, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial (artículo 266). En virtud del divorcio, establece el artículo 289, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

El presente Código reconoce dos aspectos de divorcio: el vincular y el de separación de cuerpos, ya que prácticamente se autoriza este último en el artículo 277 al disponer que: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

El Código Civil vigente en materia de divorcio, establece ya XVIII causales de divorcio necesario, las cuales se amplían en relación con los Códigos de 1870, 1884, y la

## Ley de Relaciones Familiares.

Por lo que respecta a estas causales y a los diferentes tipos de divorcio que contempla o regula nuestra actual legislación las señalaremos y analizaremos más adelante, ya que son de mucha importancia para poder hacer una mejor comparación y por consiguiente, obtener una mejor conclusión.

No obstante la aclaración anterior señalaremos brevemente que dentro del divorcio vincular expresamente establecido por nuestro Código Civil vigente, se regulan dos clases de divorcios: el que podemos llamar necesario y el voluntario, pero dentro de este último existen dos formas de divorcio; el Administrativo y el Judicial, según sea la autoridad ante la cual se practique.

### E) TIPOS DE DIVORCIO.

Como habíamos señalado anteriormente que en nuestra legislación actual encontramos clasificados dos tipos o clases de divorcio en cuanto al vínculo, ya sea que lo soliciten los dos cónyuges con base en la última fracción del artículo 267, en cuyo caso se llama divorcio voluntario; ya sea que lo solicite uno de ellos invocando cualquiera de las diecisiete causales restantes del mencionado artículo 267 y en la prevista en el artículo 268, en cuyo caso se --

llama divorcio necesario.

El divorcio voluntario a su vez se clasifica por la forma en que se efectúa y por los presupuestos que deben reunir los cónyuges en: Divorcio Voluntario Administrativo y Divorcio Voluntario Judicial; en tanto que el divorcio necesario se clasifica, tanto por sus consecuencias y por la causal que lo origina en divorcio necesario y divorcio sanción.

Además del divorcio propiamente dicho, nuestro Código Civil en su artículo 277, autoriza en determinados casos que un cónyuge demande la separación, en cuanto al lecho y a la habitación, pero sin romper el vínculo conyugal, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

#### DIVORCIO VOLUNTARIO.

La causal que sirve de base para el divorcio voluntario, está consignada en el artículo 267, fracción XVII; "El mutuo consentimiento".

Esta causal da lugar a dos formas diferentes respecto al procedimiento para obtener el divorcio, ellas son: el divorcio voluntario administrativo y el divorcio voluntario judicial, necesitándose desde luego para intentarlo, hacien

do uso de cualquiera de estos dos procedimientos además de lo que expresa la fracción XVII del artículo 267, cumplir con lo que nos indica el artículo 274.

"el divorcio por mutuo consentimiento, no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio".

#### DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

En el divorcio voluntario administrativo, más que un proceso, se sigue un trámite sencillo, previsto en el artículo 272 del Código Civil, consistente en que ambos cónyuges, además de conseguir divorciarse, deben de ser mayores de edad, no habiendo hijos y de común acuerdo haber liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.

Ambos consortes deberán presentarse ante el Juez del Registro Civil de su domicilio, ante quien acreditarán con las respectivas copias de sus actas de matrimonio y nacimiento que son casados y mayores de edad y le manifestarán su voluntad terminante y explícita de divorciarse; el Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges - levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorciarse citando a los cónyuges para que la ratifiquen, a los quince días. Ratificando los cónyuges dicha solicitud, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levan

tando el acta respectiva, haciendo la anotación correspondiente en el acta del matrimonio anterior.

Pero si los consortes no reúnen los requisitos respecto a la mayoría de edad, de no tener hijos, y en su caso, no haber liquidado la sociedad conyugal y obtuvieron el divorcio por este medio, éste no surtirá efectos legales una vez comprobada en los consortes, la carencia de los requisitos indicados en cuyo caso sufrirán las penas establecidas en el Código Penal para el Distrito Federal, que en su artículo 247 tipifica la conducta de quienes se producen con falsedad para obtener un divorcio sencillo y rápido. La fracción I del artículo 247, dice: "Se impondrán de dos meses a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: I Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad".

La actitud pasiva del Juez del Registro Civil en este tipo de divorcio, se explica porque, al no existir hijos de por medio, ni conflicto de intereses pecunarios, el Estado y la sociedad carecen de interés en que el vínculo matrimonial subsista. En este tipo de divorcio no hay condena de alimentos entre esposos.

### DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

El divorcio judicial se lleva a cabo, sea cual fuere - la edad de los cónyuges y habiendo procreado hijos, y hay acuerdo de voluntades de los consortes para disolver el vínculo matrimonial, invocando únicamente la causal prevista - en la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil vigente.

Este tipo de divorcio, puede ser tramitado por los cónyuges que se encuentren en la situación prevista en el último párrafo del artículo 272 del Código Civil que dice: "Los consortes que no se encuentran en el caso previsto de los - anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse - por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

El divorcio voluntario judicial, debe tramitarse ante los Jueces de lo Familiar, de acuerdo con el artículo 58 - de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal y es regulado por los artículos del 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles.

Se lleva a cabo cuando sea cual fuere la edad de los - cónyuges, y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial y como lo exige el artículo

273 del citado ordenamiento, deberán presentar un convenio que se somete a la aprobación del Juez Familiar, así como - también deberán acompañar a su solicitud de divorcio una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores de edad.

El convenio exigido por el artículo 273 que deben presentar los cónyuges junto con su demanda de divorcio, debe contener los siguientes puntos:

1. Designación de la persona a quien sean confiados - los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
2. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
3. La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento.
4. La cantidad que a título de alimentos, un cónyuge - debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.
5. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal, durante el procedimiento y la de liquidar

dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario de avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad conyugal.

Si no obtiene la aprobación del convenio de los consortes, el Juez no puede decretar el divorcio, porque es condición esencial la validez del convenio declarada y reconocida por sentencia firme.

La intervención del Agente del Ministerio Público, en este tipo de divorcio es necesaria porque es de orden público, dados los intereses familiares tan importantes que en él se plantean, sobre todo los relativos a la situación moral y económica en que deben quedar los hijos menores e interdictos asegurados, y que se cumplan debidamente las leyes referentes al matrimonio y al divorcio.

El artículo 675 del Código Procesal, dice: que una vez presentada la solicitud de divorcio con el convenio y demás documentos, el Tribunal citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público, a una junta que deberá efectuarse después de los ocho o antes de los quince días si---guientes, en el cual el Juez exhortará a los consortes para procurar su reconciliación; si no logra avenirlos, aprobará

provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio, con relación a la situación de los hijos menores o incapacitados, dictando las medidas necesarias para el aseguramiento de los alimentos de los hijos y de los que un cónyuge deba dar a otro, mientras dura el procedimiento.

Si los cónyuges insistieran en su propósito de divorciarse, el artículo 676 del Código Procesal dice: el Tribunal citará a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada, y en ella volverá a exhortar a aquéllos con el propio fin que en el anterior. Si tampoco lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el Tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

El artículo 677 dice: que el cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio y el 678 continúa diciendo que no pueden hacerse representar por procurador en las juntas, sino que deben comparecer personalmente y en su caso, acompañados del tutor es-

pecial.

Si el representante del Ministerio Público se opone a la aprobación del convenio al considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, éste propondrá las modificaciones que estime procedentes y el Tribunal las hará saber a los cónyuges para que en el término de tres días manifiesten si están de acuerdo con dichas modificaciones. En caso de que no estén de acuerdo, el Tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda, con arreglo en la Ley, cuidando que queden garantizados los derechos de los hijos. Si el convenio no fuera aprobado, el Juez no decretará la disolución del matrimonio.

#### DIVORCIO NECESARIO

El divorcio necesario reviste dos formas de acuerdo a la causal que lo origina: divorcio necesidad y divorcio sanción.

En ambas formas implica una contienda entre las partes; por eso es también llamado contencioso.

Para que un cónyuge pueda demandar al otro, el divorcio, es necesario que el que lo haga apoye su pretensión en cualquiera de las causales que señala el artículo 267 del Código Civil vigente, con excepción de la causal señalada -

en la fracción XVII que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento.

#### DIVORCIO NECESIDAD.

Esta forma de divorcio se llama así porque la causal que lo origina, supone una situación grave que hace imposible la vida en común, con relación a los fines esenciales del matrimonio por causas que no suponen ninguna culpabilidad en el cónyuge en que se realizan las hipótesis previstas en las causales VI y VII del artículo 267, ya que son involuntarias y es difícil que alguno de los consortes tratara de contraer cualquiera de los males que nos hablan las fracciones mencionadas.

El divorcio necesidad se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias, las causas mencionadas de divorcio necesidad, dicen literalmente:

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

VII Padecer enajenación mental incurable, previa decla-

atoria de interdicción que se haga respecto del cónyuge de  
mente.

### DIVORCIO SANCION

El divorcio sanción se presenta cuando un cónyuge vio-  
la los deberes del matrimonio incurriendo así en la causal  
que lo origina y que lo hace acreedor al ser declarado el -  
divorcio, a la sanción respectiva, de ahí el nombre que se  
le da a esta forma de divorcio.

Las sanciones que conforme a la ley se imponen al cón-  
yuge culpable varían, ya que no sólo son de orden pecuna-  
rio, en cuanto a los propios divorciados, sino que también  
son con relación a los hijos y consisten en restricciones  
para contraer nuevas nupcias. En el primer caso las sancio-  
nes pecuniarias se aplican según se trate del varón o de la  
mujer, ya que tratándose de aquél, estará obligado a propor-  
cionar alimentos a su contraparte cuando ésta resulte ino-  
cente y mientras no contraiga nuevas nupcias y observe una  
vida honesta. Cuando resultare culpable la mujer e inocen-  
te el varón, aquella solo estará obligada a proporcionar --  
alimentos cuando éste último se halle imposibilitado para -  
trabajar y carezca de bienes propios para subsistir. Inde-  
pendientemente de lo anterior, el cónyuge culpable, cual---

quiera que sea su sexo, perderá todo lo que se le hubiera dado o prometido por su consorte o por otra persona, en consideración del matrimonio, en tanto el que resulte inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado, en su beneficio. Además, cuando por el divorcio se causaren daños y perjuicios a sus intereses, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito, atento lo dispuesto por los artículos 286 y 288 del Código Civil vigente.

En segundo caso la sanción es en relación con la patria potestad sobre de los hijos, pues en los términos del artículo 283 del Código Civil, en su regla primera, el cónyuge culpable pierde la patria potestad, sin posibilidad de recuperarla, en beneficio del inocente, y en el caso de que ambos fuesen declarados culpables, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor; esto ocurrirá siempre y cuando la causal que motivó el divorcio estuviera comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, pues conforme a la fracción segunda del precepto legal invocado, líneas arriba, cuando el divorcio se funde en cualquiera de las causales comprendidas en las fracciones IX, X, XII, XIII y XVI, los hijos quedarán bajo la patria po-

testad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si ambos -- fueran declarados culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad, misma que recobrará cualquiera de ellos al acaecer el deceso del otro. Entre tanto, la patria potestad la ejercerá el ascendiente que corresponda y no habiéndolo, el tutor que previamente se designe.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil, al cónyuge culpable se le impone la restricción de no contraer nuevas nupcias, sino pasados dos años de que se disolvió el vínculo matrimonial anterior.

#### F) SEPARACION DE LECHO Y HABITACION

El Código Civil vigente en su artículo 277, establece la separación del lecho y habitación, es decir, que además del divorcio en cuanto al vínculo, existe la forma moderada de la separación en cuanto al lecho y la habitación. El citado artículo dice textualmente: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en -- las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión quedando subsistentes las demás obli

gaciones creadas por el matrimonio".

Al respecto, Eduardo Pallares, en su obra intitulada - "El Divorcio en México", señala lo siguiente:

a) Que hasta la fecha en que el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista expidió la Ley de Relaciones Familiares, dicha separación era la única forma tradicional de divorcio.

b) Las causas en que puede fundarse están enunciadas limitativamente en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, o sea las siguientes: "Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio; padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

Si bien es cierto, que a últimas fechas, tanto la sífilis como la tuberculosis eran consideradas como enfermedades incurables, ahora no lo son, porque con el uso de los antibióticos pueden curarse, cuando no han llegado a periodos extremos de su evolución.

En cuanto a las enfermedades mentales, cabe objetarse a la norma que se comenta, que además de la locura existen

...tras que hacen la vida en común imposible, no obstante lo cual el legislador no las enuncia como cuasas de divorcio.

En cónyuge psicopático, enfermedad incurable, no contagiosa, hace la vida imposible al otro cónyuge sano mentalmente.

Otro tanto acontece en muchos de histeria.

c) La impotencia sobrevenida durante el matrimonio es causa de divorcio, porque la que exista al celebrarse, produce la nulidad del matrimonio.

d) La Ley no exige para que proceda la separación en cuanto al lecho y la habitación que se declare judicialmente el estado de interdicción del cónyuge demente. Tan sólo es necesaria la prueba pericial de que la demencia existe.

e) La prueba de que las enfermedades que menciona el artículo 267 sean incurables, contagiosas o hereditarias, es la pericial, pero puede suceder que haya discrepancia en los dictámenes de los peritos, porque científicamente no este demostrado que el mal que padezca uno de los cónyuges tengan esas características, en cuyo caso se presente el problema de si el Juez deberá o no autorizar, ya sea el divorcio en cuanto al vínculo o la simple separación de los consortes. Hay que tener en cuenta para resolver esta dificultad, las leyes reguladoras de la prueba pericial, según las cuales está sujeta al arbitrio razonable del juez. Por tanto si el Juez se adhiere al dictamen del

rito que afirma que la enfermedad es incurable, contagiosa o hereditaria, deberá decretar el divorcio, o negarlo en caso contrario.

En la práctica acontece con frecuencia que, sobre todo las mujeres que tienen graves disgustos con sus esposos, solicitan de los abogados que, sin presentar una demanda en forma de divorcio, pidan al Juez la autorización necesaria para no vivir con el otro cónyuge, sea temporalmente o por tiempo indefinido, todo sin fundarlo en las causas previstas por el artículo 267 del Código Civil. ¿Procederá esta pretensión?. La separación por tiempo indefinido con la ruptura del vínculo conyugal, únicamente procede en los casos en que el consorte padezca las enfermedades incurables ya mencionadas o la demencia. Es contrario a la institución del matrimonio, que éste subsista sin que los consortes hagan vida en común, sea por toda la vida o por tiempo indefinido; pero también cuando la cohabitación se ha hecho imposible por incompatibilidad de caracteres o por causas más graves, es procedente solicitar del Juez que autorice una separación por tiempo determinado sin la ruptura del vínculo conyugal. Tal acción pudiera fundarse en el artículo 430, fracción VIII, del Código de Procedimientos Civiles.

Analizando con cuidado la fracción VI del artículo 267 se llegará a la conclusión de que las enfermedades que menciona únicamente serán causas de divorcio o de simple separación si tienen las siguientes características: ser cróni-cas, hereditarias, contagiosas o incurables.

Por otra parte, es hasta cierto punto inhumano considerar a la impotencia sobrevenida como causa de divorcio, cuando se ha producido por la avanzada edad de uno de los cónyuges. De aplicarse esta norma en todo su rigor, la mayoría de los matrimonios de personas que han alcanzado la edad de más de 50 años podrían disolverse mediante el divorcio, sobre todo tratándose de la mujer.

También es evidente que el divorcio o la simple separación fundándose en estas causas tienen por objeto no sólo - evitar el contagio, sino razones de orden genético para evitar el nacimiento de hijos enfermos, imbeciles o idiotas -- (11).

Como podemos observar, la figura de la separación de - lecho y habitación se encuadra únicamente en las fracciones

(11) Eduardo Pallares. Ob. Cit. págs. 57, 58, 59 y 60.

VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente, y que señalan alguna enfermedad venerea o alguna de otro tipo crónico e incurable.

Por otra parte Ignacio Galindo Garfias, establece lo siguiente : "Que la sentencia judicial que decreta la separación de cuerpos, produce el efecto de autorizar la vida separada de los cónyuges, y como consecuencia de ello, quedan revelados de prestarse el débito conyugal.

La separación de cuerpos entre los consortes, no puede tener lugar por el mutuo consentimiento de los consortes; siempre habrá de fundarse en la comprobación de la existencia de las causas que en forma limitativa, se señalan las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.

La causa que da lugar al divorcio no vincular, no entraña en ningún caso la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo. En consecuencia, marido y mujer conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de ambos.

Como efecto de la sentencia que decreta la separación de cuerpos, desaparece el domicilio conyugal. En efecto, el concepto de domicilio conyugal implica dos elementos: a) La residencia común de los cónyuges, y b). El deber de vi-

vir juntos (artículo 163 del Código Civil).

La violación del deber de fidelidad en que incurra -- cualquiera de los cónyuges autorizados judicialmente para -- vivir separados, constituye adulterio y es causa de divor-- cio de acuerdo con la fracción I del artículo 267 del Cód-- igo Civil, pero no configura el tipo de delito penal, en -- aquellos Códigos Penales que como el del Distrito, en vir-- tud de que, faltarla el elemento "domicilio conyugal" para tipificar la conducta delictuosa de acuerdo con el artículo 273 del Código Penal" (12).

(12). Ignacio Galindo Garfías. Derecho Civil, Editorial - Porrúa, S.A., México, 1976. Pág. 573.

CAPITULO V

ANALISIS DE LA FRACCION VIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE. "LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA".

- A) CONCEPTO DE DOMICILIO CONYUGAL.
- B) RELACION QUE EXISTE ENTRE LA FRACCION VIII Y LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.
- C) EFECTOS DEL DIVORCIO.
- D) EL PROBLEMA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL.
- E) JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION AL RESPECTO.

ANALISIS DE LA FRACCION VIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE. "LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA".

Es conveniente antes de iniciar el estudio de este capítulo examinar el artículo 267 del Código Civil vigente, - en el que se establecen las causales de divorcio, el citado artículo dice textualmente lo siguiente:

Son causas de divorcio:

- I El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
- II El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- III La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.
- IV La incitación o la violencia hecha por un cónyuge -

al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

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

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

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

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

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

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

- XI La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.
- XII La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.
- XIII La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.
- XIV Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.
- XV Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.
- XVI Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara

de persona extraña siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

XVII El mutuo consentimiento.

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

Por su parte, el maestro Rafaél de Pina en su obra intitulada "Elementos de Derecho Civil", define las causas de divorcio diciendo que son: "Aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación, y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto.

Estas causas se encuentran taxativamente señaladas en los Códigos Civiles o en las leyes especiales dictadas para regular esta institución" (1).

Respecto a las causas de divorcio, Francisco Consenti-

(1) Rafaél de Pina. Elementos de Derecho Civil. Edit. Porrúa S.A., México 1956. Pág. 342.

ni, citado por Rafael de Pina, en su obra "Elementos de Derecho Civil", las agrupa en la siguiente forma:

- I Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado, más o menos severamente, por la Ley.
- II Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes físicas para la vida conyugal (alcoholismo, abuso de estupefacientes y de excitantes, enajenación mental incurable, enfermedades crónicas, contagiosas y hereditarias, impotencia).
- III Causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para abarcar todos aquellos casos de grave perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de una manera categórica y concreta.
- IV Causas de orden puramente individual (incompatibilidad de caracteres, consentimiento mutuo (2)).

Por otra parte, el maestro Eduardo Pallares en su obra intitulada "El Divorcio en México", establece una clasifica

(2) Francisco Consentini. Citado por Rafael de Pina en su obra Elementos de Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A. México 1956. Pág. 342.

ción de las causas de divorcio agrupándolas de la siguiente manera:

a) Causas en las que los Tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos -- que la ley considera como causas. Por ejemplo, cuando se -- trata de injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin otra causa justificada, etcétera.

b) Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. Ejemplo, el adulterio, el abandono por más de un año, la falta del pago de los alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.

c) Un tercer grupo está formado por las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado; tales como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal, etc. En sentido opuesto, hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica. Así, por Ejemplo, padecer algunas de las enfermedades que especifican las fracciones VI y VII del artículo 267.

d) El cuarto grupo comprende el incumplimiento de las

obligaciones matrimoniales, de modo especial, las relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a estas causas pueden señalarse aquéllas sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad tal del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos, o del otro consorte.

e) Finalmente hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. Así son las que consignan las fracciones XIV y XV" (3).

Además de la anterior clasificación, el mismo Eduardo Pallares establece dos principios relacionados con las causas de divorcio, que son los siguientes:

- 1 Principio de la limitación de las causas de divorcio.
- 2 Principio de la aplicación restrictiva de las causas

(3) Eduardo Pallares. El Divorcio en México. Edit. Porrúa, S.A. México 1979. Págs. 62 y 63.

de divorcio.

### PRINCIPIO DE LA LIMITACION DE LAS CAUSAS.

"De acuerdo con este principio, únicamente son causas de divorcio necesario, las que limitativamente y numéricamente enuncian los artículos 267 y 268 del Código Civil.

Dada la gravedad de la disolución del vínculo conyugal, el legislador no ha querido que los tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas.

Cabe preguntar si el legislador omitió en esa limitación, algunos hechos graves que merecen ser considerados como causas de divorcio. En algunas legislaciones y anteriormente en la relativa al Distrito Federal y Territorios se consideraba como causa de divorcio la incompatibilidad de caracteres, que en muchos casos se hacía valer para no hacer públicos hechos vergonzosos que deshonran al cónyuge culpable. Además también acontece con frecuencia que la incompatibilidad de caracteres convierte al matrimonio en una sociedad forzada, que produce mayores males que bienes y tiene el efecto de que los cónyuges, lejos de continuar amándose lleguen hasta odiarse, o por lo menos a desear-

la disolución del vínculo conyugal.

También pasó por alto el legislador, los casos muy frecuentes, ahora de que el marido sea un invertido que mantenga relaciones sexuales con otro varón, hecho éste que no -- constituye un auténtico adulterio, aunque tenga grandes semejanzas con él. Con menos frecuencia, acontece que la esposa es la que practique esa degeneración, que no puede ser asimilada al verdadero adulterio.

Sucede, a veces, que el marido o la mujer, sin llegar a cometer adulterio, o por lo menos sin que exista una --- prueba digna de crédito de ese delito, mantiene relaciones amorosas públicamente con personas diferentes de su consorte, hecho éste que sólo puede considerarse como injuria grave, dando a estas últimas palabras un amplísimo sentido que en realidad no tienen, por lo cual no es posible considerar dichas relaciones como causa de divorcio, a pesar del deshonor que producen y de la ofensa que entraña" (4).

#### PRINCIPIO DE LA APLICACION RESTRICTIVA DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO.

"La H. Suprema Corte de Justicia, ha establecido la ju

(4) Eduardo Pallares. Ob. Cit. Págs. 60 y 61.

risprudencia de que las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, contemplando o combinando lo que unas dicen con las que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma" (5).

Después de haber analizado en forma general las causales de divorcio, nos dedicaremos ahora a estudiar la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil vigente, que es la que nos ocupa en relación con las fracciones X y XII del mismo artículo. En primer término, tenemos que la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil textualmente dice: "La separación de la casa conyugal por más de seis meses -- sin causa justificada".

Esta causal de divorcio necesario, por sí sola implica una serie de análisis, ya que por una parte establece: "La separación de la casa conyugal ...", para lo cual será necesario establecer en qué consiste el término de "casa conyugal", lo cual nuestra legislación, lo estipula como domici-

(5) Eduardo Pallares. Ob. Cit. Pág. 61.

zio conyugal, no existiendo un concepto o definición del mismo, lo cual será necesario observar, lo que nuestra legislación opina, así como la jurisprudencia que existe respecto a este asunto.

En el desarrollo de este capítulo, estableceremos primeramente en qué consiste el domicilio conyugal, ya que para la realización de esta tesis y sobre todo en lo referente al divorcio necesario, invocado por la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil, es primordial que exista o se haya constituido el domicilio conyugal, sin lo cual la causal mencionada no podrá constituirse.

Por otro lado, tenemos que esta causal establece también un término que deberá ser por más de seis meses, por lo que, observaremos que existe otro aspecto interesante para poder configurar esta causal.

Además como tercer aspecto, se establece que deberá ser sin causa justificada, por lo cual si existiese una causa que justificara esta separación de la casa o domicilio conyugal, no podrá tampoco configurarse esta causa.

#### A) CONCEPTO DE DOMICILIO CONYUGAL.

Después de haber hecho las observaciones anteriores, respecto al tema que nos ocupa en este capítulo, comenzare-

mos con el análisis del domicilio conyugal.

Se puede decir primeramente, que antes que exista un domicilio conyugal, existe un domicilio personal, por lo cual es conveniente establecer la distinción de uno y otro. Por lo tanto, se puede decir jurídicamente y en forma general que domicilio personal es la morada fija y permanente que adopta una persona para habitar, es decir, es el lugar en que convencionalmente se considera establecida una persona para el ejercicio de sus derechos o para el cumplimiento de sus obligaciones.

Como podemos observar, con lo anterior por lo que respecta al domicilio personal, es claro que es aquél en el que residimos o habitamos comunmente, o en el que se tiene el principal asiento de sus negocios. Este tipo de domicilio lo tenemos normalmente todas las personas, no así el domicilio conyugal que como su nombre lo indica es aquel domicilio que forman o integran los cónyuges al contraer matrimonio.

Por lo que toca al domicilio conyugal, podemos decir que es la casa donde concurren o habitan ambos consortes y sus hijos, este domicilio o casa conyugal se forma en el momento en que se celebra el matrimonio, el cual deberá ser

formado o constituido por los consortes independientemente, es decir, que debe ser la casa o lugar donde decidan ambos cónyuges hacer vida en común, la cual deberá ser autónoma, tanto de los padres del esposo, como de la mujer o de terceras personas.

Este domicilio conyugal puede ser constituido también posteriormente a la celebración del matrimonio, lo importante en esto es que se integre o se constituya para en su caso hacer valer la causal VIII del artículo 267 del Código Civil vigente, sin lo cual, esta causa de divorcio necesario no será aplicable.

Continuando con este análisis del domicilio conyugal, ya se estableció que es la casa donde concurren y habitan ambos consortes y sus hijos, si es que los hay, pero es conveniente que aclaremos que esta casa o domicilio conyugal en el que habite la familia, deberá ser independiente, es decir, que la casa o domicilio familiar, no debe ser ubicada o constituida en ninguna de las respectivas casas o domicilios de los padres de los cónyuges, demás familiares o de terceras personas, ya que en caso contrario no puede ser este domicilio o casa considerada como domicilio conyugal, ya que en caso de que los consortes se establezcan en alguna

de las casas de sus respectivos familiares, parientes o de terceras personas, este domicilio no es considerado por la ley como domicilio conyugal, y por lo tanto no podrá invocarse la causal antes mencionada para efecto de divorcio necesario, puesto que en ese caso no existiría domicilio conyugal.

En una forma más correcta, podemos decir que se entiende como domicilio conyugal, la casa en donde los cónyuges fijan su hogar o residencia, en la cual tengan plena autoridad y disposición, ya que ésta no existe cuando los consortes viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres o de terceras personas, en donde los esposos no tienen autoridad propia.

Para redondear este primer punto, no obstante que en el último inciso de este capítulo trataremos todo lo referente a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con respecto a todo el quinto capítulo de esta tesis, señalaremos algunas en relación al domicilio conyugal.

Al respecto, el maestro Eduardo Pallares en su obra intitulada "El Divorcio en México", cita lo siguiente: "Domicilio Conyugal" (Distinción entre domicilio conyugal y do

micilio personal). Debe distinguirse entre domicilio cónyugal y domicilio personal, que el marido adopte o asigne para el ejercicio de ciertos derechos o cumplimiento de obligaciones, sin vivir en unión de su esposa; así cuando en un determinado caso el marido, por razón de sus negocios u ocupaciones establezca su domicilio personal en lugar distinto de aquél en que se encuentre la morada conyugal, sin pedir o interpelar a su esposa para que vaya a acompañarle a su nueva residencia, seguirá siendo domicilio conyugal para -- los efectos legales inherentes al mismo, el primitivamente establecido. (Directo 6522/1946, Alejandro Castro)" (6).

Por su parte, el maestro Rafael Rojina Villegas, en su obra intitulada "Derecho Civil Mexicano" cita la connota -- ción jurídica del domicilio cónyugal al establecer que la -- ley al hablar del "domicilio conyugal", se refiere induda -- blemente al domicilio familiar, que no debe confundirse -- con otro domicilio, esto es, a la casa habitación donde los esposos residen habitualmente, hacen vida común y cumplen -- con las finalidades del matrimonio, y la palabra abandono --

(6) Eduardo Pallares. Ob. Cit. Pág. 191.

que significa degación o desamparo; ya sea de personas, de cosas, de derechos o de obligaciones; regida por las voces "domicilio conyugal", no puede referirse únicamente a la materialidad de la casa, de la morada que se habita, sino que, por una figura del lenguaje, se toma el continente -- por el contenido, es decir, la morada que se habita por el cónyuge y los hijos, y por lo tanto, al hablar la ley de abandono de domicilio conyugal, se refiere al abandono de personas, de cosas y obligaciones; a un acto voluntario -- por el cual uno de los cónyuges deja de prestar al otro y a los hijos, la protección y auxilio que naturalmente y civilmente está obligado a prestarle; por lo que el cónyuge que no cumpla con la obligación que tienen los consortes, a contribuir a los objetos del matrimonio y socorrerse -- mutuamente, abandona, jurídicamente hablando, el domicilio conyugal. T. LVIII. Pérez de Beltrán Serafina. página 1069" (7).

B) RELACION QUE EXISTE ENTRE LA FRACCION VIII Y LA ---

(7) Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S.A., México 1975. Pág. 466.

FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VI-  
GENTE.

Primeramente, estableceremos en que consiste una y otra para posteriormente encontrar la posible relación entre ambas. La fracción VIII del artículo 267 del Código Civil vigente, dice textualmente "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada".

En los Códigos de 1870 y de 1884, ya existía esta causal aunque con diversas modificaciones, el Código de 1870, establecía como término para que se llevará a cabo esta causal un año y la ley de Relaciones Familiares seis meses al igual que el Código vigente, aunque con algunas variantes.

Esta causal, establece que, cuando alguno de los cónyuges abandona el hogar sin causa justificada, aunque nuestra legislación no lo establece en esta causal, de hecho el cónyuge que se separa, incumple con el deber de convivencia y de socorro que debe al otro cónyuge y a los hijos, en caso de que los haya, cualquiera de los consortes tienen la obligación impuesta por el hecho de contraer matrimonio, de vivir juntos en el domicilio conyugal, salvo el caso, de que uno de ellos tenga que establecer su domicilio en un país extranjero e insalubre, o lo hagan en cumplimiento de

un servicio público o social.

Por otro lado, respecto a esta fracción VIII del artículo 267 del Código citado, Rafael Rojina Villegas, dice lo siguiente: "Respecto de la separación injustificada de la casa conyugal, conviene insistir con su diferencia con el abandono de las obligaciones conyugales, y ello, porque ha habido una tendencia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de confundir en ocasiones esta causal de divorcio que en nuestro derecho, sólo se configura al separarse un cónyuge injustificadamente de la casa conyugal, por más de seis meses, con el abandono del cónyuge, al grado de que llegó la Suprema Corte de Justicia, a considerar en algunas ejecutorias, que no se presentaba esta causa, cuando se cumplían las otras obligaciones impuestas por el matrimonio, especialmente la de dar alimentos, lo que motivó que en realidad se autorizara, en estas ejecutorias, un estado contrario a la vida conyugal, desentendiéndose en realidad de la finalidad del precepto, y también olvidando que tenemos una causa específica de divorcio, la comprendida en la fracción XII, consistente en la negativa de los cónyuges de darse alimentos. Cuando hay una imposibilidad para poder embargar bienes del cónyuge deudor.

Evidentemente que la ley al referirse en la fracción VIII a la separación injustificada de la casa conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio. La obligación de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo, que permite realizar el estado matrimonial, es decir, este modo de vida que solo puede llevarse a cabo y cumplirse cuando ambos consortes viven juntos. Se trata de la obligación fundante, -- por cuando que, si no hay vida en común, no se pueden cumplir los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos, pueda ejercer convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también la ayuda de carácter moral, espiritual, que la ley supone entre los consortes. A su vez la obligación de fidelidad y el débito carnal, cuando las condiciones fisiológicas de los consortes lo permiten, necesariamente se basan en la vida en común. Es tan importante que se realice el estado matrimonial, que el matrimonio no sea sólo el acto de celebración ante el Oficial del Registro Civil, sino que constituya un modo permanente de vida en que

haya esa comunidad, principalmente de tipo espiritual" (8).

Para tener una visión más amplia de esta causal de divorcio necesario, Eduardo Pallares en su obra " El Divorcio en México", opina lo siguiente: Dice que "aunque gramaticalmente el vocablo "separación" es el acto y el efecto de separarse, el verbo separar significa "poner a una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otra; enemistad, desavenir, romper los lazos o vínculos morales que unían a dos personas, cortar sus relaciones, alejarse de un lugar".

Al transcribir la anterior definición, es con el propósito de demostrar que la "separación que menciona la fracción VIII, no sólo consiste en el acto de abandonar la mora da conyugal, sino también en el rompimiento de las relaciones conyugales. Estos significados, tienen importancia, por que según ellos, la separación no es el mero acto de separarse, sino una situación de tracto sucesivo, que puede prolongarse por años enteros, lo que trasciende al ejercicio de la acción de divorcio que subsiste mientras dura dicha situación. Si se considera como un mero acto y no como una situación.

(8) Rafael Rojina Villegas. Ob. Cit. Págs. 464 y 465.

La acción caducaría a los seis meses del día en que se efectuó la separación.

La fracción octava que se comenta, exige que no haya causa justificada que explique la separación, lo cual da lugar a los siguientes problemas:

a) El concepto de causa justificada, es demasiado amplio y elástico para poder precisarlo, porque depende en gran parte de varios factores que cambian mucho según el temperamento, la educación y las costumbres de los cónyuges. Para las personas delicadas serán causa justificada determinados hechos, que para otras carecerán de importancia, por ejemplo; el lenguaje grosero que emplee uno de los cónyuges en sus relaciones con el otro, será intolerable a personas de educación refinada, y otro tanto, cabe decir de la manera de comer, de vestir y de conducirse en la vida íntima. En vista de esto, los Tribunales deberán tener en cuenta numerosos factores que influyen en la vida común, a fin de resolver si el hecho alegado por el cónyuge que se separó debe considerarse como causa justificada.

b) No cabe menor duda, de que la Ley no exige que la causa justificada tengan carácter legal. Precisamente porque concierne a la vida en común de los esposos, puede te-

ner naturaleza diferente, ya sea moral o de carácter social

c) La causa ha de ser grave, y no consistir en un mero pretexto para separarse. La institución de la familia así lo exige, porque de otra manera, esta celdilla social, perderá toda estabilidad y firmeza.

d) En realidad, en cierto modo el cónyuge que se separa, viola el contrato matrimonial, porque la ley lo faculta para no cumplir con el deber de la cohabitación que de dicho contrato se deriva, y por eso cabe afirmar que en cierto grado lo faculta para hacerse justicia por sí mismo, sin esperarla de los Tribunales.

e) Va queda dicho que los Tribunales gozan de prudente arbitrio judicial, para determinar en cada caso, si la causa que se alega es justificada" (9).

Ahora bien, por lo que respecta a la fracción X del artículo 267 del Código Civil vigente, como causa de divorcio necesario y que textualmente señala lo siguiente: "La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita pa-

(9) Eduardo Pallares. Ob . Cit. Págs. 75, 76 y 77.

...a que se haga que proceda la declaración de ausencia".

Esta causal es totalmente nueva, ya que no la encuentramos establecida en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, ni en la Ley de Relaciones Familiares. Encuentra su justificación en el hecho de que las obligaciones que nacen del matrimonio no pueden cumplirse si alguno de los cónyuges se ausenta indefinidamente.

La presente causal, constituye una de las de menos aplicación en la práctica, toda vez que, el existir la frac-ción comentada que la declaración de ausencia esté legalmente hecha obliga al cónyuge que la solicita a seguir un juicio con trámite muy tardado y además independientemente de todos estos trámites que deben seguirse, de conformidad con el artículo 659 del Código Civil Vigente, que establece: "A falta de cónyuge, de descendientes y de ascendientes, será representante el heredero presuntivo. Si hubiere varios con igual derechos, ellos mismos elegirán el que debe representarlo. Si no se ponen de acuerdo en la elección, lo hará el Juez, prefiriendo al que tenga más interés en la conservación de los bienes del ausente". Después de que se haya nombrado el representante del ausente se necesitan dos años - desde ese día, para que exista acción para pedir la declara

ción de ausencia.

El artículo 649 del Código Civil, dispone que, "cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quién la represente, el juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, la citará por edictos, publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándole para que se presente en un término que no bajará de tres meses, ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes". El artículo 654 del mismo ordenamiento, señala que: "Si cumplido el término del llamamiento el citado no compareciere por sí, ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se procederá al nombramiento de representante".

La ley requiere que cada año publiquen nuevos edictos llamando al ausente, si transcurren dos años desde la fecha en que haya sido nombrado el representante, sin que vuelva el ausente o se tenga noticia de él, habrá acción para pedir la declaración de ausencia, teniendo esta acción los presuntos herederos legítimos del ausente, los herederos instituídos en testamento abierto, los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o pre-

sencia del ausente y el Ministerio Público.

Ejercitada la acción, si el juez encuentra fundada la demanda, ordenará que se publiquen durante tres meses, con intervalos de quince días en el periódico oficial que co---rresponda y en los particulares del último domicilio del ausente; pasados cuatro meses desde la fecha de la última publicación, sino hubiere noticias del ausente, ni oposición de algún interesado, el juez declarará en forma la ausencia.

En el segundo caso, de que habla esta fracción, refe--rente a la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia, estos casos de excepción están comprendidos en el artículo 705 del Código Civil que establece que cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Respecto a los individuos que hayan desaparecido al -tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un bu--que que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición para que pueda hacerse la declaración de la presunción

de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia.

Esta causal implica una serie de procedimientos para que pueda ser considerada como causa de divorcio necesario. Por su parte Rafael Rojina Villegas en su obra intitulada "Derecho Civil Mexicano", señala lo siguiente: "En la fracción X se dispone que es causa de divorcio la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita que se haga la declaración de ausencia. Lo que viene a demostrar que aún en los casos en que la ausencia no sea imputable al cónyuge ausente, da causa de divorcio al otro cónyuge, precisamente porque ya no se realizan los fines naturales del matrimonio, por haberse roto la vida en común, y porque para la ley no puede existir un matrimonio en esa situación anómala. Se distingue entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte del ausente. Como sólo en ciertos casos cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, el incendio, no se requiere que se lleve a cabo la declaratoria de ausencia, sino que por el solo transcurso de dos años se puede ya declarar la presunción de muerte del ausente, habrá causa de divorcio,

ción sin necesidad de que se haya declarado la ausencia. En cambio, cuando la ausencia no se deba a esas causas, tiene primero que hacerse la declaración de ausencia, y después vendrá la correspondiente de presunción de muerte. Bastará con que se llegue a declarar la ausencia, para que conforme a la fracción X, exista ya la causa de divorcio" (10).

Establecidas ya por separado las fracciones VIII y X del artículo 267 del Código Civil vigente, pasaremos al análisis de ambas causales para efectos de divorcio necesario. Primeramente la causal establecida en la fracción VIII del artículo antes citado, señala como causa de divorcio "la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada". Esta causa implica desde luego un abandono del hogar o domicilio conyugal por alguno de los cónyuges, sin que exista una causa que así lo justifique, presentándose el problema de que el cónyuge desaparezca sin que se tenga alguna noticia de él y, por lo cual el cónyuge que permanece en el domicilio conyugal presupone que ha abandonado la casa conyugal sin tener una causa justificada, lo cual

(10) Rafael Rojina Villegas. Ob. Cit. Págs. 467 y 468.

implica que el cónyuge que permanece en el domicilio puede recurrir a invocar la fracción VIII o la fracción X del artículo 267 del mencionado ordenamiento, ya que al no estar presente alguno de los cónyuges no se cumplen los fines esenciales del matrimonio.

Como podemos observar, aunque nuestra legislación no acepta que pueda existir una relación de las causales ya que establece que todas y cada una de las enumeradas en el artículo 267 del citado ordenamiento tienen autonomía propia, podemos darnos cuenta que en este supuesto se puede recurrir a invocar cualquiera de las dos fracciones, y aunque obviamente el cónyuge abandonado optará por la más sencilla que es la fracción VIII, puesto que la X implica una serie de procedimientos que por la misma naturaleza es más tardado.

Por lo que respecta a la fracción X del ya antes mencionado artículo y ordenamiento, cabe señalar que, estipula como causa de divorcio necesario "la declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia", por lo que se observa que existen dos cuestionamientos en primer lugar tenemos la

declaración de ausencia legalmente hecha, lo cual como ya se señaló, requiere de un trámite que establece el Código Civil, y por otra parte, establece esta fracción la presunción de muerte.

Esta causal es admitida por la mayoría de las legislaciones modernas, en virtud de que tanto la declaración de ausencia como la presunción de muerte, son verdaderas causas suficientes para pedir el divorcio.

En cuanto a la mencionada fracción X, Eduardo Pallares establece lo siguiente: "La declaración de ausencia es una de las modalidades del estado civil de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla las obligaciones que derivan del matrimonio. Por esta razón con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio.

En esta situación, establece Eduardo Pallares que puede censurarse al legislador que otorgue la acción de divorcio contra una persona que se presume ya muerta. En efecto, por una parte, la muerte disuelve el vínculo matrimonial por lo que no hay necesidad del juicio de divorcio para obtener la ruptura de dicho vínculo; por otra parte, el juicio de divorcio, concluye igualmente por el fallecimiento -

de cualquiera de los cónyuges, todo lo cual demuestra que es antijurídico el sistema establecido por el legislador en esta materia.

Agrega el citado autor que: ¿Qué efectos producirá sobre la sentencia ejecutoria que declare el divorcio, sea por ausencia o por presunción de muerte, en los casos en que el cónyuge declarado ausente o presumido muerto, se presente y haga valer sus derechos?

La ley es omisa sobre este problema, que no es solamente imaginario, ya que se han dado casos en que el esposo que se creía muerto o legalmente declarado ausente, retorna y pretende tener derechos conyugales, respecto al otro cónyuge.

Si la sentencia del divorcio ha causado la autoridad de la cosa juzgada material, no hay razón alguna para que se desconozca su obligatoriedad, en el caso supuesto. La presunción de muerte o la declaración de ausencia, son consideradas como causas suficientes para demandar el divorcio y si bien la declaración establece una simple presunción de muerte, el Código Civil ha creado un sistema que da a dicha presunción el carácter de absoluta, es decir, que contra ella no cabe prueba alguna en contrario.

Aunque esto parezca injusto, e irracional, en el caso de que la persona a quien supone muerta, demuestre que no lo está con su sola presencia, lo cierto es que en el Código no existe ningún precepto por virtud del cual pueda pedir el supuesto muerto la nulidad o revocación de la presunción de que se trata, ni tampoco, que las cosas vuelvan al estado jurídico anterior a su declaración de muerte. Una vez más, predomina el principio de la seguridad jurídica sobre los derechos del resucitado.

Puede acontecer que el cónyuge declarado ausente o que se presume que ha muerto, se presente cuando el juicio de divorcio se esté tramitando, si no se ha pronunciado sentencia irrevocable, que declare disuelto el matrimonio. En este supuesto, ¿Cuáles son los derechos que puede hacer valer en el juicio el mencionado cónyuge?. En concepto del autor, le corresponderán los mismos derechos que la ley atribuye al litigante declarado rebelde". (11).

Como se puede observar, con lo anterior, estas dos causas de divorcio necesario, implican una serie de problemas

(11) Eduardo Pallares. Ob. Cit. Págs. 81 y 82.

a resolver, puesto que el legislador no los plasma en la ley. Por lo tanto, evidentemente, tanto la separación del domicilio conyugal sin que exista causa que lo justifique, como la declaración de ausencia o la presunción de muerte, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge que se encuentre en estos supuestos, cumpla con sus obligaciones matrimoniales, razón por la cual la ley otorga al otro el derecho de divorciarse.

En tanto, como se demuestra, estas dos causales tienen cierta similitud, aunque la legislación no lo considere así y analizando la forma de hacer valer estas causas de divorcio necesario, considero que resultaría mucho más fácil y sencillo invocar la separación de la casa conyugal, por más de seis meses sin causa justificada, para pedir el divorcio, que seguir todos los trámites que establece el Código Civil vigente para la declaración de ausencia legalmente hecha o la presunción de muerte.

### C) EFECTOS DEL DIVORCIO

Por lo que respecta a los efectos del divorcio, podemos señalar que existe diversidad de efectos en el juicio de divorcio necesario, por lo que encontramos efectos provisionales, que se producen durante la tramitación del juicio,

y los efectos definitivos que causan una vez pronunciada la sentencia ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial.

En lo que se refiere a los efectos provisionales, el maestro Rafael Rojina Villegas, en su obra intitulada "Compendio de Derecho Civil", establece lo siguiente: "Por lo que toca a los efectos provisionales todas las legislaciones coinciden en que el juicio de divorcio necesario, al presentarse la demanda, y en casos urgentes, antes de su presentación, puede el Juez tomar providencias para separar a los cónyuges, depositar a la mujer, si se dice que dió causa al divorcio, confiar la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, si se pusieren de acuerdo, o bien, si no lo hubiere el juez podrá determinar si concede esa custodia durante el procedimiento a uno de los cónyuges o a tercera persona.

También estas medidas provisionales van a referirse a tomar ciertas precauciones cuando en el momento de divorcio la mujer se encontrare encinta.

Por último, el juez debe acordar durante el trámite del juicio una pensión de alimentos suficientes, según las posibilidades de los padres para el sostenimiento de los hi

jos y en su caso, para el cónyuge acreedor" (12).

A este respecto, nuestro Código Civil en su artículo 282 establece sobre este conjunto de medidas provisionales lo siguiente: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia se dictarán provisionalmente y sólo -- mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: I. -- Derogada; II. Proceder a la separación de los cónyuges de -- conformidad con el Código de Procedimientos Civiles; III. -- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor ali- -- mentario al cónyuge acreedor y a los hijos; IV. Las que se -- estimen convenientes para que los cónyuges no puedan causar -- perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la socie- -- dad conyugal, en su caso; V. Dictar, en su caso, las medi- -- das precautorias que la ley establece respecto de la mu- -- jer que quede encinta; VI. Poner a los hijos al cuidado de -- la persona que de común acuerdo hubieren designado los cón- -- yuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo -- el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cu-

(12) Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Edición Porrúa, S.A. México 1977. Págs. 400 y 401.

yo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, - previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conducente.

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

Como se puede observar, nuestro Código Civil, en lo -- que se refiere a los efectos provisionales, como primer paso toma en cuenta el acuerdo de los cónyuges, para que se - confíe la custodia o cuidado de los hijos a uno de ellos, - este punto es muy importante, ya que a un juicio de divorcio debe dársele toda la importancia que requiere en el orden social, familiar y humano, en virtud de que los juicios de divorcio necesario, en muchas ocasiones pueden prolongarse por varios años y en este supuesto, cuando existen hijos menores esta situación es muy difícil para ellos, ya que en - esa etapa de la vida, es justamente en la que más necesitan de cuidados o de que estén confiados a una persona responsa - ble, ya que en caso contrario, podría perjudicárseles en -- cuanto a su moralidad, educación o seguridad. Continuando con este análisis en cuanto a los efectos provisionales en el juicio de divorcio, el artículo 282 del Código Civil, se

ñala que sólo en defecto de un acuerdo entre los cónyuges, podrá el juez determinar la persona a quien se confíen los hijos, dándose al cónyuge autor la preferencia para señalar esa persona, pero sin que esto signifique que el juez deba necesariamente acordar de conformidad su pretensión.

Dentro de estas medidas provisionales, en el juicio de divorcio existen las que debe tomar en consideración el juez cuando la mujer se encuentra embarazada.

Estas medidas las contempla el Código Civil, no para el caso de divorcio, sino para la viuda que manifiesta ante el juez de la sucesión correspondiente encontrarse encinta, a la muerte de su esposo y en consecuencia, serían aplicables al caso, los artículos 1638 y 1648 del ordenamiento citado.

En cuanto a los efectos definitivos en el juicio de divorcio, podemos decir que son los de mayor importancia, porque son los que se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio. Por lo tanto estos efectos definitivos en el juicio de divorcio, los vamos a dividir en:

1. Efectos en relación a la persona de los cónyuges.

2. Efectos en relación a los hijos.

3. Efectos en relación a los bienes de los consortes.

### 1. EFECTOS EN RELACION A LA PERSONA DE LOS CONYUGES.

Por lo que respecta a los efectos definitivos en el -- juicio de divorcio, Rafael Rojina Villegas en su obra "Com-- pendio de Derecho Civil" dice que en cuanto a "los efectos en relación a la persona de los divorciados, estos efectos los vamos a subdividir en:

- a) En cuanto a la capacidad para celebrar nuevo matrimonio.
- b) Respecto a la capacidad jurídica de la mujer divorciada.
- c) En cuanto al derecho de la divorciada para llevar o no el apellido de su esposo.
- d) Respecto a la capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio.
- e) Relativamente a los alimentos, que deberá pagar el cónyuge culpable al inocente.

a) Capacidad para contraer nuevo matrimonio. Ya hemos establecido que el divorcio por separación de cuerpos, regulado por los Códigos de 1870 y 1884, al no disolver el ma--

rimonio, no otorgaba, como era evidente, a ninguno de los consortes, la capacidad jurídica de contraer nuevo matrimonio. Se mantenía el vínculo matrimonial, y sólo se suspendían algunas obligaciones. Fundamentalmente la de hacer vida en común; pero la obligación de guardarse fidelidad, y por consiguiente, la sanción penal para el caso de adulterio, existía.

A partir de la Ley de Relaciones Familiares, al disolver el divorcio, el vínculo matrimonial, cada cónyuge ya recobra su capacidad jurídica para celebrar nuevo matrimonio; pero se establecieron ciertas limitaciones en función de la clase de divorcio que se hubiere obtenido, o para sancionar al cónyuge culpable. De esta suerte, el Código Civil vigente, lo mismo que la citada Ley de Relaciones Familiares, para el divorcio voluntario, impiden que los cónyuges puedan celebrar nuevo matrimonio dentro del término de un año.

Al regular el artículo 98, los requisitos que debe contener la solicitud para celebrar matrimonio, y los documentos que deben acompañarse a esa solicitud, precisamente indica que en los casos de divorcio deberá exhibirse la copia certificada de la sentencia respectiva. Dice el artículo 98, "Al escrito a que se refiere el artículo anterior, les decir

la solicitud de matrimonio), se acompañará: VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio, o de la nulidad del matrimonio, en caso de que alguno de los contrayentes hubiere sido casado con anterioridad".

En el divorcio, si el cónyuge inocente es el hombre, puede inmediatamente contraer nuevo matrimonio, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, pero si el cónyuge inocente es la mujer, se le impide celebrar nuevo matrimonio, tomando en cuenta la posibilidad de que pudiere estar embarazada, por lo que deberá transcurrir el término de trescientos días que se contarán, no a partir de la sentencia, sino antes, a partir de la separación judicial que se decreta al presentarse la demanda de divorcio. Como generalmente los juicios de divorcio necesario para llegar a la sentencia ejecutoriada, tardan más de un año en su tramitación, resultará que cuando se obtenga la sentencia firme, ya la mujer inocente podrá celebrar nuevo matrimonio, porque transcurrió el término de trescientos días a partir de la separación judicial. Si diere a luz un hijo dentro de este término, evidentemente que podrá contraer nuevo matrimonio, aún cuando

no hubiese pasado ese plazo, porque lo que se trata de evitar es sólo una confusión en la paternidad.

b) Capacidad de ejercicio de la mujer divorciada. Otro de los efectos del divorcio se va a referir a la capacidad de ejercicio de la mujer, pues la del hombre ni bajo el -- sistema anterior, ni conforme al vigente, se altera por virtud de la disolución de su matrimonio. En cambio, la capacidad de ejercicio de la mujer divorciada, si sufría bajo los Códigos Civiles de 1870 y 1884, un cambio radical. A partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como en un principio, se equiparó la capacidad de goce y de ejercicio de la esposa con la del marido, (por cuanto que se partió de la idea de que no debe haber una diferenciación por virtud del sexo, y que es falso que la mujer, especialmente la casada no esté en condiciones de contratar, de comparecer a juicio, de administrar sus bienes o de ejecutar actos de dominio respecto de los mismos), se dispuso que el matrimonio no afectaría la capacidad de ejercicio de la esposa. Lógicamente entonces, el divorcio ya no puede en la actualidad -- producir un cambio fundamental en esa posibilidad jurídica de actuar que tenga la divorciada, tanto desde el punto de vista del derecho civil al contratar, al obligarse, al ce--

celebrar actos jurídicos de dominio o administración, como -- del derecho procesal, para poder comparecer directamente en juicio como actora o como demandada. En realidad, el divorcio produce igual efecto respecto de la capacidad de ambos cónyuges, tanto en la citada Ley de Relaciones Familiares como en el Código vigente. Sólo existe la prohibición de -- que la mujer contrate con su marido, y únicamente podrá hacerlo previa autorización judicial, cuando no se perjudiquen sus intereses, y esto como un resabio de aquella idea de la potestad marital, que todavía persiste en la legislación vigente, para considerar que el marido puede en algún sentido, durante el matrimonio, al celebrar contratos con su esposa, perjudicarla desde el punto de vista económico. Pero ya la mujer divorciada se encontrará frente a su ex-marido en la misma situación jurídica que cualquier otra persona y, por lo tanto, como desaparece la sociedad conyugal si bajo este régimen se estableció el matrimonio, los divorciados, al tener separados sus bienes, podrán contratar libremente.

Por lo que respecta a este asunto, los Códigos de 1870 y 1884, reconocían la potestad marital y, por consiguiente, la esposa quedaba en condiciones semejantes de incapacidad

de ejercicio que un menor de edad. De ahí que el artículo 196 del Código Civil de 1884 señalara: "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio", y el artículo 197: "El marido es el representante legítimo de su mujer. Esta no puede, sin licencia de aquél, dada por escrito comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aún para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio, y pendientes en cualquier instancia al contraerse este; más la autorización una vez dada, sirve para todas las instancias, a menos que sea especial para una sola, lo que no se presume, si no se expresa".

El artículo 198 del Código Civil de 1884 establecía -- que "Tampoco puede la mujer, sin licencia de su marido, adquirir por título onerosos o lucrativo, enajenar sus bienes ni obligarse sino en los casos especificados por la Ley". El Código Civil vigente ya no presenta ningún problema respecto a la capacidad de la mujer divorciada, ante la equiparación absoluta de la mujer con el marido durante el matrimonio. Evidentemente que el divorcio no podrá alterar esa capacidad que ya tiene la mujer tanto en su calidad de soltera, como de casada y, por lo tanto de divorciada.

Por otra parte, como el divorcio en la actualidad ori-

gina la disolución del matrimonio, necesariamente tiene que dar término a la sociedad conyugal y por lo tanto, ya no se presenta el problema que existía bajo el Código anterior si se presentaba en cuanto a que la sociedad conyugal subsistía y entonces si era necesario resolver quien administraba los bienes de la sociedad. Al respecto, el artículo 168 establece que: "El marido y la mujer tendrán en el hogar, autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos, y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan". Agrega el artículo 172 del Código Civil vigente que: "El marido y la mujer mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones y oponer las excepciones que a ellos correspondan, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes".

c) Uso por la divorciada del apellido de su ex-marido. Nuestro Código Civil guarda absoluto silencio sobre el particular, nosotros simplemente por costumbre, que es en este

caso fuente de derecho, agregamos al apellido de la mujer casada, el de su marido, después de la partícula "de".

Entre nosotros como no hay disposición expresa en el sentido antes indicado y como por otra parte la costumbre ha sido que la mujer casada no pierda su apellido y simplemente agregue al suyo el de su marido, es evidente que en el caso de divorcio, sea culpable o inocente, perderá todo derecho a seguir usando el apellido del ex-esposo, pues ello denotaría que aún continúa casada. En consecuencia, si el matrimonio ya quedó disuelto, no hay razón alguna para que la mujer siga ostentando un apellido que no le pertenece. Sin embargo, como nada legisla el Código Civil al respecto, no habrá sanción en caso contrario.

d) Capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio. La capacidad de la esposa y de la divorciada para ejercer el comercio, no debe ser regulada por el Código Civil, sino exclusivamente por el Código de Comercio; que indebidamente el Código Civil ha pretendido autorizar a la mujer casada en ciertos casos para ejercer el comercio, no obstante la oposición del marido, si el juez considera que esa oposición es injustificada, o bien, si el marido no subviene a todas las necesidades de su hogar.

En el Código de Comercio, para nuestro problema concreto del divorcio, se habla de que la mujer casada podrá ejercer el comercio sin ninguna autorización del marido. Ahora bien, en la actualidad, si el Código Civil vigente admite ya el divorcio vincular, es evidente que, a mayoría de razón, si el de comercio facultaba a la mujer simplemente separada de su marido para ejercer el comercio, sin autorización de éste, la mujer ya divorciada, disuelto su matrimonio, podrá ejercer libremente el comercio. Por lo tanto, una consecuencia del divorcio vincular será que la mujer, al recobrar su capacidad en el orden mercantil, (supuesto que en el orden civil la tiene, no obstante que sea casada), sí podrá ejercer el comercio, que no pudo desempeñar durante su vida matrimonial, por oposición del marido.

e) Alimentos del cónyuge inocente. Otro efecto del divorcio en relación con los cónyuges, es el relativo a determinar los alimentos del cónyuge inocente. En este aspecto, ya no se presenta esa equiparación absoluta que existe durante el matrimonio, para todos los efectos legales entre la mujer y el hombre. Por lo que toca a los alimentos de la mujer inocente en el divorcio, se imponen aún cuando tenga bienes, y esté en condiciones de trabajar. En cambio, por

lo que se refiere a los alimentos del marido inocente, sólo en el caso de que carezca de bienes, y esté imposibilitado de trabajar, la mujer culpable tendrá que darle esos alimentos. En verdad, si la Ley parte de una absoluta equiparación en orden a la capacidad jurídica y a la aptitud para la vida, para el trabajo, no debería hacer esa distinción. La razón de ser de los alimentos contra el cónyuge culpable es una sanción. Más aún, si durante el matrimonio ambos cónyuges tienen el deber recíproco de darse alimentos, de ayuda mutua, según sus necesidades y de acuerdo con sus posibilidades, en el caso de divorcio, como se sanciona al cónyuge culpable por un hecho que le es directamente imputable, y dado que ya no prestará ese auxilio económico al otro cónyuge, no habrá razón para distinguir entre la mujer y el marido, pues no es en función de la necesidad de los alimentos, sino por una pena que se impone al cónyuge culpable, por haber disuelto el matrimonio.

## 2. EFECTOS EN RELACION A LOS HIJOS.

Estos efectos los dividiremos en tres partes:

a) Los efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, o simplemente separada judicialmente de su marido.

b) Los efectos en cuanto a la patria potestad.

c) Los efectos relativos a los alimentos de los hijos.

a) Legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada. Al efecto, deben distinguirse tres períodos: I, Si el hijo naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges. II. Si naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio y III. Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

Primer período. Cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges; conforme al artículo 324, fracción II, del Código Civil vigente, existe siempre la presunción de legitimidad del hijo, de tal manera que el marido no podrá impugnarla, sino demostrando que fue físicamente imposible que tuviere relación sexual con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento. Esta legitimidad, no podrá ser desconocida aún cuando el marido comprobase el adulterio de la mujer, y aún cuando esta reconociere el adulterio y confesare ex-

presamente que el hijo no es de su marido. En estos casos, la ley exige además, que se acredite que el nacimiento se le ocultó al marido, o bien, que éste demuestre que dentro de los trescientos días anteriores al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa.

Segundo período. Se refiere al hijo que naciere después de los trescientos días de decretada la separación judicial. En este período, tendremos que distinguir dos posibilidades: pueden transcurrir los trescientos días sin que se pronuncie sentencia de divorcio o bien, en casos relativamente excepcionales, puede haberse pronunciado la sentencia de divorcio, antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación judicial. Por lo tanto, cabe la posibilidad de que el hijo nazca después de los trescientos días de la separación judicial, pero antes de que se pronuncie sentencia de divorcio. O bien, que el hijo naciere ya después de que se dictó la sentencia de divorcio, pero antes de que transcurran trescientos días de que ésta causó ejecutoria. Para los efectos legales lo importante es que en este segundo período no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca, más de trescientos días de pronunciada la sentencia. Por que la idea fundamental es que -

ún cuando hubo una separación judicial, que normalmente ha  
se presume que ya no habrá la relación sexual entre los --  
cónyuges, jurídicamente siguen unidos en matrimonio, hasta  
que no venga la sentencia definitiva y cause ejecutoria, di  
solviendo el vínculo. Por lo tanto, si el hijo naciere des  
pués de los trescientos días siguientes a la separación, pe  
ro antes de que se pronuncie sentencia, evidentemente fue  
un hijo nacido durante el matrimonio de sus padres. A su --  
vez, si el hijo naciere después de que se pronunció la sen--  
tencia, y ya habían transcurrido con exceso el término de  
trescientos días después de la separación, pero no el de --  
trescientos días siguientes a la disolución, que sólo se o--  
pera por sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como  
nacido durante el matrimonio de sus padres.

Ahora bien, tendrá el marido que demostrar que no tuvo  
relación sexual con su esposa, a pesar de estar separado de  
ella, y en el juicio ordinario correspondiente en que sea  
oída la madre, y a su vez el hijo, a través de su tutor, pa  
ra que se declare que el hijo, no es legítimo.

Este segundo período está regulado por el artículo 327.  
"El marido podrá desconocer al hijo nacido después de tres--  
cientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tu

vo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".

La diferencia que existe entre el primero y el segundo período, es que en el primero el hijo lleva la presunción de legitimidad y, en el segundo, ya el hijo no lleva de pleno derecho esa presunción de legitimidad. En el primer período, el padre tiene que rendir pruebas plenas, absolutas, que demuestren la imposibilidad física de haber engendrado al hijo. Es decir, toda la carga de la prueba la lleva el marido que impugna la legitimidad, y ni la madre, ni el hijo a través de su tutor, tienen que reunir pruebas, y si el marido no lograra probar esa imposibilidad física, la presunción de legitimidad se convertiría en absoluta y el juez declararía que el hijo es legítimo.

En cambio, en el segundo período, al no existir ya esa presunción de legitimidad, ambas partes están procesalmente en el mismo plano, ambas tienen que justificar: el marido que no pudo engendrar al hijo; la madre, o en su caso el hijo, que sí fue engendrado por el marido. Ambas partes deben acreditar sus pretensiones, y a su vez el juez -

tendrá que valorarlas tomando en cuenta la trascendencia de las pruebas, la seriedad de las mismas, bien para desconocer la legitimidad del hijo, o por el contrario, para reconocerla. En caso de duda, el juez deberá poner sobre los intereses de los cónyuges y sus pasiones, el interés sagrado del hijo, en cuanto a su paternidad, y a que su presunción de legitimidad no sea desconocida.

Tercer período. Comprende a los hijos que la mujer divorciada tuviese después de los trescientos días siguientes a la disolución de su matrimonio. Un artículo general no distingue entre disolución por muerte del marido, por nulidad o por divorcio, sino que equipara la condición jurídica del hijo que nazca después de trescientos días de disuelto el matrimonio para que cualquiera a quien perjudique la filiación y pueda en todo momento, desconocerla. Al respecto el artículo 329 dice: "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación".

El hijo que naciere después de trescientos días de disuelto el matrimonio por divorcio o nulidad, no se encuentra en esa absoluta imposibilidad física de que el marido -

de la madre lo hubiese engendrado, pero tampoco tiene la presunción de legitimidad. Podrá existir la presunción de hecho, como ocurre en algunos casos de divorcio o de nulidad, de que no sólo dentro de los trescientos días siguientes a la sentencia, sino durante años siga existiendo después un concubinato entre los que fueron consortes. Pero es esta una posibilidad humana que la ley no va a tomar en cuenta como norma para seguir imputando al ex-marido, el hijo de la mujer divorciada que nació después de los trescientos días siguientes a la sentencia.

b) Efectos del divorcio en cuanto a la patria potestad  
El principio general reconocido en todos los Códigos civiles que admiten el divorcio vincular, es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente.

En cuanto a nuestro Código Civil, encontramos tres normas fundamentales en materia de patria potestad. Para determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aún cuando muera después el inocente. En tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuelos, primero paternos y luego maternos y a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela

Se ve por esta sanción extrema que deben ser gravísimas las causas de divorcio que le hacen perder para siempre al cónyuge culpable la patria potestad, aún en el supuesto muy -- justificado de que muriese el inocente y que conforme a la naturaleza misma, el más indicado fuera el padre que sobreviva, quien ejerciere la patria potestad. Una segunda norma hace privar al cónyuge culpable de la patria potestad, mientras viva el inocente, para recobrar este derecho a su muerte. Por último, tratándose del divorcio por alguna enfermedad, se restringe la patria potestad en cuanto al cónyuge - enfermo, sólo para evitar, tratándose de enfermedades contagiosas, que pueda existir ese contagio, y por eso la custodia y la vida en común se establecerá en favor del cónyuge sano.

Tomando en cuenta este criterio que se desprende del artículo 283, deberían ser causas de divorcio muy graves, ciertos delitos o ciertos hechos inmorales, los que se sancionasen con la pérdida definitiva de la patria potestad, y ante las otras causas de divorcio que no prestasen tal gravedad, el cónyuge culpable sólo debería perder la patria potestad, mientras viviese el inocente. Sin embargo, sin un criterio explicable, sin que haya una verdadera razón, sino

por el contrario, una arbitrariedad manifiesta, el artículo 283 señala casos en los cuales un cónyuge pierde la patria potestad, haciendo intervenir tanto causas muy graves, o - que no presenten esa gravedad, y a su vez, toma en cuenta diversidad de causas, unas graves y otras de menor gravedad, para que durante la vida del cónyuge inocente se prive al culpable de esa patria potestad.

Dice el artículo 283, "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

c) Obligación de dar alimentos. Se ha establecido que conforme al artículo 287 del Código Civil vigente se comete la injusticia de que los cónyuges divorciados sólo deben dar alimentos a los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad. Se establece entonces que respecto de

Los hijos varones no hay razón alguna para que por el hecho de que lleguen a los 18 años se les prive de la pensión alimenticia, si se encuentran incapacitados para trabajar y carecen de bienes, ya que conforme a las reglas generales que imponen la obligación de dar alimentos a los padres y, en general, a los ascendientes, frente a los descendientes, la misma subsiste siempre que haya la necesidad en el acreedor alimentario por carecer de bienes y estar imposibilitado para el trabajo, y que especialmente para los padres no hay un límite en función de la mayoría de edad en el hijo, y -- que si esto es evidente, cuando no se ha disuelto el vínculo matrimonial, con mayor razón en el caso de divorcio, en donde ya los hijos ni pueden contar en ocasiones con un hogar y con el medio de poder satisfacer en el mismo su necesidad alimentaria. Por esto, se considera que sobre esta -- disposición injusta contenida en el artículo 287, deben prevalecer las disposiciones generales contenidas en los artículos 301, 303, 311 y 320 del Código Civil vigente.

En el artículo 287, no se impone exclusivamente al cónyuge culpable la obligación de dar alimentos a los hijos, sino que ambos padres deben contribuir en proporción de sus bienes al cumplimiento de este deber jurídico.

### 3. EFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS BIENES DE LOS CONYUGES.

Estas consecuencias de tipo patrimonial, las analizaremos en tres aspectos:

- a) En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal.
- b) Respecto a la devolución de las donaciones.
- c) Relativamente a la indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente, por virtud del divorcio.

a) *Disolución de la Sociedad Conyugal.* En el Código Civil vigente, como el divorcio origina la disolución del matrimonio, necesariamente debe tener consigo la disolución de la sociedad conyugal que se hubiere estipulado entre los cónyuges. En el artículo 287 se estatuye: "Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos".

Ante el sistema que regula el Código Civil vigente, si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal, el divorcio origina la disolución de ésta, y esta diso-

liquidación se hace en la forma de una liquidación en el sentido de que primero se tendrán que pagar todas las obligaciones sociales, para cuyo efecto, al constituirse la sociedad conyugal, se determinará el activo y el pasivo de la misma.

El artículo 189, nos dice que las capitulaciones matrimoniales en las que se establezca la sociedad conyugal, deben contener las bases para liquidarla.

Precisamente estas bases son las que se aplicarán en los casos de divorcio, de nulidad del matrimonio o de muerte de uno de los cónyuges. De ahí que el artículo 197 estatuya que la sociedad conyugal termina por disolución del matrimonio, por la voluntad de los cónyuges, por la ausencia que declare la presunción de muerte del consorte ausente, y en los previstos en el artículo 188. En el 203 se dice: "Disuelta la sociedad, se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, que serán de éstos o de sus herederos". "Terminando el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los consortes en la forma convenida. En caso de que tuviere pérdidas, el im-

porte de éstas se deducirá del haber de cada consorte en --  
proporción a las utilidades que debían corresponderles, y --  
si uno sólo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida  
total". (Art. 204).

Será diferente la liquidación según se origine por di-  
vorcio, por nulidad del matrimonio o por muerte de uno de --  
los cónyuges. La disolución de la sociedad cónyugal por cau-  
sa de divorcio no está sancionada en nuestro sistema impo-  
niendo al cónyuge culpable ni la pérdida de los bienes que  
le correspondan, según las bases que hubiesen pactado para  
la liquidación, ni siquiera la pérdida de las utilidades.

b) Devolución de las donaciones. Al respecto, el artícu-  
lo 286 del Código Civil vigente establece que: "El cónyu-  
ge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hu-  
biere dado o prometido por su consorte o por otra persona  
en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo  
recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho". La ma-  
yoría de los códigos civiles hacen perder al cónyuge culpa-  
ble las donaciones que recibiere el inocente; pero no las  
donaciones que les hiciera un tercero en consideración al  
matrimonio.

En el divorcio, como ya la donación antenupcial que --

hizo un tercero o uno de los cónyuges, quedó consumada y -- por una causa posterior al matrimonio se disuelve el vínculo, ya no se devolverá la donación que hizo el tercero, si no que se aplicará al cónyuge inocente. Es decir, éste no sólo tiene derecho a recuperar lo que había dado en donación prenupcial, sino también a conservar lo que diere un tercero, aún en el caso de que éste hubiese hecho la donación en consideración al cónyuge culpable. Por ejemplo, es frecuente que las amistades, como ocurre en todos los matrimonios, hagan donaciones en consideración a un cónyuge y si después resulta culpable en el divorcio, las perderá en beneficio del inocente, como también las donaciones prenupciales que haga uno de los futuros esposos al otro. En este as pecto, nuestro Código se distingue de la mayoría de los códigos civiles, por cuanto que se extiende la sanción incluso a las donaciones prenupciales.

Por lo que toca a las donaciones durante el matrimonio, existe el efecto principal por virtud del divorcio, de volver irrevocable a una donación que podría revocarse en cual quier tiempo por el donante. Sólo la muerte o el divorcio vienen a hacer irrevocable la donación entre consortes; pero el divorcio la hará irrevocable en perjuicio del cónyuge

donante, si es el culpable; nunca en perjuicio del inocente. En otras palabras, el cónyuge inocente podrá revocar la donación que había hecho al otro, en cualquier tiempo, es decir, antes de la demanda de divorcio, durante el juicio o una vez decretada la sentencia. En los artículos 232 a 234, se regulan las donaciones entre consortes, y establecen lo siguiente: "Los consortes pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos". "Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por los donantes, mientras subsista el matrimonio, cuando exista causa justificada para ello, a juicio del juez". "Estas donaciones no se anularán por la supervivencia de hijos, pero se reducirán cuando -- sean inoficiosas, en los mismos términos que las comunes".

Agrega el artículo 233 que no sólo las donaciones se volverán irrevocables por la muerte del donante, sino también, cuando se decreta el divorcio en perjuicio del cónyuge donante, por ser el culpable. Esto se desprende del mismo artículo 286, que dice: "El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho". Por consiguiente, no se podrá revocar por el cónyuge culpa-

ble la donación que hubiese hecho, alegando que durante su vida puede en todo tiempo revocarla.

c) Obligación de indemnizar de un cónyuge respecto del otro. Consiste en que el cónyuge culpable deberá indemnizar al inocente de todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado por virtud del divorcio. Se comprenden en nuestro derecho los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, en virtud de que se considera que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito, y como tal obliga a reparar no sólo el daño patrimonial, sino el moral, siempre y cuando éste no exceda de la tercera parte de aquél. Resulta por lo tanto que en los casos de divorcio, el cónyuge culpable tendrá que indemnizar los daños patrimoniales y morales, pero con el límite de que estos no excedan de la tercera parte de aquéllos. Establece el artículo 288 que: "Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

"Aquí, se establece la expresión de cónyuge culpable para sancionarlo con el pago de todos los daños y perjuicios. Por lo tanto, quedan excluidos todos aquéllos cónyuges enfermos que den causa al divorcio.

Por disposición expresa del artículo 288, toda causa del divorcio que implica culpabilidad del cónyuge, se convierte en hecho ilícito.

Para el divorcio sanción, basta con que se causen daños al cónyuge inocente, exista o no la intención en el culpable de causarlos, haya o no culpa, para que, según el artículo 288, tenga siempre este último la obligación de repararlos. En los casos de divorcio sanción, siempre se parte de un delito, de un hecho inmoral, de actos contrarios al estado matrimonial, de ciertos vicios o finalmente de incumplimiento de obligaciones conyugales, como causas para decretar el divorcio. En consecuencia, si por virtud del divorcio, es decir, en atención a esas causas que suponen hecho ilícito, se causaron daños, ni siquiera podrá el cónyuge culpable sostener que si bien hubo conducta ilícita en la causa de divorcio, no hubo el propósito de que por esa causa se originaren daños al cónyuge inocente. La ley de plano considera, haya o no intención de causar el daño, haya o no culpa en la causación del mismo, que siempre que estamos ante una causa de divorcio sanción, existirá la obligación de reparar el daño causado.

Para el divorcio, no sólo se van a comprender los da--

ños patrimoniales, es decir, las mermas en el patrimonio, o la privación de las ganancias lícitas, sino además los daños morales. El daño moral implica una lesión a los valores espirituales o estéticos de la persona, en sus afectos, en su honor, en su honra, en su prestigio, en su aspecto estético, de tal manera que aún cuando no trascienda el patrimonio, aún cuando exclusivamente el daño lesione un valor de tipo espiritual, si nace de un hecho ilícito, y además hubo daño patrimonial, el culpable deberá repararlo. El artículo 288 no distingue entre daños patrimoniales y morales. Por ello, debe de interpretarse en función del artículo 1916.

"Independientemente de los daños y perjuicios, el juez debe acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito (es decir, en favor del conyuge inocente), o de su familia, si -- aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado" (13).

(13) Rafael Rojina Villegas. Ob. Cit. Págs. 402 a 421.

D) EL PROBLEMA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL.

Se ha establecido en este capítulo el análisis de la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil vigente, -- primeramente se estableció en qué consiste la citada fracción y la forma en que puede invocarse como causa de divorcio necesario. En esta causal se presenta el problema del abandono del domicilio conyugal, por más de seis meses sin que exista causa que lo justifique, ahora por otra parte, aquí se presenta el problema de que no sólo existe abandono de domicilio conyugal, sino aunque de derecho no se establece ya que la legislación estipula la autonomía de las causales, de hecho, existe una relación con la fracción XII del artículo 267 del citado ordenamiento, que textualmente dice: "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las -- obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el artículo 168". De donde se desprende que al existir esta negativa aunque como ya lo señalamos sólo de hecho, el asunto adquiere sanción de tipo no sólo civil sino que también penal, ya que existe abandono de personas que es sancionado

por nuestro Código Penal vigente.

Para poder esclarecer este asunto, es necesario que primeramente analicemos la fracción XII del artículo 267 del citado ordenamiento.

Esta causal de divorcio, estaba contenida en el Código Civil de 1884 en la fracción IX del artículo 227, no mencionándola el Código anterior a ese, ni la Ley de Relaciones Familiares.

Por alimento se debe de entender en un sentido común todas las substancias que pueden servir para la nutrición; y el contenido legal de los alimentos como lo señala el artículo 308 del Código Civil vigente, "Comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarles algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Uno de los deberes del matrimonio es el que impone a los esposos sin duda alguna, que los cónyuges se proporcionen alimentos; pero el legislador, no obstante que la ley declara la igualdad jurídica del hombre y la mujer, determi

nó como principio general que fuera el marido quien cumpliera con esa obligación, y sólo excepcionalmente la carga recaerá sobre la esposa cuando ella tenga bienes propios, desempeñe alguna profesión, u oficio, siempre y cuando la parte que le corresponda no sobrepase la mitad del total de los alimentos. Cuando el marido se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes, los gastos para el sostenimiento del hogar deben ser totalmente cubiertos por la mujer.

Para que un cónyuge pueda pedir el divorcio, con fundamento en esta causal, es necesario que primero exija judicialmente al otro cónyuge el pago de los alimentos debidos, y sólo en el caso de que no lo obtenga por falta de bienes o por cualquier otra causa, habrá acción para el divorcio.

Ahora bien, por su parte el Código Civil vigente, en su artículo 164, nos dice: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y ca-

reciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá integramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio - serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

De lo anterior, se desprende que generalmente es el marido el que debe de hacer los gastos para el sostenimiento del hogar y solamente en los casos mencionados específicamente la mujer tiene la obligación de hacerlos.

Por otro lado, los artículos 165 y 168 textualmente se ñalan: "Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de - quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos". El artículo 168 señala que: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente".

Como hemos venido analizando, lo referente al abandono

del domicilio conyugal por más de seis meses sin causa justificada desde el punto de vista penal, podemos agregar que aunque nuestra legislación no lo establece específicamente, en la realidad se da en muchos casos ya que es común que cuando un cónyuge abandona la casa conyugal, no sólo abandona al otro cónyuge, sino que deja de cumplir con las obligaciones que le impone el matrimonio y de hecho abandona no sólo a la esposa sino que lo mismo sucede con los hijos menores.

Es por esto que el asunto toma características de tipo penal, puesto que, aunque el Código Civil no señala abandono de un cónyuge por el otro por más de seis meses, sin causa justificada, como ya lo señalamos de hecho, existe, al respecto el Código Penal señala en su artículo 336 que "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicará de un mes a cinco años de prisión y privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado".

Por otro lado, el maestro Francisco González de la Vega, en su obra intitulada "Derecho Penal Mexicano", opina

respecto a este punto que el Código Penal establece bajo la denominación general de abandono de personas cinco diversas formas de delito, entre las cuales encontramos en primer término el abandono de hogar.

Establece Francisco González de la Vega que: "El rasgo común de los delitos de abandono es la situación de desamparo más o menos grave en que se coloca a ciertas personas en estado de necesidad. En el abandono de hogar, el desamparo de los familiares es primordialmente económico; incumplimiento de las prestaciones alimentarias. Sigue comentando el citado autor que este delito, abandono de hogar, ha sido tradicionalmente mal denominado en las legislaciones mexicanas. El nombre es impropio, porque ni el bien jurídico protegido ni el sujeto pasivo de la infracción pueden ser el simple concepto de hogar. El delito lesiona directamente al cónyuge o a los hijos abandonados, o sea, aquellos en quienes se produce el desamparo que les causa uno de los titulares de la familia. La denominación adecuada sería: abandono de familiares, puesto que estos son los sujetos pasivos de la infracción.

En el cuerpo de leyes mexicano, el abandono de hogar es un delito de creación relativamente reciente; el Código

de Martínez de Castro no lo incluyó en su catálogo de delitos. El primer antecedente lo encontramos en la Ley de Relaciones Familiares, de fecha 9 de abril de 1917, en su artículo 74, reprimía con prisión de dos meses a dos años al esposo que abandonase a su esposa y a sus hijos sin motivo justificado, dejando a aquélla o a éstos o a ambos en circunstancias aflictivas; el mismo precepto creaba una especial causa de extinción de las cantidades que dejó de administrar y diese fianza para lo sucesivo. El único sujeto activo posible del delito era el esposo; las víctimas podían ser la esposa o los hijos, pero como, tratándose de estos últimos, el abandono debía ser causado por el esposo como sujeto activo, resultaba que sólo gozaban de protección legal los hijos nacidos de matrimonios, es decir, los legítimos. El imprevisto desamparo de los hijos naturales representaba una contradicción con el espíritu de la ley que tendía a equipararlos con los legítimos. Además, el cónyuge varón era el único reprimido por el incumplimiento de sus obligaciones familiares, siendo así que la mujer tenía y tiene obligación subsidiaria alimenticia; esta nueva contradicción no se compadecía; con las consideraciones preliminares de la ley: "Los derechos y obligaciones personales de los

consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre éstos". Por otra parte no será suficientemente criticada la costumbre legislativa mexicana de incluir delitos especiales dentro de ordenamientos de carácter civil y de encomendar su redacción a personas no especializadas criminológicamente.

El Código Penal de 1929 trasladó el abandono de hogar a su catálogo de delitos, sin destruir del todo sus evidentes incongruencias; en su artículo 886, ambos cónyuges, hombre y mujer, podían ser sujetos activos en atención a la obligación subsidiaria de esta última en las cargas económicas de la familia; pero se conservó el error de designar como agente del delito a una persona casada, perpetuándose así el injusto olvido de los hijos naturales, que representan un alto coeficiente en la población mexicana, donde el matrimonio no es la forma más frecuente de las uniones sexuales. En cuanto a la persecución del delito, era necesaria querrela del cónyuge ofendido; pero "en el caso de que los hijos sean los abandonados, el Ministerio Público podrá ejercitar de oficio la acción correspondiente". (art. 888 del Código Penal de 1929). La persecución de oficio en el abandono de hijos daba en la práctica resultados opuestos

a los deseados por el legislador, porque no era posible obtener el encarcelamiento del padre a pesar de que éste quisiera pagar sus prestaciones alimentarias persistiendo así el desamparo de los menores.

Una más correcta integración del delito de abandono de hogar se logra en el Código vigente. Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia.

Los sujetos pasivos pueden ser cualquiera de los cónyuges y los hijos legítimos o naturales, estos últimos debido a que el precepto no indica que el agente del delito sea persona casada, colocando así en condiciones iguales a todos los vástagos.

La acción antijurídica consiste en el incumplimiento de los deberes familiares de asistencia; el elemento material del delito radica en el desamparo económico, en la situación aflictiva en que se deja al otro cónyuge a los hijos, por no suministrarles recursos para atender sus necesidades de subsistencia. Por supuesto, es menester que el agente esté obligado a las prestaciones alimentarias para

con sus familiares. Según el Código Civil, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviere bienes propios o desempeñase algún trabajo o ejerciere una profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le correspondiera no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella. Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad; respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

La forma de persecución también ha variado en el Código Civil. El delito de abandono de hogar, sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores la acción se iniciará por el Ministerio Público, a re-

serva de que el Juez de la causa designe un tutor especial para los efectos del artículo 337 del Código Penal. El delito se persigue por querrela necesaria, pero cuando los hijos no tienen representante, el Ministerio Público instaura provisionalmente el procedimiento, en tanto que el Juez nombra un tutor especial; de esta manera el Código Penal ha creado una nueva forma de tutela para los efectos del proceso penal, distinta de las reglamentadas en el Derecho Privado.

El abandono de hogar es un delito continuo en que la infracción se prolonga sin interrupción todo el tiempo que dure la actitud omisa del abandonador. La clasificación del delito como continuo es importante para fijar las reglas de la prescripción de la acción penal. La regla general para los delitos continuos consistente en que el término para la prescripción se contará desde que cesó el delito (artículo 102 del Código Penal); pero como el abandono de hogar se persigue por queja de parte, la acción penal prescribirá en un año, contado desde el día en que la parte ofendida tenga conocimiento del delito y del delincuente, y prescribirá en tres años, independientemente de esta circunstancia (artículo 107 del Código Penal).

El perdón como causa de extinción de la acción penal - en delitos de querrela necesaria, generalmente se limita a la expresión de la voluntad del ofendido sin ningún otro requisito adicional. En el abandono de hogar, para que produzca efectos de extinción, el perdón está condicionado a que el agente pague todas las cantidades que hubiere dejado de administrar por concepto de alimentos y de fianza u otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que le corresponda". (artículo 338 del Código Penal) (14).

Como se puede apreciar, en este análisis, el abandono del domicilio conyugal, por más de seis meses sin que exista una causa que lo justifique, no sólo ocasiona una sanción de tipo civil, es decir, que es una causal de divorcio necesario, sino, que desde el punto de vista que se encuadre, se puede apreciar, que también puede ocasionar una sanción de tipo penal, aunque ya los señalamos que de derecho no se observa, si se da de hecho en nuestra sociedad, sobre todo en las clases media y baja donde los recursos económicos no

(14) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México 1975, Págs. 136 a 142.

son solventes.

Al establecer lo anterior, se presenta comunmente que en los extractos sociales más necesitados económicamente, - muchas ocasiones cuando no hay dinero suficiente para el sostenimiento de la familia y por lo consecuente se presenta el abandono de uno de los cónyuges, generalmente del padre, del domicilio conyugal sin que exista causa justificada por más de seis meses, no habrá dinero como para poder seguir un divorcio, por lo que considero que si se podría sancionar al infractor desde un punto de vista penal, ya -- que al abandonar su domicilio conyugal abandona a la esposa y a los hijos y aunque no se pronuncie o se niegue a dar alimentos, de hecho lo hace al abandonarlos.

E) JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIONAL AL RESPECTO.

Por lo que respecta a este punto, trataremos de analizar todo el quinto capítulo intercalando la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto.

En primer término, tenemos lo referente al concepto -- del domicilio conyugal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece como ubicación del domicilio conyugal lo siguiente: "Aún cuando el esposo se aleje del domicilio con

yugal para ir a trabajar a otra ciudad, el hecho de que envíe a su esposa lo necesario para sus gastos implica su consentimiento de que ese domicilio conyugal siga establecido, tanto más si no demuestra su propósito de constituir su domicilio en la ciudad a que se trasladó. Pues en caso de haber tenido el ánimo de residir en ella, debe probar de manera indubitable que lo hizo del conocimiento de su esposa y la requirió para que fuera a vivir a su lado". Quinta Epoca: Tomo CXXX, Pág. 213 A.D. Policarpio Cerda Montelongo. Unanimitad de cuatro votos.

En este caso al hablar de la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil vigente que habla de la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, para que proceda esta causal de divorcio necesario, es muy importante que se establezca el domicilio conyugal - ya que sin él no podrá configurarse dicha causa de divorcio, por lo cual la Suprema Corte de de Justicia de la Nación, - en la anterior jurisprudencia, contempla un caso en el que si el marido por algún motivo tiene la necesidad de trasladarse a una ciudad diferente de donde primeramente se constituyó el domicilio conyugal, y en supuesto de que el marido tenga la intención de trasladar su domicilio conyugal a

la otra ciudad, tendrá que requerir a su esposa y tomar en cuenta su opinión para que vaya a vivir a su lado de esta forma para el análisis de la fracción VIII del artículo 267 del citado ordenamiento, es requisito indispensable que se constituya el domicilio conyugal.

Otra jurisprudencia relacionada es la siguiente: "DOMICILIO CONYUGAL". El hecho de que el marido vaya a trabajar a tal o cual lugar, dejando a su mujer en el domicilio que tenían, no puede determinar para los efectos de la Ley, el cambio del domicilio conyugal, pues es el ánimo de cambiarlo unido al requerimiento a la esposa para seguir a su marido, lo que debe probarse para que se pueda declarar que el domicilio cambió; ya que bajo el imperio de una legislación que ha hecho del matrimonio un verdadero contrato civil, la esposa no está en obligación de adivinar las intenciones de su marido para que sin conocerlas y sin que se haya hecho de su conocimiento por aquél, deba cumplirlas".

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. LXXIV, Pág. 18 A.D. 5449/60  
Humberto Morales Pardo, 5 votos.

Establecido lo anterior, y para lograr un concepto más acertado de lo que significa el domicilio conyugal para la Suprema Corte, estableceremos la siguiente jurisprudencia -

de la Tercera Sala, de 1917 a 1975: "DOMICILIO CONYUGAL, INCORPORACION DE LA CONYUGE AL". El artículo 163 del Código Civil, reformado por decreto de treinta y uno de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, establece: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal; los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de esa obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso. Es verdad, según puede observarse, que el citado precepto sólo se refiere a dos situaciones en las que un cónyuge no está obligado a vivir en el domicilio conyugal, a saber: cuando el marido traslade su domicilio a país extranjero o cuando se establezca en lugar insalubre o indecoroso; pero esas situaciones no son las únicas en las que un cónyuge puede dejar de cumplir con esa obligación (véase lo dispuesto por el artículo 267, fracción VIII, interpretado a contrario --sensu), si no que hay casos en que la ley justifica la separación y es evidente que alguno de esos casos se da cuando no existe domicilio conyugal al cual pueda incorporarse la cónyuge". Sexta Epoca. Cuarta Parte: Vol. LXXIII, Pág. 28 A.D. 5721/61. Margarita de Rodríguez. Unanimidad de 4 votos.

Siguiendo con el aspecto del abandono del domicilio -- conyugal la Suprema Corte de Justicia de la Nación y concretamente la Tercera Sala en su jurisprudencia recopilada de 1917 - 1975 ha emitido diversas tesis relacionadas con este asunto como lo son las siguientes:

Tesis 142: "DIVORCIO. ABANDONO DE HOGAR. ACUERDO DE SEPARACION. Tanto el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada por más de seis meses, como cuando la causal se funda en la separación justificada por más de un año, en ambas situaciones, si la separación fue motivada por acuerdo mutuo entre los cónyuges para vivir separados y posteriormente no se ha requerido al culpable para reintegrarse al domicilio conyugal, no existe abandono de hogar y ninguna de las dos causales puede configurarse". Quinta Epoca: Tomo CXXX Pág. 94 A.D. 4189/55. Ofelia Munguía de Aquino. 5 volúmenes. En relación a esta tesis jurisprudencial, existen otras relacionadas con el mismo asunto.

Tesis 153: "DIVORCIO, ABANDONO DE HOGAR. LA ACCION CORRESPONDE AL CONYUGE ABANDONADO. La acción para pedir el divorcio por abandono del hogar conyugal, por más de seis meses, cuando no hay causa justificada para hacerlo, o por más de un año cuando existe esa causa, debe entenderse, en

ambos casos, concedida a favor del cónyuge que permaneció en el hogar, o sea, el abandonado y no el otro que se separó, aunque fuere con causa, debido a que, si este último tuvo causa justificada para separarse y para pedir el divorcio, debió deducir la acción dentro del término concedido por la ley, y si no lo hizo, su separación se tornó injustificada, y transcurrido el plazo legal sin reincorporarse al hogar, se convirtió en cónyuge culpable".

Quinta Epoca: Suplemento de 1956, Pág. 199, A.D. 1724/52. Emilio Velasco. Unanimidad de 4 votos.

Como puede apreciarse, en esta tesis jurisprudencial, cuando existe abandono del domicilio conyugal, por más de seis meses sin causa justificada, la acción para pedir el divorcio invocando esta causal corresponde al cónyuge que permanece en el domicilio conyugal, es decir el abandonado y por otro lado aún cuando haya una causa que justifique ese abandono el cónyuge que se separe del hogar debe hacer valer el motivo que lo obliga a abandonar el domicilio conyugal en el plazo que establece la ley, porque de lo contrario, si el cónyuge se separa del hogar, aún cuando exista causa justificable, es considerado como cónyuge culpable.

Tesis relacionadas: "DIVORCIO. (LEGISLACION DE TAMAU--

LIPAS). Si en las legislaciones como en la del Distrito Federal, en que la forma es elemento esencial del matrimonio, por ser éste solemne, son causas de divorcio, entre otras, la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, fracción VIII del artículo 267 del Código Civil, y 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 (fracción IX del mismo artículo), y esto es evidente porque tal separación es contraria a los fines del matrimonio en que la vida en común implica la relación jurídica fundamental, puesto que si no se realiza, habitando ambos cónyuges bajo el mismo techo, es indiscutible que sólo a través de la vida en común puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio, tales como la perpetuación de la especie, la ayuda recíproca y el auxilio espiritual; con mayor razón en casos como el de la legislación tamaulipeca en que conforme al artículo 70 de su Código Civil los hechos lo son todo, una separación de más de veintidos años tiene necesariamente que justificar la imposibilidad de la vida común y de la realización de los fines del matrimonio, en ra-

zón de lo cual puede estimarse que la Sala responsable haya hecho la inexacta aplicación que injustificadamente le atribuye la quejosa, de la fracción XI del artículo 87 del citado Código Civil de Tamaulipas, cuando fundándose en dicha fracción confirmó el fallo de su inferior que decretó el divorcio, ya que para lo anteriormente considerado, es también concluyente que dicha separación de más de veintidos años - por sí sola justifica la imposibilidad de la vida en común - de la repetida quejosa y su marido y consecuentemente de la realización de los fines del matrimonio entre ambos". Quinta Epoca. Suplemento de 1946, Pág. 202. A.D. 578/53. Juana Juárez de Monroy. Unanimidad de 4 votos.

Tesis 154: "DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. La causal de divorcio, consiste en el abandono o separación de la casa conyugal, por mas de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que lo motivan subsisten cuando se ejercita". Quinta Epoca: Tomo XCI, Pág. 2809. A.D. 8523/43. Curiel Juan. 26 de marzo de 1947. Unanimidad de 4 votos.

Tesis relacionadas: "ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL, COMO CAUSAL DE DIVORCIO. El artículo 267, fracción VIII del Código Civil, vigente en el Distrito Federal, establece como causa de divorcio, la separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada, y la recta interpretación de este precepto, es que la injustificación no sólo tenga lugar al abandonar uno de los consortes el domicilio conyugal, sino que la misma debe subsistir durante los seis meses, porque puede suceder que cualquiera de los cónyuges, se separe en forma injustificada del domicilio conyugal, y que corriendo el término que fija la ley, venga alguna circunstancia a justificar la separación y es claro -- que en estos casos, la separación, que tuvo al principio el carácter de injustificada, por más que se haya podido prolongar durante más de seis meses, no continuó con ese carácter, por todo ese tiempo y consecuentemente, una separación de estas condiciones, no constituye la causa de divorcio a que se refiere el precepto citado". Quinta Epoca: Tomo LII, Pág. 2606. Herrera María de Lourdes.

La anterior jurisprudencia establece que para la exacta interpretación del abandono del domicilio conyugal, no sólo basta con que uno de los cónyuges abandone el hogar in

justificadamente, sino que ese abandono se prolongue durante los seis meses que exige la ley.

"ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL, COMO CAUSAL DE DIVORCIO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON).

La causal de divorcio establecida por la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil para el Estado de Nuevo León (La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada), tiene estos tres elementos: 1. La falta de vida en común, en la casa habitación de los cónyuges; 2. Que esa separación se prolongue por más de seis meses; y 3. Que no esté justificada, por parte del cónyuge abandonante. Cada uno de esos elementos tiene supuestos lógicos y jurídicos, a saber: El primero, el hecho de que el hogar conyugal propiamente dicho exista antes, en el momento de la separación y después de ella, por lo menos hasta el final del lapso establecido en el segundo elemento, seis meses, por lo que éste tiene también el mismo supuesto de hecho y de derecho; el alejamiento de la vivienda conyugal, además, debe ser continuo por seis meses, o debe mediar ese lapso por lo menos, entre dos soluciones de continuidad, en la referida separación; por último, la falta de justificación para tal abandono debe existir en el momento de que -

tal cosa suceda y a lo largo de todo el período mencionado, por lo que, según ha resuelto la Suprema Corte, aún cuando puede suceder que cualquiera de los cónyuges se separe del domicilio conyugal, en forma injustificada, y ya corriendo el término que fija la ley, venga alguna circunstancia a -- justificar la separación, es claro que en estos casos el -- alejamiento del hogar, que tuvo al principio el carácter de injustificado y aunque se haya podido prolongar durante más de seis meses, no tuvo esa misma calidad por todo el tiempo necesario para probar la causal mencionada, que es de tracto sucesivo". Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XLVI, Pág. 79. A.D. 3881/60. Francisco Ramírez LLamas. 5 votos.

Tesis 155: "DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. La causal de abandono del domicilio conyugal, requiere la aprobación plena de los hechos o supuestos que la integran, y que son: A). La existencia del matrimonio; B). La existencia del domicilio conyugal; y C). La separación de uno de los cónyuges de la morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado". Sexta Epoca, -- Cuarta Parte: Vol. LXXX, Pág. 34. A.D. 5436/62. Gustavo --- Prisciliano Rosas Pavón. Unanimidad de 4 votos.

Esta tesis jurisprudencial establece claramente que pa

ra que exista el abandono del domicilio conyugal como causa de divorcio necesario deben de darse tres requisitos fundamentales, en primer término establece que debe de existir un matrimonio, pues de lo contrario sería improcedente tratar de hacer valer esta causa de divorcio, ya que al no existir el matrimonio no se puede entablar una demanda de divorcio; el segundo requisito de que habla esta tesis es que debe existir o constituirse un domicilio conyugal, es decir, un hogar en que ambos cónyuges tengan libertad y autonomía, pues en caso de no existir un domicilio conyugal, ya sea por que los consortes vivan con alguno de sus familiares o de terceras personas en calidad de arrimados, no es posible establecer una demanda de divorcio por abandono del domicilio conyugal, por último, como tercer requisito tenemos que la separación de los cónyuges de la casa conyugal por más de seis meses debe ser sin motivo justificado, ya que en caso contrario, es decir, si existe algún motivo que justifique la separación del domicilio conyugal no podría estipularse como lo señala el artículo 267, fracción VIII del Código Civil vigente, por lo tanto si existe algún motivo que justifique el abandono tendrá que encuadrarse en otra causal diferente.

Tesis relacionadas: "DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. SENALAMIENTO DE UNA CIUDAD COMO MICILIO ABANDONADO. El domicilio conyugal no sólo es el lugar donde conviven los cónyuges, sino donde ambos disfrutan de la misma autoridad y consideraciones iguales, o la morada en que estuviere a cargo de la mujer, la dirección y el cuidado de los trabajos del hogar. Consecuentemente, es necesario precisar la casa en que se constituye el domicilio conyugal que hubiere sido abandonado, ya que la sola mención de una ciudad no es suficiente". Séptima Epoca, Cuarta Parte: Vol. 61, Pág. 31 A.D. 1229/73. Isaías Ramos Orta. Unánimidad de 4 votos.

Esta tesis establece que debe constituirse el domicilio conyugal con toda precisión, puesto que si solo se menciona una ciudad como domicilio conyugal, la Suprema Corte no lo considera suficiente.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).

"Para la procedencia de la acción de divorcio por abandono del hogar, conyugal por más de seis meses sin causa justificada, es requisito esencial que el domicilio conyugal subsista durante el período de seis meses establecido por

fracción VII del artículo 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz, porque durante ese lapso el abandonante puede regresar a dicha morada, o bien al nuevo domicilio, que le notifique su consorte, pues de lo contrario, es decir, desapareciendo la vivienda conyugal, ya no puede haber abandono de ésta. Es evidente lo anterior, porque la causal de divorcio en cuestión se integra por el abandono del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada, lo cual significa que el actor debe acreditar que el cónyuge abandonante estuvo separado del hogar por el tiempo que fija la ley, y por tanto, si durante este lapso no hubo hogar, la causal no puede integrarse, pues para que haya separación del hogar por más de seis meses, se requiere la existencia del domicilio durante dicha época". Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. XLVI. Pág. 70. A.D. 3881/60. Francisco Ramírez Llamas. 5 votos.

Por otra parte, se necesita acreditar la fecha en que ocurrió el abandono, para que de esta manera se pueda contabilizar los seis meses de abandono, por lo que existe una tesis jurisprudencial que lo señala de la siguiente manera: "DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE NECESIDAD DE ACREDITAR LA FECHA DE SEPARACION".

"Si no se acreditó la fecha de separación, no se puede determinar si la misma duró seis meses consecutivos". Sexta Epoca, Cuarta Parte. Vol. XXXIV. Pág. 95. A.D. 3588/59. Olga Guillermina Peña. Unanimidad de 4 votos.

Tesis 157: "DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS. Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio". Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XV. Pág. 213. A.D. -- 6798/57. Juan Francisco Ruiz. Unanimidad de 4 votos.

Siguiendo con la postura de la Suprema Corte en cuanto al domicilio conyugal, en esta tesis jurisprudencial es muy clara y precisa la idea de lo que se debe considerar el domicilio conyugal, es decir, la Suprema Corte establece -- que los cónyuges al establecer su domicilio conyugal, deben de tomar en consideración que en este domicilio los consortes deben gozar de autoridad propia y tener en el hogar li-

bre disposición para la resolución de cualquier situación o problema que llegara a presentarse, este criterio de la Suprema Corte es con la finalidad de que se entienda lo que en realidad constituye el domicilio conyugal y que no debe confundirse con cualquier otro, como cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros familiares o de terceras personas, pues ya que en este supuesto no podría configurarse la causal señalada en la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil vigente, ya que para nuestra legislación no existiría domicilio conyugal.

Tesis relacionadas: "DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE, CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS. Si en un juicio de divorcio se demuestra la no existencia del domicilio conyugal, puesto que así lo manifiestan los contendientes, quienes vivieron en calidad de "arrimados" en el hogar de la madre del esposo, aún cuando esa circunstancia no se haya hecho valer en vía de excepción o de defensa, puede el órgano jurisdiccional examinarla para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la acción, sin incurrir con ello, en ninguna infracción legal". Séptima Epoca, Parte: Vol. 18. Pág. 45. A.D. 4334/69. Auro-

na Rodríguez Vergara, 5 votos.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CONSORTES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS. La tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido en tesis jurisprudencial visible con el número 150, a fojas 484, de la Compilación de 1917 - 1965, que no existe hogar conyugal" cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar..." Ahora bien, es tanto plenamente acreditado que el actor de un juicio de divorcio y su esposa viven en el mismo domicilio que los pa--dres del primero, es el actor a quien corresponde probar -- que a pesar de dicha circunstancia viven ambos en forma in--dependiente, o dicho en otra forma, que tanto él como su esposa tienen derechos propios de gobierno y permanencia, ex--tremos que obviamente no pueden considerarse probados con -- las simples afirmaciones que haga el demandado y de uno de los testigos de su contraria, en el sentido de que en dicho predio existen dos casas".

Séptima Época. Cuarta Parte: Vol. 34, Pág. 18. A.D. 459/71.  
Herminio López Hernández. 5 votos.

"DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS  
LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS. El concepto ju-  
rídico de la palabra "arrimados". con que se califica la si-  
tuación de los esposos que viven en la casa de los padres,  
de otros parientes o de terceras personas, es la falta de -  
un domicilio propio de los cónyuges del lugar donde éstos  
deben vivir con autoridad propia e iguales consideraciones  
y donde la mujer debe ser la responsable de la dirección y  
el cuidado de los trabajos del hogar; derechos y prerrogati-  
vas que necesariamente se menguan por la influencia de la  
autoridad de las personas con quienes los conyuges viven y  
a quienes, obviamente, deben consideración, con perjuicio  
de la obligación que tienen de contribuir, cada uno, por su  
parte, a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".  
Séptima Epoca. Cuarta Parte: Vol. 43. Pág. 27. A.D. 4688/71.  
Juan Arenas González. 5 votos.

Con lo anterior considero que ha quedado esclarecido  
lo que debe considerarse como domicilio conyugal, ya que es  
muy importante este aspecto, como ya lo señalamos sin la --  
existencia de este domicilio conyugal, será completamente  
imposible entablar una demanda de divorcio invocando la --  
fracción VIII del artículo 267 del Código Civil. Como es po

sible observar el criterio de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus diversas tesis jurisprudenciales en las cuales remarca claramente cuando es procedente el -- abandono del domicilio conyugal.

Como segundo aspecto, tenemos lo referente a la relación que existe entre la fracción VIII y la fracción X del artículo 267 del Código Civil vigente. Tenemos que estas -- fracciones se refieren a dos causales de divorcio necesario, como en primer término la fracción VIII que establece como causa de divorcio, "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada", y la fracción X que establece como causal "La declaración 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".

Por lo que se refiere a este segundo aspecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en tesis jurisprudencial un criterio muy concreto al establecer que todas y cada una de las causales de divorcio enumeradas en el artículo 267 del ordenamiento señalado son completamente independientes una de otra.

Tesis 160: "DIVORCIO. AUTONOMIA DE LAS CAUSALES. La --

enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón". Sexta - Epoca, Cuarta Parte. Vol. XXXIII, Pág. 145. A.D. 1271/59. - Ma. Concepción Taboada de Olvera. Unanimidad de 4 votos.

Como se puede apreciar, en esta tesis jurisprudencial en la que nos establece que de Derecho no se puede establecer una relación entre una y otra causal de divorcio, sin embargo como se ha observado de hecho si existen relaciones entre la fracción VIII y la X, puesto que en ellas se presenta la opción en determinado momento según convenga a los intereses del cónyuge ofendido interponer alguna de las dos causales.

Por lo que toca a los efectos del divorcio, considero que han quedado bien establecidos en el inciso c) del presente capítulo. Por lo que nos dedicaremos al análisis del siguiente inciso, referente al enfoque del problema desde el punto de vista penal.

Este aspecto no lo toca directamente la Suprema Corte, pues como ya se señaló, establece que las causales de divorcio

cio son completamente autónomas, sin embargo, considero que al hablar de la mencionada fracción VIII del artículo 267 del Código Civil vigente necesariamente tendremos que hablar de la fracción XII del mismo ordenamiento que textualmente dice: "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168."

Esto significa desde mi punto de vista que al darse la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, el cónyuge que abandona el domicilio conyugal así como a la esposa y a los hijos incurre en lo establecido por la fracción XII del citado ordenamiento, lo cual no solo tiene sanción civil, sino que también es sancionado penalmente por nuestros tribunales.

Por lo tanto, analizaremos algunas tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia, que nos pueden dar una idea más amplia de este problema.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL. INEFICACIA PROBATORIA DE LAS ACTAS DE BARANDILLA. Las constancias levan

tadas entre los Tribunales Calificadores carecen de eficacia probatoria, porque para su asentamiento no requiere la autoridad el cumplimiento de ningún requisito previo, sino que actúa a simple instancia del interesado, asentándose -- los datos que ministra de donde resulta que la constancia -- sólo es una mera información que hace el interesado a la -- autoridad que interviene, sin ningún valor legal probatorio, pues atribuírselo, sin haberse oído a la persona a -- quien se alude en la constancia, equivaldría a negarle el derecho de audiencia que preconiza al artículo 14 Constitucional". Séptima Epoca, Cuarta Parte. Vol. 8. Pág. 18. A.D. 9427/68. Francisco Ortega Morales. 5 votos.

"ABANDONO DE HOGAR COMO CAUSAL DE DIVORCIO. Lo que la ley civil señala como causal de divorcio no es el hecho de que los cónyuges vivan en lugares distintos, más aún cuando no es con la intención de apartarse para siempre, sino la situación de verdadero abandono que consiste en que dejen de ministrarse recíprocamente las ayudas y atenciones que -- corresponden a los esposos. Sólo puede darse el abandono o ausencia del hogar conyugal, cuando el cónyuge rompe totalmente con los lazos matrimoniales y se despreocupa por completo de su cónyuge. No hay abandono por la simple termina-

ción de las relaciones sexuales, que en todo caso, podrían dar lugar a una causal distinta; y mucho menos puede hablarse de abandono cuando media una situación pacífica que permite a los esposos visitarse frecuentemente y cumplir con los demás deberes, inclusive el de la educación de los hijos". Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXXVIII, Pág. 137. -- A.D. 3525/58. Eduardo Hornedo. Mayoría de 3 votos.

En cuanto al aspecto penal, podemos observar que en esta tesis jurisprudencial se presenta un aspecto importante. En primer lugar ya vimos que la Suprema Corte establece que las causales deben ser autónomas y que no pueden involucrarse unas en otras, pero aquí por un lado esta tesis señala que para que se configure el abandono del domicilio conyugal debe presentarse "la situación de verdadero abandono que consiste en que dejen de ministrarse recíprocamente las ayudas y atenciones que corresponden a los esposos. Y que sólo puede darse el abandono o ausencia del hogar conyugal, cuando el cónyuge rompe totalmente con los lazos matrimoniales y se despreocupa por completo de su cónyuge".

Este párrafo habla en primer término que debe darse -- una situación de verdadero abandono, en el cual dejen los cónyuges de ministrarse ayudas y atenciones que como consor

tes les corresponden. Va en esta situación encontramos que el asunto tiene características penales ya que al existir como lo señala este párrafo verdadero abandono, no sólo - existe abandono del domicilio conyugal, sino que señala que además del abandono dejan de suministrarse ayuda y atenciones que como consortes les corresponden, y en este supuesto también existe el delito de abandono de personas que es san cionado por nuestro Código Penal, puesto que no sólo es la casa conyugal lo que se abandona sino que se deja a los hijos y a la esposa sin lo necesario para alimentarse.

Es por esto que el abandono del domicilio conyugal aca rrea situaciones tanto civiles como penales.

Por otra parte esta misma tesis jurisprudencial en la segunda parte del párrafo citado recalca esta situación al establecer: "Solo puede darse el abandono o ausencia del -- hogar conyugal, cuando el cónyuge rompe totalmente con los lazos matrimoniales y se despreocupa por completo de su cón yuge".

Como se puede observar este párrafo es muy elocuente - al establecer que el abandono se presenta cuando el cónyuge rompe totalmente con los lazos matrimoniales, y es aún más concreto al decir que se despreocupa por completo de su con

sorte, es por lo que esta causal lleva implícito aspectos penales configurando el delito de abandono de personas y -- concretamente abandono de hogar.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL COMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE. LA CONYUGE NO ESTA OBLIGADA A LA SUBSISTENCIA DE LA MORADA. La mujer que se ve abandonada por su cónyuge y que carece de medios para el sostenimiento del hogar, de ninguna forma está obligada a continuar viviendo en un domicilio alquilado cuya renta no le es posible cubrir. Por lo tanto, si su esposa abandonó el hogar sin justa causa y no le notificó el nuevo domicilio para que se reincorpore, la causal prospera aún cuando la esposa también se separe de la morada por imposibilidad de sostenerla". Séptima Epoca, Cuarta Parte: - Vol. 58. Pág. 31 A.D. 4512/72. Yolanda Sosa de Piazzini. Unanimidad de 4 votos.

Con esta tesis la Suprema Corte viene a establecer como lo señala en la primera parte de la tesis jurisprudencial -- que al ser abandonada la esposa por su cónyuge y por consiguiente carece de medios para el sostenimiento del hogar, de ninguna manera estará obligada a continuar viviendo en la casa conyugal. Con esto se da por hecho que la esposa es totalmente abandonada así como sus hijos sin tener medios para --

subsistir, lo cual como ya lo señalamos el cónyuge abandonante no sólo incurre en responsabilidad civil, sino que -- también es responsabilidad penal.

Para remarcar esto en los últimos renglones de la tesis emitida por la Suprema Corte sostiene que la causal de divorcio procede aún cuando la esposa también se separe de la morada por imposibilidad de sostenerla. Es decir, que de hecho se acepta que existe abandono de personas, ya que al abandonar el domicilio conyugal, se deja imposibilitados económicamente a los demás integrantes del hogar conyugal.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE INTERPRETACION DEL CONCEPTO SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI). Aún cuando efectivamente el artículo 226, del Código Civil del Estado de San Luis Potosí, en su fracción VIII, hace constituir la causal respectiva en "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada" y no menciona el "abandono", sin embargo, ello no quiere decir de ninguna manera que el empleo de ese vocablo sea inadecuado para señalar la causal de separación mencionada, pues, precisamente, la interpretación jurídica que corresponde al concepto "separación de la casa conyugal" no puede comprender única-

mente la materialidad del hecho, es decir, que uno de los --  
cónyuges se vaya de la casa o morada que habita, sino que --  
debe implicar el abandono por el cual uno de los cónyuges --  
voluntariamente deja de prestar al otro y a los hijos la --  
protección y auxilio que natural y civilmente está obligado  
a prestarles, haciendo con la separación, imposibles los fi-  
nes del matrimonio, al suspender la vida en común". Séptima  
Epoca, Cuarta Parte: Vol. 33, Pág. 23. A.D. 1954/68. Julie-  
ta Jiménez de Cacheuz. 5 votos.

Esta tesis jurisprudencial establece más claramente el  
aspecto en el cual se dice que no sólo se enfoca el proble-  
ma desde el punto de vista civil, sino que es también penal  
al señalar concretamente que: "La interpretación jurídica --  
que corresponde al concepto separación de la casa conyugal  
no puede comprender únicamente la materialidad del hecho,  
es decir, que uno de los cónyuges se vaya de la casa o mora-  
da que habita, sino que debe implicar el abandono por el --  
cual uno de los cónyuges voluntariamente deja de prestar al  
otro y a sus hijos, la protección y auxilio que natural y  
civilmente está obligado a prestarles". Es por esto que no  
sólo se abandono el domicilio conyugal, sino que al hacerlo  
se rompe con los fines para los cuales se instituyó el ma--

trimonio y algo más grave es que se deja desamparados a los seres menos culpables que son los hijos y como consecuencia a la esposa, es por ello que este asunto debe ser contemplado también penalmente.

Será necesario que se establezca en el Código Penal una sanción más fuerte, además en su caso la reparación del daño tanto económico, psicológico y social que indudablemente va repercutir en los hijos menores, es por ello que nuestros jueces y tribunales pongan mayor atención en cuanto a la resolución de este aspecto que como ya lo mencioné no sólo reviste problemas civiles sino que conlleva aspecto de tipo penal.

Se ha establecido que es el núcleo familiar en donde debe fíncarse la base de la sociedad, y si la familia no se integra como una institución sólida y fuerte, es imposible que nuestra sociedad alcance la madurez y prestigio que -- nuestro gobierno pretende.

Con esto hemos concluido el estudio de la fracción --- VIII del artículo 267 de nuestro Código Civil, que se avoca a una de las causales de divorcio necesario en nuestra legislación y con ello en lo elemental, podemos considerar que la fracción señalada no sólo se establece para sancionar

civilmente al que incurre en ella, sino que analizando esta causal más profundamente encontramos que también lleva en su caso implícita una sanción penal.

Por otra parte, consideramos que el estudio del divorcio en nuestro código civil, en términos generales su regulación y reglamentación es la adecuada y la más lógica.

En términos generales, podemos decir, que en el estudio de nuestra tesis en lo que se refiere al aspecto histórico, se puede apreciar como se empezó a forjar lo que hoy se conoce como la institución del matrimonio, así como el divorcio.

En este trabajo, tratamos el tema del divorcio, que muchas ocasiones no es bien visto, por ciertos grupos conservadores de nuestra sociedad, no obstante esto, se ha hablado de que el matrimonio es una institución sumamente primordial, para en base en el matrimonio se integre la familia y este grupo de familias a su vez formen una sociedad sólida.

Pero sucede que en muchas ocasiones al celebrarse el matrimonio, no se tiene una idea precisa de lo que los cónyuges pretenden al unirse, por lo que muchas veces los fines del matrimonio no se cumplen, como lo es la ayuda y el auxilio recíprocos, existiendo además una serie de proble-

mas dentro de la familia, como puede ser los malos tratos, la falta de respeto entre los cónyuges, el incumplimiento de las obligaciones que establece el matrimonio por parte de alguno de los consortes, otro problema más grave sería el vicio de alguno de los esposos y la corrupción o el maltrato hacia los hijos por alguno de los cónyuges.

Por lo cual al existir un ambiente de esta naturaleza dentro de la familia, en determinado momento ya la vida en común es insoportable y en éste supuesto, es en los hijos en quienes va a repercutir directamente cualquier problema, ya que es el medio ambiente en que se desenvuelven el principal elemento que influye en su desarrollo mental y psicológico, y siendo la familia el primer contacto social con el que tienen relación los menores y si sus padres viven en un constante medio de inseguridad familiar y emocional es imposible que puedan transmitir una buena educación y una buena conducta a sus hijos.

Es por ello que la institución del divorcio en muchos casos viene a resolver este tipo de problemas con la disolución del vínculo matrimonial, ya que el Estado, en este tipo de problemas antes que pretender romper el matrimonio, intenta mediante las facultades que las leyes le confieren

salvaguardar los intereses de los hijos, que ellos en determinado momento son los menos responsables de una situación así y sin embargo resultan los más perjudicados. Es como se ha dicho que el divorcio es un mal necesario, ya que --- cuando no se cumplen los fines primordiales para los cuales fue creado el matrimonio, el divorcio es quien viene a solucionar esta situación, por ello mismo en una sociedad como la nuestra en la cual día con día se dan un sin número de cambios, nuestras Leyes Civiles también van evolucionando, es por ello tan importante para nuestra sociedad la institución del matrimonio como lo es también la institución del divorcio.

## CONCLUSIONES

- 1.- El matrimonio es su aspecto histórico variaba de civilización a civilización, pero siempre predominó en la época primitiva en ese tipo de unión el aspecto religioso, dejando el aspecto civil o jurídico en un segundo plano.
- 2.- En la cultura romana en cuanto al matrimonio y al divorcio se observa ya un carácter de tipo social. Una característica fundamental de estas instituciones es que admiten ya una forma jurídica, ya que a la vez de que adquieren derechos, se derivan también consecuencias jurídicas de los mismos.
- 3.- En cuanto al matrimonio en nuestra legislación encontramos que no se establece un concepto del mismo, pero se le considera como un contrato, ya que el mismo Código Civil vigente así lo señala en varios de sus artículos. Por lo que, se puede establecer que el matrimonio es la unión de un solo hombre y una sola mujer, pa-

ra hacer nacer entre ellos, de conformidad con la ley, derechos y obligaciones.

- 4.- Por lo que respecta al divorcio en su aspecto histórico podemos concluir que la forma más común fue el llamado "divorcio repudio", pero este tipo de divorcio favoreció más al hombre que a la mujer, ya que la cosa más insignificante que le desagradara al esposo era -- causa suficiente para repudiar a la esposa y en consecuencia se podía pedir el divorcio.
- 5.- En nuestra legislación vigente, concretamente en nuestro Código Civil, se establece que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los conyuges en aptitud de contraer otro.
- 6.- El Código Civil de 1870 en materia de divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, sino que sólo autorizó la suspensión de algunas obligaciones civiles, ya que sólo se admitía como simple separación de los conyuges. Este Código admitió siete causales de divorcio.

- 7.- El Código Civil de 1884 siguió considerando el divorcio de igual manera que el Código de 1870, es decir, - el matrimonio como vínculo indisoluble, ya que al igual que el Código Civil anterior en materia de divorcio -- sólo permitió la separación de cuerpos. Este Código Civil consideró trece causas de divorcio.
- 8.- La Ley de Relaciones Familiares da un gran avance en materia civil, ya que dicha ley considera por vez primera al matrimonio como contrato disoluble, e introduce el divorcio como disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Esta Ley establece doce causas de divorcio. El Código Civil vigente teniendo como antecedente lo anterior regula de igual manera el divorcio y reconoce dos formas: El voluntario que se divide en administrativo y judicial, y el necesario, además de que aumenta a dieciocho las causales de divorcio.
- 9.- El Código Civil vigente igualó la capacidad jurídica - del hombre y de la mujer en lo referente al matrimonio, ya que otorga a la mujer el derecho de tener autoridad

y consideraciones iguales al marido, que anteriormente no tenía, además que de común acuerdo podían arreglarlo referente a la educación y administración de los bienes de los hijos.

- 10.- En cuando a la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil Vigente es necesario que se constituya primeramente el "domicilio conyugal" por lo cual se establece que es la casa donde los cónyuges fijen su hogar y residencia, en la cual gocen de plena autoridad y libre disposición. Este domicilio conyugal no existe cuando los cónyuges viven en calidad de arrimados en la casa de sus padres o de terceras personas.
- 11.- Para efectos del divorcio necesario, en lo referente a la fracción VIII del artículo 267, no sólo se necesita que se constituya el domicilio conyugal, sino que además ese domicilio sea abandonado por alguno de los cónyuges sin que exista una causa que lo justifique y que ese abandono se prolongue por un término de seis meses por lo menos.

- 12.- La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que las causas de divorcio son de carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón, pero se puede concluir que exista una probable relación entre las fracciones VIII y la X, ya que cuando alguno de los cónyuges desaparezca, el cónyuge que permanezca en el domicilio conyugal podrá suponer que ha abandonado el hogar o que efectivamente desapareció, por lo cual podrá invocar cualquiera de las dos causales, según convenga a sus intereses, ya que al no estar presente alguno de los cónyuges no se podrá cumplir con las finalidades del matrimonio.
- 13.- La comentada fracción VIII del artículo 267 del Código Civil Vigente, también puede implicar consecuencias de tipo penal, ya que al existir abandono de domicilio -- por más de seis meses sin que exista una causa que lo justifique, no sólo se abandona la materialidad de la casa, sino que el cónyuge que lo hace puede incurrir en el delito de abandono de personas, lo cual es sancionado por nuestro Código Penal vigente. Ya que el rasgo

común de los delitos de abandono es la situación más o menos grave en que se coloca a ciertas personas en estado de necesidad. En el abandono de hogar no sólo es la casa lo que se abandona sino que además que el desamparo de la esposa e hijos es primordialmente económico ya que se incurre en el incumplimiento de las prestaciones alimenticias.

14.- Como conclusión general, se puede agregar que el divorcio es invariablemente una medida extrema, pero igualmente necesario cuando la vida en común entre los cónyuges es imposible. Es por lo mismo que se le ha calificado al divorcio como un mal necesario. Pero se puede agregar en la defensa de la institución del matrimonio y en consecuencia de la sociedad que se debe de crear una adecuada política legislativa que tienda a evitar que el divorcio sea utilizado como un instrumento de destrucción familiar, pues de lo contrario caeríamos en el peligro de desintegrar fácilmente a la familia y a la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- ALBADELEJO MANUEL .- *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Bosh. Barcelona 1970.
- BRAVO GONZALEZ AGUSTIN.- *Compendio de Derecho Romano*. Editorial Pax-México, Librería Carlos y BIALOSTOKI SARA. Librería Carlos Cesarman, S.A., México 1966.
- CASO ANTONIO.- *Sociología*. Editorial Polis, México, 1940.
- FLORES BARRUETA BENJAMIN.- *Lecciones de primer curso de Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.
- FOIGNE RENE.- *Manual Elemental de Derecho Romano*. Traducción del Lic. Arturo Fernández Aguirre. Editorial - Cajica, Jr. Puebla, México 1956.
- GALINDO GARFIAS IGNACIO.- *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, - S.A. México, 1979.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. México 1975.

IBARROLA ANTONIO DE.- *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.

MATEOS ALARCON MANUEL.- *Estudios sobre el Código Civil*. Tomo I.

MUNOS LUIS.- *Derecho Civil Mexicano*. Ediciones Modelo. México

ORTIZ-URQUIDI RAUL.- *Matrimonio por Comportamiento*. Editado por el Gobierno de Tamaulipas, México, 1955.

ORTIZ-URQUIDI RAUL.- *Oaxaca Cuna de la Codificación Iberoamericana*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.

PALLARES EDUARDO.- *El Divorcio en México*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.

PINA RAFAEL DE.- *Derecho Civil Mexicano*. Editorial Porrúa,  
S.A., México, 1956.

PINA RAFAEL DE.- *Elementos de Derecho Civil*. Editorial Porrúa,  
S.A., México, 1956.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I  
Editorial Porrúa, S.A. México, 1976.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL.- *Derecho Civil Mexicano*. Editorial -  
Porrúa, S.A. México, 1975.

## LEGISLACION

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS  
FEDERALES DE 1870.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS  
FEDERALES DE 1884.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS  
FEDERALES DE 1928.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO  
FEDERAL.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO CIVIL DE 1870.

JURISPRUDENCIA DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE  
LA NACION FALLOS PRONUNCIADOS POR LA TERCERA SALA DE  
1917 A 1975 Y TESIS RELACIONADAS.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES.- Expedida por el C.  
Venustiano Carranza

SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO

TURNO VESPERTINO