

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*La Separación de la Casa
Conyugal como Causal
de Divorcio*

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JOSE MA. ROBLES GONZALEZ

México, D. F.

1 9 6 5



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A MIS PADRES:

SR. DON JOSÉ MA. ROBLES, S. Y
SRA. DOÑA ELENA G. DE ROBLES,
CON EL CARÍÑO Y EL AGRADECIMIEN-
TO DE SIEMPRE.

95755

A MIS HERMANOS:

LUIS

RAMIRO

GUSTAVO

CONCEPCIÓN

CARMEN ELENA Y

LIVIER

A MIS MAESTROS

I N D I C E

INTRODUCCION	<u>Pág.</u> 9
--------------------	------------------

CAPITULO I

MATRIMONIO EN DERECHO MEXICANO

1.—Generalidades	13
2.—Leyes de Reforma.....	16
3.—Códigos Civiles de 1870 y 1884.....	17
4.—Ley de Relaciones Familiares.....	18
5.—Código Civil de 1928.....	20

CAPITULO II

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

1.—Antecedentes Históricos.....	27
a) Derecho Romano.....	27
b) Derecho Azteca.....	29
2.—Derecho Italiano.....	31
3.—Derecho Español.....	35
4.—Derecho Francés.....	40

CAPITULO III

EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

1.—Código Civil de 1870.....	47
2.—Código Civil de 1884.....	54
3.—Ley de Relaciones Familiares.....	62
4.—Código Civil de 1928.....	66

CAPITULO IV

LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

Estudio y Análisis.....	73
-------------------------	----

CAPITULO V

LA SEPARACIÓN DE LA CASA CONYUGAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Estudio y Análisis.....	93
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFIA	113

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

Desde la antigüedad, el divorcio como disolución del vínculo conyugal, fue generalmente reconocido y admitido.

Dada la gran importancia que tiene el divorcio para la sociedad, muchos y muy numerosos argumentos han sido expresados en todos los órdenes del pensamiento y de la cultura en contra y en favor de éste. En la actualidad, algunos países solamente han aceptado el divorcio bajo la forma de simple separación de cuerpos y otros, en cambio, lo aceptan como rompimiento total del vínculo conyugal. Entre éstos, se han mostrado muy desiguales sobre el número, y naturaleza de las causales de divorcio que admiten.

El divorcio vincular, es una institución digna de pueblos avanzados jurídicamente, pues constituye un remedio para las situaciones conyugales incompatibles con la naturaleza y los fines del matrimonio. Por otra parte, el divorcio vincular realmente no es sino el medio jurídico de legalizar una situación que ya se produjo, y no es, como indebidamente se le ha atacado y criticado, el medio para disolver la familia.

En nuestros tiempos el divorcio se ha considerado como una institución necesaria, que aunque en sí es un mal, debe adoptarse en las legislaciones para evitar males mayores que sin él se producen al mantener unidas a personas separadas moralmente por la incomprensión, quizá el odio o la mala voluntad, diferencia de educación, etc. Sin embargo, dado que el matrimonio es la base de la familia y ésta de la sociedad, y en vista del interés general que existe sobre su conservación, al legislarse al respecto, deben de adoptarse todas las consideraciones más pertinentes en beneficio de los hijos y de la sociedad misma.

En la presente tesis, analizaré una por una de las causales de divorcio establecidas por nuestra legislación, considerando justas

unas e impropias otras, analizando principalmente la separación de la casa conyugal, por considerar a esta causal de gran importancia social en nuestro medio, y en virtud de que constituye un incumplimiento a la obligación más importante del matrimonio.

Ahora bien, para referirnos al divorcio, es verdaderamente indispensable estudiar previamente al matrimonio y ver cómo se ha establecido en nuestros ordenamientos, por lo que el capítulo primero lo destinaré al estudio de éste.

CAPITULO PRIMERO

MATRIMONIO EN DERECHO MEXICANO

- 1.—Generalidades.
- 2.—Leyes de Reforma.
- 3.—Códigos Civiles de 1870 y 1884.
- 4.—Ley de Relaciones.
- 5.—Código Civil de 1928.

CAPTULO I

MATRIMONIO

La historia del matrimonio se pierde en la antigüedad y es difícil precisar su origen. Sin embargo, puede asegurarse que el matrimonio como institución, base del organismo familiar, no surge sino bajo el estado patriarcal, en un régimen de carácter religioso, presidido por los principios de unidad y monogamia.

Uno de los temas del Derecho Civil que figuran entre los que se les ha dedicado mayor atención lo constituye el matrimonio completamente natural de la personalidad humana y base de la familia. Por eso decía Platón, que las principales leyes de una República bien ordenada debían ser las que rigieran los matrimonios.

“El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil. Desde el punto de vista de la Iglesia Católica es un sacramento; de acuerdo con una concepción Civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales puede definirse como un acto bilateral solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la institución voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer.”⁽¹⁾

Factor de gran importancia en la historia del matrimonio fue sin duda alguna la religión, ya que para su celebración se exigió desde los tiempos más antiguos la utilización de fórmulas ri-

(1) De Pina Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I, Pág. 316.

tuales y la intervención de los representantes y ministros de la religión en dicho acto a fin de revestirlo de un carácter sagrado.

A partir del Cristianismo y por palabras del mismo Jesucristo el matrimonio fue elevado a la categoría de sacramento, sobre las bases de unidad, perpetuidad e indisolubilidad del vínculo. El matrimonio Cristiano significaba la unión santa de un hombre y una mujer, quienes debían amarse como Cristo ama a su Iglesia y sólo podrían separarse por la muerte.

Dentro de la Tesis canónica, el matrimonio es un contrato natural entre un hombre y una mujer por el que se entregan mutuamente el dominio de sus cuerpos para la generación de la prole y la cohabitación bajo el mismo régimen de vida. De conformidad con lo anterior, el matrimonio tiene su origen en la propia naturaleza y deriva del consentimiento de quienes lo celebran. De las diferentes definiciones que existen sobre el matrimonio Cristiano cabe mencionar la de Juan Cavigiali que dice lo siguiente: "Matrimonio es la sociedad física y espiritual, exclusiva e indisoluble, determinada por el consentimiento del varón y de la mujer en orden a la procreación y educación de la prole, y elevado por Cristo a la naturaleza del Sacramento." (1)

Debido a la transformación de las costumbres, que comenzó por el Renacimiento, prosiguió por la Reforma, y a través de las Revoluciones Inglesa y Francesa, se condujo a los principios modernos de libertad religiosa y civil, lo que dio origen a que variara notablemente el aspecto puramente religioso que anteriormente se le había dado al matrimonio canónico y abrió paso al concepto meramente consensual y voluntario de esta institución, hasta llegar a considerarlo como simple contrato. Por lo que hace a nuestro País la lucha culminó con la expedición de las leyes de Reforma.

El matrimonio puede ser considerado en tres aspectos fundamentales: El Natural, Religioso y el Civil.

El primero es el que deviene de las leyes Biológicas del instinto y la reproducción de la especie, y en general de las leyes

(1) Cavigiali, Juan. "Manual de Derecho Canónico". Tomo II, Pág. 244.

Sociales Nológicas y Cosmológicas que rigen a toda comunidad.

El matrimonio religioso, prescrito por los dogmas de cada creencia, es para la Iglesia Católica como lo expuse anteriormente un sacramento según sus cánones, así lo ha proclamado de una manera terminante el Concilio de Trento.

En el aspecto meramente Civil, la necesidad del acuerdo de voluntades entre el hombre y la mujer, ha llevado a considerarlo como simple contrato, pero cabe advertir que en los contratos la voluntad de las partes rige a los mismos, y en el matrimonio sucede todo lo contrario, las partes no fijan condiciones del acto, sino que aceptan mutuamente lo establecido por la ley.

En continuación de lo anterior, para la constitución del matrimonio no basta, por regla general, las solemnidades esenciales peculiares de los más importantes contratos, sino que es necesario un conjunto de formalidades y requisitos previos y coetáneos a la celebración, que los distinguen de un modo muy singular de cualquier contrato.

Por otra parte, la intervención del Estado por medio de funcionarios Públicos con determinada autoridad y competencia no es tampoco peculiar del contrato, y la necesaria inscripción del acto de la celebración del matrimonio en un registro Público tiene también una gran significación especial y característica que le atribuye trascendencia social muy superior a la del contrato, así como los fines y consecuencias y las relaciones que engendra el matrimonio, la gravedad que revisten y la forma en que el Estado las protege, distan mucho de los efectos de cualquier contrato.

Fernández Clérigo en su libro "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada" nos habla de las notas esenciales del matrimonio que son las siguientes:

"A) Diversidad de sexos.

B) Unión exclusiva de un solo varón y una sola mujer, o sea el principio monogámico, opuesto a la poligamia y a la poliandria.

C) Perpetuidad, es decir, propósito de perpetuidad al contraerlo, porque, en otro caso, no habría verdadero matrimonio, ya que ni lo son, ni pueden serlo las uniones condicionales ni las que se hallan sujetas a plazo".⁽¹⁾

Por lo que se refiere a la diversidad de sexos, no hay nada que decir por ser la base primordial del matrimonio. En cuanto a la Unidad, está plenamente admitida por el Derecho Moderno en general, con excepción de algunos Países orientales donde impera el Islamismo y el Mahometismo, se admite la poligamia. Respecto a la Perpetuidad no significa que el matrimonio sea indisoluble, es decir, el matrimonio debe contraerse con el propósito de que sea permanente indefinido, o sea perpetuo en cuanto no ocurran algunas causas que puedan producir su disolución. Por lo anterior, la totalidad de las legislaciones prohíben de una manera terminante los matrimonios temporales, o bajo condición, aunque muchas de ellas han admitido el divorcio vincular y, por tanto, el principio de disolución del matrimonio por causas distintas de la muerte.

La indisolubilidad es el punto que ha dado origen a más discusiones en la época moderna y el que ha dividido en dos grandes grupos los criterios sociales y jurídicos: El que siguiendo la tradición Católica prohíbe la disolución del matrimonio por motivos diferentes de la muerte de uno de los cónyuges; y el otro admitiendo la disolubilidad y el divorcio en cuanto al vínculo.

Para terminar en el matrimonio encontramos tres fines sustanciales, el primero y el principal de ellos es el que se refiere a la procreación y perfección de la especie; segundo, mutuo auxilio, y tercero, mejor cumplimiento de los fines de la vida.

LEYES DE REFORMA

Matrimonio

En nuestro País aun después de la Independencia, continuó rigiéndose por la legislación Española, respecto al carácter sagra-

(1) Fernández Clérigo Luis. "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", Pág. 8.

do del matrimonio, pues dicha legislación era conforme por lo que hace a la celebración del acto, a la capacidad de los contrayentes, a la validez o nulidad, y al divorcio, a lo ordenado por el Sacramento en los cánones de la Iglesia Católica.

Pero como consecuencia de la separación de la Iglesia y el Estado, decretada por el Artículo 3 de la Ley del 12 de julio de 1859 por el Lic. Benito Juárez, en la Ciudad de Veracruz, se expidió pocos días después, el 23 del mismo mes la Ley del Matrimonio Civil, que secularizó el matrimonio, declarándolo simple contrato Civil, y somitiendo todo lo relativo a él, a la autoridad secular.

Por virtud de dicha ley el matrimonio pasó a ser un contrato indisoluble sólo por la muerte de cualquiera de los cónyuges.

En la exposición de motivos de la mencionada ley, consideró el Presidente Interino de los Estados Unidos Mexicanos, que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado respecto de los eclesiásticos, cesaba la delegación que el soberano había hecho al clero para que con su sola intervención en el matrimonio, este contrato surtiera todos sus efectos civiles. Y siendo el matrimonio un contrato tan importante para la sociedad debe celebrarse con todas las solemnidades que para su validez y firmeza juzgara convenientes el Estado.

En resumen, en virtud de la expresada ley, el matrimonio pasó a ser un contrato regulado por el Estado, pero conservó la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

CÓDIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884

En estos ordenamientos el matrimonio quedó totalmente reglamentado por la Ley Civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial del Registro Civil competente como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a las causas de nulidad y a los efectos de la institución.

En el artículo 155 del Código de 1884 decía expresamente: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con

una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.”

En el Código Civil de 1870 el artículo 159 ya expresaba la citada definición, por lo que el Código de 1884 lo único que hizo fue copiarla literalmente.

Se puede deducir que el matrimonio para estos Códigos era una sociedad duradera por tiempo indefinido, para realizar fines determinados, y que sólo podía dejar de existir por voluntad expresa de los cónyuges previa autorización judicial, la que sólo se otorgaba por causas graves. Por lo que se desprende como lo veremos más adelante, los citados ordenamientos no aceptaban en su totalidad el divorcio debido a la gran influencia que sobre ellos ejercieron las leyes Españolas, ya que solamente permitieron la separación temporal o indefinida de los cónyuges, permaneciendo íntegro el vínculo del matrimonio y algunas de las obligaciones que de él se derivan.

Entre otras conclusiones que se desprenden de la expresada definición, podemos terminar diciendo que el matrimonio tenía como finalidades la procreación de la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES

Esta ley fue promulgada por Don Venustiano Carranza primer Jefe del Ejército Constitucionalista, entrando en vigor el 4 de abril de 1917.

Dicha ley ha sido tachada de anticonstitucional, porque fue expedida exclusivamente en uso de las facultades de que se hallaba investido Don Venustiano Carranza en el periodo propiamente preconstitucional, facultades que cesaron inmediatamente que fue promulgada la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en el año de 1917; sin embargo, por las grandes modificaciones que trajo esta ley sobre el matrimonio y sus consecuencias podemos afirmar que fueron realmente notorias, ya que cambió el concepto de matrimonio que los anteriores ordenamientos le habían dado considerándolo como contrato disoluble, definién-

dolo en la forma siguiente: "Es el contrato civil de un solo hombre y una sola mujer que se unen en vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar las cargas de la vida."

Las diferencias entre las definiciones que establecieron los Códigos anteriores y la Ley de Relaciones Familiares respecto al matrimonio saltan a la vista, debido a que en aquéllos se hablaba de sociedad legítima y en la Ley de Relaciones Familiares se habla del contrato civil. Pero creo que la diferencia fundamental estriba en que la presente ley que examinamos introdujo la disolución del vínculo conyugal.

En las consideraciones expuestas por la ley de Relaciones Familiares en relación al matrimonio, me permito trasladar textualmente la parte relativa por creerlo conveniente:

"Que las legislaciones posteriores, aunque reconocieron al matrimonio como contrato, no llegaron a modificar las antiguas relaciones que producía por los aspectos político y religioso con que fue considerado, sino antes bien, al aceptar la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, llegaron a darle, con relación a los bienes de los cónyuges, el carácter de una sociedad universal, duradera por tiempo ilimitado, que sólo dejaba de subsistir por voluntad expresa de los cónyuges y previa autorización judicial, que no debía otorgarse sino por causa grave, idea que no se compadecce con el objeto actual del matrimonio, ya que, siendo sus objetos esenciales la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que, en muchos casos, puede ser contraria a los fines de las nupcias, ni mucho menos una autoridad absoluta de uno de los consortes, con perjuicio de los derechos del otro, cuando en realidad lo que se necesita es una cooperación libre y espontánea de ambos, ya que los dos contribuyen en esferas insustituibles a los fines del matrimonio; y produciéndose además, el absurdo de que mientras la Constitución de 57 estableció en su artículo 5 la ineficacia de cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida, menoscabo o irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, el Código Civil, por el solo hecho de que la mujer celebraba un contrato de matrimonio la incapacitaba por completo,

privándola de su libertad hasta el grado de dejarla impedida para celebrar el convenio más insignificante, pasando por alto el precepto categórico del artículo Constitucional citado.”

“Que no sólo por las razones expuestas, sino también por el hecho de que las trascendentales reformas políticas llevadas a cabo por la Revolución no pueden implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales, y muy especialmente a las familias, pues, como se ha dicho muchas veces, la familia es la base de la sociedad, se hace indispensable realizar cuanto antes la promesa hecha en el mencionado informe, reglamentando el matrimonio de tal manera, que se aseguren los intereses de la especie y los de los mismos cónyuges, sobre todo aquel que, por razones de educación u otras análogas, está expuesto a ser víctima, más bien que un colaborador, de tan importante función social.”⁽¹⁾

Como puede apreciarse, la Ley de Relaciones Familiares rompió con la tradición jurídica y religiosa del matrimonio, ya que consideró a éste como un contrato civil disoluble, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 13 de dicha ley, derogando la parte relativa al divorcio de los Códigos de 1870 y 1884 que lo aceptaban solamente en su acepción de separación de cuerpos, por lo que la presente ley vino a dar al divorcio el alcance de disolver el vínculo matrimonial que hasta entonces había permanecido indisoluble.

CÓDIGO CIVIL DE 1928

Como lo expuse anteriormente, desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio quedó totalmente reglamentado por la Ley Civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Oficial de Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución.

Ahora bien, el matrimonio fue definido por el Código de 1884 de la siguiente manera: “El matrimonio es la sociedad le-

(1) Ley Sobre Relaciones Familiares, Pág. 2 y 3.

gítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código de 1870 el artículo 159 había consagrado la citada definición que después reprodujo textualmente el Código de 1884. En la Ley de Relaciones Familiares, el artículo 13 decía: "El matrimonio es un contrato Civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

En nuestro Código actual ya no encontramos una definición del matrimonio, pero diferentes preceptos que mencionan al mismo le dan la categoría de contrato, así tenemos que el artículo 156 nos dice: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio".

Salta a la vista que todos los textos legales anteriormente expuestos, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio; al respecto el Maestro Rojina Villegas nos dice que debe desecharse la tesis contractual del matrimonio "...que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio Civil del Religioso, es decir, negar el principio consagrado por el Derecho Canónico que dió carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 130 de la Constitución de 1917, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el Legislador Mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto..."⁽¹⁾

El matrimonio como contrato se funda históricamente en el propósito de diferenciarlo radicalmente del matrimonio canónico, pero dicha tesis contractual ha sido criticada por gran número de juristas, dando lugar a diversas teorías respecto a la naturaleza

(1) Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I, Págs. 285 y 286.

jurídica del matrimonio.

Para nuestro Derecho, el matrimonio civil es un acto jurídico solemne realizado por un hombre y una mujer ante el funcionario público que la ley establece, con las formalidades que ella requiere, para perpetuar la especie y ayudarse mutuamente.

Debido a que el matrimonio es esencialmente un acto jurídico, éste tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de voluntades de los consortes y del Oficial del Registro Civil y por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la ley consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, tales como hacer vida común, ayudarse en las cargas de la vida mutuamente, guardar fidelidad recíproca etc.

Por lo que se refiere a los elementos de validez en el matrimonio se requiere la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto.

En cuanto a las formalidades que deben observarse en la celebración del matrimonio las tenemos comprendidas en el artículo 103 con excepción de la fracción VI del propio artículo relativa al consentimiento de los contrayentes y a la declaratoria del Oficial del Registro Civil, así como a la existencia misma del acta que deberá otorgarse por el citado Oficial del Registro Civil y en el libro correspondiente como lo previene el artículo 37, que son solemnidades.

Ahora bien, en cuanto a las solemnidades, que son esenciales para la existencia del matrimonio, es decir si faltaren éstas al matrimonio sería inexistente, a diferencia de las formalidades que sólo se requieren para la validez del mismo.

Los artículos 102 y 103 comprenden las formalidades y solemnidades en la celebración del matrimonio.

Nuestro Código Civil vigente, a diferencia de los anteriores vino a equiparar la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que la mujer no tenía ninguna restricción por razón de su sexo en la adquisición y ejercicios de sus derechos.

Como consecuencia de lo anterior se dió a la mujer el derecho de tener autoridad y consideraciones iguales al marido en el matrimonio, y que de común acuerdo con éste arreglará todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de éstos.

Además, se estableció que la mujer pudiera sin necesidad de la autorización del marido, tener empleo, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio, siempre y cuando no descuidare la dirección y los trabajos del hogar.

Se le dio también a la mujer casada el derecho de administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos, y los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal si así lo hubiere convenido con el marido, así como el derecho de pedir que se dé por terminada la sociedad conyugal, cuando teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente.

Por lo que toca a los hijos, nuestro Código vino a equiparar los derechos de los hijos naturales con los de legítimo matrimonio y a borrar las diferencias existentes entre unos y otros.

Tal criterio sustentado por el Código vigente, consideró que es muy humano, ya que es una injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que les sean arrebatados sus derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio legítimo del que ninguna culpa tuvieron.

Se facilitó y se ampliaron los casos de investigación de la paternidad, pero se procuró que dicha investigación se realizara de conformidad con lo establecido por la ley.

Se le permitió al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero dicha investigación no se permite cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, y se estableció en favor de los hijos nacidos en concubinato, la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina.

Nuestro Código estableció lo anterior, con el fin de que los hijos puedan investigar quiénes fueron los padres que los trajeron al mundo y de pedir de éstos los medios necesarios para vivir. Con relación al concubinato, en virtud de ser entre nuestras clases populares una manera muy peculiar de formar la familia, el legislador le dio algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina que ha vivido por mucho tiempo con el concubinario.

CAPITULO SEGUNDO

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION COMPARADA

1.—Antecedentes Históricos.

a) Derecho Romano.

b) Derecho Azteca.

2.—Derecho Italiano.

3.—Derecho Español.

4.—Derecho Francés.

CAPITULO SEGUNDO

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION COMPARADA

I.—ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A) Derecho Romano:

En el Derecho Romano se llama *Justae Nuptiae* o *Justum Matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme a las reglas de Derecho Civil de Roma. Modestino hacia el final de la época clásica definía así el matrimonio: “Es la unión del hombre y la mujer, implicando igualdad de condiciones y comunidad de derechos divinos y humanos”.⁽¹⁾

En la sociedad primitiva romana, el interés político y religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o gens por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De lo anterior podemos notar la importancia del matrimonio así como sus fines que eran la procreación de la especie. La mujer casada disfrutaba de muchas consideraciones tanto en la casa del marido como en la ciudad. Por el solo efecto del matrimonio participaba en el rango social del marido de los honores de que estaba investido y de su culto privado, llegando a ser la unión entre los esposos aún más estrecha, si a la *Justae Nuptiae*, acompañaba la *manus*, lo cual, en los primeros tiempos ocurría frecuentemente.

Se ha afirmado que el divorcio en Roma fue admitido legalmente desde el origen de la sociedad romana; sin embargo, es de suponer que los antiguos romanos no podían disfrutar de esta institución, ya que el divorcio no podía coordinar con la se-

(1) Felit Eugene. “Tratado Elemental de Derecho Romano”, Pág. 104.

verdad de las costumbres de aquella época, máxime que la mujer casi siempre estaba sometida a la *manus* del marido, que era como una hija bajo la autoridad paterna y en las uniones de este género la facultad de divorcio se reducía a un derecho de repudio que el marido podía ejercitar por causas graves. Fue solamente en los matrimonios sin *manus* que eran muy escasos, en los que ambos cónyuges tenían derechos iguales, por lo que se desprende que en esta época hubo muy pocos divorcios.

Con posterioridad hacia fines de la República y sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres, y siendo menos frecuente la *manus*, podía la mujer con más frecuencia y facilidad provocar el divorcio, debido a que estaba menos impedido, y esto llegó a ser tan frecuente que los historiadores y los poetas se pusieron de acuerdo para criticar y condenar la facilidad con que disolvían los matrimonios.

El procedimiento para el divorcio podía tener lugar de dos maneras a) *Bona Gratia*, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disolvía lo que el consentimiento había unido. b) Por repudio, o sea por la voluntad de uno de los cónyuges aunque sea sin causa. Este derecho lo tenía tanto la mujer como el hombre, con excepción de la mujer manumitida y casada con su patrono.

Por virtud de la *Ley Julia Adulteris* que se expidió bajo el gobierno de Augusto, el divorcio fué sometido a ciertas reglas, ya que se exigió que el que intentara divorciarse debería notificar al otro cónyuge su voluntad en presencia de siete testigos oralmente o por acta escrita, la que era entregada por un manumitido. Esta medida no disminuyó el número de divorcios y terminó por caer en desuso.

Los emperadores romanos no pudieron suprimir el divorcio, ya que éste estaba profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaron el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación.⁽¹⁾

(1) Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano", Pág. 110.

Por otra parte numerosas Constituciones señalaron para casos de divorcio infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de una repudiación sin causa.⁽¹⁾

En cuanto a los efectos de la disolución del matrimonio respecto a los cónyuges, consistían en que éstos podían volver a contraer nupcias, con la única diferencia de que el hombre podía contraerlas de inmediato y la mujer tenía que esperar un año. Con relación a los hijos éstos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, siendo los gastos de manutención y educación a cargo del padre y subsidiariamente a la madre.

b) *Derecho Azteca*

Los datos más abundantes y los considerados como más seguros con referencia a las culturas primitivas de México, son los que hacen mención a los aztecas.

La esclavitud, era desde luego, una institución existente entre los aztecas, y en todos los demás pueblos sin excepción.

La familia estaba basada en el matrimonio monogámico, para cuya celebración se requería el consentimiento de los padres de los contrayentes, y sólo podían contraerlo las personas que habían cumplido determinada edad. De lo anterior se puede afirmar sin duda alguna, que los aztecas tenían un elevado concepto del matrimonio, aunque se ha afirmado la existencia de la Poligamia con carácter excepcional, ya que ésta sólo era practicada por las clases superiores bajo determinados requisitos.

La autoridad del padre dentro de la familia dado el carácter patriarcal de ésta, era prácticamente absoluta sobre la mujer y los hijos.

El matrimonio no tenía el carácter de indisoluble, por lo que el divorcio era una institución social admitida por los aztecas, y que alcanzó entre ellos un desarrollo enorme, ya que respondió con toda claridad a las exigencias del pueblo en relación a sus costumbres.

(1) Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano", Tomo I, Pág. 110.

Como el matrimonio estuvo sancionado y reglamentado por la ley, para su disolución era necesario un fallo judicial.

En efecto, la institución del divorcio no fue tomada por los Aztecas como un medio para burlar mujeres y solicitarlo cuantas veces se deseara, ya que se consideraba esta institución como un medio extraordinario al que sólo debería llegarse en extremas circunstancias.

Los jueces procuraban por cuantos medios tuvieran a su alcance evitar el divorcio, investigaban, además, las causas aducidas en las que se fundaba la petición de la disolución del vínculo, y exhortaban a los cónyuges a reconciliarse. Pero cuando esto era inútil ante la voluntad de los cónyuges, lo que se trataba siempre de proteger eran los hijos, los que nunca quedaban al desamparo debido a la elevada legislación de este pueblo.

Cuando se concedía un divorcio la ley establecía, que los hijos fueran atribuidos al padre y las hijas a la madre.

De lo anterior, podemos apreciar que la legislación de los Aztecas protegía a los hijos de un matrimonio disuelto, y que los jueces siempre trataban de dificultar toda solicitud de divorcio, ya que éste no era bien visto por el pueblo.

El divorcio se conocía en la forma más extrema, es decir, con ruptura total del vínculo conyugal y con posibilidad para los cónyuges divorciados de contraer nuevas nupcias, pero con prohibición de restablecer el matrimonio disuelto, ya que los divorciados no podían volver a casarse entre ellos mismos.

Las causales de divorcio entre los Aztecas eran las siguientes:

a) "La esterilidad de la mujer; b) La pereza de la mujer; c) Ser desaseada y sucia; d) Ser pendenciera; e) La incompatibilidad de caracteres. Los motivos que podía tener la mujer para solicitar el divorcio eran los siguientes: a) Los maltratos físicos; b) El no ser sostenida por el marido y c) La incompatibilidad de caracteres".⁽¹⁾

(1) Alba H. Carlos. "Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano", Pág. 37.

Claramente puede apreciarse que nuestro antiguo pueblo Azteca conocía plenamente la Institución del divorcio y que, además, estaba muy avanzada, ya que dejaba a los cónyuges, una vez disueto el vínculo matrimonial, en aptitud de contraer nuevas nupcias, salvo entre ellos mismos.

2.—DERECHO ITALIANO

Es precepto fundamental del Derecho Italiano, la indisolubilidad del matrimonio, tal como se establece en el artículo 148 del Código Civil Italiano que dice: "La única causa de disolución del matrimonio es la muerte".

En efecto, en Italia se rechaza absolutamente el divorcio con rompimiento total del vínculo conyugal, y sólo se acepta como simple separación personal de los cónyuges bajo determinada regulación, debido a que la separación produce la suspensión, no de todos los deberes conyugales, sino de aquellos que son más incompatibles con la enemistad que existe entre los cónyuges. Ejemplo: el deber de cohabitación, entrega recíproca de cuerpos, pero todos los demás deberes subsisten por difícil y penosa que sea su observancia, como el deber de fidelidad, obligación alimenticia, los cuales nunca cesan entre los esposos separados.

Dicha separación puede durar toda la vida o ser simplemente temporal; puede también hacerse cesar en cualquier momento sin que intervenga Juez o forma alguna, ya que con la sola reconciliación de los cónyuges y el restablecimiento de la vida conyugal es por demás suficiente.

Es lógico que siendo Italia un país eminentemente católico, tenga que mantener el principio de indisolubilidad del matrimonio y sólo acepte la separación personal de los cónyuges de que hablábamos anteriormente, aunque Roberto Ruggiero nos dice: "...el principio de la indisolubilidad en nuestro Derecho no halla su justificación en las creencias religiosas, sino en razones superiores, que se refieren al orden ético y político de la familia y del Estado. . ." (1)

(1) Ruggiero Roberto. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II, Pág. 179.

El Código Civil Italiano admite dos formas de separación: cónyuges, pues por causas del acuerdo entre éstos no se estima la judicial y la de por mutuo consentimiento.

En cuanto a la primera se da lugar a un juicio regido por determinado procedimiento. El derecho para pedir esta separación corresponde a ambos cónyuges o solamente a uno de ellos en los casos que determina la ley. Para solicitar la mencionada separación, debe fundarse la demanda en hechos culposos fundamentales del matrimonio. El tribunal, al decretar la separación comprobará la existencia de los hechos e impondrá las sanciones al cónyuge culpable, consistentes en determinadas desventajas patrimoniales. Puede también decretarse la separación por culpa de ambos cónyuges; en este caso cada cónyuge sufrirá las correspondientes desventajas y la reprobación pública.

“Una leve infracción de los deberes conyugales no puede ser causa legítima de separación, sólo pueden serlo los incumplimientos graves”.⁽¹⁾

Por lo que se refiere a la separación consensual, es aquella que se solicita por mero consentimiento de los cónyuges sin previo juicio e independientemente de las causas que le dieron origen. Las causas pueden ser las mismas que originarían la separación judicial, pero éstas no se manifiestan. La ley Italiana admite esta separación consensual, con el objeto de evitar escándalos y la publicidad del juicio. “. . . la separación por mero consentimiento de los cónyuges evita escándalos y el pleito sobre quién sea culpable . . .”⁽²⁾

La Ley sólo establece un solo requisito a la voluntad de los esposos, que es la intervención judicial para autorizar el acuerdo, y el intento del Magistrador de reconciliar a los mismos (artículo 711 del Código de Procedimientos Civiles) “. . . la separación por mero consentimiento . . . no surte efectos sin la aprobación judicial . . .”⁽³⁾

⁽¹⁾ Ruggiero Roberto. “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo II, Pág. 185.

⁽²⁾ Brugi Biagio. “Instituciones de Derecho Civil”, Pág. 463.

⁽³⁾ Idem Pág. 465.

En cuanto a los efectos de esta separación consensual pueden ser solamente los concernientes a las relaciones personales de los cónyuges, pues por causas del acuerdo entre éstos no se estima oportuno imponer caducidades o pérdidas de derechos patrimoniales, y en relación al destino de los hijos se proveerá en el mismo acuerdo, el cual por justificada razón deberá ser aprobado por el Tribunal.⁽¹⁾

Las causas de separación en Italia están limitadas a cinco, que son las siguientes:

- a) Adulterio.
- b) Abandono voluntario.
- c) Malos tratamientos.
- d) Condena criminal.
- e) Negativa del marido a fijar residencia.

El adulterio que supone la violación a uno de los deberes fundamentales del matrimonio, esto es, la mutua fidelidad, el Código Civil Italiano puso a la mujer en un plan de desigualdad al establecer que el cometido por ésta una sola vez, es suficiente para que el marido pueda alegar la separación motivada por esa causa. En cuanto al adulterio cometido por el marido, la acción de separación sólo procede cuando éste tenga la concubina en casa, o en otro lugar, o sea público y notorio, o bien concurren circunstancias tales que el hecho constituya una injuria grave para la esposa, como en el caso de sorprender al marido en el acto sexual.

Respecto al abandono voluntario, que supone un incumplimiento al deber de convivencia, puede ser ocasionado por el hombre o la mujer, debe ser además, voluntario y no forzado, ni provocado por causa ajena. El simple alejamiento momentáneo del domicilio conyugal no legitima la acción de solicitar la separación, ni tampoco el alejamiento de alguno de los esposos provocado por amenazas o malos tratamientos que hacen imposible

(1) Ruggiero Roberto. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo II, Pág. 190.

la vida común. Puede dar origen a este incumplimiento la mujer que no siga al marido donde quiera que éste fije su domicilio o que abandone el domicilio fijado, y el marido que deje a la mujer en el domicilio conyugal. En cuanto al término del abandono la ley no señala ninguno, por lo que hay que recurrir a los principios generales del Derecho Italiano para suplir esta laguna de la legislación.

En el caso de los malos tratamientos, o sea los excesos, amenazas, sevicias e injurias graves, de que haga objeto algún cónyuge al otro. Los intérpretes suelen considerar estos hechos como causas distintas que entrañan determinadas infracciones a los deberes de mutua estimación y asistencia. Los malos tratamientos de hecho, las violencias de toda especie, las ofensas al honor y a la dignidad, esto es, las injurias, etc.

Por lo que toca a la condena penal, es necesario que dicha condena sea perpetua, o de inhabilitación perpetua para el desempeño de alguna función pública, o reclusión por un tiempo no inferior a tres años. Esto es que la condena que sufra alguno de los cónyuges sea grave, y que tenga lugar durante el matrimonio, o que haya sido ignorada por alguno de los cónyuges.

En el caso de la negativa del marido a fijar el domicilio, hay que hacer notar que esta acción corresponde exclusivamente a la mujer, ya que es un deber unilateral a cargo del marido de fijar una residencia y que ésta sea conveniente de acuerdo con sus posibilidades económicas.

Respecto a los efectos de la separación judicial son de un triple orden; con relación a los cónyuges, a los hijos y a los bienes.

En cuanto a los primeros, el efecto fundamental consiste en interrumpir la cohabitación de los cónyuges, esto es, la cesación de la obligación de convivencia, de las relaciones sexuales y de la asistencia bajo ciertos límites, ya que en el caso de necesidad, la obligación de dar alimentos no se borra por la separación. Subsiste, además, el deber de fidelidad entre ambos.

En cuanto a los segundos, la ley toma muy en cuenta la situación en que éstos puedan quedar por motivo de la separación

de sus padres, dejando un amplio margen de discreción y prudencia a los jueces para que declaren cuál de los cónyuges debe tener a su cuidado la guarda de los hijos del matrimonio y quién deberá de proveer a su manutención, educación e instrucción, o bien también puede decretar que los hijos deben quedar bajo el cuidado de una tercera persona cuando existan motivos suficientes, pero los padres tendrán siempre en todo caso el derecho de vigilar su educación.

Se podrá también distribuir a los hijos entre ambos esposos, al igual que los gastos de manutención.

Por último, los efectos patrimoniales de la separación los podemos encontrar en la sentencia, la cual contendrá las penas del cónyuge por cuya culpa se pronunció la separación, consistentes en la pérdida de los frutos dotales, y de las demás ventajas que el otro cónyuge le hubiera concedido en el contrato de matrimonio, y aun del usufructo legal en los bienes de los hijos menores de edad, pierde también el culpable el derecho a sucesión legítima. En este caso se ve que el elemento culpa influye en los efectos patrimoniales de la separación.

Por lo expuesto, en Italia no ha sido admitido el divorcio vincular a pesar de los esfuerzos que han hecho los partidarios de éste, por considerarlo contrario a sus costumbres y tradiciones, y sólo se acepta la separación personal de los cónyuges como único medio de interrumpir la vida común entre ambos, subsistiendo el vínculo conyugal.

3.—DERECHO ESPAÑOL.

La Legislación Española sigue los principios del Derecho Canónico al no admitir el divorcio como destrucción total del vínculo matrimonial y sólo lo admite en la forma de separación de cuerpos de los cónyuges. Esto se desprende del texto del artículo 104 del Código Civil Español que dice: "El divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados". Confirmando lo anterior, el artículo 52 del mismo Código establece: "...el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges".

En España existen dos clases de matrimonio: el Canónico y el Civil, tal como se establece en el artículo 42 del Código Civil Español que dice: "La Ley reconoce dos formas de matrimonio; el canónico, que deben contraer todos los que profesan la religión Católica y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código".

El Código Civil Español otorga a los Tribunales Eclesiásticos el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio del matrimonio canónico, correspondiendo a los Tribunales Civiles el conocimiento de los efectos civiles de las demandas y sentencias de divorcio.

El Código Civil Español, al admitir el divorcio como simple separación de cuerpos, sigue el criterio restrictivo de la Iglesia Católica, estableciendo un sistema limitativo de causas de divorcio.

En el artículo 106 el mismo ordenamiento establece que el divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, evitando así que el cónyuge culpable, además de serlo, se aproveche de sus propios actos, y sólo podrá ser solicitado cuando exista una causa o motivo para ello y que son las que el mismo Código determina de la manera siguiente:

Artículo 105.

- a) El adulterio de la mujer en todo caso y el del marido, cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.
- b) Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.
- c) La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.
- d) La propuesta del marido para prostituir a la mujer.
- e) El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución.
- f) La condena del cónyuge a reclusión perpetua.

Como puede apreciarse, el Código Civil Español coloca al

adulterio en primer lugar como legítimo motivo para solicitar el divorcio, y puede comprenderse esto debido a que la fidelidad es un elemento esencial del matrimonio, y lo que la quebrante debe considerarse como una causa muy justificada de la separación de los cónyuges.

Cabe notar que existe una gran diferencia entre el adulterio del hombre y el de la mujer, pues el adulterio de esta última es suficiente en todo caso para decretar el divorcio, mientras que el del hombre, se exigen condiciones calificativas para dar origen a la causal de divorcio.

Por lo demás, las causas de separación que señala el Código Civil Español, aparecen consignadas con ligeras variaciones de redacción en nuestro Código Civil vigente, con excepción de la que se refiere a la violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión, y de la desigualdad de que hablábamos con relación al adulterio.

Como lo dije anteriormente, en España no existe el divorcio absoluto, sino tan sólo la separación de los esposos, y por consiguiente, los esposos no pueden contraer nuevas nupcias.

En cuanto a los efectos de la sentencia de divorcio en España son totalmente diferentes a cualquier legislación donde se admite el divorcio absoluto, ya que en España, cuando se decreta la separación de cuerpos, permanece íntegro el deber de fidelidad de los esposos, lo que no ocurre en las legislaciones donde existe el divorcio como medio de romper el vínculo matrimonial.

El artículo 73 del Código Civil Español no habla de los efectos de la sentencia los cuales son: La separación de los cónyuges:

2.—Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fuesen culpables se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años. A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los

malos tratamientos de obra y las injurias graves. Si fué distinta, se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de la obligación que este Código le impone respecto de sus hijos.

3.—Perderá el cónyuge culpable todo lo que hubiere sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, y conservará el inocente todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo además, reclamar lo que éste le hubiera prometido.

4.—La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido y si fuese quien hubiere dado causa de divorcio.

5.—La conservación por parte del marido inocente de la administración, si la tuviere de los bienes de la mujer, la cual solamente tendrá derecho a los alimentos.

En el artículo antes descrito puede notarse que la sentencia tiene tres clases de efectos; unos relativos a las personas de los cónyuges y otros con relación a los hijos y a la sociedad conyugal.

Con relación a los cónyuges, el más importante efecto es la separación definitiva a diferencia de la provisional que tiene por objeto garantizar la libertad del cónyuge ofendido, la seguridad de los bienes matrimoniales y poner a salvo de las disidencias conyugales a los hijos. Mediante esta separación se suprime el débito conyugal y el deber de cohabitación subsistiendo el deber de fidelidad.

Respecto a los efectos con relación a los hijos, puede notarse que se ponen bajo la protección del cónyuge inocente, y a falta de éste en el caso de que ambos fueran culpables, se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad para el cónyuge culpable no lo releva de cumplir con las obligaciones que la ley le impone respecto a los alimentos, al vestido, a la educación de los hijos.

El estado de separación en España cesa por la muerte de uno de los cónyuges, o por la reconciliación o reasociación de los

mismos. Pero se exige que dicha reconciliación sea comunicada al tribunal tal como lo establece el Código en el artículo 74 que dice: "La reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior la sentencia dictada en él, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del tribunal que entiende o haya entendido en el litigio".

"Por lo que respecta a la persona de los esposos, la reconciliación borra todas las consecuencias de la separación y en tal respecto renacen el deber de cohabitación y la autoridad marital; se unifica el domicilio conyugal; surge nuevamente el deber de obediencia en todos los aspectos, y la potestad de la mujer de obligar al marido con arreglo a la doctrina del mandato doméstico." (1)

"En virtud de la reconciliación, los hijos volverán a reunirse con sus padres, pero siguiendo lo dispuesto en el artículo 74: "subsistirán los efectos de la sentencia, cuando ésta se funde en el conato o connivencia del marido o de la mujer para corromper a los hijos o prostituir a las hijas; en cuyo caso, si aún continúan los unos a las otras bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción o prostitución".

Concretando, el divorcio en España es una separación de cuerpos y, por consiguiente, al no existir el divorcio absoluto, nunca se rompe el vínculo conyugal y los cónyuges no pueden contraer nuevas nupcias, ya que el propio Código Español sólo admite la muerte como único medio de disolver el matrimonio.

No obstante todo lo anterior, en España existió el divorcio vincular, durante la Ley de Divorcio del 2 de marzo de 1932, donde se estableció el divorcio voluntario o por mutuo disenso de los esposos; además, se admitió la separación personal y una gran variedad de causales. Pero esta Ley fué derogada a la caída de la República y hoy no se permite en España al tenor de las disposiciones del Código Civil, más que en la forma de separación de cuerpos y bienes de los cónyuges, desapareciendo el divorcio vincular en cualquiera de sus formas.

(1) Puig Peña Federico. "Tratado de Derecho Civil Español". T. II, Vol. II.

En Francia el divorcio estaba enérgicamente prohibido en un principio; esta prohibición subsistió durante todo el antiguo derecho Francés desde el siglo IX.

Durante la Revolución Francesa, el principio de la indisolubilidad del matrimonio, obra del espíritu Cristiano debía declinar, ya que se declaró en la Constitución del 3 de septiembre de 1791, que "la ley no considera el matrimonio más que como contrato civil" y así se estableció el divorcio por la famosa ley del 20 de septiembre de 1792.⁽¹⁾

Dicha Ley estableció un gran número de causales, y admitió que el matrimonio como contrato podía disolverse por la simple voluntad de los cónyuges, llegando a consentir el divorcio por mutuo consentimiento, y como causal de éste, la incompatibilidad de caracteres, siempre y cuando fuere alegada por alguno de los cónyuges.

Además de admitir el divorcio en las formas previstas, el Derecho Revolucionario suprimió la separación de cuerpos, por su origen de carácter eclesiástico, contrario a las ideas que existían en la Francia de aquella época. "En adelante, decía el artículo 7 de dicha ley, no podrá concederse ninguna separación de cuerpos; los esposos no podrán ser desunidos más que por el divorcio".⁽²⁾

Esta ley produjo grandes efectos sociales, ya que la obtención del divorcio aumentó en gran número, lo que dió origen a un movimiento de reacción para detener el gran torrente de inmoralidad.

En efecto, en vista del gran abuso del divorcio por la facilidad que se les daba a los cónyuges en la Ley Revolucionaria, el Código Civil redujo el número de las causales de divorcio, suprimió la facultad de divorciarse porque una de las partes alegue incompatibilidad de caracteres, y en cuanto al divorcio por mutuo consentimiento, éste siguió autorizado, pero sujeto a ciertas formas y condiciones para impedir que se abusara de él, y con

(1) Colin y Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil", T. I, Pág. 440.

(2) Idem. Pág. 441 y 442.

un carácter diferente de que había presentado bajo la ley de 1792.

Con la Ley del 8 de mayo de 1816, se suprimió el divorcio en Francia, debido a que el Catolicismo volvió a ser la religión del Estado, no dejando subsistente más que la separación de cuerpos.

En el año de 1884 nuevamente se vuelve a admitir el divorcio con la ley del 19 de julio, pero en condiciones más modernas y por causas determinadas en la ley, eliminando el divorcio por mutuo consentimiento.

El Código Civil Francés en vigor, establece como causales de divorcio las siguientes:

Artículo 229.—“El marido podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer”;

Artículo 230.—“La mujer podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido”;

Artículo 231.—“Los esposos podrán demandarse recíprocamente el divorcio por excesos, sevicias, o injurias graves de uno de ellos en contra del otro”;

Artículo 232.—“La condena de uno de los esposos a una pena aflictiva e infamante será para el otro esposo una causa de divorcio”.

Como puede apreciarse, el Código Civil Francés señala un reducido número de causas de divorcio, y todas ellas se fundan en la culpabilidad de alguno de los cónyuges.

En el derecho Francés existe una igualdad entre el hombre y la mujer respecto al adulterio, ya que la dualidad de los artículos 229 y 230 los coloca en la misma situación de culpabilidad, pero desde el punto de vista social, el adulterio que comete el marido es mucho menos peligroso que el de la mujer, ya que ésta debido a la función natural de su sexo puede introducir a la familia legítima hijos de procedencia extraña.

Colín y Capitant y Marcel Planiol, denominan a esta causa de divorcio perentoria, ya que una vez demostrada en juicio el

juez no tiene poder alguno de apreciación y tiene que conceder el divorcio.

En cuanto a la segunda causa, o sea por excesos, sevicias o injurias graves de uno de los cónyuges en contra del otro, se les conoce con el nombre de causas facultativas, en virtud de que, quien conoce del asunto tiene un amplio poder de apreciación. En la práctica, una gran mayoría de divorcios se pronuncian por una de estas causas.

En cuanto a la última causa de divorcio establecida por el Código Civil Francés, referente a la condena de uno de los cónyuges a una pena aflictiva o infamante, los jueces no tienen el margen discrecional de la anterior, sino que es de tipo rígido y perentorio, pero se exigen ciertas condiciones tales como penas criminales que impliquen privación de la libertad, pena de muerte, reclusión de cinco a veinte años. Para que opere esta causal, es necesario además que la condena sea definitiva y firme, que sea dictada por un Tribunal Francés y que cause ejecutoria, y que sea pronunciada durante el matrimonio.

Concretando la jurisprudencia Francesa distingue entre causas perentorias y causas facultativas de divorcio, siendo las primeras las que una vez comprobadas o demostradas, el juez que conozca del asunto no tiene nada que apreciar, no pudiendo, por lo tanto, negar el divorcio en ningún momento, y las segundas son las que dejan en libertad al juez de admitir o rechazar la demanda de divorcio.

En Francia por medio del divorcio se disuelve el matrimonio, por lo que es necesario estudiar y analizar de una manera breve esta disolución que entraña importantes efectos que se refieren a los esposos divorciados y a los hijos.

En cuanto a los efectos con relación a los primeros, una vez pronunciada la sentencia de divorcio se pone fin a las relaciones jurídicas que el matrimonio había creado entre los cónyuges, por consiguiente la mujer divorciada no puede llevar el nombre del marido; cada uno de los cónyuges queda en libertad para contraer en adelante un nuevo matrimonio con persona distinta; las obli-

gaciones del matrimonio desaparecen para ambas partes; así tenemos que no habrá obligación de asistencia, ayuda mutua, fidelidad. Y en fin, por efectos del divorcio los esposos adquieren nuevamente su libertad e independencia, uno con respecto del otro.

Los esposos divorciados que hayan vuelto a casarse uno con otro, no podrán divorciarse nuevamente, solamente en el caso de que uno de ellos después de su reunión, hubiere incurrido en una pena aflictiva e infamante. (Art. 295, párrafo 3).

“El legislador no quiere que los esposos tomen a juego en ningún momento el divorcio como han tomado el matrimonio y estima que la primera experiencia debió enseñarles suficientemente para poder en adelante fijar su destino”.⁽¹⁾

Cabe mencionar, que en el Derecho Francés los esposos no podrán volver a unirse, si posteriormente al divorcio uno u otro han contraído nuevo matrimonio seguido de un segundo divorcio.

Por lo que se refiere a los efectos con relación a los hijos, puede afirmarse que este es uno de los aspectos más delicados, por tal motivo es evidente que el legislador y el juez deben proteger las condiciones de los hijos de matrimonio disuelto, para tal efecto el artículo 304 del Código Civil Francés establece: “La disolución del matrimonio por el divorcio admitido en justicia, no priva a los hijos nacidos de dicho matrimonio de ninguna de las ventajas que les conceden las leyes, o convenciones matrimoniales de sus padres”. Así tenemos que cada uno de los esposos seguirá teniendo las obligaciones de proporcionar todo lo necesario a los hijos.

En cuanto a la patria potestad, la ley establece en principio, que la guarda se confíe al cónyuge a cuyo favor se haya dictado el divorcio, pero esto no es obligatorio, ya que el Tribunal puede decidir en poder de quién quedarán los hijos, si estima que el interés de los mismos lo exige. Concretando, el Tribunal reglamenta la guarda y educación de los hijos, debido a la protección que siempre se trata de buscar para ellos.

(1) Colín y Capitant. “Curso Elemental de Derecho Civil”. Tomo I, Pág. 504 y 505.

En cuanto a las sanciones que ocasiona el divorcio las podemos resumir de la manera siguiente: 1.—Pago de una pensión alimenticia, que el cónyuge culpable tendrá que suministrar al incente, la cual nunca podrá exceder de la tercera parte de las entradas del esposo que la deba dar. 2.—El cónyuge inocente podrá obtener una indemnización supletoria de daños y perjuicios, ya que puede sufrir con motivo del divorcio un perjuicio material o moral. Se exige para que tenga lugar esto, que se compruebe la existencia de un perjuicio independientemente del divorcio. 3.—Disminución de la patria potestad, ya que los hijos se confían al esposo a cuyo favor se dictó el divorcio, ya que se considera que el culpable no tiene la moral necesaria para que los hijos sigan a su lado. En el caso de que ambos cónyuges sean culpables, el Tribunal resolverá libremente. Cabe notar que en la legislación Francesa ninguno de los cónyuges pierde por completo la patria potestad.

En conclusión podemos terminar diciendo que en Francia existe el divorcio con rompimiento total del vínculo conyugal "...a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas por la ley".⁽¹⁾

(1) Colin y Capitant. "Curso Elemental de Derecho Civil". Tomo I, Pág. 436.

CAPITULO TERCERO

EL DIVORCIO EN DERECHO MEXICANO

- 1.—*Código Civil de 1870.*
- 2.—*Código Civil de 1884.*
- 3.—*Ley de Relaciones Familiares.*
- 4.—*Código Civil de 1928. .*

CAPITULO TERCERO

EL DIVORCIO EN DERECHO MEXICANO

CÓDIGO CIVIL DE 1870

El divorcio tal como lo conocemos en la actualidad no existía en la Legislación de 1870, esto se desprende de los artículos 159 y 239 del Código Civil de 1870 que decían: “El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. “El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo alguna de las obligaciones que se expresarán en los artículos relativos de este Código”. La fracción IX del artículo 23 de las adiciones a la Constitución Federal del 14 de diciembre de 1874 estipulaba “... el matrimonio civil no se disuelve más que por 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 ordenamiento, no era más que la simple separación temporal o indefinida, de alguna de las obligaciones civiles que nacen del matrimonio, dejando subsistentes otras, así como el vínculo creado por el 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 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 divorcio se le impusieron una serie de trabas y formalidades para impedir su realización como lo veremos más adelante.

El artículo 240 del Código Civil de 1870 señalaba la 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 se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera 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, aunque no sea de incontinencia carnal.

IV.—El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción.

V.—El abandono sin justa causa del domicilio, prolongado 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.

Con relación a la primera causal, era necesario diferenciar 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 (art. 241): "El adulterio del marido dará causa de divorcio sólo en ciertos casos. La razón de esta diferencia, que a primera vista parece injusta es la de 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 en la familia 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 hi-

jos cuyo hogar queda siempre deshonrado".⁽¹⁾

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 las señalaba de la manera siguiente: 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 a la mujer legítima; 4.—Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se 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 la tomó de las leyes Españolas, Italianas y Francesas, que consideraban que el adulterio del marido sólo podría ser causa de 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 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 cunda o quede grabado en la mente de los hijos.

Por lo que se refiere a la causa número cuatro, el comentarista Don Manuel Mateos Alarcón nos dice: “La razón es obvia: esa conducta inmoral importa una injuria grave para el cónyuge en las personas de sus hijos, y hace temer con todo fundamento, que quien se atreve a pervertir la virtud de éstos, después será osado a corromper a su propio cónyuge, y que con cínico desembarazo faltará a sus más sagrados deberes; circunstancia que hace imposible toda unión con él. Pero hay que advertir que la connivencia para la corrupción de los hijos debe consistir en actos positivos porque las simples omisiones no son causa para el divorcio”.⁽²⁾

(1) Exposición de Motivos del Código Civil de 1870, Pág. 18.

(2) Manuel Mateos Alarcón. Estudios Sobre el Código Civil, T. I, Pág. 123.

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

Con relación a la sexta causa, la sevicia del marido con su mujer o de ésta con aquél; era también causa para el divorcio, siguiendo al Lic. Manuel Mateos Alarcón se entiende por sevicia: "según la definición de Escriche, 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 pueden alterar la salud y poner en peligro la vida, sino las amenazas frecuentes acompañadas de injurias atroces entre personas de cierta posición social. . . También comprenden los autores en la sevicia, 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 puede existir la armonía necesaria para el matrimonio".⁽¹⁾

Refiriéndonos a la séptima y última causal de divorcio del Código Civil que comentamos, 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 de conformidad con el artículo 244, 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

(1) Manuel Mateos Alarcón. Ob. Cit., Pág. 124.

apoyo en la ley, por lo que estableció lo anteriormente expuesto.

De las causales que examinamos anteriormente, cuatro se consideraban como delito; el adulterio, la propuesta del marido para prostituir a la mujer; el connato de alguno de los cónyuges para corromper a los hijos y la calumnia. De las restantes, la sevicia casi siempre era delito, pero aunque no llegara a ese extremo, ella y el abandono del domicilio conyugal en los términos que se establece, son justas causas de divorcio, porque además de inducir sospecha fundada de mala conducta siembra el resentimiento y la desconfianza; lo que hace sumamente difícil la unión conyugal.⁽¹⁾

En cuanto al divorcio voluntario, antes del Código de 1870, estaba prohibido totalmente, ya que expresaban que el matrimonio constituía el primero y más sagrado deber de la sociedad, y que, por lo tanto, no podía quedar al simple arbitrio de los particulares destruir por el solo consentimiento de éstos los elevados fines del matrimonio, ocasionando además, graves perjuicios para los hijos.

El legislador expresó sus razones en que se fundó para implantar el divorcio voluntario, las cuales las encontramos en la exposición de motivos del Código Civil, cuya parte relativa me permito trasladar textualmente por considerarlo interesante y necesario: "Al examinar esta delicada materia surgió una cuestión grave en su esencia y grave en sus resultados; el divorcio voluntario. La primera impresión que deja en el alma este pensamiento le es totalmente desfavorable, porque no sólo parece poco moral sino contrario a los fines del matrimonio, y perjudicial para los hijos y para los mismos cónyuges. Pero si penetrando al hogar doméstico, se examina concienzudamente la horrible situación de dos personas que no pueden ya vivir juntas; si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal, si se atiende a la educación de los hijos y se calculan los amargos frutos que respecto de ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá fácilmente la verdad de que no hay nada peor que un matrimo-

(1) Exposición de Motivos del Código Civil de 1870, Pág. 12.

ni en desacuerdo”.

“Por otra parte, cuando ese desacuerdo llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autoriza el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario, pero la experiencia nos prueba, que el solo desamor, aunque terrible por sí mismo, casi nunca inspira a los consortes la idea de separarse. Lo más probable es que no queriendo revelar, por vergonzosas quizá, las causas de su determinación apelan al divorcio voluntario, que poniendo algún remedio a los males que sufren, le evita la vergüenza o tal vez la afrenta, envuelve en el misterio los secretos de la familia y no deja en el corazón de los hijos la negra huella del crimen de alguno de sus padres. o acaso de entre ambos”.

“La cuestión examinada prácticamente cambia de aspecto y el divorcio voluntario es, ya no un bien, un mal mucho menor. porque evita la deshonor de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de sus padres deja a los hijos un triste legado. Y como no es perpetuo, y como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término en cualquier hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden perverse, aceleren el momento de la reconciliación”.

“Por tan fundados motivos la comisión estableció reglas para el divorcio voluntario, fijando tiempo y edad para pedirlo y poniendo prudentes trabas en el curso del juicio, a fin de dar tiempo a que se calmen las pasiones. Previó también que por escritura formal se arregle la suerte de los hijos y dió todos los recursos que en los juicios de mayor interés. Y al fin, para cuando no haya otro arbitrio autorizó la separación por tres años, que pueden prorrogarse, previo nuevo juicio seguido con los mismos requisitos que el primero”.

Como puede apreciarse de lo anteriormente expuesto, el Código Civil de 1870 autorizó el divorcio voluntario, 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 consentimiento. Reglamentado 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.

Cabe notar que para el divorcio no voluntario el legislador del 70 no colocó entre las causas de divorcio la demencia y la enfermedad contagiosa, alegando que no sería justo aumentar con un mal moral la desgracia del cónyuge enfermo. Mas no creyendo tampoco equitativo obligar al sano a sufrir contra su voluntad la desgracia del cónyuge enfermo, dejó a la prudencia del juez suspender la obligación de cohabitar, dejando subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge enfermo.

Concluyendo, en el Código Civil de 1870 se establecieron reglas para el divorcio que más adecuadas se pensaron, unas en beneficio de los hijos, otras en favor del cónyuge inocente, ya para asegurar el buen éxito del juicio, y ya, en fin, para proteger con medidas precautorias respecto a la mujer que quedaba encinta.

El cónyuge culpable, perdía los derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, y de todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservaba lo recibido, y podía reclamar lo pactado en su provecho. (Art. 271 y 273.)

Sin embargo, el padre o la madre que perdían la patria potestad, quedaban obligados con los hijos a todos aquellos deberes que lo estaban con anterioridad del divorcio, y el cónyuge que perdía la patria potestad la recobraba una vez que muriera el cónyuge inocente en los términos del artículo 271.

Una vez ejecutoriado el divorcio, volvían a cada consorte sus bienes propios y la mujer quedaba habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, pero si fuera ella la que dió causa de divorcio, conservaba el marido la administración de los bienes comunes y solamente tendría ésta derecho a alimentos.

El divorcio sólo podría ser demandado por el cónyuge que no hubiere dado causa a él, y dentro del año siguiente de los hechos en los cuales se trataba de fundar la demanda en que hubiere tenido noticia. Por último el artículo 263 establecía que la reconciliación de los cónyuges dejaba sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio; ponía término al juicio, si aún se estaba instruyendo; pero los interesados deberían denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruyera los efectos producidos por la reconciliación.

Para terminar, el Maestro Rojina Villegas nos dice: "... 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 efecto, 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..."⁽¹⁾

CODIGO DE 1884

El legislador de 1884 con base tradicional en los atavismos sentimentales de la población mexicana, repudió la institución del divorcio, ya que al matrimonio lo siguió considerando como indisoluble, y admitiendo solamente como remedio a los males que pudieran afligir a los cónyuges, la separación de cuerpos que impropiamente se le denominó divorcio.

(1) Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I, Pág. 349.

Este Ordenamiento repite en forma general los lineamientos trazados por el Legislador de 1870, en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y sus formalidades. Sin embargo, se aumentaron las causas de separación a trece con relación a las siete admitidas por el Código anterior 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 presente Código en el artículo 225: "el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; sólo alguna de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código".

De lo anterior se desprende, que tanto el legislador del 70 como el de 84 consideraban al divorcio como una suspensión temporal o indefinida de alguna de las obligaciones civiles que nacen del matrimonio, dejando subsistentes las otras, y sobre todo el vínculo creado por el matrimonio.

El tratadista Verdugo decía: "Si la unión permanente de los cónyuges es el voto del legislador, aun la simple separación del cuerpo no debe autorizarse judicialmente, sino por alguna de las causas enumeradas y perfectamente definidas por la ley. En efecto, la misma separación es un mal que no conviene a la sociedad que se produzca, a no ser que surja uno de esos acontecimientos que el legislador no ha podido menos que considerar graves y suficientes para motivar aquélla." (1)

Nuestro legislador de 1884 solamente admitió como causas de separación, las taxativamente enunciadas por la ley, las cuales eran de estricta interpretación por el juez, considerándola como un mal necesario.

Sentado todo lo anterior, el artículo 227 del Código Civil de 1884 enumeraba las siguientes causas legítimas de divorcio:

I.—El adulterio de uno de los cónyuges.

(1) Verdugo Agustín. "Principios de Derecho Civil Mexicano". Tomo III, Pág. 58.

II.—El hecho de que la mujer dé 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 dinero 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, o la tolerancia en su corrupción.

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

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 administrar al otro alimentos conforme a la ley.

X.—Los vicios incorregibles del juego o 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.

A continuación pasaré a examinar cada una de estas causales.

La primera causal que comentamos, o sea el adulterio, era considerada como una de las más graves, ya que este incumpli-

miento rompe la fe y la armonía de todo hogar.

Al igual que el Código anterior, el presente ordenamiento estableció diferencias entre las circunstancias que dan origen al divorcio por el adulterio de la mujer o del marido, por los males que pueden ocasionar la falta de cualquiera de ellos.

Esta distinción que establecía la ley se basaba en que la falta de la mujer al cometer el adulterio, tenía consecuencias más graves, porque podía introducir en su familia hijos ajenos, atribuyéndoles al marido la paternidad de éstos.

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 palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima". (Art. 228.)

La causa número dos, referente al nacimiento de un hijo ilegítimo, fué introducida por el presente ordenamiento, ya que el Código anterior no la mencionaba. En la presente causal que examinamos se infiere al marido una injuria muy grave... "y la verdad es que esta decisión no puede ser más razonable, pues pocas injurias habrá más graves y que ameriten más justificadamente la separación que el engaño o disimulo criminal de la mujer, que sin respeto ni consideración para quien va a entregarle su nombre y su porvenir, lleva en su seno el fruto de su deshonor". (1)

Para que procediera el divorcio en el caso de que se trata, era necesario que el parto se hubiere verificado y que haya sido declarado judicialmente ilegítimo el hijo. Creo que la ley en este punto procedió con determinada dureza, ya que el marido no podría interponer la demanda de divorcio mientras no se realizaran las condiciones que anteriormente mencioné. Y mientras tanto

(1) R. Couto. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I, Pág. 317.

éste tenía que hacer vida común, aun cuando supiera de la infamia que le había cometido su cónyuge.

La tercera causal que examinamos, en los términos de la fracción III del artículo comentado, 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 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, ya que uno de los más grandes deberes que tienen los padres es la educación de los hijos, por lo que la falta de cumplimiento de cualquier sagrado deber que éstos tienen respecto a sus hijos revela una degeneración de los más grandes sentimientos de la naturaleza humana, por lo que su admisión como causal de divorcio estaba plenamente justificada.

El legislador dispuso al respecto, que el simple conato de corrupción, y aun la simple tolerancia deberían considerarse como causas de divorcio; sin embargo, como complemento de esta causal, al final del artículo 229 se explica que la tolerancia debe consistir en actos positivos, sin que sean causas de divorcio las simples omisiones.

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

Pero cabe notar que el presente ordenamiento exigía que el abandono sea 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 intención del legislador se basaba en que la separación de hecho de los cónyuges no se prolongara por mucho tiempo, y para evitar esta situación, obligaba al esposo que abandonaba el domicilio conyugal con causa justificada a que presentara su demanda de divorcio, fundada en dicha causa, y dentro del término señalado, bajo la pena de que, pasado el término el otro esposo podría demandar el divorcio, basándose en el hecho mismo del abandono.

Ahora bien, si la demanda de divorcio fundada en el abandono se entablaba antes del año de éste, el demandado podría rechazarla, alegando las justas causas que haya tenido para separarse del domicilio conyugal; pero si ésta se entablaba después del año, ninguna excepción podría oponer por haber dejado pasar el tiempo que la ley determinó para proponer su separación, con apoyo en el mismo motivo que originó el abandono. Así tenemos que en el segundo caso tendría que prosperar la acción de divorcio por justificada que haya sido la causa del abandono.

La causa del abandono será justa según la fracción que comentamos y que dice: "cuando sea bastante para pedir el divorcio", según esto, cualquiera de los motivos enumerados en las diversas fracciones del artículo 227 justificaría el abandono del domicilio conyugal.

Para terminar, el Lic. Ricardo Couto nos dice: "... para que exista abandono en el sentido jurídico de la palabra, es preciso que los hechos que le hayan precedido o que le sigan demuestren la firme intención de romper la vida común. Si tal intención no existe, si se demostrare que el cónyuge que se separó del domicilio conyugal no tuvo ánimo de separarse definitivamente, sino temporalmente, no podrá decirse que haya abandono".⁽¹⁾

La séptima causal de divorcio, del artículo en estudio, trata de las sevicias, amenazas o injurias graves, de un cónyuge al otro, que son causas bastantes para la procedencia del divorcio, siem-

(1) R. Couto. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I, Pág. 321.

pre y cuando existiera la intención, es decir, la voluntad, el ánimo deliberado del agente de ofender gravemente a su cónyuge.

El legislador tuvo que usar palabras genéricas con relación a la presente causal, debido a que la malicia del individuo puede presentar muy variados y múltiples matices, pero dejó al prudente arbitrio de los jueces la apreciación de los hechos que se invocaran como motivos de separación, para decidir si constituyen sevicias, amenazas, o injurias graves capaces de hacer imposible la vida común entre los cónyuges.

Los hechos que se hubieren alegado para fundar la separación debían 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, nos indica que la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro era causa de divorcio, al respecto el Lic. R. Couto decía: "Pocos hechos habrá más injuriosos que el formulado en el precepto transcrito; mucho tiene que ser seguramente el desprecio que el cónyuge acusador tenga para su consorte, cuando lo cubre de oprobio arrastrándolo, por medio de su acusación falsa ante los tribunales, y mayor será todavía el que la víctima de la calumnia sienta por aquél, al considerar que si el cariño prometido, ni el respeto a la propia honra, han sido obstáculos a contenerlo en sus infames designos".⁽¹⁾

La acusación podría ser sobre un delito grave o leve, la ley no hacía distinciones, bastando únicamente que ésta fuera falsa. La fracción estudiada se refería a la acusación falsa presentada en juicio penal, pero en los términos del artículo 230 también daba causa de divorcio, la imputación de un hecho delictuoso aun en juicio civil, y la presentación de una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, cuyos fundamentos no se hubiere justificado o resultaren insuficientes. La demanda de divorcio por el motivo señalado en la causal que estudiamos, no podría presen-

(1) R. Couto. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I, Pág. 328 y 329.

tarse sino pasados cuatro meses después de pronunciada la sentencia, con esto la ley quiso que se evitara que el cónyuge ofendido obrara llevado por la impresión del momento, ya que un acto poco meditado puede impedir la posible reconciliación.

El divorcio en la presente causal, viene a darle una forma legal a la ruptura de la vida común de los cónyuges que de antemano estaba rota, ya que la armonía del matrimonio había desaparecido.

La causal novena, que trata de la negativa de suministrarse alimentos, era causa de divorcio. 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, por lo que la falta de cumplimiento de este deber revela en quien lo comete mucha perversidad de sentimientos, en virtud de que la negativa puede ocasionar la condenación al hambre y por consecuencia al desamparo, al cónyuge que tenía necesidad de ellos. En cuanto a los alimentos que se deben de suministrar, no solamente se comprende la comida, sino el vestido, la habitación y atención médica en caso de enfermedad.

Por lo que hace a la décima de las causales, se consideraban como causal de divorcio 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 y, por consecuencia, da origen a su propia deshonra pudiendo arrastrar a esta degradación a los que viven con él. En cuanto al juego, quien lo adquiere en forma de vicio puede dejar en la miseria a los suyos, olvidándose del deber de subsistencia y educación para con sus hijos. Por lo que esta causal se justificaba plenamente, ya que se hace insoportable la vida del cónyuge inocente y la de sus hijos, dando origen a que no se pueda formar un verdadero hogar. La ley estableció esta causal de divorcio en virtud de las razones expuestas, y para evitar peligros al cónyuge inocente y a su familia.

La causal que señala la fracción once del artículo mencionado, se refiere a la enfermedad crónica e incurable que fuera también contagiosa o hereditaria anterior a la celebración del ma-

rimonio de la que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge, era motivo suficiente para solicitar el divorcio, pero solamente se procedía a él cuando existiera culpa, es decir, cuando el cónyuge enfermo, teniendo conocimiento de su enfermedad la oculta a su consorte, pero además, se necesitaba para que procediera el divorcio que la enfermedad debería ser crónica, incurable, contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y no haber tenido conocimiento de ella el otro cónyuge. Esta causal fue una innovación que introdujo el Código Civil de 1884.

La causal penúltima del artículo en estudio, es la que nos habla de la infracción a las capitulaciones matrimoniales, podemos decir que las capitulaciones matrimoniales son aquellos pactos, que antes o después del matrimonio celebran los esposos para arreglar la forma de administrar sus bienes. El legislador consideró como causal de divorcio la infracción a dichas capitulaciones, con el objeto de que no se abusara de la administración con perjuicio para la familia por parte de uno de los esposos, por otra parte el matrimonio se celebraba a condición de que éstas fueran cumplidas, y si no lo eran se ponía en peligro los bienes y el porvenir de la familia.

Para terminar, el código que examinamos estableció como causal de divorcio el mutuo 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 para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES

Al expedirse la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 por Don Venustiano Carranza, primer Jefe del ejército Constitucionalista, encargado del poder ejecutivo de la unión, el Código de 1884 sufrió reformas substanciales 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 el de disolver el vínculo conyugal, 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 simple 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 y 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 de 29 de diciembre de 1914 que autorizaba el divorcio vincular en vida de los cónyuges.

En 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 celebrarse el 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 otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; por el connato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos, o la simple tolerancia en su corrupción o por algún otro hecho inmoral, tan graves como los anteriores. Puede apreciarse que en esta interminable fracción se encontraban reunidas las fracciones II, III y IV, del artículo 240 y III, IV del artículo 227 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884 respectivamente.

Además, con esta causal, se nota que la intención de la Ley fué de darle un amplio poder al juez para poder apreciar la presente causal, ya que de la parte final se desprende que "... o cualquiera otro hecho inmoral tan grave como los anteriores".

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

Cabe notar que la parte primera de la presente fracción fué una innovación de la Ley de Relaciones Familiares, pero no se expresaban en qué consistían esas incapacidades, por lo que esto lo debería determinar el juez con su poder de apreciación. Respecto a la parte final de esta fracción, salta a la vista que por primera vez se menciona la enajenación mental incurable como causa de divorcio.

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

La presente causal fué establecida por los Códigos precedentes, pero la Ley de Relaciones Familiares redujo notablemente el término del abandono a sólo seis meses, y no a dos años como se estipulaba en el Código Civil de 1870 y a dos como lo prevenía el de 1884.

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

Esta causal fué una verdadera innovación de la presente Ley, ya que en los anteriores ordenamientos no existía.

VII.—La sevicia, las amenazas o injurias graves, o los malos tratos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida común.

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

Esta causal fué señalada por los Códigos de 70 y 84 en las

fracciones VII y VIII respectivamente, pero dichos ordenamientos no señalaron la cuantía de la penalidad.

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.

Esta causal era nueva.

X.—El vicio incorregible de la embriaguez.

Nótese que esta causal no fué señalada por el Código de 1870, y en el de 1884 se comprendía no solamente la embriaguez sino también el juego en la fracción X del artículo 227, y la presente Ley que examinamos, suprimió el vicio del juego.

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

XII.—El mutuo consentimiento.

En cuanto a esta última causal, la Ley de Relaciones Familiares, establecía que esta clase de divorcio no podía solicitarse sino pasado un año de la celebración del matrimonio, para lo cual deberían presentar los interesados una solicitud, junto con un convenio para arreglar la situación de los hijos y la manera de liquidar sus relaciones en cuanto a los bienes, el juez citaba a una primera junta en la cual procuraba restablecer entre los cónyuges la concordia; si no lograba avenirlos, se celebraban con el mismo objeto dos juntas más, mediando entre una y otra de ellas cuando menos un mes. Una vez celebradas las juntas requeridas y si los cónyuges se mantuvieran firmes en su propósito de divorciarse, el juez aprobaba el convenio con las reformas que creyera oportunas y dándole vista al Ministerio Público se procedía al divorcio.

Cabe notar que el artículo 79 señalaba que “cuando un cónyuge ha pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido”. Este artículo fué establecido por el Código de 1884 con la salvedad de que en éste se señalaba un plazo de cuatro meses.

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 disolución de su anterior matrimonio. En el 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.

CÓDIGO CIVIL DE 1928

Por las profundas modificaciones que la Ley de Relaciones Familiares implantó para el derecho propiamente familiar, así como las consecuencias que su promulgación y publicación produjo, continuó vigente hasta el año de 1932 en que fué derogada por el Código Civil de 1928 que entró en vigor mediante decreto correspondiente de fecha 1º de octubre de 1932.

El presente ordenamiento siguió los lineamientos trazados por la Ley de Relaciones Familiares, que a su vez acató la ley de 29 de diciembre de 1914, que autorizó la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges.

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.

La muerte de cualquiera de los cónyuges, el divorcio y la nulidad del matrimonio, son las causas que producen la disolución del matrimonio, de acuerdo con lo establecido por nuestra legislación. Estas causas las podemos clasificar en naturales y civiles. La natural es causa única, la muerte de alguno de los cónyuges; las demás, el divorcio y la nulidad del acto, se consideran como civiles.

El presente Código reconoce dos especies 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."

Dentro del divorcio vincular expresamente establecido por nuestro Código, se regulan dos clases de divorcio: el que podemos llamarle 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.

En cuanto al divorcio necesario es aquel que se solicita por alguno de los cónyuges, por existir alguna de las causas señaladas por el artículo 267 del Código Civil, con excepción de la marcada por la fracción XVII del mismo artículo. Estas causas son las que dan origen al divorcio vincular, aun en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

El Maestro Rojina Villegas nos dice que dentro del sistema de divorcio Necesario se pueden considerar dos tipos, que son: el divorcio sanción y el divorcio remedio. El divorcio sanción se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra las enfermedades cró-

nicas e incurables que sean, además contagiosas o hereditarias.⁽¹⁾

Por lo que se refiere al divorcio Voluntario, es aquel acuerdo de voluntades por parte de los cónyuges ante la autoridad competente, sin invocación de causa específica alguna para solicitar la disolución del vínculo conyugal que los une.

Dentro de las dos formas de divorcio voluntario que establece el Código actual, el Administrativo lo encontramos previsto en el artículo 272 en los siguientes términos: “Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

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

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

Respecto al divorcio voluntario Judicial, resulta del último párrafo del citado artículo 272 que dice: “los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles”.

Del convenio que se ocupa el artículo 273, el cual deberán presentar los cónyuges para esta clase de divorcio, cabe notar que

(1) Rojina Villegas. “Compendio de Derecho Civil”. Pág. 351.

la ley obliga a los interesados a satisfacer todos los problemas que se pueden plantear por la disolución del matrimonio, fundamentalmente la situación de los hijos y las necesidades de éstos.

Ahora bien, para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, el artículo 274 establece que sólo podrá pedirse pasado un año de la celebración del matrimonio.

El presente ordenamiento al igual que los Códigos anteriores y la Ley de Relaciones Familiares, establece que mientras se decreta el divorcio, el juez puede autorizar la separación de una manera provisional y dictar a su vez las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos.

Por otra parte, el artículo 278 establece que el divorcio necesario sólo puede ser solicitado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, siempre y cuando no hubiere sentencia ejecutoriada del mismo, pero los interesados deberán manifestar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta manifestación destruya los efectos producidos por la reconciliación. (Artículo 280 Código Civil).

Para terminar, la ley establece tres procedimientos totalmente diferentes para el divorcio; dos que se refieren al divorcio por mutuo consentimiento y el otro que se funda en las causas señaladas por el artículo 267 que en el siguiente capítulo pasaré a analizar.

CAPITULO CUARTO

LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO
CIVIL VIGENTE

ESTUDIO Y ANÁLISIS

CAPITULO CUARTO

LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE

ESTUDIO Y ANÁLISIS

El Maestro Rafael de Pina en su libro "Elementos de Derecho Civil" nos indica que las causales de divorcio pueden definirse como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación por el procedimiento previamente establecido al efecto. Estas causas se encuentran taxativamente señaladas en los Códigos Civiles o en leyes especiales dictadas para regular esta institución.⁽¹⁾

"Consentini las agrupa en la forma siguiente:

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.

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 correcta.

IV.—Causas de orden puramente individual."⁽²⁾

Al respecto el Maestro Benjamín Flores Barroeta nos dice: "Podemos, sin embargo, clasificarlas, genéricamente, en dos categorías: causas-necesidad y causas-sanción. Las primeras, se constitu-

(1) De Pina Rafael. "Elementos de Derecho Civil". Tomo I, Pág. 342.

(2) Idem, Pág. 343.

yen por todas aquellas establecidas por la ley, en razón de considerarse inadecuada la vida en común para los fines del matrimonio; las segundas, significadas como penas impuestas a uno de los cónyuges por violación a los deberes que los fines del matrimonio imponen". (1)

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, adopta un sistema de minuciosa enumeración, y consigna en el artículo 267, diecisiete causas de divorcio las cuales son:

1.—*El Aulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges.*

Tanto en los Códigos anteriores como en el actual, la primera causa señalada en primer término que da origen al divorcio, la constituye el adulterio. Por adulterio se entiende la relación sexual de los cónyuges fuera del matrimonio, o bien, la cópula con persona extraña al cónyuge.

Con relación a esta causal hay una innovación muy importante en el Código Civil vigente, frente a todos los ordenamientos anteriores, en donde se hacía una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer. El adulterio de la mujer siempre y en todo caso fue causa de divorcio en los Códigos de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, como en el Código vigente lo es. En cambio, el adulterio del hombre no fue siempre causa de divorcio; se requería bajo los Códigos y la Ley antes mencionada, que además hubiese escándalo por virtud del adulterio, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se relizaba en la casa conyugal, o era como consecuencia de una relación sexual continua con otra mujer. El Código Civil vigente lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y el de la mujer, y borra las notables diferencias que existían entre uno y otro. Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, sin exigir ningún otro requisito, y además el artículo 269 agrega que cual-

(1) Flores Barroeta Benjamín. "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil", Pág. 385.

quiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge.

Aunque desde el punto de vista de la mujer, las consecuencias del adulterio pueden ser mayores debido a la función natural de su sexo y a la pérdida de la filiación paterna, el Código vigente al establecer una igualdad de derechos en caso de adulterio, consideró que existe igual obligación de fidelidad para el marido como para la mujer. Lo que me parece justo, porque tanto la falta cometida por el hombre o por la mujer altera la paz, la unidad y la moral de la familia.

En el adulterio, existen dos elementos: Uno material consistente en la relación sexual con una persona distinta al cónyuge; y otro intencional consistente en la libre intención de cometer dicho acto. Si faltare uno de estos elementos no podrá existir el adulterio.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales reglamenta el adulterio en el artículo 273 que dice: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis meses, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

Aunque gran parte de la Doctrina Penal niega el carácter delictivo del adulterio, nuestro Código Penal conserva esta figura delictiva, pero dentro de ciertos límites muy restringidos.

La tutela penal en el delito de adulterio radica, en el interés de asegurar el orden matrimonial, contra los daños o peligros que puedan originar los actos adulterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente.

Para que el adulterio sea base de una acción de divorcio por parte del cónyuge ofendido, es requisito que el adulterio esté debidamente probado, y dicha acción durará seis meses contados a partir de que se tuvo conocimiento del adulterio.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio, de que para los efectos de divorcio no es necesaria la comprobación de todos y cada uno de sus elementos constituti-

vos del adulterio, pues basta que de las constancias de autos se desprendan vehementes presunciones acerca de su certidumbre, para estimar suficientemente probada la causal de divorcio de que se trata.

De lo anterior podemos terminar concluyendo, que esta causal de divorcio debe seguir subsistiendo para la procedencia del mismo, en vista del alto fin moral en que está inspirada y en el interés en que se respete la institución de la familia.

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

Esta causal de divorcio, fue establecida por el Código de 1884, que la señalaba en la fracción II del artículo 227, y pasó íntegramente a la Ley de Relaciones Familiares que la mencionaba en su artículo 76, fracción II.

Por medio de esta causal se trata de proteger el interés social y el interés del cónyuge ofendido, por su naturaleza solamente puede ser ejercitada por el marido, y para su procedencia es necesario previamente la declaración judicial.

Evidentemente que existe un grave hecho inmoral por parte de la mujer de concebir un hijo antes del matrimonio y de no revelar esta situación al marido, porque ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo. Además, existe una injuria grave que es la que se sanciona como causa de divorcio, salvo por supuesto, que el hijo concebido sea producto de relaciones sexuales con el marido antes de celebrarse el matrimonio.

Ahora bien, se exige en esta causal: a) La concepción del hijo antes de celebrarse el matrimonio. b) Que el nacimiento del hijo sea durante el matrimonio. c) La declaración judicial de ser ilegítimo.

El artículo 324 del Código Civil vigente establece: "Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II.—Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.

En caso de comprobarse la concepción del hijo antes del matrimonio y el nacimiento fuera de los términos establecidos por el Código, y siguiendo con feliz término un juicio de contradicción de la paternidad y obtenida la declaración judicial de ser ilegítimo el hijo, nuestro Código le da el derecho al marido a pedir el divorcio, como un medio de defensa contra la falsa paternidad y como una sanción al engaño que sufrió.

Por otra parte, nuestro Código en el artículo 328 restringe el mal uso que de esta fracción se pudiera hacer, al establecer:

“El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.—Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;

II.—Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fué firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.—Si ha reconocido expresamente por suyo el hijo de su mujer;

IV.—Si el hijo no nació capaz de vivir.”

Cabe mencionar, que el artículo 325 nos dice, que contra la presunción señalada en la fracción segunda del artículo 324 relativo a los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su

mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Para concluir, la presente causal se justifica plenamente por su alto nivel moral, a pesar de su poca aplicación en la práctica.

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.

Esta causal tiene casi la misma redacción a la mencionada por los artículos 240 y 227 de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente, con la diferencia de que en éstos se hablaba de “relaciones ilícitas” y en la redacción actual se habla de “relaciones carnales”.

Una de las causales de divorcio que merecen más justificación es sin duda alguna esta que comentamos, en virtud de que tal actitud del marido peca en contra de la moral más elemental que debe existir en el matrimonio y en la familia.

Además de considerarse la actitud del marido como una de las más reprochables que puedan presentarse, ésta es más agravante, cuando el marido ha recibido cualquier remuneración con esa finalidad.

La presente causal en el fondo viene a constituir una injuria grave por el ultraje intolerable de que es objeto la mujer, y nace de la simple propuesta, sin que sea necesario que la mujer caiga en la prostitución.

Para terminar, esta causal se justifica a la luz de la razón, y merece el legislador nuestra admiración al fijarla en la ley.

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

Esta causal la encontramos establecida tanto en los Códigos de 1870 y 1884 como en la Ley de Relaciones Familiares.

Encuentra su justificación, ya que por medio de ella se protege al cónyuge inocente de la influencia delictuosa del otro, porque de lo contrario, la ley misma se pronunciaría en protector del cónyuge culpable, obligando al inocente a seguir viviendo con quien lo puede arrastrar al crimen.

Cualquiera de los cónyuges puede hacer valer esta causal, cuando su cónyuge lo incite a ejecutar actos u omisiones calificados por la ley como delito. No es necesario que el delito se consuma, la norma únicamente exige la incitación a cometerlo, y al no especificar la gravedad del delito, debe entenderse que por leve que éste sea, se da origen al derecho de pedir el divorcio.

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.*

Con relación a esta causal, el Código de 1870 decía: “El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la connivencia en su corrupción”. A su vez el Código de 1884 cambió la palabra connivencia por la de tolerancia y la Ley de Relaciones Familiares agregó a lo ya establecido “o por algún otro hecho tan grave como los anteriores”.

Por la gran necesidad de proteger la familia, la presente causal encuentra plenamente su justificación, toda vez que los padres tienen la obligación de la educación e inculcación de las buenas costumbres a los hijos.

Ahora bien, la tolerancia a que hace mención esta causal debe consistir en actos positivos, ya que no son motivo de divorcio las simples omisiones de cualquiera de los cónyuges, ni tampoco la falta de capacidad para educar a los hijos, toda vez que lo que la ley sanciona es la intención de corromper a éstos en forma positiva.

Como complemento de esta fracción el artículo 270 establece: “Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por

el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos”.

Cabe agregar, que la corrupción de menores es un delito previsto y penado por el Código Penal en el artículo 201.

Para terminar, lo que la ley tiende a proteger con la presente causal, es la integridad del hogar, sin importar que los hijos sean de ambos cónyuges o de uno solo de ellos.

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

Tanto en la Ley de Relaciones Familiares como en el Código de 1884 encontramos establecida esta causal, aunque en términos distintos, ya que en este último ordenamiento no se hablaba de enfermedades en especial, sino se refería a todas las enfermedades contagiosas o incurables contraídas antes del matrimonio y de las cuales no hubiera tenido conocimiento el otro cónyuge. En cambio, la Ley de Relaciones Familiares sí consideró específicamente la sífilis y la tuberculosis, pero no mencionó si estas enfermedades fueron contraídas antes o después del matrimonio.

Considero que la fracción comentada del Código de 1884 era más justa que la actual, ya que para que procediera el divorcio en nuestro anterior ordenamiento por causa de enfermedad de uno de los esposos, ésta debería ser anterior al matrimonio, y de la cual no hubiera tenido conocimiento el otro cónyuge, es decir, no era la enfermedad en sí misma la que daba origen al divorcio, sino la ocultación de esa enfermedad, el engaño, la injuria que se le daba al otro cónyuge. En cambio, en nuestro Código Civil vigente por el solo hecho de sobrevenirle a uno de los cónyuges, una enfermedad crónica, incurable y contagiosa que muchas veces es ajena a su voluntad, hace nacer en el otro cónyuge el derecho a pedir el divorcio.

Por otra parte, tanto la sífilis como la tuberculosis, en la actualidad pueden llegar a curarse, y además, debido a los adelantos

de la ciencia médica muchas de las enfermedades que se consideraban como incurables han perdido ese carácter.

A mi juicio, las únicas enfermedades que deberían motivar el divorcio, serían las venéreas, ya que éstas pueden suponer culpa o mala conducta del que las padece, dando origen al divorcio como un medio de proteger al cónyuge que goza de plena salud y de evitar que se puedan engendrar hijos enfermos y tarados, cuya vida sería de sufrimiento y de esterilidad.

Nuestro Código, al establecer esta causal se basa en una razón de interés público para proteger la especie y evitar el contagio. Ahora bien, del texto de la fracción en estudio se desprende que la enfermedad debe reunir tres requisitos: crónica, incurable, contagiosa o hereditaria.

Con relación a la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, la ley no distingue si la impotencia debe ser motivada por la edad o por alguna otra causa; sin embargo, debemos entender por impotencia incurable una enfermedad que impida la relación sexual entre los cónyuges. Cabe mencionar que la impotencia incurable que exista antes del matrimonio es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo; que debe pedirse dentro del término de sesenta días de celebrado el matrimonio.

Ahora bien, pudiera suceder que la impotencia incurable sobreviniera por razón de la edad, o cuando ya existieran uno o varios hijos, o sea cuando ya se hubiera cumplido con la procreación de la especie, sería por demás injusto, a mi parecer, que dichos matrimonios llegaran a disolverse y que se citara en este caso la impotencia incurable como causal de divorcio, ya que se olvidaría uno de los fines del matrimonio referente a la ayuda mutua que se deben los cónyuges. Además, si se invocara esta causal, traería a la familia grandes daños, ya que sería muy difícil la prueba.

Por lo anterior, considero que debe eliminarse la impotencia incurable que sobrevenga después de que existan hijos como causal de divorcio, ya que no es necesario un número determinado de hijos para cumplir con los fines del matrimonio.

Nuestro Código Civil vigente, en el artículo 277 reglamenta la separación de cuerpos, tratando de encontrar una solución a los problemas que se puedan presentar por las enfermedades entre los cónyuges, estableciendo que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en esta causal, y en la que veremos en seguida, podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Para concluir, esta causal no se justifica plenamente, porque se desvirtúa uno de los fines del matrimonio, y por otra parte, como se expuso anteriormente, muchas de las enfermedades que se tenían por incurables, pueden hoy fácilmente curarse.

VII.—*Padecer enajenación mental incurable.*

En la actualidad, no todas las legislaciones consideran la enajenación mental incurable como causal de divorcio, ya que se dice que en este caso es donde debe mostrarse con más eficacia el principio de ayuda mutua entre los cónyuges. Por otra parte, el cónyuge enfermo está exento de toda culpa, y si por alguna causa pierde la razón, el deber de auxilio mutuo que se deriva del matrimonio impone al otro la obligación de atenderlo en todo momento.

Ahora bien, nuestro Código Civil en el artículo 271 reglamenta la presente causal de la siguiente manera: “Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad”. Lo cual me parece muy acertado, ya que en dicho plazo el cónyuge sano puede meditar perfectamente para solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge de conformidad con el artículo 277, o bien por pedir el divorcio vincular.

Para terminar, considero que esta causal de divorcio como medio de romper el vínculo matrimonial debe de excluirse de nuestra legislación, dejando únicamente como remedio a cualquier situación que se pueda presentar, la suspensión de la cohabitación, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el ma-

rimonio.

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 demanda de divorcio.*

En virtud de que las causales antes mencionadas constituyen el tema principal de esta tesis, pasaré a estudiarlas en forma especial en el siguiente y último capítulo.

X.—*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.*

Esta causal es totalmente nueva, ya que no la encontramos establecida en nuestros Códigos anteriores 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.

Una de las de menos aplicación en la práctica la constituye la presente causal, toda vez que al exigir la fracción comentada que la declaración de ausencia esté legalmente hecha, obliga al cónyuge que la solicita a seguir un juicio con trámites muy tardado y además independientemente de todos estos trámites que deben seguirse, de conformidad con el artículo 669 se necesitan dos años desde el día en que se hubiere nombrado representante al ausente, para que exista acción para pedir la declaración de ausencia.

Por lo que considero que resultaría mucho más fácil invocar la fracción VIII del artículo 267, para pedir el divorcio, que seguir todos los trámites que establece el Código para la declaración de ausencia legalmente hecha.

En el segundo caso de que habla esta fracción referente 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 referentes a los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o a bordo de un buque 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 presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia.

Para terminar, 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.

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

Nuestro Código Civil de 1870 sólo establecía en su fracción VI del artículo 240, las sevicias de un cónyuge a otro; por lo contrario, el Código Civil de 1884 en su fracción VII del artículo 227 estableció esta causal en forma idéntica a la actual y la Ley de Relaciones Familiares establecía: Las servicias, las amenazas o injurias graves y agregaba: “los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común”.

En esta fracción se comprenden las causas de divorcio que con más frecuencia se invocan ante los tribunales para solicitar la disolución del vínculo matrimonial; en Francia la Jurisprudencia ha hecho aplicación amplísima de estas causas que consisten en la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.

Al respecto el Maestro Benjamín Flores Barroeta nos dice: “Dentro de la sevicia, se comprende toda clase de malos tratos físicos y morales. Como amenazas, se entienden las coacciones

de toda especie de causar daño al cónyuge. Por injurias, deben entenderse, no sólo las proferidas de palabra, sino las realizadas moralmente. Dentro del concepto de injurias, la doctrina hace comprender toda clase de agravios incompatibles con la vida en común, matrimonial. Así, se considera como injuria la negativa de uno de los cónyuges, hecha en forma habitual, a cumplir con el débito carnal".⁽¹⁾

Ahora bien, para que proceda la presente causal de divorcio por servicias, amenazas o por injurias, se debe probar su gravedad en función de hacer imposible la vida conyugal entre los cónyuges.

Respecto a la injuria, el juez tiene facultades discrecionales para apreciar su gravedad, tomando en cuenta la condición social de los cónyuges, el medio en que viven, sus costumbres, etc.

Cabe mencionar, que también es necesario examinar las circunstancias en que se profirieron las injurias o los malos tratamientos, si fueron o no provocados, si revelan crueldad o tan sólo un estado pasajero de indignación, si existe repetición de los actos injuriosos, porque no es lo mismo una sola injuria a varias que se han repetido durante cierto tiempo. Sin embargo, un solo acto injurioso, una tremenda golpiza puede dar origen al nacimiento de la acción de divorcio en virtud de que pueden hacer imposible la vida conyugal.

Para terminar, en esta causal los jueces deben de emplear su amplio criterio para determinar si los motivos que se aleguen por los cónyuges son o no bastantes para disolver el vínculo matrimonial.

XII.—La negativa de los cónyuges a darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacer efectivos, los derechos que les conceden los artículos 165 y 166.

Esta causal solamente la encontramos establecida en el Código Civil de 1884 en la fracción IX del artículo 227.

(1) Flores Barroeta Benjamín. Obra citada, Págs. 388 y 389.

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, nuestro Código actual en su artículo 164 nos dice: "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 desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda 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 de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella".

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 anteriormente la mujer tiene la obligación de hacerlos.

Por otra parte, los artículos 165 y 166 textualmente dicen: La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos, por las cantidades que correspondan para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes para hacer efectivos estos derechos (artículo 165). El marido tendrá el derecho que a la mujer concede el artículo anterior, en los casos en que ésta tenga obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia y del hogar (artículo 166).

Ahora bien, la ley establece que los alimentos deben de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

Para terminar, esta causal se justifica en virtud de que se falta a uno de los principales deberes que nacen del matrimonio.

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

Esta causal fue tomada idénticamente de la Ley de Relaciones Familiares. En el Código Civil de 1884 también la encontramos establecida, pero sin aludir a la pena que debería tener el delito.

Nuestro actual Código Civil requiere para la procedencia de esta causal, que la acusación sea grave, que previamente se siga el juicio penal, que se dicte sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó el otro cónyuge. Si en dicha sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena mayor de dos años, entonces el cónyuge calumniado tendrá ya comprobada plenamente su causa de divorcio, pero para esto es indispensable que la sentencia penal que haya declarado su inocencia, haya causado ejecutoria.

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.*

Únicamente en la Ley de Relaciones Familiares encontramos establecida esta causal, ya que en los Códigos anteriores no la mencionaban. En la citada Ley no se hacía comprender la clase de delito, lo que daba origen a que cualquiera de los cónyuges que cometiese cualquier tipo de delito con una pena mayor de dos años quedaba expuesto a que su consorte pidiera la disolución del vínculo matrimonial.

Considero que la modificación establecida por el Código actual es muy justa, ya que se especifica que únicamente procede el divorcio cuando el delito es infamante y no político.

Para invocar esta causal, es necesario que exista una sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena mayor de dos años de prisión, pero siempre y cuando el delito que se haya cometido no sea político pero sí infamante.

XV.—*Los hábitos de juego o 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.*

La presente causal de divorcio estaba contenida en el Código de 1884, pero este ordenamiento solamente se refería a los vicios incorregibles del juego y de la embriaguez, en la Ley de Relaciones Familiares se limitó esta causal a la embriaguez y se suprimió el juego. Nuestro Código actual, como puede apreciarse, considera nuevamente el hábito del juego y agrega el uso de drogas enervantes.

Esta causal se justifica desde cualquier punto de vista, ya que el hábito de juego o embriaguez, o el uso indebido o persistente de drogas enervantes, constituyen un pésimo ejemplo para los hijos y destruyen la moral familiar, independientemente de que causen o no causen la ruina económica de cada familia, por lo que a mi juicio, no merecen continuar en el ejercicio de la patria potestad, quienes se entregan a la embriaguez o contraen los terribles vicios de las drogas.

Cabe mencionar que según lo establecido por esta fracción, los hábitos o vicios mencionados, no integran la causal de divorcio, ya que se requiere, además, la amenaza de la ruina de la familia o la constitución de continuos motivos de desavenencia.

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.*

Esta causal es una innovación del Código Civil vigente, ya que en los anteriores ordenamientos no la encontramos establecida.

En nuestro Derecho Penal, se admite la posibilidad de que ciertos delitos como el robo entre cónyuges, sólo sean perseguidos a petición de parte ofendida (artículo 378 Código Penal).

Esto se establece con el objeto de evitar escándalos, que perjudicaría no solamente al culpable, sino a la reputación y prestigio de toda la familia.

Ahora bien, cuando uno de los cónyuges comete algún delito contra la persona o los bienes del otro, queda a juicio del cónyuge agraviado provocar el ejercicio de la acción penal y el derecho de invocar la presente causal de divorcio en contra del cónyuge culpable, o solamente puede limitarse a esta última por los motivos que arriba se mencionan.

Este es un caso en que el Juez Civil que conozca del asunto, debe interpretar la Ley Penal valorizando la conducta del demandado, a fin de determinar si es procedente o no la disolución del vínculo matrimonial.

XVII.—*El mutuo consentimiento.*

Esta última fracción del artículo 267 del Código Civil vigente, que alude al divorcio por mutuo consentimiento ha sido objeto de muchas críticas, ya que por medio de esta clase de divorcio se les da la facultad a los particulares de disolver a su arbitrio una institución tan importante como lo es el matrimonio.

Sin embargo, nuestro legislador no vió necesario dificultar la disolución del vínculo matrimonial, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.

Por otra parte, el divorcio por mutuo consentimiento, es tal vez el mejor medio de disolver el matrimonio, ya que en la mayoría de los casos en que se alega, se ocultan causas de divorcio verdaderamente existentes, y cuya exposición ante los tribunales dañaría la reputación de los cónyuges dando ocasión muchas veces a escándalos, con perjuicios para ambos, así como para los hijos y aun para la sociedad.

Por virtud del divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges pueden solicitar la disolución del vínculo matrimonial, expresando sólo su común acuerdo, y sin la invocación de ninguna causa.

Este tipo de divorcio tiene dos procedimientos totalmente distintos; uno para el caso en que ambos cónyuges convengan en divorciarse, siendo mayores de edad, no tengan hijos y que de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes si bajo este régimen se casaron, señalado en el artículo 272 del Código Civil, y otro para los que no se encuentran en esta circunstancia, que está regulado en los artículos 674 a 682 del Código de Procedimientos Civiles.

El primer procedimiento que hablábamos es de tipo administrativo, confiado al Oficial del Registro Civil; el segundo es un verdadero juicio. El divorcio para todas las demás causas, exige las solemnidades del juicio ordinario.

Ahora bien, el artículo 268 del Código Civil establece una causa más de divorcio necesario, esto se comprende del texto de dicho artículo que dice: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

Este artículo tiene su antecedente en los artículos 244, 230 y 79 de los Códigos de 70, 84 y la Ley de Relaciones Familiares respectivamente. Tiene su fundamento, en que es evidente la imposibilidad de vida común entre los cónyuges debido a la actitud del cónyuge demandante.

C A P I T U L O V

LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO

C A P I T U L O V

LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO

La presente causal que examinamos estaba contenida en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, pero en dichos ordenamientos así como en la citada ley se hablaba de "abandono del domicilio conyugal sin causa justificada". En nuestro Código Civil vigente, en las fracciones VIII y XI del artículo 267 substituye la palabra "abandono" por la de "separación".

Tanto las fracciones VIII y IX del artículo antes mencionado constituyen violaciones al deber que ambos cónyuges tienen de vivir juntos, por lo que considero necesario analizar el denominado deber de cohabitación.

El deber de cohabitación es común a los dos esposos, es el derecho, al mismo tiempo el deber, que los cónyuges tienen de vivir bajo el mismo techo para la satisfacción de todos los fines del matrimonio.

Al respecto, Ricardo Couto nos dice: "La vida común es de la esencia del matrimonio; malamente podrían los cónyuges cumplir con los fines de éste, si habitaran casas distintas".⁽¹⁾

Por otra parte, el Lic. Agustín Verdugo, comentarista del Código Civil de 1884 nos dice: "La vida común y la mutua y continua asistencia de ambos cónyuges son una consecuencia natural del matrimonio. Las varias y graves obligaciones que éste

(1) Couto Ricardo. "Derecho Civil Mexicano". Tomo I, Pág. 240.

importa serían cuando menos muy defectuosamente cumplidas, si un mismo hogar no abrigara a los dos consortes, para que con toda la posible igualdad se repartiesen entre ambos los deberes y mutuamente se ayudasen a sobrellevar el peso de la vida".⁽¹⁾

Ahora bien, como antes se expuso, el deber de cohabitación impone a los cónyuges una comunidad de vida necesaria para satisfacer todos los fines del matrimonio; esta obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos y el consiguiente derecho a exigir su cumplimiento, lo establecen casi la totalidad de las legislaciones del mundo. En nuestro País el artículo 163 del Código Civil vigente establece: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de esta 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 país insalubre o indecoroso".

Sin embargo, con anterioridad a la reforma de 31 de diciembre de 1953, este deber recaía especialmente sobre la mujer, la cual según el texto anterior del artículo 163, obligaba a la mujer a vivir al lado del marido. Como consecuencia de la reforma, el domicilio conyugal debe fijarse de común acuerdo por ambos cónyuges, sin que corresponda determinarlo únicamente al marido.

De lo anterior se desprende, que tanto el marido como la mujer pueden faltar al cumplimiento del deber de cohabitación, ya que éste constituye una obligación recíproca para ambos.

La cohabitación en el Derecho Canónico es: "communitas ad thorum, mensam et habitationem", es decir, comunidad de lecho, mesa y habitación. Por lo que el deber de cohabitación incluye también, por opiniones de la mayoría de los autores, el denominado débito conyugal, o sea el derecho y el deber correlativo a la relación sexual entre los cónyuges. En nuestro Derecho, no se establece en forma expresa el débito carnal; pero en el artículo 162, el Código Civil establece que: "Los cónyuges están

(1) Verdugo Agustín. "Principios de Derecho Civil". Méx. Tomo II, Pág. 97.

obligados a contribuir cada uno por su parte, a los fines del matrimonio. . .” De lo que se desprende, que si el fin principal y esencial del matrimonio es la procreación de la especie, el débito carnal se impone a los cónyuges como un derecho y deber recíproco para ambos.

A continuación pasaremos a estudiar cuándo se inicia, cuándo se suspende y cuándo se termina el deber de cohabitación.

Se inicia por virtud del matrimonio, que es el que da origen a todos los derechos y deberes de los cónyuges.

Se suspende por los siguientes casos:

a) Al admitirse la demanda de divorcio, mientras dure el juicio y se dicte la resolución definitiva. (Artículo 282 fracción II del Código Civil).

b) Al admitirse la demanda de nulidad del matrimonio, en tanto se sigue el juicio correspondiente y como en el caso antes mencionado, se dicte resolución definitiva.

c) Con la petición hecha por el marido o por la mujer de conformidad con lo que establecen los artículos 205 y 206 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios.

d) En el caso del artículo 277 del Código Civil, solicitada por el cónyuge sano que no quiera pedir el divorcio.

e) En los casos de que habla el artículo 163 del Código Civil, cuando uno de los cónyuges traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en país insalubre o indecoroso.

f) En el caso de que habla el artículo 268 del Código Civil.

En cuanto a la extinción del deber de cohabitación, éste solamente desaparece con la disolución del vínculo matrimonial, ya sea por divorcio, nulidad o muerte de cualquiera de los cónyuges.

Para terminar con este estudio del deber de cohabitación, nuestro Código Civil al referirse en la fracción VIII del artículo

267, relativa a la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante del matrimonio, esto es, la de hacer vida en común, la de vivir bajo el mismo techo. Se trata de la obligación esencial del matrimonio, ya que si no hay vida en común, no puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir con los fines de éste.

A continuación, la fracción VIII del artículo 267 en estudio, no habla de separación de la casa conyugal, esto es, para que proceda la presente causal debe de existir el hogar conyugal.

El Maestro Rojina Villegas en su libro "Compendio de Derecho Civil" nos dice: "El domicilio es un atributo más de la persona. Se define como el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él. De esta definición se desprenden dos elementos: 1.—La residencia habitual o sea, el dato objetivo susceptible de prueba directa, y 2.—El propósito de establecerse en determinado lugar o sea, el dato subjetivo que no podemos apreciar siempre mediante pruebas directas, pero que sí es posible comprobar a través de interferencias y de presunciones".⁽¹⁾

"La palabra domicilio se compone de las dos veces latinas "domus" y "colo", a causa de que *dum colare* significa habitar una casa".⁽²⁾

Nuestro derecho considera que en el domicilio, además del dato objetivo debe existir el propósito de radicar, o permanecer, por mayor o menor lapso en cierto lugar, para que éste se considere como la residencia habitual y, por lo tanto, pueda servir para determinar las consecuencias jurídicas que se derivan del domicilio.

Al respecto el Maestro Benjamín Flores Barroeta, nos dice: "El domicilio es un concepto jurídico derivado de un hecho. Este hecho consiste en que una persona se encuentra en determi-

(1) Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I, Pág. 187.

(2) Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Pág. 567.

nado lugar, con preferencia a cualquiera otro; o respecto de tal lugar la persona ha fincado sus principales intereses; o la persona ha partido del propio lugar, que es el de su origen. Pero este hecho se transforma en el concepto jurídico de domicilio, en cuanto el Derecho lo considera como el sitio en donde reputa presente a la persona para las consecuencias jurídicas relativas. De esta suerte, no importa el sitio donde de hecho se halle la persona, siempre tiene un domicilio en Derecho, un lugar donde para los efectos jurídicos, está presente".(1)

Nuestro Código Civil vigente en el artículo 29 establece: "El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; a falta de uno y otro, el lugar en que se halle".

Según el artículo anterior, se deduce que toda persona debe tener un domicilio, y si llegasen a faltar los elementos objetivo y subjetivo esenciales del domicilio, el Código considera que el domicilio será el lugar donde se tenga el principal asiento de negocios, y si tampoco existiera éste, el domicilio será entonces el lugar donde se encuentra la persona.

El domicilio se divide según el Código Civil, en voluntario (artículo 29), legal (artículo 31) y convencional (artículo 34). El domicilio voluntario, es el domicilio por excelencia, ya que en principio el domicilio es libremente elegido por la persona; el legal, es el lugar donde la ley le fija a una persona su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, y el convencional el designado para el cumplimiento de determinadas obligaciones.

El artículo 163 hace referencia al domicilio conyugal, el cual debe fijarse de común acuerdo entre los cónyuges, sin que corresponda determinarlo exclusivamente al marido, esto es, el domicilio conyugal forzosamente deberá ser voluntario. Ni el domicilio legal ni el convencional pueden llegar a considerarse como domi-

(1) Flores Barroeta Benjamín. "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil". Pág. 263 y 264.

elilio conyugal, toda vez que en ellos los cónyuges podrán ejercer derechos y cumplir obligaciones, pero no conviven.

Para los fines de este trabajo, nosotros deberemos entender por domicilio conyugal, la casa habitación donde los cónyuges residen habitualmente, hacen vida común, y cumplen con las finalidades del matrimonio.

Nuestro Código, para evitar contradicciones en la causal VIII del artículo 267 materia de esta investigación, habla de "casa conyugal" y no de "domicilio conyugal". Esto es, la casa conyugal es el lugar donde conviven los cónyuges, el cual debe ser apto para que éstos ejerciten sus derechos y cumplan sus obligaciones.

Ahora bien, los cónyuges deberán de tener un domicilio, ya que para que proceda la presente causal, es necesario que exista el hogar conyugal donde los cónyuges puedan cumplir con los fines del matrimonio.

El artículo 168 del Código Civil establece: "Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar". Como puede apreciarse, este precepto supone que los cónyuges deben de habitar un hogar propio, ya que uno ajeno no podría ser cuidado y dirigido por la mujer. En consecuencia, la única separación susceptible de dar origen a la causal de divorcio, es la de separación del hogar propio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice al respecto que: "Cuando la mujer se encuentra prácticamente en una casa ajena, sujeta a las disposiciones que en ella dicten los padres del marido y obligada, inclusive, a acatar sus órdenes de desalojar la casa por ser ellos los jefes de la misma, tal casa no puede estimarse propiamente como hogar conyugal, en el que los cónyuges deben tener derechos propios de gobierno y de permanencia.

No puede darse el nombre de domicilio conyugal al hogar de los suegros, o de terceras personas en general, a donde algunos maridos suelen llevar a vivir a sus esposas en condición de "arriadas", y cuando no hay domicilio conyugal no puede hablarse de abandono del mismo".⁽¹⁾

(1) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XV, Pág. 217.

De lo anterior, podemos decir, que el hogar conyugal debe de ser propio, fijo, permanente y apto para que los cónyuges ejerciten los derechos y cumplan los deberes que respectivamente les concede e impone el matrimonio.

Ahora bien, hay que entender que la condición de propiedad del hogar, no debe determinarse con referencia a si los cónyuges viven solos o comparten el hogar con otras personas, ya sean éstas parientes o no parientes, sino con relación a quien tiene la titularidad de dicho hogar. Aun cuando los cónyuges vivan con parientes, de ambos o de uno solo de ellos, habitarán su propio hogar siempre que tengan la titularidad del mismo.

Al respecto cabe recordar un adagio producto de la experiencia popular: "El casado casa quiere", y este adagio tiene mucho de verdad, ya que la realización de los fines del matrimonio requiere forzosamente de un lugar propio.

Sin embargo, creo que los conceptos anteriormente expuestos sobre el hogar conyugal, deben ser objeto de revisión, toda vez que los cónyuges muchas veces obligados por la falta de medios económicos o por escasez de viviendas, o en fin, por cualquier otra circunstancia se ven obligados a incorporarse a un hogar que no es el suyo propio y por consecuencia no tendrán la titularidad del mismo. Por consiguiente, en los casos en que la falta de un hogar propio no es debida al incumplimiento voluntario de alguno de los cónyuges, considero que sería por demás injusto negarles la protección de la ley.

Ahora bien, nuestro Código Civil vigente, a diferencia de los anteriores y de otras legislaciones, no nos habla de "abandono", sino de separación de la casa conyugal.

Por separar, se entiende poner a una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otra. Separación de cuerpos será pues, la separación material de los cónyuges, es decir, el hecho de que ambos se pongan fuera del contacto, o proximidad de otro.

En la separación encontramos dos elementos, esto es, el alejamiento de la casa conyugal, y la intención de faltar al deber de

cohabitación y al de asistencia.

De lo anterior, podemos distinguir dos clases de separación: con abandono de los deberes de asistencia y la separación sin dicho abandono.

El Maestro Rojina Villegas nos dice: "Respecto de la separación injustificada de la casa conyugal, conviene insistir en su diferencia con el abandono de las obligaciones conyugales, y ello porque ha habido la 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 haya una imposibilidad para poder embargar bienes del cónyuge deudor".⁽¹⁾

En vista de esto, es necesario distinguir la separación del abandono, ya que existen entre ambos conceptos notables diferencias, a saber:

a) La separación es un acto positivo consistente en el alejamiento de la casa conyugal, con la firme intención de romper la vida en común.

b) El abandono es un acto omisivo consistente en la no prestación de todo lo necesario que el otro cónyuge necesita para vivir, es decir, es un incumplimiento al deber de asistencia.

Esta diferencia nos indica, que la separación es un incumplimiento al deber de cohabitación, y en cambio el abandono es

(1) Rojina Villegas Rafael, Obra citada, Pág. 379 y 380.

el incumplimiento al deber de asistencia, por lo que no deben de confundirse estos conceptos.

Ahora bien, esta diferencia nos lleva a la conclusión de que puede darse el caso de que exista separación sin abandono y abandono sin separación. Esto es, cuando un cónyuge se separa de la casa conyugal con el propósito de no regresar a ella y sin causa justificada, pero atendiendo a la alimentación del otro, se tipificaría a mi juicio, la causal establecida en la fracción VIII del artículo 267, pues aunque no se faltare al deber de asistencia, se faltaría al deber de cohabitación, que como hemos dicho es el principal de ellos, ya que sólo a través de él se pueden satisfacer los fines del matrimonio. Por lo contrario, cuando un cónyuge sin separarse de la casa conyugal le negara al otro alimentos, incurriría en la causal establecida por la fracción XII del mismo artículo.

En vista de lo antes expuesto, creo necesario hacer notar, que entre el abandono y la separación existen verdaderas y notables diferencias, por lo que no deben de confundirse ni mal interpretarse tanto una como la otra, ya que dichos conceptos tienen distintas finalidades en las causales de divorcio de nuestro Código Civil vigente, y por consiguiente, sólo procederá el divorcio en la fracción VIII del artículo 267 cuando un cónyuge se separa sin causa justificada de la casa conyugal por más de seis meses, sin que sea necesario que exista el incumplimiento de la obligación de alimentos.

Cabe distinguir tres clases de separación.

- a) Separación legal.
- b) Separación convencional, es decir, la acordada entre los cónyuges.
- c) Separación unilateral, sin causa justificada.

En cuanto a la primera, puede ser definitiva o temporal, originada por virtud de una sentencia judicial. Esta separación denominada de cuerpos, admitida por muy pocos países en la actualidad, el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes

además, la obligación de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital. Dicha separación, fue regulada por nuestros Códigos de 1870 y 1884, y en la actualidad es admitida en el caso excepcional del artículo 277 del Código Civil vigente.

Por lo que se refiere a la separación bilateral, es decir, la acordada o convenida por los cónyuges, constituye una infracción al deber de cohabitación por parte de ambos cónyuges, toda vez que éstos no tienen facultades de liberarse por decisión propia de los deberes que nacen del matrimonio. Es una separación amigable. Ambos cónyuges son culpables y, por consiguiente, no puede integrar la causal de divorcio en estudio.

Finalmente, la separación unilateral sin causa justificada, da origen a la causal establecida en la fracción VIII del artículo 267, y constituye el tema y objeto de este capítulo.

Tanto las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil tienen como elemento común la separación, el cual analizamos anteriormente. A continuación pasaré a examinar los elementos propios de cada una de ellas y que sirven para diferenciarlas entre sí.

En lo que respecta a la causal establecida en la fracción VIII, los elementos integrantes son los siguientes:

- a) Un hecho de separación.
- b) Que dicha separación se prolongue por más de seis meses.
- c) Que sea sin causa justificada.

Esto se deduce del texto mismo de la fracción VIII que dice: "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada".

a) Un hecho de separación. Como se estableció anteriormente, la separación es un acto positivo realizado por cualquiera de los cónyuges, con el propósito de alejarse de la casa conyugal y

no regresar a ella. Sin embargo, para que proceda la presente causal es necesario que exista el hogar conyugal, el cual debe establecerse de común acuerdo entre los cónyuges.

b) Que dicha separación se prolongue por más de seis meses. Esto es, debe transcurrir el plazo que marca la ley para que la separación pueda constituir causa de divorcio, no bastando, por lo tanto, las simples ausencias, haciéndose necesario también que no existan discontinuidades por regreso al hogar del cónyuge alejado.

A mi juicio, el plazo que establece la ley es muy corto, toda vez que, en el hogar pueden ocurrir desavenencias más o menos considerables entre los cónyuges, dando lugar a separaciones del mismo, pero que no llevan la intención definitiva del que se aleja de romper la vida en común. Por lo que considero, debido a que el matrimonio es una institución de interés general, y que por lo mismo existe la necesidad de su conservación, que se diera un plazo más largo, dijéramos de un año, que creo que sería suficiente para que los cónyuges meditaran sobre el estado de hecho en que se encuentran.

Ahora bien, la presente causal que examinamos, es de tracto sucesivo, o sea de realización continua, dando lugar a que no se pueda producir la caducidad de la acción que en ella se funde, a pesar de que haya transcurrido un término mayor de seis meses. Por lo que no puede tener ninguna aplicación, en lo que respecta a esta causal lo establecido en el artículo 278 del Código Civil en su segunda parte, que establece la regla general de que el divorcio sólo puede ser demandado dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a la noticia del cónyuge que no ha dado causa a él, los hechos en que se funde la demanda; en virtud de que la separación entraña un hecho de tracto sucesivo y al persistir, subsiste la causa para demandar el divorcio.

c) Que sea sin justa causa. La fracción VIII del artículo 267 del Código Civil, nos dice que para que la separación pueda constituir causal de divorcio ha de ser "sin causa justificada". Esto es, desde el punto de vista probatorio, encontramos una presunción "iuris tantum", por lo que mientras que no se pruebe la

existencia de la causa de justificación, se presumirá que la separación es injustificada.

Al respecto el Maestro Rojina Villegas nos dice: "La fracción VIII del artículo 267, simplemente requiere que se demuestre el hecho objetivo de la separación de la casa conyugal y que no se pruebe por el demandado a quien se señala como cónyuge culpable, que tuvo motivo justificado para separarse".⁽¹⁾

En consecuencia, el cónyuge culpable tendrá a su cargo la prueba de la justificación de la separación, y al inocente solamente le bastará probar el hecho de la separación por más de seis meses.

Como se expuso anteriormente, la presente causal que examinamos se establece como una sanción en contra del cónyuge que se ha separado sin causa justificada, debido a que la separación constituye una infracción al deber de cohabitación que nace del matrimonio. En consecuencia, la separación injustificada de la casa conyugal es un acto antijurídico, es decir, contrario al derecho porque viola el deber de cohabitación, y por consiguiente la separación justificada será pues, la que se realiza conforme a derecho, dando lugar a la no procedencia de la causal de divorcio que examinamos.

El Maestro Benjamín Flores Barroeta nos dice: "La Jurisprudencia contiene la exposición de varias causas que pueden entenderse como justificativas de la separación. Son de citarse, además de las causas legales, el hecho de que uno de los cónyuges se traslade a país extranjero o a lugar insalubre o indecoroso, el despido que un cónyuge haga al otro, del domicilio; la negativa a establecer domicilio conyugal, etc."⁽¹⁾

Cabe mencionar, a mi parecer, como una causa justificada de la separación, el hecho de que un cónyuge incurra en una causal de divorcio, debido a que en este caso, sería imposible para el cónyuge inocente seguir conviviendo con el culpable.

(1) Rojina Villegas Rafael. Obra citada, Pág. 379.

(1) Flores Barroeta Benjamín. Obra citada, Pág. 388.

Según lo establecido por la fracción IX del artículo 267 es causa de divorcio: “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”.

Ahora bien, los elementos integrantes de la causal arriba mencionada son los siguientes:

- a) Un hecho de separación del hogar conyugal.
- b) Que la separación se prolongue por más de un año.
- c) Que la separación sea originada por una causa bastante para pedir el divorcio.
- d) Que el cónyuge que se separó no entable la demanda de divorcio dentro de ese año.

Esta causal supone que ha existido una causa de divorcio, debido a la cual uno de los cónyuges se ha separado del hogar conyugal, y que dicha causa es imputable al cónyuge que ha permanecido en el mismo.

Casi todas las causales de divorcio establecidas por la ley encuentran su justificación en la idea de culpa de parte de uno de los cónyuges, pero en la presente causal en estudio, se contempla una situación muy diferente a esa idea, ya que se sanciona con el divorcio al cónyuge que se separa justificadamente del hogar conyugal, por no hacer valer la causa motivo de su separación.

Como se expuso anteriormente, la separación de la casa conyugal es un acto antijurídico porque se falta al deber de cohabitación, pero en la presente causal que examinamos no se viola este deber, ya que debe estar originada la separación por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, esto es, se habla de separación justificada.

Sin embargo, nuestro Código Civil vigente nos dice que son causas de divorcio la separación de la casa conyugal sin causa justificada según la fracción VIII del artículo 267, y que lo es también, aun cuando sea por justa causa, si siendo ésta bastante para

pedir el divorcio se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

Cabe mencionar con relación a la presente causal, que cuando un cónyuge se separa justificadamente del hogar conyugal y no hace valer la causa motivo de su separación, demuestra claramente con esto último que su intención no es la de disolver el matrimonio, máxime que deja pasar un año sin que los motivos que tuvo para separarse los invoque para solicitar el divorcio. A pesar de esto, la ley establece que debe solicitar el divorcio, y que si no lo pide dentro del término señalado, el cónyuge que no se separó tendrá derecho de hacerlo.

Esta causal origina el extraño resultado de convertir al cónyuge inocente en culpable, a pesar de lo establecido en el artículo 278 del Código Civil, que establece que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él. Por otra parte, resulta injusto obligar al cónyuge que se separó justificadamente del domicilio conyugal a presentar demanda de divorcio, bajo pena de que de no hacerlo se le sancione con el mismo.

Sin embargo, considero que la intención de la ley al establecer lo anterior consiste, en que la separación de hecho de los cónyuges no se prolongue por mucho tiempo en virtud de los graves inconvenientes que puede ocasionar, y para evitar esto, obliga al cónyuge que se separó del hogar conyugal con causa justificada a que presente demanda de divorcio fundada en dicha causa, dentro del plazo señalado, bajo pena de que si no lo hace, el otro cónyuge podrá a su vez, demandar el divorcio.

Por consiguiente, si la demanda de divorcio se presenta antes del año de la separación, el demandado podrá rechazarla, alegando las justas causas que motivaron su separación del hogar conyugal; pero si ésta se presenta después del año, ninguna excepción podrá oponer en su contra, ya que dejó transcurrir el plazo que la ley le da para promover la demanda respectiva con fundamento en la causa que originó la separación. Por consecuencia, en este último caso, tendrá que prosperar la acción de divorcio por justificada que haya sido la causa que originó la separación del hogar conyugal.

Al respecto, el Lic. Verdugo, comentarista del Código Civil de 1884, nos dice qué debemos entender por justa causa: "cualquier acto del hombre o la mujer, que diere motivo al otro para solicitar la separación".⁽¹⁾

Ahora bien, entre las causales VIII y IX del artículo 267 del Código Civil que hemos examinado en el presente capítulo, podemos encontrar las siguientes diferencias:

a) La separación de que nos habla la fracción VIII, para que pueda ser causa de divorcio, ha de ser "sin justa causa", esto es, injustificada. Por lo contrario, la separación que menciona la fracción IX ha de ser originada por una causa bastante para pedir el divorcio, o sea, una separación justificada.

b) En la fracción VIII, como puede apreciarse, se habla de "casa" y en la fracción IX de "hogar"; sin embargo, casa y hogar conyugal son conceptos equivalentes, pues ambos suponen el lugar de convivencia de los cónyuges.

c) La prolongación de la separación a que hace referencia la fracción VIII es por más de seis meses; en cambio, la mencionada en la fracción IX ha de ser mayor de un año.

Tanto en la fracción VIII como en la IX es necesario que exista una separación unilateral, es decir, no debe ser una separación acordada ni amigable entre los cónyuges.

En la causal VIII, como antes apuntamos, debe ser la separación sin causa justificada, pues cuando hay alguna, deja de integrarse esta causa de divorcio, pero en dicha fracción el Código no nos dice las causas que pueden justificar la separación; en cambio, en la fracción IX sí se habla de causas justificadas, o sean las causas de divorcio.

Ahora bien, en la fracción IX se exige que el cónyuge que se separó no debe haber entablado demanda de divorcio durante el año siguiente al día de la separación. Este elemento constituye algo sumamente esencial para esta causal, ya que al no pedir el divorcio teniendo justa causa, se puede presumir que la separación no tuvo otro fin que el de quebrantar el deber de cohabitación, que como expusimos anteriormente, tiene una gran importancia,

(1) Verdugo Agustín. Obra citada, Pág. 312.

dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio.

Para terminar, cabe mencionar que el despido o el lanzamiento que un cónyuge haga al otro, del domicilio conyugal se considera como una causa justificada de separación, pero por lo regular no se encuentra establecida expresamente como una causal de divorcio en ninguna legislación. La Jurisprudencia Francesa ha resuelto debido a la interpretación extensiva de la injuria grave, que la negativa del marido a recibir a la mujer en la casa conyugal es causa de divorcio. A mi parecer, tal criterio debería seguirse en nuestro País.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.—Siendo el matrimonio la base de la familia, la sociedad y el Estado, debe contraerse con el propósito de que sea permanente, sin que esto quiera decir que sea indisoluble.

2.—Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884, el matrimonio quedó totalmente reglamentado por la ley civil, bajo la forma de sociedad legítima e indisoluble y, como consecuencia lógica, no se aceptó en dichos ordenamientos el divorcio vincular, estableciendo, en cambio, sólo el divorcio por separación de cuerpos.

3.—A partir de la Ley de Relaciones Familiares, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al establecerse que el matrimonio es un contrato disoluble, y que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias.

4.—El divorcio vincular debe permitirse por las leyes y el Estado, toda vez que este es un medio benéfico y eficaz para liberar de la injusticia y en algunos casos del peligro a los cónyuges inocentes.

5.—El divorcio vincular, puede considerarse como un mal necesario para evitar otros males mayores.

6.—En todo divorcio, deben considerarse fundamentalmente los intereses de los hijos, y darles la más amplia protección jurídica, moral y material.

7.—Las causales de divorcio establecidas por el artículo 267 del Código Civil vigente, deben ser objeto de revisión, debido a que varias de esas causales resultan actualmente de poca utilidad práctica, y otras no encuentran su justificación.

8.—La separación de la casa conyugal, encuentra plenamente su justificación como causal de divorcio, tal como la establece el Código Civil vigente, en virtud de que se falta al cumplimiento de la obligación más importante del matrimonio.

9.—Procede el divorcio en la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil por la sola separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, aunque el cónyuge que se separa cumpla con la obligación de dar alimentos.

10.—El divorcio vincular, debe seguir subsistiendo con las modificaciones más convenientes para la sociedad en general.

BIBLIOGRAFIA

- ALBA CARLOS H.—*Estudio Comparativo entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano*. Edición del Instituto Indigenista Mexicano.
- BRUGI BIAGIO.—*Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Uteha. México, 1946.
- CAVIGIOLI JUAN.—*Manual de Derecho Canónico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- COLIN Y CAPITANT.—*Curso Elemental de Derecho Civil Francés*.—Tomo I. Instituto Editorial Reus, Madrid.
- COUTO RICRDO.—*Derecho Civil Mexicano*. Tomo I. Edición la Vasconia. México, 1919.
- DE PINA RAFAEL.—*Derecho Civil Mexicano*. Editorial Porrúa.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO LUIS.—*El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. Uteha. México, 1947.
- FLORES BAORRETA BENJAMÍN.—*Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*. Cia. Impresora "Saber". México, 1960.
- MANRESA Y NAVARRO JOSÉ MA.—*Comentarios del Código Civil Español*. Tomo I. Editorial Reus. Madrid, 1943.
- MATEOS ALARCÓN MANUEL.—*Estudio sobre el Código Civil*. Tomo I. Tipográfica la Ilustración de Méxicco, 1891.
- PETT EUGENE.—*Derecho Romano*.—Traducción de Manuel Rodríguez C. Edit. Nacional. México.
- PLANIOL MARCEL.—*Tratado Elemental de Derecho Civil*. Traducción de José M. Cajica Jr. Edit. Cajica. México.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL.—*Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Antigua Librería Robredo. México, 1962.
- RUGGIERO DE ROBERTO.—*Instituciones de Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus. Madrid.
- VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO.—*Tratado de Derecho Civil Español*. Edit. Cuesta. España.
- VERDUGO AGUSTÍN.—*Principios de Derecho Civil Mexicano*. Tipográfica Alejandro Marcué.

LEGISLACIÓN

Código Civil de 1870, para el Distrito y Territorios Federales.

Código Civil de 1884, para el Distrito y Territorios Federales.

Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

Código Civil de 1928, para el Distrito y Territorios Federales.

Códigos de Procedimientos Civiles, para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal vigente, para el Distrito y Territorios Federales.

Código Civil Francés.

Código Civil Español.

Código Civil Italiano.