

**Estudio Comparativo Entre las Legislaciones
Civiles de: Argentina, España, Italia y México,
en Materia de Divorcio. Análisis y Crítica**

T E S I S

que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

presenta

FERNANDO ESCORCIA ORTEGA

MEXICO, D. F.

1 9 6 9



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:

**FERNANDO ESCORCIA VALENCIA y
MATILDE ORTEGA DE ESCORCIA.**

*Con mi cariño eterno y devoción profunda
por sus desvelos para lograr la meta
que alcanzamos juntos.*

A mi hermana MARTHA.

*Con la expresión más pura y sincera
de mi amor fraternal.*

A mi futura esposa

MARTITA.

*Quien con su cariño y ayuda, ha hecho posible
que termine mi carrera.*

Al Sr. LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA.

***Bajo cuya brillante dirección
se realizó este trabajo.***

Al Sr. Profesor
MANUEL FLETES ARRIOLA
*Como un homenaje de mi afecto
y gratitud.*

Al Sr. MANUEL CHAVEZ FORMAN.
Por su ejemplo de rectitud.

A la memoria de mis abuelitas

**MATILDE URRUTIA VDA. DE ORTEGA y
ELENA VALENCIA VDA. DE ESCORCIA.
(Q.E.P.D.)**

Termura... Gran corazón... Nobleza.

*A la memoria de los señores
Licenciados:*

**FROYLAN HERNANDEZ,
FRANCISCO M. VAZQUEZ y
JOSE CASTILLO LARRAÑAGA.
(Q.E.P.D.)**

Inolvidables Maestros.

A mis Maestros.
Con gratitud, veneración y respeto.

A LA FACULTAD DE DERECHO.

A mis Compañeros y Amigos.
Con afecto.

INTRODUCCION

HONORABLES MIEMBROS DEL JURADO, presento y someto a la consideración y aprobación de ustedes, la tesis que he elaborado en el Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, con el valiosísimo e inapreciable asesoramiento del distinguido Catedrático Licenciado José Barroso Figueroa, bajo el título de: **"ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LAS LEGISLACIONES CIVILES DE: ARGENTINA, ESPAÑA, ITALIA Y MEXICO, EN MATERIA DE DIVORCIO. ANALISIS Y CRITICA"**. En ella, no encontrarán seguramente un trabajo de tipo revolucionario, pero sí un estudio modesto tendiente a esclarecer el tema objeto de esta tesis y al cumplimiento del reglamento escolar en vigor.

El divorcio, es y ha sido un problema moral, jurídico y sociológico, que coexiste con el hombre en sus relaciones, desde las más remotas y primitivas organizaciones familiares. Mucho se ha escrito y discutido acerca de este tema y estoy convencido del problema tan grave que representa, especialmente en la época actual, merced al relajamiento notorio de todas las instituciones sociales dentro de las que queda comprendido el matrimonio y, por ser éste el medio a través del cual se constituye la familia y ésta la que forma a la sociedad, la disgregación y el rompimiento del primero, trae consigo grandes y graves consecuencias jurídico-sociológicas, corrompiéndose así la buena marcha del País por el sendero del progreso.

Por otro lado, no podemos desconocer que la inobservancia de muchas disposiciones legales, las falsedades a que llegan muchos litigantes y la escasa calidad moral y ética de los funcionarios públicos encargados de aplicar las normas jurídi-

cas, nulifican o merman la razón de nuestro sistema legal, convirtiéndolo con ello a la institución del divorcio, en una grave consecuencia que perjudica por igual, tanto a los hijos, como a la sociedad y al Estado mismo.

Es por eso, que me veo movido a la realización de este breve y modesto trabajo, con el fin de ayudar, aunque sea en una mínima parte, al posible esclarecimiento de tan vital problema presente.

CAPITULO I

EL MATRIMONIO

- 1.—Su Concepción.**
- 2.—Antecedentes Históricos:**
 - a).—Derecho Romano.
 - b).—Derecho Canónico.
 - c).—Epoca Precortesiana.
 - d).—Epoca Colonial.
 - e).—México Independiente.
- 3.—Su Naturaleza Jurídica:**
 - a).—El Matrimonio como Institución.
 - b).—El Matrimonio como Acto Jurídico Condición.
 - c).—El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto.
 - d).—El Matrimonio como Contrato Ordinario.
 - e).—El Matrimonio como Contrato de Adhesión.
 - f).—El Matrimonio como Estado Jurídico.
 - g).—El Matrimonio como Acto de Poder Estatal.
 - h).—El Matrimonio como Acto Unión.
 - i).—El Matrimonio como Convenio en Sentido Técnico.
 - j).—El Matrimonio como Negocio de Derecho Familiar.

EL MATRIMONIO

1.—Su Concepción

Al hablar de la organización familiar debemos señalar un hecho evidente: la familia es un agregado social cambiante, siempre en continua evolución.¹

Se piensa que el hombre tiene más de un millón de años de habitar la tierra, puesto que existen vestigios antiquísimos como el Australo-phitecus Africanus y otros más recientes como el hombre de Java o el hombre de Pekín. Los estudios más modernos coinciden en afirmar que el hombre no desciende de los tipos de simio hoy existentes, sino de un primate de la era cenozoica.

Ahora bien, el hombre y el grupo social debieron desarrollarse contemporánea e inseparablemente ya que no puede comprenderse la evolución humana sin el fenómeno gregario, pues el hombre no hubiera podido conseguir su desarrollo y madurez fuera del grupo. Las sociedades primitivas son contemporáneas de la humanidad misma o mejor dicho, son anteriores al hombre, puesto que la vida social es una condición previa de la evolución del hombre y sin la cual no puede concebirse que dicha evolución se lleve a efecto.

Del hombre primitivo no puede decirse con precisión si vivió o no en promiscuidad; la monogamia se explicaría por lo

¹ En el desarrollo de esta parte de nuestro trabajo, sintetizamos las ideas expuestas en cátedra por el licenciado José Barroso Figueroa. Apuntes de clases del año de 1966.

arduo de las condiciones de la vida caceril; la poligamia se dice, tuvo lugar ahí donde aumentó la riqueza y, la poliandria, se originó, según parece, en territorio donde las condiciones de vida eran demasiado difíciles.

Afirma Engels que hasta 1860 ni siquiera podía pensarse en una historia de la familia. No se desconocía entonces la existencia de la poligamia en Oriente y la poliandria en la India y en el Tibet, pero se insistía en ver a la familia como algo que no tuvo ningún desarrollo histórico.

Existen tres grupos de sociólogos que pretenden explicar la forma de organización de la familia primitiva.

A.—Los que admiten la monogamia inicial.—Estos autores, como Ziegler, basan su teoría en que los celos y el amor, como impulsos instintivos naturales, hacen imposible suponer la promiscuidad originaria. En realidad se trata de razonamientos de poco peso, ya que el hombre primitivo no era igual al contemporáneo y no se puede afirmar que sintiera amor con algo distinto del mero instinto sexual. Además, la tendencia a poseer en exclusiva a una persona de otro sexo es cuestión de costumbre, ya que resulta indudable la existencia en ciertas sociedades del matrimonio por grupos, de la poliandria, etc.

B.—Los que admiten la promiscuidad inicial.—Bachofen que es uno de los partidarios de ésta como forma original de constitución de la familia, distingue tres períodos: en el primero, la promiscuidad primitiva, el hijo quedaba en poder de la madre y no del padre por ser desconocido éste, lo cual daría margen al segundo período, o sea el del predominio del derecho materno, y por consiguiente, a la consolidación del matriarcado; por último, al reconocerse la participación del padre en la generación, vendría como tercera etapa el predominio del padre, surgiendo así el régimen patriarcal.

Suponemos que la promiscuidad inicial es la forma más frecuente, aun cuando no la única, de organización familiar en las etapas primitivas de la humanidad.

C.—Los que sostienen que la unión transitoria fue la verdadera forma de vida familiar.—Esta teoría es defendida, entre otros sociólogos, por Eleutheropulos. La unión transitoria debió tener lugar en los períodos de apareamiento, pasados los cuales se disolvía. Esta postura es sólo una modalidad de la segunda, es decir la que acabamos de explicar.

Resulta imposible precisar la forma de organización que pudo haber adoptado la familia primitiva, por ello no es conveniente ofrecer una solución única, ésto, es, que opte exclusivamente por alguna de las posibilidades apuntadas y que al mismo tiempo sea válida para todos los ámbitos del planeta; suponemos como probable que algunas sociedades primitivas se hayan inclinado desde sus inicios por la monogamia en tanto que otras por la promiscuidad, no faltando soluciones intermedias.

Las formas más comunes que han utilizado los pueblos de diversas latitudes y épocas para la constitución del organismo familiar han sido:

a) Familia monogámica.—Es la forma más universal de unión de los sexos: un solo hombre y una sola mujer.

b) Familia poligámica.—Es la unión de un hombre con una pluralidad de mujeres. Este tipo de organización familiar perdura aún en el cercano oriente.

c) Familia poliándrica.—Es la unión de una mujer con una pluralidad de hombres. Este tipo de organización tuvo vigencia en el Tibet y muy posiblemente en la India. En la actualidad se encuentra casi desaparecida. ..

d) Familia consanguínea.—Esta forma de organización familiar se daría si todos los descendientes de una pareja, constituyeran en cada generación un grupo en el que tuvieran el carácter de maridos y mujeres. Esta forma debió existir en la Polinesia como lo demuestra la estructuración del sistema de parentesco aceptado en esas regiones.

e) Familia sindiásmica.—El hombre vive con una sola mujer, pero sigue conservando el derecho a la poligamia y a la

infidelidad ocasional, en cambio la mujer debe guardar estricta fidelidad y su adulterio se castiga con gran crueldad.

f) Familia punalúa.—La palabra **punalúa** pudiera traducirse por la de socio o amigo íntimo. Este tipo de familia alude al matrimonio por grupos, o sea el contrato entre una pluralidad de hombres con otra de mujeres. Lo frecuente es que uno de ambos grupos, sea el masculino o el femenino, estén emparentados, es decir sean hermanos (entendiendo **hermano** según el concepto de parentesco hawaiano). Los miembros de cada grupo se llaman a sí mismos **punalúa**, por referencia a la sociedad que forman dentro del grupo familiar. Cada varón es esposo de todas las mujeres, las que a su vez lo son de cada marido. De estas uniones múltiples nacen infantes cuyo padre es incierto, debido a la promiscuidad sexual interna que opera como resultado de la convivencia en que se desarrolla la vida de estos grupos familiares. El tipo de familia a que aludimos, fue frecuente en Hawaii.

En nuestra legislación y más concretamente en la Ley del Matrimonio Civil promulgada el 23 de julio de 1859, el matrimonio fue considerado como un contrato civil indisoluble. Esta Ley, al referirse al matrimonio, prescribía en el artículo 10., lo siguiente:

“El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil”.²

Tanto en el Código Civil de 1870 como en el de 1884, se cambió el criterio, dándosele al matrimonio el carácter de una sociedad legítima indisoluble, habiendo sido hasta la Ley de 24 de diciembre de 1914 dada en Veracruz, cuando se volvió al antiguo concepto del matrimonio como un contrato, y por primera vez en el derecho mexicano se le otorga el carácter de vínculo disoluble, criterio que fue continuado en ese doble aspecto, por la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 y posteriormente por el Código de 1928 que se encuentra vigente.

² Ley del Matrimonio Civil. Art. 1.

2.—Antecedentes Históricos:

a).—Derecho Romano.

En los primeros tiempos y hasta la República, el matrimonio romano *justae nuptiae*, es decir, el matrimonio legítimo conforme a las reglas del derecho civil en Roma, es la fuente principal de la patria potestad. Esta forma de matrimonio es producto del interés político y religioso que entonces prevalecía y como a la mujer se le consideraba como una hija, participaba del rango social del esposo.³

Originalmente, en el Derecho Romano, se entendía por familia al conjunto de personas colocadas bajo la autoridad paternal. En tal virtud, la familia quedaba comprendida por el pater familias, los descendientes que estaban sometidos a su autoridad y la mujer, que guardaba como ya dijimos, una condición similar a la de una hija. La familia romana se caracterizó como un régimen patriarcal, donde el padre es el jefe único y la madre no representa un papel importante.

Fue Modestino hacia el final de la época clásica quien definió al matrimonio como "la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos".

Las condiciones de validez del matrimonio romano, eran cuatro:

- 1a.—La pubertad de los esposos;
- 2a.—El consentimiento de los esposos;
- 3a.—El consentimiento del jefe de familia;
- 4a.—El *Connubium*.

En principio, el matrimonio en el Derecho Romano era consensual, por no ser exigidas solemnidades de forma, ni ce-

3 En esta parte de nuestro trabajo, resumimos algunas de las ideas expuestas por los Doctores Rafael Rojina Villegas y Raúl Ortiz Urquidí. "DERECHO CIVIL MEXICANO", Tomo II, y "MATRIMONIOS POR COMPORTAMIENTO", respectivamente.

remonias religiosas y fue León el Filósofo, en el Imperio de Oriente, quien primero exigió como condición de validez del matrimonio civil, la bendición nupcial.

b).—Derecho Canónico.

Predomina fundamentalmente la idea de contrato, en el matrimonio canónico. Antes del Concilio de Trento, el matrimonio se perfeccionaba con el solo consentimiento de los contrayentes; después del mencionado Concilio, adquirió el carácter de contrato formal, ya que además del mutuo consentimiento, se requería que éste fuera expresado en presencia del Párroco y de los testigos y era preciso, por último, el pronunciamiento por parte del Párroco de la fórmula especial señalada por el Derecho Canónico. Hay una excepción en que puede prescindirse de la formalidad señalada y es en tratándose de un matrimonio contraído sin formas pero que se haya celebrado con consentimiento suficiente de una y otra parte, pues entonces puede, en virtud del indulto pontificio, venir a ser verdadero y propio.

La celebración del matrimonio, conforme al Derecho Canónico, debe ir precedida de ciertas formalidades que tienen como finalidad la comprobación de que las partes son capaces y de que el vínculo que se va a formar es válido y lícito. El consentimiento debe prestarse personalmente, pero es admitido también el matrimonio por procurador, teniendo amplia facultad el Obispo para reconocerlo o no. Los testigos serán dos por lo menos y deben estar presentes, con presencia simultánea a la del Párroco; además, es preciso que tal presencia sea moral y formal.

Las reglas para la celebración del matrimonio fijadas por la Iglesia obligan a todos los católicos, no así a los no católicos, quienes pueden contraer matrimonio manifestando su voluntad en cualquier forma, razón por la cual, el matrimonio entre no católicos es eminentemente consensual y no formal.

c).—Epoca Precortesiana.

En el Derecho Azteca, predominó la monogamia, aunque

era permitida la poligamia, con el solo requisito de que el marido pudiera sostener a todas las esposas. La organización familiar era Patriarcal, por lo que la patria potestad recaía siempre en el padre. El parentesco entre los Aztecas era por consanguinidad, por afinidad y civil.⁴

La ceremonia del matrimonio era encomendada a los sacerdotes y no a los representantes del Poder Público.

Existía el llamado matrimonio a prueba, que era la unión de hombre y mujer para hacer vida marital, durante un tiempo determinado y en calidad de ensayo prematrimonial. Si al concluir el término fijado las partes estaban de acuerdo en continuar haciendo vida marital, se celebraba el matrimonio de acuerdo con el ceremonial acostumbrado. Si no había tal acuerdo, el hombre estaba obligado a separarse de la mujer entregándola a sus familiares. Para que se efectuara esta unión a prueba, era necesario que el varón pidiera a la hija a la madre y que ésta la concediera.

Había también la mancebía y el concubinato. Había mancebía, cuando un hombre hacía vida marital con una mujer, sin que se hubiera celebrado matrimonio y sin que el varón hubiera pedido a la mujer en unión a prueba. El concubinato, era la unión de un hombre casado con una mujer o varias mujeres, para hacer vida marital con ellas. El concubinato fue practicado especialmente por los reyes, nobles, guerreros y señores principales, quienes además de la esposa, tenían varias concubinas.

Se consideraban como requisitos para poder contraer matrimonio:

1.—La edad de veinte a veintidós años en el hombre y de quince a diez y ocho en la mujer;

⁴ En esta parte de nuestra exposición, resumimos algunas de las principales ideas expuestas por Carlos H. Alba Hermosillo. "ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO AZTECA Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO".

2.—El consentimiento de los padres de ambos contrayentes.

El padre podía concertar el matrimonio de su hijo con la mujer que más le pareciera, pero estaba sujeto a las condiciones que los padres de la mujer elegida señalaran y a que la propia mujer estuviese de acuerdo.

d).—Epoca Colonial.

José María Ots Capdequi, dice que los reyes españoles decretaron "que se respetase la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes sometidos, en tanto estas costumbres no estuvieran en contradicción con los intereses supremos del Estado Colonizador, y por este camino, un nuevo elemento, el representado por las costumbres de los indios sometidos, vino a influenciar la vida del derecho y de las instituciones económicas y sociales de los nuevos territorios de ultramar incorporados al dominio de España".⁵

En relación con las Leyes de Indias "este nuevo derecho presentó pronto como rasgos más característicos los siguientes:

- 1.—Un casuismo acentuado y, en consecuencia una gran profusión;
- 2.—Una tendencia asimiladora y uniformista;
- 3.—Una gran minuciosidad reglamentaria;
- 4.—Un hondo sentido religioso y espiritual.

...En buena parte fueron dictadas estas Leyes, más que por juristas y hombres de gobierno, por moralistas y teólogos. Advertimos que aun siendo esto así, jugó este derecho castellano un papel preponderante en lo que se refiere a la organización jurídica de la familia y el derecho de sucesión".⁶

El derecho castellano peninsular, de carácter supletorio, tuvo casi plena vigencia en las colonias, dentro del campo del derecho privado y así, tenemos "que los mismos preceptos que

5 Ots Capdequi José María. "EL ESTADO ESPAÑOL EN LAS INDIAS". Págs. 11 y 12.

6 Idem.

en España regularon la celebración canónica del matrimonio estuvieron también vigentes en los territorios hispanoamericanos de ultramar. Primero, con la variedad de formas y solemnidades imperantes en la Metrópoli al mismo tiempo de producirse los descubrimientos colombinos; después, con la rigidez doctrinal prescrita en el Concilio de Trento. Así lo atestigua una Real Cédula del 12 de julio de 1564, al ordenar a los arzobispos y demás prelados de indias que publicasen los cánones del mencionado Concilio, 'cuyos acuerdos son ley de Reyno', y a las justicias ordinarias que prestasen todo el auxilio necesario para que no se alterase su observancia. Sin embargo, el legislador español, comprendiendo lo injusto e impolítico que hubiera sido tratar de imponer a los hombres de aquellas razas los mismos moldes en que se había venido vaciando una civilización de siglos, se buscó el medio de condensar en preceptos nuevos las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos, atrayéndolos legalmente al derecho de Castilla, sin transiciones demasiado violentas que hubieran resultado, a más de abusivas y tiránicas, en absoluto contraproducentes. Uno de los fines con más ahínco perseguido en nuestra obra colonizadora era, como es sabido, la conversión de los infieles; para ello era forzoso ir administrando a los neófitos los sacramentos del catolicismo y si en cada uno de éstos se ofrecían dificultades de muy penoso vencimiento, éstas aumentaban todavía más al tratar del matrimonio, por el carácter básico que esta institución tiene en la vida de los pueblos. Pensar en imponer a aquellas gentes los preceptos canónicos con el mismo rigor y disciplina que hubieron de ser declarados en el Concilio de Trento, hubiera sido acometer una empresa poco menos que insuperable, con todas las probabilidades de un fracaso seguro".⁷

Por lo anterior se puede colegir "que por lo menos en los primeros tiempos se conoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios".⁸

7 Idem. Pág. 83.

8 Ortiz Urquidí Raúl. Ob. citada. Pág. 83.

e).—México Independiente.

Siendo Don Benito Juárez Presidente Interino Constitucional, promulgó en Veracruz el 12 de julio de 1859, la Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos, en la que se proclamó la separación de la Iglesia y del Estado.

“Habrà perfecta independèncià entre los negocios del Estado y los puramente eclesiàsticos...”⁹

El día 23 del mismo mes y año, fue promulgada la Ley del Matrimonio Civil, en cuyos considerandos se manifestó: “Por la independèncià declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiàsticos, ha cesado la delegaci3n que el soberano habìa hecho al clero para que con sólo su intervenci3n en el matrimonio, este contrato surtiera todos sus efectos civiles. Que resumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar de que un contrato tan importante como el matrimonio, se celebre con todas las solemnidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza, y que el cumplimiento de éstas le conste de un modo directo u autèntico”.¹⁰

En esta Ley, como ya se dijo, se estableci3 como un contrato civil de carácter indisoluble al matrimonio, según podemos apreciar en su articulado:

“Art. 1o.—El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil...”¹¹

“Art. 4.—El matrimonio civil es indisoluble...”¹²

Como ya qued3 asentado, el Código Civil de 1870, que tom3 por base la Ley del Matrimonio Civil, prescribe que: “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”.¹³

9 Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos. Art. 3.

10 Ley del Matrimonio Civil. Comentarios.

11 Idem. Art. 1.

12 Idem. Art. 4.

13 Código Civil de 1870. Art. 13.

En igual forma se expresó el Código Civil del 31 de marzo de 1884, en su artículo 155.

Posteriormente la Ley Sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 declaró:

“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”.¹⁴

Las diferencias básicas en la definición de matrimonio dada por este Cuerpo Legal, en relación con las proporcionadas con anterioridad, estriban en que substituye el concepto sociedad civil, por el de contrato civil y considera al matrimonio como un vínculo disoluble y no indisoluble, como anteriormente se conceptuó.

3.—Su Naturaleza Jurídica:

Para realizar el estudio sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, seguiremos la exposición que formulan los señores Doctores Rafael Rojina Villegas y Raúl Ortiz-Urquidi, quienes nos señalan las distintas tesis sostenidas sobre este tema y que son las siguientes:

- “1.—Como institución.
- 2.—Como acto jurídico condición.
- 3.—Como acto jurídico mixto.
- 4.—Como contrato ordinario.
- 5.—Como contrato de adhesión.
- 6.—Como estado jurídico, y
- 7.—Como acto de poder estatal”.¹⁵

“A esta enumeración de Rojina, debemos agregar dos puntos de vista que él no considera, pero que es importante citar, y que son los que respectivamente menciona otro distinguido profesor de nuestra Facultad, el conocido administravista doctor don Gabino Fraga en su Derecho Administrativo —capítulo

14 Ley Sobre Relaciones Familiares. Art. 13.

15 Rojina Villegas Rafael. Ob. Citada. Pág. 257.

primero del título segundo del libro primero— y Salvador Pugliatti en su Introducción al Estudio del Derecho Civil —capítulo tercero de la parte tercera—, traducción del Italiano del ilustre maestro Alberto Vásquez del Mercado y que enunciaremos con los números

8.—O sea el matrimonio como acto unión —Fraga—, y

9.—O sea el matrimonio como convención en sentido técnico —Pugliatti—”.¹⁶

A continuación, pasaremos a describir, aun cuando someramente, cada uno de los puntos de vista señalados.

a).—El Matrimonio como Institución.

Institución jurídica es el conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad, y más aun, como dice García Máynez, “Institución es el núcleo de preceptos jurídicos que reglamentan relaciones de igual naturaleza”.¹⁷

“El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas”.¹⁸

Así, el matrimonio como institución viene a significar el conjunto de preceptos jurídicos que reglamentan las relaciones del matrimonio. Pero considerar que el matrimonio es simplemente una institución no soluciona el problema, pues si bien es cierto que el matrimonio la constituye, también lo es que todos aquellos conjuntos de normas que regulan una misma situación lo son, de tal suerte, decir que el matrimonio tiene la na-

16 Ortiz Urquidi Raúl. Ob. Citada. Págs. 53 y 54.

17 García Maynez Eduardo. “INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO”. Pág. 128.

18 Rojina Villegas Rafael. Ob. Citada. Pág. 259.

turalidad jurídica de una institución, es no decir nada en concreto.

b).—El Matrimonio como Acto Jurídico Condición.

León Duguit, distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición, definiendo a este último como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua.

“Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes”.¹⁹

El efecto de los actos jurídicos condición, conforme a Gabino Fraga, es condicionar la aplicación de una situación jurídica general a un caso particular. Ortiz Urquidi, transcribe de Fraga lo siguiente: “Resulta que en multitud de casos la norma jurídica no es aplicable de pleno derecho a un caso individual, para que lo sea es necesaria la verificación de un acto jurídico intermediario. Este acto produce una modificación en el orden jurídico, puesto que por su realización el individuo se ve colocado dentro de la regla general. Así, por ejemplo, la situación de hijo adoptivo o de casado no se aplica de pleno derecho a todos los individuos; se requiere para el primer caso, el acto de adopción, y, para el segundo el acto del matrimonio... Estos actos necesarios para que una situación jurídica general se aplique a un caso individual, se designan con el nombre de actos-condición significándose con esta expresión la aplicación de la norma general”.²⁰

19 Idem. Pág. 261.

20 Ortiz Urquidi Raúl. Ob. Citada. Pág. 55.

Aplicando lo anterior, encontramos que el matrimonio constituye un acto condición, puesto que la realización del acto jurídico entre los consortes tiene como finalidad el de crear un estado permanente entre ellos, creando relaciones permanentes y constantes que se van renovando de manera indefinida, esto es, sin que se agoten por su cumplimiento. Sin embargo, no creemos que ésta sea la verdadera naturaleza jurídica del matrimonio, ni mucho menos que esta teoría nos solucione el problema, puesto que solamente explica con mayor claridad el carácter que de institución tiene el acto jurídico del matrimonio, en tanto que es un estado permanente al cual se aplica un estatuto jurídico completo, o sea, un conjunto de normas de igual naturaleza.

c).—El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto.

Otra clasificación de los actos jurídicos, es la que distingue los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Estos últimos son aquellos que se realizan por la intervención tanto de particulares como de funcionarios públicos, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

El matrimonio, por ser un acto jurídico que requiere no sólo el concurso de la voluntad de los contrayentes como particulares sino también la voluntad de un funcionario público que haga la manifestación expresa de declararlos unidos en matrimonio, es indudable que constituye un acto jurídico mixto. A este respecto, dice Rojina Villegas: "El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existe desde el punto de vista jurídico".²¹

21 Rojina Villegas Rafael. Ob. Citada. Pág. 263.

d).—El Matrimonio como Contrato Ordinario.

A este respecto nos dice Rojina Villegas, que: "Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes".²²

"Planiol y Ripert reconocen que aun cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual. Sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta".²³ En relación con este párrafo transcrito, Planiol y Ripert dicen lo siguiente: "la única concepción que responde a la realidad de las cosas es la concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y sacramento a la vez".²⁴ Es decir, los autores mencionados consideran que el matrimonio, participa de las características tanto de la institución como de las del contrato, y por esta razón utilizan la palabra mixta, pero desde luego no debemos confundir esta expresión y mucho menos pensar que con ella se pudieran referir a los actos jurídicos mixtos que señalamos anteriormente.

El jurista italiano Degni "entiende que cuando se dice que el matrimonio es un contrato no debe creerse que se trata de un contrato como la generalidad de los contratos. El matrimonio es un contrato, en cuanto surge por efectos de la voluntad

22 Idem.

23 Idem. Pág. 264.

24 Idem. Pág. 265.

de los esposos, mas no deja de tener una particular estructura, vinculada íntimamente con los fines que el instituto del matrimonio se propone; por lo que se distingue de todos los otros contratos y justifica y explica los límites señalados por la ley, en interés general, a la eficacia de la voluntad de los contratantes. Ahora bien, sostiene Degni, que el consentimiento no puede ser considerado solamente como el presupuesto para la constitución del matrimonio. La intervención del Estado es esencial, sin duda, a su juicio, para la perfección del matrimonio, pero únicamente como elemento de reconocimiento de la voluntad de los esposos y de la falta de todo impedimento para la validez del acto. Pero la voluntad del Estado no puede colocarse en el mismo plano que la voluntad de las partes de unirse en matrimonio. La voluntad del Estado es indispensable para la formación legal del matrimonio, por exigencias de orden social, pero el elemento constitutivo proviene siempre y únicamente de la voluntad de los esposos contratantes".²⁵

El Doctor Rojina sostiene categóricamente que debe desecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio y debe reconocerse la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto. Asimismo nos dice que "no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equiparlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, si no 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".²⁶

Estamos de acuerdo con el criterio del eminente tratadista mexicano, en lo que respecta a la tesis contractual del matrimonio, pues no creemos que ni con mucho éste puede ser considerado como tal por los motivos que expondremos más adelante.

25 De Pina Rafael. "ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO". Tomo I. Pág. 321.

26 Rojina Villegas Rafael. Ob. Citada. Pág. 272.

e).—El Matrimonio como Contrato de Adhesión.

Respecto a esta teoría, dice Rojina Villegas que: "Como una modalidad de la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquéllos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma... En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados".²⁷

No pensamos que esta tesis solucione el problema, ya que en primer lugar seguimos negando al matrimonio la naturaleza de un contrato y, en segundo, la teoría de adhesión no explica la actuación del Oficial del Registro Civil en la celebración del matrimonio y sin la cual es inexistente el acto, amén de que en realidad los consortes no se someten por adhesión a la oferta, a la voluntad del Estado sino que, únicamente, quedan encuadrados dentro del conjunto de normas jurídicas que regulan la unión matrimonial y que el legislador ha elaborado para todos los efectos que produce el acto del matrimonio.

f).—El Matrimonio como Estado Jurídico.

Por estado jurídico debemos entender el conjunto de elementos "que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida".²⁸

27 Idem. Págs. 273 y 274.

28 Idem. Pág. 275.

“...El matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho... Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho”.²⁹

Pensamos que el matrimonio sí es un estado jurídico, por tratarse de una situación permanente que solamente tiene valor en tanto se presente la vida en común entre los consortes, ya que si no fuera así no se podría cumplir con el deber de convivencia que se deben ambos cónyuges como uno de los principales fines del matrimonio, y en estas condiciones, sólo sería un acto jurídico simple, pero que se agotaría en el solo momento de su celebración, sin darles el estado propiamente dicho. A pesar de ello, seguimos creyendo que tampoco esta tesis resuelve o esclarece el problema acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio.

g).—El Matrimonio como Acto de Poder Estatal.

Es el jurista Italiano Antonio Cicu, quien sostiene que “El matrimonio no es formalmente un contrato. Pero de una manera mucho más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, negando también la forma del contrato”.³⁰

“Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil”.³¹ “El matrimonio es acto de poder estatal. Estas consideraciones ponen de claro la especial importancia que tiene el hecho de que

29 Rojina Villegas Rafael. Ob. Citada. Pág. 272.

30 Idem. Pág. 278.

31 Idem.

la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tienen ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de ésto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento: éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio".³²

h).—El Matrimonio como Acto Unión.

Para la elaboración de esta tesis, el tratadista mexicano Gabino Fraga alude a la clasificación de los actos en actos unilaterales y plurilaterales. Los actos plurilaterales se dividen a su vez en contractuales, que son aquéllos en los que tanto el objeto como la finalidad perseguida por las partes contratantes es diferente; en colectivos o complejos, o como también los llama Fraga, actos de colaboración, que son aquéllos en los que la voluntad y el objeto de los contratantes es el mismo; y actos unión, que son los que toma como base para los fines de su estudio. El Doctor Ortiz Urquidi transcribiendo literalmente las palabras de Gabino Fraga dice: "puede presentarse un tercer caso en que, concurriendo varias voluntades, tengan el mismo objeto, lo cual asemejaría el acto a un acto colectivo; pero que tiene cada una de ellas o cada grupo de ellas, finalidades diferentes, lo cual sería motivo para asemejarlos a contrato. Este tercer caso se considera por algunos autores, como siendo en realidad una forma del acto complejo o colectivo, porque se estima que un mismo objeto de la voluntad puede satisfacer múltiples y diversos intereses. Sin embargo se ha sostenido que esta forma a que nos venimos refiriendo debe considerarse como tipo especial del acto plurilateral, habiéndosele llamado en la doctrina acto unión. A este efecto, se indica que en él las voluntades concurrentes no son independientes como en el acto colectivo, sino que aquéllas están ligadas entre sí de manera

32 Idem. Pág. 280.

que dan lugar a una convención; pero sin que éste llegue a formar un contrato, puesto que el efecto jurídico que se produce y que es otro elemento que viene a caracterizar a éste, no es crear una situación jurídica individual. Para aclarar estas ideas recurrimos a los ejemplos usuales: el acto de matrimonio implica la concurrencia de dos voluntades que se convencionan, lo cual haría pensar en calificarlo como un contrato, si no fuera porque esas voluntades no son las que determinan la situación jurídica de los cónyuges, pues ésta se encuentra de antemano determinada por la ley. De manera que el acto del matrimonio no es sino la condición de aplicación del estado de casados a los que concurren con su voluntad a formarlo".³³

i).—El Matrimonio como Convención en Sentido Técnico.

Es la tesis de Pugliatti, quien sostiene que las convenciones en sentido técnico y restringido, tienen la misma estructura que los contratos, porque la distinción entre ambos negocios jurídicos radica en que los contratos tienen un contenido patrimonial y pertenecen de preferencia al campo obligatorio y las convenciones en sentido técnico, están más bien dirigidas a crear un status, una situación jurídica estable.

Pugliatti, sitúa al matrimonio dentro de las convenciones en sentido técnico y restringido, por crear éste una situación jurídica permanente. Sin embargo, esta tesis al igual que las anteriores no determina la verdadera naturaleza jurídica del matrimonio.

j).—El Matrimonio como Negocio de Derecho Familiar.

El acto jurídico se caracteriza por ser una manifestación de voluntad unilateral o plurilateral dirigida hacia un fin jurídicamente protegido. Esta manifestación de voluntad y la circunstancia de que el derecho la tome en cuenta de manera fundamental para la producción de efectos jurídicos, proporcionan la esencia misma del acto jurídico y permiten distinguir-lo **palmaria**mente del hecho jurídico con el cual tiene en común

33 Ortiz-Urquidi Raúl. Ob. Citada. Págs. 60 y 61.

que ambos producen consecuencias en la esfera del derecho; pero en el hecho jurídico la voluntad no es tomada en cuenta en forma fundamental para que se den efectos jurídicos y, en todo caso, el fin a que se dirige la voluntad —en caso de haberla— no recibe la tutela del orden normativo.

Si bien las afirmaciones recientemente hechas son ciertas, convenimos con quienes califican la expresión como **acto jurídico** como anfibológica, ya que como afirman Gomís y Muñoz, en nuestro derecho patrio “vemos que lo mismo significa negocio jurídico en sentido técnico, que un acto cualquiera de la vida civil o la formación de un instrumento notarial”.³⁴ De ahí que sea preferible la división tripartita (utilizada en Alemania, Italia, etc.) que distingue entre hecho jurídico (*strictu sensu*), acto jurídico y negocio jurídico, reservando la primera denominación para los hechos voluntarios, la segunda para las acciones humanas sobre el mundo exterior que originan cambios de importancia para el derecho y la tercera para las declaraciones de voluntad dirigidas a fines protegidos por el derecho objetivo. El negocio jurídico alude a actos lícitos emanados de una declaración de voluntad; sin esta cualidad de licitud no puede hablarse de negocio jurídico. En este sentido el matrimonio es un negocio jurídico.

El matrimonio es pues, un negocio jurídico ya que concurre la voluntad de los contrayentes y del Oficial del Registro Civil para la celebración del mismo y con ella la intención de producir efectos en el campo del derecho, efectos que éste protege. Constituye igualmente una institución, toda vez que existe un conjunto de normas de igual naturaleza que lo regulan y que determinan todos sus efectos jurídicos, persiguiendo una misma finalidad.

Sin embargo, no creemos que por considerar al matrimonio como una institución, se determine la naturaleza jurídica de este acto, ni mucho consideramos que el matrimonio pueda ser

34 Gomís José y Luis Muñoz. “ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO”. Pág. 344.

equiparado a un contrato ordinario. Si bien la corriente quizá más difundida es la contractual, nosotros no concordamos con ella por las siguientes razones:

Primera.—En el matrimonio no se dan sólo obligaciones de carácter patrimonial tal como sucede en los contratos ordinarios, sino principalmente obligaciones eminentemente morales, ésto es extrapatrimoniales.

Segunda.—El objeto de los contratos debe estar en el comercio, y de éstos nacen prestaciones o servicios determinados. El objeto del matrimonio es la entrega mutua de los contrayentes, o sea, crear una comunidad de vida plena entre un hombre y una mujer; es obvio que tal objeto no está en el comercio y también lo es que lo que los cónyuges se deben no puede predeterminarse sino en líneas muy generales, pues surge entre ambos una compleja trama de derechos y obligaciones.

Tercera.—El consentimiento en el matrimonio debe ser otorgado por tres partes: los dos contrayentes y el del representante del Estado en la persona del Oficial del Registro Civil, que interviene en forma constitutiva y no certificativa como ocurre en algunos contratos; por ejemplo, la compra-venta de inmuebles con valor mayor de \$ 500.00, que debe ser otorgada ante Notario Público. En este contrato, la función del Notario se concreta únicamente a certificar y dar fe de los hechos que ante él se realicen, como lo es el pago del precio estipulado, la entrega de la cosa, la identidad de las partes, etc., pero su intervención no es constiutiva, ni mucho menos indispensable para la existencia del contrato, ya que si éste hubiera sido realizado en documento privado, la compra-venta es existente aun cuando carente de forma y las partes pueden convalidar la misma posteriormente otorgándole la forma legal. En cambio, el Oficial del Registro Civil interviene en forma constitutiva del acto, declarando unidos a los contrayentes y no puede pensarse que el matrimonio celebrado sin la presencia de este funcionario sea existente y que posteriormente los contrayentes rectifiquen la forma presentándose ante él y convalidándolo. No se trata entonces, de un consentimiento contractual.

Es característica del matrimonio ser un negocio jurídico solemne, en tanto que la forma establecida por la ley para él es imprescindible para su existencia.

El matrimonio además está regulado por el derecho de familia. Esto quiere decir tanto como que participa de las características de las instituciones regidas por este derecho. El derecho de familia se ocupa de organizar el cuerpo familiar y de regular las relaciones que se dan en él, para lo cual, dado lo delicado de su tarea, se integra por un conjunto de normas de carácter imperativo, ordenadas en bloques que dan lugar a una serie de instituciones (entendido el vocablo institución en la acepción que lo refiere a un conjunto de normas que constituyen un todo orgánico y están dirigidas a una finalidad común) entre las que se incluye el matrimonio. Cuando decimos que es un negocio jurídico de naturaleza familiar, significamos que forzadamente está regulado por normas imperativas que integran instituciones y cuya finalidad última está vinculada con algún aspecto de la organización del núcleo familiar. Tratándose del matrimonio, su finalidad está vinculada con la creación de una comunidad de vida entre dos personas de sexo distinto, es decir aptas para la formación de la célula social que es la familia.

De la exposición precedente podemos colegir ciertas conclusiones. En primer término que el matrimonio es un negocio jurídico; en segundo, que para su formación intervienen tres voluntades (ambos contrayentes y el Oficial del Registro Civil); en tercero que el negocio jurídico matrimonial es solemne; en cuarto, que es de naturaleza familiar, y por último que su finalidad es crear entre dos personas de distinto sexo una comunidad de vida plena. Estamos en condiciones de intentar una definición y por ello podemos concluir diciendo que: "EL MATRIMONIO ES UN NEGOCIO JURIDICO TRILATERAL SOLEMNE, DE ORDEN FAMILIAR CUYO OBJETO ES CREAR UNA COMUNIDAD DE VIDA PLENA ENTRE DOS PERSONAS DE DISTINTO SEXO".

Resulta conveniente pasar a continuación, al estudio de los elementos de existencia y de validez de este acto jurídico al

cual el Código Civil vigente le otorga, como ya se ha dicho, el calificativo de un contrato.

I.—ELEMENTOS ESENCIALES.—Los elementos esenciales son:

A.—El Consentimiento.—Es decir, el acuerdo de voluntades de ambos contrayentes y del Oficial del Registro Civil, o sea, un consentimiento tripartita.

B.—El Objeto.—En todo acto jurídico, el objeto puede ser directo o indirecto: el objeto directo del acto es crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y el objeto indirecto, lo será la meta que persigue la obligación que se crea con el acto mismo, éste es, la conducta del deudor que consiste en dar, hacer o no hacer algo. Puede decirse entonces, que el objeto directo del acto matrimonio, consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los cónyuges y el objeto indirecto, consiste en "la obligación que éstos tienen de hacer vida en común, de ayudarse recíprocamente a soportar el peso de la vida, el débito carnal y al auxilio espiritual así como, cuando haya hijos, toda la serie de consecuencias que en relación a éstos establece la ley, especialmente en lo que se refiere a la patria potestad y a la filiación en general".³⁵

C.—La Solemnidad.—En nuestro Código Civil vigente, el matrimonio como acto jurídico solemne, requiere para su existencia material, además de los dos elementos ya señalados, del elemento esencial de solemnidad, pues su omisión da origen a la inexistencia formal y no a la nulidad absoluta como parece aludir nuestro Código Civil en su artículo 249 en el que señala como tal, la que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del vínculo. Es de creerse, que se refiere a las formalidades cuya omisión originaría la inexistencia del acto, pues consideramos a estas solemnidades, como elemento esencial del matrimonio, razón por la que se trata de una causa de inexistencia del acto solemne del matrimonio. Asimismo el

35 Ortiz-Urquidi Raúl. Ob. Citada. Pág. 32.

ordenamiento en cuestión prescribe que dicha nulidad puede ser alegada por cualquiera que tenga interés en probar que **no hay matrimonio**, razón por la que pensamos que aun cuando el Código hable de nulidad se trata verdaderamente de inexistencia.

Consideramos como solemnidad esencial para la existencia del vínculo, el otorgamiento del acta matrimonial.

D.—La norma de Derecho que sanciona la voluntad de los contrayentes, para la producción de los efectos deseados.

Agregamos este cuarto elemento esencial siguiendo el criterio del maestro Raúl Ortiz Urquidi, quien nos aclara que la doctrina señala otro elemento esencial de los actos jurídicos, que es "la norma de derecho que sanciona la voluntad del autor del acto o el consentimiento de las partes para la producción de los efectos deseados".³⁶

Cabe hacer mención que muchos tratadistas no mencionan éste como elemento esencial por no considerarlo como tal.

II.—ELEMENTOS DE VALIDEZ.—Los elementos de validez del matrimonio son:

A.—La Capacidad.—Conforme a lo prescrito por el Código Civil, pueden señalarse como incapacidades de goce para contraer matrimonio, las siguientes: "1.—La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada; 2.—La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía, y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contragiosas o hereditarias; 3.—El idiotismo y la imbecilidad".³⁷

Como incapacidad de ejercicio, el Código en cuestión señala "La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos".³⁸

36 Idem. Pág. 28.

37 Código Civil de 1928. Art. 156, Fracs. I, VIII y IX.

38 Código Civil de 1928. Art. 156, Fracs. I, VIII y IX.

el artículo 148 del Código que es de dieciséis años el hombre y catorce la mujer, pero sin embargo, son menores de edad y no tienen la capacidad necesaria para disponer libremente de su persona y de sus bienes, por lo que de conformidad a lo prescrito por los artículos 149, 150 y 151, requieren del consentimiento de sus padres si viven ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los padres se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si viven ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos, si los dos sobreviven, o del que sobreviva; faltando padres y abuelos tanto paternos como maternos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando estos últimos, el juez de Primera Instancia de la residencia del menor suplirá el consentimiento; cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido, los interesados pueden ocurrir al "Presidente Municipal" respectivo (en el Distrito Federal al Director de Gobernación del D. D. F.).

El satisfacer tal requisito, no implica un caso de suplencia de la capacidad de ejercicio sino de asistencia, como se considera en el Derecho Italiano, puesto que el consentimiento de los que ejercen la patria potestad, del tutor o del juez, según sea el caso, no constituye una representación del menor en calidad de mandatarios, sino un consentimiento meramente complementario, ya que quien va a declarar su voluntad de casarse es el menor y sólo por la inexperiencia presumible en el mismo, la ley exige que esa voluntad se le complemente con el consentimiento de sus ascendientes y a falta de éstos, con el de un tutor o juez de Primera Instancia.

B.—La Ausencia de Vicios de la Voluntad.—Por vicios de la voluntad, se entienden aquellas causas o circunstancias extrañas a la persona que impelen a ésta a hacer una declaración de voluntad que de buen grado y conscientemente no hubiera hecho. Suele afirmarse que son tres los vicios de la voluntad: error, dolo (que incluye la mala fe) y violencia. Don Trinidad García nos dice: "Son dos las causas de la voluntad viciada, o

vicios de la voluntad: el miedo o terror y el error; aunque se agrega usualmente a ellas el dolo".³⁹

El miedo es producto de la violencia y ésta "es la fuerza material o moral que se hace sobre una persona para inducirla a que exprese su voluntad en determinado sentido".⁴⁰ Se desprende de lo anterior, que la violencia puede ser física o moral. La violencia física sólo da lugar a un hecho material y no a un acto jurídico y cae de lleno en el campo del Derecho Penal. La violencia moral sí da lugar a un acto jurídico, pues no anula por completo nuestra voluntad sino que la constriñe a efecto de que realicemos un acto que sin la coacción no se produciría. La violencia invalida el acto jurídico, pero se requieren determinadas condiciones para ello.

"El error es el falso concepto de la realidad".⁴¹ Esta definición resulta incompleta puesto que abarca el concepto en un sentido común y amplio. Para que exista error en el campo del Derecho, es necesario que además de constituir un falso concepto de la realidad, éste recaiga en el objeto, motivo o fin determinante de la voluntad. El error es un vicio que el Derecho considera para proteger a la persona que ha contraído alguna obligación debido a él, porque esa persona no hubiera contraído tal obligación de haber conocido el error en que se encontraba. Sin embargo, no todo error constituye un vicio de la voluntad. El error puede ser de hecho o de derecho:

El error de hecho existe en los siguientes casos:

I.—Cuando recae sobre las cualidades, o sobre la identidad de la persona y;

II.—Cuando recae sobre las cualidades, o sobre la identidad del objeto.

Hay error de derecho cuando la voluntad se determina ha-

39 García Trinidad. "APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO". Pág. 166.

40 Idem. Pág. 167.

41 Idem. Pág. 169.

cia una conducta errónea por ignorancia o por falsa interpretación del Derecho; cuando una persona, por sus escasos conocimientos del Derecho celebra un acto jurídico diferente al que en realidad deseaba, su voluntad está viciada por un error de derecho.

Por dolo entendemos, la sugestión o artificio empleado para inducir a error o mantener en él, a la persona que celebra un acto jurídico. La mala fe consiste en la simple disimulación del error por parte de quien sabe que existe, para mantener en él a la persona que obra bajo la influencia del mismo.

Así tenemos que todo acto jurídico en el cual la voluntad se encuentra viciada, es anulable.

Aplicado todo lo anterior a nuestro tema, encontramos que el Código Civil aludido señala los impedimentos para celebrar el matrimonio y así dice: "La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad".⁴²

"El miedo y la violencia serán causas de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes:

I.—Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes;

II.—Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio;

III.—Que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio...".⁴³ Considero que la ley llama miedo a la violencia moral.

Con relación al segundo de los vicios de la voluntad señalado, esto es, el error, nuestro Código dispone que es causa de

42 Código Civil de 1928. Art. 156, Frac. VII.

43 Idem. Art. 245.

nulidad del matrimonio: "El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada lo contrae con otra...".⁴⁴ Es un caso de error sobre la identidad de la persona, ya que el error sobre las cualidades esenciales de las personas al igual que el error de derecho, en el matrimonio son irrelevantes.

El tercer vicio de la voluntad, el dolo, "queda comprendido dentro del error, si se tiene en cuenta que aquél no es más que un medio de inducir a error a una persona y que es perfectamente concebible el caso en que la voluntad se puede sorprender y obtener por dolo en el evento previsto por la invocada fracción I del artículo 235".⁴⁵

C.—La Licitud en el Objeto, Motivo, Fin o Condición del Acto.—Este elemento de validez se encuentra señalado por el Código de 1928 que prescribe que son impedimentos para celebrar el matrimonio: "El parentesco por consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grados en la línea recta, ascendente o descendente; en la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos; en la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa; el parentesco por afinidad en línea recta, sin limitación alguna; el adulterio entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado; el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer".⁴⁶

También será ilícito el matrimonio "cuando haya sido contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa; cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159 (se refiere al tutor, que

44 Idem. Art. 235, Frac. I.

45 Ortiz Urquidi Raúl. Ob. Citada. Pág. 34.

46 Código Civil de 1928. Art. 156, Fraccs. III, IV, V, VI y IX.

no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado bajo su guarda sino mediante dispensa obtenida del Presidente Municipal correspondiente, haciéndose extensiva tal prohibición al curador y a los descendientes de éste y del tutor), y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289. (En el primero se prescribe que la mujer no podrá contraer nuevo matrimonio sino hasta después de trescientos días de la disolución del matrimonio anterior, salvo que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. El segundo alude exclusivamente a personas divorciadas, las cuales no podrán volverse a casar sino después de dos años de decretado el divorcio si hubiesen dado causa al mismo; los cónyuges divorciados por mutuo disenso, no podrán casarse nuevamente sino, hasta después de un año desde que obtuvieron el divorcio)".⁴⁷

Señala el Código Civil que los que infrinjan las disposiciones anteriores o que siendo mayores de edad, contraigan matrimonio con un menor sin la autorización de los que ejercen la patria potestad, del tutor o del juez en su caso, así como los que autoricen tales matrimonios, incurrirán en las penas que señale el Código de la materia.⁴⁸ Sin embargo, cabe aclarar que el Código Penal vigente, no prescribe ninguna sanción al respecto.

Los casos mencionados con anterioridad, son de ilicitud en el objeto, motivo o fin del matrimonio y como caso de ilicitud en la condición el Código comentado nos dice que: "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta".⁴⁹

D.—La Forma.—Como ya quedó asentado en líneas anteriores, al tratar de la solemnidad como elemento de existencia para la celebración del matrimonio, el Código en vigor señala formalidades y solemnidades en la consumación del mismo; re-

47 Código Civil de 1928. Art. 264.

48 Idem. Art. 265.

49 Idem. Art. 147.

ferida que fue la solemnidad, cabe ahora señalar las formalidades. Este elemento de validez, lo podemos dividir en dos partes:

a) Formalidades anteriores a la celebración del matrimonio.

b) Formalidades durante la celebración del matrimonio.

Son formalidades anteriores a la celebración del matrimonio, las siguientes:

1a.—La presentación por parte de las personas que pretenden contraer matrimonio, de un escrito de solicitud al Oficial del Registro Civil, en los términos prescritos por la ley.

2a.—La presentación del acta de nacimiento de los pretendientes y a falta de ella, un dictamen médico que compruebe su edad cuando exista duda sobre si dan la exigida por el artículo 148 del Código Civil.

3a.—La presentación de una constancia del consentimiento de las personas que ejercen la patria potestad y a falta de éstas, del tutor o de un juez de Primera Instancia. Esto será cuando los pretendientes o alguno de ellos, sean menores de edad.

4a.—La exhibición de los certificados de análisis prenupciales expedidos por médico titulado.

5a.—La presentación de un convenio celebrado por los pretendientes, respecto tanto de los bienes presentes, como futuros, con expresión del régimen bajo el cual se contrae el matrimonio, que puede ser de sociedad conyugal o de separación de bienes.

6a.—Si alguno de los contrayentes es viudo, la presentación del acta de defunción del cónyuge fallecido.

7a.—Presentación de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, si alguno de los pretendientes ha sido casado anteriormente.

8a.—Copia de la dispensa de impedimentos si los hubo.⁵⁰

Son formalidades durante la celebración del matrimonio las siguientes:

1a.—Asentar lugar, día y hora del acto matrimonial.

2a.—Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.

3a.—Hacer constar si son mayores o menores de edad los pretendientes.

4a.—Hacer constar el consentimiento de los padres, de los abuelos, de los tutores, o de las autoridades que deban sustituirlos, así como también los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de las citadas personas.

5a.—Hacer mención de que no hubo impedimento para el matrimonio que aquel se dispensó.

6a.—La manifestación de los cónyuges sobre si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes.

7a.—Los nombres, apellidos, estado, ocupación y domicilio de los testigos y su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes; en caso de que lo sean, en qué grado y en qué línea.

8a.—La mención de que fueron cumplidas todas las formalidades exigidas por la ley.⁵¹

Para todo acto jurídico en general, el Código Civil de 1928 “se ha declarado por el sistema clásico de las nulidades con las atenuaciones que como un justo medio entre dicho sistema y los propuestos por los adversarios de éste, elaboró Bonnecase.”⁵²

Siguiendo la tesis de Julián Bonnecase, podemos afirmar

50 Código Civil de 1928. Arts. 97 y 98.

51 Idem. Art. 103.

52 García Trinidad. Ob. Citada. Pág. 232.

que todo acto jurídico puede adolecer de inexistencia, nulidad absoluta o nulidad relativa.

Hay inexistencia cuando el acto jurídico le falta uno o varios de sus elementos esenciales.

La inexistencia en el acto jurídico se caracteriza porque no engendra ningún efecto, no es susceptible de convalidarse por confirmación ni por prescripción, todo interesado tiene derecho para invocarla y no es necesaria su declaración judicial.

“El acto carece de existencia, no porque la ley se la desconozca, sino porque sencillamente no la tiene ni la podría tener de acuerdo con la naturaleza misma de las cosas”.⁵³

Adolecen de nulidad absoluta, por regla general, los actos jurídicos que infringen normas de orden público.

Son características propias de la nulidad absoluta, las siguientes: puede ser invocada por cualquier interesado, no desaparece por confirmación ni por prescripción, se requiere que sea declarada por autoridad judicial y una vez declarada judicialmente se retrotrae en sus efectos, destruyéndose el acto mismo.

La doctrina suele sostener que adolecen de nulidad relativa los actos jurídicos que sin carecer de alguno de sus elementos esenciales y sin infringir normas de orden público, padecen una imperfección consistente en un vicio de dichos elementos esenciales. Este vicio implica perjuicio para determinadas personas, a quienes el derecho ha considerado necesario proteger dándoles acción para atacar esos actos.

La nulidad relativa solamente puede ser invocada por las personas para cuya protección se ha establecido, se puede convalidar por confirmación o por prescripción, necesita ser declarada por autoridad judicial; mientras no sea declarada judicialmente el acto produce sus efectos, algunos de los cuales pueden prevalecer, ésto según cada caso concreto. La nulidad será relativa, cuando no se reúnan todas las características que le son

53 Idem. Pág. 228.

propias a la nulidad absoluta. Así, por ejemplo, si la nulidad aplicable a un acto concreto no es prescriptible ni confirmable, pero solamente puede ser invocada por el interesado, se tratará de una nulidad relativa por no reunirse todos y cada uno de los caracteres de la nulidad absoluta. A este efecto, nuestro Código Civil prescribe:

“Art. 2226.—La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”.⁵⁴

“Art. 2227.—La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.⁵⁵

Cabe hacer mención, que el maestro Raúl Ortiz Urquidi comparte la opinión del Doctor García Rojas, en el sentido de que “no se justifica en nuestro Derecho la institución de la inexistencia ya que no teníamos necesidad de ella, como lo prueba el hecho de que toda la vida jurídica de México, hasta antes del Código Civil vigente, se desarrolló bajo el sistema de las dos nulidades clásicas, la absoluta y la relativa”.⁵⁶

Haciendo una aplicación de los conocimientos estudiados con anterioridad al acto jurídico solemne del matrimonio, podemos decir lo siguiente:

Cuando falta alguno de los elementos esenciales del acto del matrimonio (consentimiento, objeto, solemnidad y la norma de derecho que sanciona la voluntad de los contrayentes), éste será inexistente. Como ya se dijo, la inexistencia no necesita ser declarada judicialmente, todo interesado tiene derecho para invocarla, no puede convalidarse ni por confirmación ni por prescripción y no engendra ningún efecto.

54 Código Civil de 1928. Art. 2226.

55 Idem. Art. 2227.

56 Ortiz Urquidi Raúl. Ob. Citada. Pág. 37.

Nuestro Código Civil, distingue entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Podemos señalar como causas de nulidad absoluta las siguientes:

1.—Cuando el matrimonio se celebre entre parientes por consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente;

2.—Cuando el matrimonio se celebre entre parientes por consanguinidad, en línea colateral igual hasta el segundo grado;

3.—Cuando el matrimonio se celebre entre parientes por afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

4.—Cuando se contraiga nuevo matrimonio subsistiendo el anterior.

Son causas de nulidad relativa en el matrimonio, las siguientes:

1.—La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;

2.—La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias;

3.—La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos;

4.—El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

5.—El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

6.—El idiotismo y la imbecilidad;

7.—El error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio, cuando un cónyuge lo celebra con otra distinta de la deseada.

En resumen, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de fecha treinta de agosto de mil novecientos veintiocho, en vigor, no define al matrimonio. Sin embargo, tomando en cuenta los antecedentes históricos y el articulado relativo de este cuerpo legal, se puede concluir, que conceptúa al matrimonio como un acto (aunque lo llama contrato) solemne por el cual un hombre y una mujer, se unen con vínculo disoluble, para perpetuar su especie y ayudarse mutuamente.

CAPITULO II

EL DIVORCIO

- 1.—Definición.**
- 2.—En el Derecho Romano:**
 - a).—Sus causas.
 - b).—Sus formas.
 - c).—Sanción para el cónyuge culpable.
- 3.—Derecho Canónico.**
- 4.—En el México anterior a las Codificaciones:**
 - a).—Precortesiano.
 - b).—Colonial.
 - c).—México Independiente.
- 5.—En los Códigos:**
 - a).—De 1870.
 - b).—De 1884.
- 6.—En la Ley Sobre Relaciones Familiares.**

EL DIVORCIO

1.—Definición.

La palabra divorcio, tiene su origen o deriva del Latín “divertere” que quiere decir: “irse cada quien por su lado, separarse”.⁵⁷

Desde el punto de vista jurídico, la palabra divorcio significa la ruptura del vínculo matrimonial en vida de los consortes, la cual, es dictada por autoridad competente. De acuerdo a nuestro régimen legal, “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contrar otro”.⁵⁸

Resulta conveniente aclarar el concepto de divorcio; el divorcio en sí mismo, no implica el origen de la disolución del matrimonio, ya que solamente es el procedimiento jurídico a través del cual se declara disuelto dicho vínculo. En efecto, como consecuencia de que en un momento dado el matrimonio puede no cumplir su alta misión social, el divorcio viene a ser la culminación de una serie de factores profundos y complejos que determinan la conclusión del matrimonio.

Como ya hemos dicho y de acuerdo con el Código Civil que nos rige en el Distrito y Territorios Federales, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio, ésto es, devuelve a los cónyuges su aptitud legal para en un momento dado volverse a casar.

57 Planiol Marcel. “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL”, Volumen IV. Pág. 13.

58 Código Civil de 1928. Art. 266.

El Código Civil vigente, tal y como lo hace con el matrimonio, no nos proporciona una definición del divorcio y se concreta a describir sus efectos en la forma arriba estudiada. Sin embargo, podemos definir el divorcio como: el procedimiento jurídico por el cual se disuelve el matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, sujetándose a las obligaciones derivadas de dicha unión y prescritas por la ley.⁵⁹

2.—En el Derecho Romano:

a).—Sus causas.

Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que los romanos conocieron ya el divorcio, pues según Cicerón éste estaba permitido por la Ley de las XII Tablas, lo cual es robustecido por un tratado de Gayo sobre estas Leyes, en las cuales se reglamentaba jurídicamente el divorcio.⁶⁰

Parece ser que el divorcio fue admitido desde los orígenes de Roma, pero sin embargo, los antiguos romanos no hicieron uso de este derecho a divorciarse, en atención a que el mismo no iba de acuerdo con la severidad de las costumbres que imperaban en esa época. En la antigua Roma, en las legislaciones primitivas y en la vieja Ley Julia, no se encuentra un divorcio análogo al que actualmente funciona en nuestra sociedad, esto es, como dicen Colín y H. Capitant, que requiera ser decretado por sentencia judicial fundada en alguna de las causales que limitativamente señala la ley, sino una verdadera facultad de repudiación, ya unilateral, ya convencional, es decir derivada de la voluntad de uno o ambos esposos. Apareció, cuando el Derecho Romano había adquirido un cierto grado de desenvolvimiento, una reglamentación positiva del divorcio; la Ley Julia de Adulteriis, determinó las condiciones a que estaba sometida la repudiación. Pero, en síntesis, puede decirse que fueron desconocidas en el Derecho Romano, la intervención de los

⁵⁹ Elaborada por el sustentante.

⁶⁰ Petit Eugene. "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO".
Nota No. 5. Pág. 109.

tribunales y la necesidad de que el Juez, aprecie las causas de divorcio.⁶¹

El divorcio en el Derecho Romano se reducía a un derecho de repudiación, que sólo el marido podía ejercitar por causas graves.

“Fué solamente en los matrimonios sine manu donde en esta materia tenían derechos iguales los esposos. Hacia el fin de la República y sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres y siendo más rara la manus podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio”.⁶²

De lo anterior, podemos colegir que los romanos entendieron la institución del divorcio como un derecho de repudio, que en un principio solamente se podía realizar por acto unilateral de voluntad del marido. Decimos en un principio, porque por regla general la mujer romana de los primeros tiempos al contraer matrimonio pasaba a depender de la potestad del marido si era jefe de familia (o del Pater Familias a cuya Potestad estaba sujeto aquél) y estaba siempre sometida a sus órdenes, razón por la que era considerada en el seno de la familia como una hija más, dejando a criterio y juicio del cónyuge la facultad de disolver la unión, mediante repudio fundado en causas normalmente consideradas graves. La situación de la mujer no era más que la consecuencia directa e inmediata de haber contraído matrimonio in manu; por excepción, la mujer romana se encontraba en igualdad de derecho que el marido para ejercitar por acto unilateral de voluntad el repudio cuando no había contraído matrimonio cum manu, pues entonces no pasaba a depender de la autoridad del marido ni quedaba a merced de él.

Valerio Máximo afirma que el primer divorcio fue el de Carvilio Ruga a principios del Siglo VI A. C., quien repudió a su esposa a causa de estar ésta imposibilitada para procrear.⁶³

61 Colín Ambrosio y H. Capitán. “CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL”. Tomo I. Pág. 437.

62 Petit Eugene. Ob. Citada. Pág. 110.

63 Idem. Nota No. 7. Pág. 110.

En los primeros tiempos las causas que daban facultad para ejercitar el repudio fueron indeterminadas en tanto que no habían sido reglamentadas. El divorcio primitivo fue practicado en pocas ocasiones, mas su frecuencia se intensificó con el paso de los siglos a tal grado, que los moralistas del Imperio y los Emperadores Romanos se preocuparon por determinar los casos en que procedía, a fin de hacer más difícil su obtención, ya que la facultad para provocar el divorcio era practicada no sólo por el hombre, sino también y más intensamente por la mujer.

Plutarco dice: "que el ejemplo del divorcio cundió ya hacia fines de la República, pero sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado notablemente la costumbre, la mujer podía provocar fácilmente el divorcio hasta el extremo de que los historiadores y poetas de la época se pusieron de acuerdo para criticar las facilidades con que se rompían los matrimonios".⁶⁴

Así, "los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, pero sí buscaron hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación".⁶⁵

Aunque el cristianismo fue introduciéndose en el Imperio Romano, éste no abandonó el divorcio a pesar de que aquél llevaba consigo la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio; a lo sumo la institución fué objeto de ciertas medidas restrictivas por parte de los Emperadores Romanos; de ahí que las constituciones imperiales señalaran penas contra el esposo culpable de haber ocasionado el divorcio por sus faltas.⁶⁶

Constantino estableció que: "el marido podía repudiar impunemente a la mujer que había incurrido en adulterio, cometido delito de envenenamiento, o ejercido artes mágicas. Y la

64 Petit Eugene. Ob. Citada. Nota No. 7. Pág. 110.

65 Idem. Pág. 110.

66 Colín Ambrosio y H. Capitán. Ob. Citada. Pág. 437.

mujer podía repudiar al marido cuando era reo de homicidio, de envenenamiento y de violación de sepulcros".⁶⁷

Teodosio II y Valentiniano III, establecieron las causas de divorcio de manera más detallada. En relación a la mujer: "Si ha descubierto que su marido se ha hecho culpable de adulterio, de homicidio, de envenenamiento, de conspiración contra el Estado, o que haya sido condenado por crimen de falsedad, que haya violado sepulcros o profanado templos; que sea ladrón o haya ocultado ladrones; que haya sustraído bestias o esclavos; si sin respeto para sí mismo o para su casa ha reunido mujeres de mala vida; si ha atentado en contra de su vida con el veneno, el puñal o de cualquiera otra manera semejante; si la ha golpeado, y que lo pruebe, es necesario entonces acordarle el recurso del billete de repudiación y aprobar tales causas de divorcio... Y el marido podía repudiar a su mujer por haber sin su noticia o contra su voluntad comido con hombres extraños, haber pasado noches fuera de su casa sin motivo plausible, o haber asistido contra su prohibición a los juegos de los circos, de teatros o de arena. Justiniano agregó a estas causales la de... "si una mujer ha usado medios para procurarse un mal parto, o si ha ido a los baños con hombres por libertinaje".⁶⁸

b).—Sus formas.

Fue solamente en los matrimonios sine manus, donde en materia de divorcio los esposos tenían iguales derechos. ("La manus es un poder eventual del marido sobre la mujer, siendo eventual, porque no todas las mujeres estaban sujetas a la mano marital, ya que la manus no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía ser 'sine manus', sin perder nada de su esencia").⁶⁹

En este Derecho, en la época clásica, la disolución del

67 Sta. Cruz Teijeiro José. "INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO". Pág. 55.

68 Gustavino José María. "CODIGO CIVIL ARGENTINO", Tomo I. Págs. 186 y 187.

69 Petit Eugene. Ob. Citada. Pág. 110.

vínculo matrimonial por medio del divorcio podía obtenerse de dos maneras o formas, las cuales eran:

A) Por *Bona Gratia*.—Quiere decir por la voluntad mutua de los esposos, no requiriendo formalidad alguna, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.⁷⁰ O sea, que la disolución del vínculo por esta manera, estaba fundada en el mutuo consentimiento de los cónyuges, aun cuando no mediara causa legítima. La obtención del divorcio en este caso, como ya hemos dicho, no requería de formalidad alguna, ya que se argumentaba que la voluntad disuelve lo que la misma ha creado, y si la voluntad de los consortes ha creado el estado de casados, ella misma puede disolver ese estado en cualquier momento; en consecuencia, ya desde el Derecho Romano era concebida la institución del matrimonio como un contrato el cual podía ser disuelto mediante el consentimiento mutuo de los cónyuges.

B) Por *Repudium ex Iusta Causa*.—“Es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitada y casada con su patrono”.⁷¹

El divorcio obtenido de esta manera se fundaba en una o varias causas legítimas de repudiación, que en un principio solamente podía invocar el marido y después también la cónyuge. Cuando la causa o causas fundatorias del repudio eran probadas, implicaban siempre culpa en el cónyuge condenado. “Bajo Augusto y para facilitar la prueba de la repudiación, la Ley Julia de *Adulteriis* exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que le era entregada por un manumitado”.⁷²

Justiniano intentó abolir el divorcio por mutuo consentimiento, no autorizándolo más que en caso de que los esposos

70 Petit Eugene. Ob. Citada. Pág. 110.

71 Idem.

72 Idem.

se separaran en virtud de voto de castidad (Novela 117. Cap. X). La anterior prohibición fue anulada por su sucesor Justiniano II (Novela 140).⁷³

Como consecuencia de lo hasta aquí estudiado y más concretamente de la Legislación de Justiniano, encontramos pie de comparación en la forma de iniciar la disolución del vínculo matrimonial, ésto es, el divorcio Bona Gratia, al que podíamos compararlo con el que se sanciona por la Legislación Mexicana mediante el mutuo consentimiento; por otra parte, el que funciona necesariamente por la existencia de una causa que da base para intentar la acción que puede ser ejercitada por alguno de los cónyuges.

La legislación del Imperio Cristiano, no derogó formalmente la libertad del divorcio por voluntad unilateral, ni se opuso a que los matrimonios se disolvieran por el repudio más infundado. Introduce ciertas penas, para que los divorciados sin causa legal sean castigados; tiene como principal finalidad conceder a la mujer inocente en el divorcio una ventaja patrimonial positiva a costa del marido divorciado. Por esta razón, exíge para la celebración del matrimonio el otorgamiento por parte del marido de un donatio ante nuptias, lo mismo que la constitución de una dote por parte de la mujer; es en cierto modo, una prenda que daban ambos contrayentes, sujetándose con ello a mantener indemnes los vínculos conyugales y contrarrestando así, hasta cierto punto, la libertad legal del divorcio. Así, tenemos como ejemplo, que la mujer que sin fundamento legítimo ponga fin al matrimonio, pierde sus derechos dotales; y si se trata del marido, se obliga a hacer efectiva la donación.⁷⁴

En este mismo sentido nuestra legislación actual protege fundamentalmente los intereses de la cónyuge y su descendencia, exigiendo al cónyuge varón la atención económica de las

73 Colín Ambrosio y H. Capitán. Ob. Citada. Pág. 437.

74 Sohm Rodolfo. "INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO". Pág. 294.

necesidades de aquéllos con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial, para lo cual se exige garantía patrimonial.

Y así, "los Emperadores Cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaban el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación".⁷⁵

Al mundo Romano, la Iglesia abría una nueva concepción del matrimonio, que implicaba la indisolubilidad; hasta el Concilio de Trento hubo, sin embargo, entre los canonistas ciertas divergencias, pues su opinión discrepaba acerca del alcance de las palabras de Cristo que servían de fundamento a la prohibición del divorcio. Los evangelistas de un modo u otro convinieron en la indisolubilidad. Según San Lucas y San Marcos, se permitió no obstante, al marido por causa de adulterio repudiar a su mujer.⁷⁶

Algunos padres de la Iglesia, como Tertuliano y otros autorizaron el divorcio conforme al texto de San Marcos; pero prevalecía la tesis Agustiniana de la indisolubilidad del matrimonio, la cual continuó hasta el Siglo VII obteniendo el verdadero triunfo en el Siglo XII. Y en la época de Graciano y Pedro Lombardo se dice que el divorcio por causa de adulterio es prohibido.⁷⁷

No fue sino hasta el Siglo XVI cuando se difunde ampliamente la corriente de simpatía por esta institución jurídica, merced a las ideas del movimiento de la Reforma y es aceptada con base en los nuevos conceptos por los países protestantes. Llegó a sobreponerse al texto del evangelio, autorizando el divorcio.⁷⁸

c).—Sanción para el cónyuge culpable.

Para determinar la sanción a que se había hecho acreedor

75 Petit Eugene. Ob. Citada. Pág. 110.

76 Colín Ambrosio y H. Capitán. Ob. Citada. Pág. 438.

77 Idem.

78 Idem. Pág. 439.

el cónyuge culpable, era necesario saber si se trataba de la mujer o del marido.

El divorcio resultado de la repudiación sin justa causa hacía que el repudiante mereciera una sanción. En tratándose de la mujer que provocara la disolución del vínculo mediante repudio que no estuviera basado en una justa causa, se hacía acreedora a la pérdida temporal de su capacidad para contraer matrimonio, así como a la pérdida de sus derechos dotales; si era el marido quien repudiaba invocando una causa que no lo graba justificar, aunque también ocurría la ruptura del vínculo marital, se le condenaba a la pérdida de los lucros nupciales.

“El repudio sine ulla causa, o sea el repudio sin concurrir un motivo determinado por la ley, acarrea o produce la disolución del matrimonio, pero el cónyuge repudiante incurre en penas matrimoniales y es recluso en un claustro a perpetuidad”.⁷⁹

“Por otra parte, se publicaron en numerosas constituciones para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de una repudiación sin causa legítima”.⁸⁰

En consecuencia, en el Derecho Romano, no sólo se castigaba al cónyuge culpable cuando el matrimonio se disolvía por causa justificada y alegada por uno de los cónyuges para obtener el divorcio por repudio, sino también se castigaba al cónyuge que habiendo intentado la repudiación, no justificaba o probaba la causal de divorcio invocada.

3.—Derecho Canónico.

“Cumpliendo con las profesías, Jesús de Nazareth vino al mundo cuando éste gozaba de una paz completa: ‘La Paz Octaviana’, que se extendía por todo el Imperio Romano y las puertas del templo de Jano habían sido cerradas. Augusto acaba de consagrar un altar a la ‘Virgen que iba a dar a luz’, pero la paz

79 Sta. Cruz Teijeiro José. Ob. Citada. Pág. 55.

80 Petit Eugene. Ob. Citada. Pág. 110.

durará apenas el tiempo necesario para el advenimiento de Cristo, y así fue como pocos años más tarde quedaba hecha pedazos la emboscada de Herman en los bosques de Tentobourg, Varo y sus legiones fueron exterminadas por la tribu de los Cheruscos, el viejo Augusto; ensombreció, moría recorriendo los corredores de Palacio".⁸¹

Cristo no se presenta como un simple continuador de Israel, él mismo lo dice con toda claridad en las siguientes palabras: "No vine a meter la paz sino la espada... habéis oído que se ha dicho: amarás a tu padre y a tu madre, mas yo os digo quien abandone a su padre y a su madre y a sus hijos por amar al reino de los cielos, recibirá cien tantos ahora y en el siglo venidero la vida eterna".⁸²

Cristo viene a realizar una completa transmutación en la tabla de valores; en lugar de la Ley del Talión que repitió el mundo antiguo, ordena volver la mejilla izquierda después de haber sido golpeada la derecha.⁸³ En el Sermón de la Montaña, otorga a los humildes el puesto que se merecen, acabando con el despotismo brutal que vivió en este aspecto el mundo antiguo.⁸⁴

Jesús arrasa las desigualdades paganas y sienta el principio de que todos somos iguales ante Dios. Esto, unido a una ley del amor, inicia la época más gloriosa de la humanidad, porque es el momento en que el género humano comienza a estar formado por hombres y no por fieras que norman su conducta y los actos que se derivan de esa conducta por la fuerza, el instinto o la conveniencia. El cuerpo y la materia en general pasan a segundo plano frente al espíritu y los valores espirituales; "si tu ojo o tu brazo son motivo de pecado, arráncalos y arrójalos lejos de ti, que más te vale entrar tuerto o manco en el reino de los cielos, que completo en el fuego eterno".⁸⁵

81. Baeza Acévez Leopoldo. "ÉTICA". Pág. 149.

82. Mateo, San, X; 34 y 40, San Marcos, X, 29 y 30. S. Biblia.

83. Mateo, San, V; 38 y 39. S. Biblia.

84. Mateo, San, V; 38 y 39. S. Biblia.

85. Mateo, San, Cap. XVII; 8 y 9. S. Biblia.

La humildad y el amor activo y eficaz, dan los grandes valores y las grandes virtudes del cristianismo.⁸⁶

Para el cristianismo el valor supremo es la salvación del alma; "¿De qué sirve al hombre ganar todo el mundo si al final pierde su alma?".⁸⁷

"Este valor supremo es el amor, en su forma más pura, caridad que no conoció el mundo antiguo".⁸⁸

Jesucristo no ve el matrimonio como un mero contrato que pueda disolverse por la voluntad de los casados; fundamenta la institución matrimonio con un carácter teológico haciéndolo Sacramento; condena de manera absoluta el divorcio en contraposición total con la costumbre Hebrea.

Tres son los testimonios principales que la Biblia nos da sobre este punto. El primero contenido en el Evangelio de San Mateo, el segundo en el de San Marcos y el tercero en el de San Lucas. Dichos testimonios dicen:

"31.—También fue dicho: cualquiera que repudiare a su mujer, déle carta de divorcio.

32.—Mas yo os digo, el que repudiare a su mujer, fuera de causa de fornicación hace ella adúltere; y el que se casare con la repudiada comete adulterio".⁸⁹

"2.—Y llegándose los fariseos, le preguntaron, para tentarle, si era lícito al marido repudiar a la mujer.

3.—El, respondiendo les dijo: ¿Qué os mandó Moisés?

4.—Y ellos dijeron: Moisés permitió escribir carta de divorcio y repudiar.

5.—Y respondiendo Jesús, les dijo: por la dureza de vuestro corazón os escribió este mandamiento.

86 Marcos, San, Cap. X; 23, 24, 25, 29 y 30. San Mateo, Cap. XIX.

87 Mateo, San, XVI, 26; XXIV, 13. San Marcos, X, 29 y 30. S. Biblia.

88 Baeza Acévez Leopoldo. Ob. Citada. Pág. 150.

89 Mateo, San, Cap. V; 31 y 32.

6.—Pero al principio de la creación, varón y hembra los hizo Dios.

7.—Por ésto dejará el hombre a su padre a su madre y se juntará a su mujer.

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

9.—Pues lo que juntó Dios, no lo puede separar el hombre.

10.—Y en casa volvieron los discípulos a preguntarle lo mismo.

11.—Y les dice: Cualquiera que repudiare a su mujer, y se casare con otra, comete adulterio contra ella.

12.—Y si la mujer repudiare a su marido y se casare con otro, comete adulterio”.⁹⁰

“18.—Cualquiera que repudiare a su mujer y se casare con otra, adultera; y el que se case con la repudiada del marido, adultera”.⁹¹

Desde los primeros tiempos la Iglesia reaccionó contra el divorcio; en las palabras de Jesucristo se encuentra el punto de partida de este movimiento, palabras respecto a las cuales existe entre los evangelistas una notable diferencia. En tanto que San Mateo parece admitir el divorcio cuando se tiene como causa el adulterio, San Marcos y San Lucas lo condenan de una manera absoluta.⁹²

La Iglesia Cristiana estableció la indisolubilidad del matrimonio; esta doctrina fue defendida por San Agustín (Siglo IV) y fue afirmada muchas veces por los concilios; había de imponerse al menos en Occidente. Nada escatimó la Iglesia para hacerla triunfar de las resistencias que le oponían tanto los

90 Marcos, San, Cap. X; 2 al 12.

91 Lucas, San, Cap. XVI; 18.

92 Planiol Marcel. Ob. Citada. Pág. 14.

hábitos y costumbres seculares como las pasiones a veces turbulentas de los príncipes.⁹³

A pesar de ésto, admite la Iglesia la disolubilidad del matrimonio natural contraído entre infieles (en un sentido religioso) cuando se haya consumado, en el caso de que uno de ellos se convierta y el otro no quiera hacerlo y realice además determinados actos; pero tratándose del matrimonio contraído entre cristianos, como sacramento, sólo es disoluble en cuanto al vínculo cuando no es consumado, cuando uno de los cónyuges hace profesión solemne en religión o lo autoriza el Pontífice Romano. El consumado es indisoluble, rechazando el divorcio vincular, hasta el punto de que, por haberse negado la declaración del divorcio de Enrique VIII, se originó el Cisma Anglicano.

En Inglaterra, la Reforma fue provocada por el Rey Enrique VIII, quien deseaba divorciarse de su esposa Catalina de Aragón, para casarse con una dama de la Corte, Ana Bolena. El Papa, se negó a ello; entonces el monarca reunió en 1533 una asamblea de obispos ingleses que le acordó el divorcio y le proclamó jefe supremo de la Iglesia Británica.⁹⁴

La separación fue ratificada por el Acta de Supremacía, del año siguiente. Otras leyes y disposiciones posteriores consolidaron definitivamente la nueva doctrina llamada anglicana, que se hizo oficial en 1562, ya en época de la Reina Isabel. Acepta esta doctrina la mayoría de los conceptos del Calvinismo, pero conserva una parte de las ceremonias católicas y la jerarquía de los eclesiásticos, aunque los somete al poder del Estado.

La reforma domina en Inglaterra, Escocia, los Países Escandinavos, Holanda y partes considerables de Alemania, Francia y Suiza, sumando en conjunto sus adeptos un tercio de la comunidad católica.⁹⁵

93 Colín Ambrosio y H. Capitán. Ob. Citada. Págs. 438 y 439.

94 Astolfi Carlos. "SINTESIS DE HISTORIA MODERNA Y CONTEMPORANEA". Pág. 169.

95 Idem.

Tuvo las siguientes consecuencias principales:

“1o.—Rompió la unidad del Cristianismo en Occidente.

2o.—Acrecentó el poder soberano, en los países protestantes al erigir en jefe de la Iglesia nacional o ponerla bajo su patrocinio; en los países católicos al permitirles obtener concesiones del Papa a cambio de su apoyo.

3o.—Provocó un gran traslado de la propiedad, que de eclesiástica se volvió laica sobre todo en Alemania.

4o.—Favoreció al desarrollo de la instrucción elemental, puesto que era indispensable leer por sí mismo la Biblia para interpretarla personalmente.

5o.—Determinó dentro del catolicismo una reglamentación que constituyó la Contrarreforma”.⁹⁶

Otras consecuencias de carácter político fueron:

“1o.—La emigración de los ingleses a la América del Norte, para sustraerse a las luchas religiosas que tuvieron lugar en ese país durante el Siglo XVII.

2o.—La guerra de Religión que asolaron a Francia durante la segunda mitad del Siglo XVI y a Alemania durante la primera mitad del Siglo siguiente.

3o.—La independencia de Suecia”.⁹⁷

En el caso de adulterio, dicen muchos autores que el marido viene obligado a divorciarse de la mujer, ya que “el que sigue con ella es necio e impío; pero si la mujer se arrepiente y hace severa penitencia, aconseja la Iglesia al marido que la admita por espíritu de caridad, aunque sin obligarse legalmente a ello”.⁹⁸

96 Astolfi Carlos. Ob. Citada. Pág. 170.

97 Idem. Pág. 171.

98 Enciclopedia V. Espasa Calpe. Pág. 1667.

Respecto a la herejía y apostasía, el cónyuge inocente no viene obligado a reunirse con el relapso en el caso de que éste se convierta, cuando el divorcio se ha realizado con autorización de la Iglesia, pero sí cuando la separación ha tenido lugar autoritate privata.

Si después de dictada y ejecutada la sentencia de divorcio el cónyuge inocente adultera, debe restablecerse la unión si el otro lo reclama, tanto porque la sentencia de divorcio no es constitutiva de derechos cuanto porque es llegado el caso de non causa, ya que si los dos adulteran no hay lugar al divorcio.⁹⁹

Refirámonos al privilegio Paulino: "mediante el cual el matrimonio válido y consumado, si ha sido contraído entre no bautizados, o entre parte infiel y otra católica, sin la dispensa del impedimento de la dispareidad de cultos, puede ser disuelto por el matrimonio del cónyuge bautizado, y no antes".¹⁰⁰

Se llama este privilegio Paulino por encontrarse impreso en la primera Epístola a los Corintios, del Apóstol San Pablo (7-12-15). Se ha reconocido este privilegio en el Canon 1111, más el privilegio Paulino es improcedente si antes no se han hecho al cónyuge infiel las interpelaciones canónicas, en las cuales se le conmina a abrazar la religión católica o, al menos, a cohabitar con el cónyuge bautizado en forma pacífica "sin ofensa al creador".

Basándose el privilegio señalado en un texto del Nuevo Testamento, resulta también de derecho divino. Por eso la palabra infiel se ha interpretado en sentido restringido, y no se aplica ni a los hebreos que creen en el origen divino del Antiguo Testamento, ni a las diversas sectas protestantes que se basan en la palabra de Cristo.¹⁰¹

El procedimiento para obtener el divorcio, lo ha establecido el Derecho Eclesiástico de la siguiente manera:

99 Sánchez Román Felipe. "ESTUDIO DE DERECHO CIVIL", Tomo V. Volumen I. Pág. 157.

100 Idem. Pág. 158.

101 Enciclopedia V. Espasa Calpe. Pág. 1668.

“El cónyuge inocente puede separarse autoritate privata en algunos casos que son: adulterio espiritual o relapso en herejía y persecución de muerte; pero fuera de estos casos se precisa la intervención del juez competente, que es siempre eclesiástico, según ha definido el Concilio de Trento, en el Canon 12”.¹⁰²

El juez competente es el Obispo, y el Vicario general si para ello tiene delegación de aquél. Conforme a los decretos, el juez eclesiástico que conocía el divorcio conocía también de todas las incidencias de éste; pero desde la antigüedad el juez eclesiástico conoce el divorcio en sí, perteneciendo a la competencia de los jueces civiles el conocer de los preliminares e incidentes (delito de adulterio, lesiones, depósito de la mujer, muerte de los hijos, etc.).

4.—En el México anterior a las Codificaciones:

a).—Precortesiano.

Desgraciadamente el estudio de la época precortesiana de nuestra historia, en cuanto al tema tratado es impreciso, ya que encontramos muy pocos datos que nos proporcionen un criterio definido al respecto.

En el Anáhuac, los pueblos que lo habitaron, tenían en su generalidad costumbres muy similares; en el matrimonio existieron diversos ritos, como regla general había la poligamia entre sus habitantes, lo cual nos impide determinar con precisión la existencia del divorcio.¹⁰³

La infidelidad de la mujer era causa de repudio, nos dice Alfredo Chavero, y si al tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si éstos eran mayores, las mujeres iban con la esposa y los hombres con el esposo. “La mujer que era repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero; tenían demasiada facilidad para tomarse o dejarse”.¹⁰⁴

102 Sánchez Román Felipe. Ob. Citada. Pág. 158.

103 Chavero Alfredo. “MEXICO A TRAVES DE LOS SIGLOS”, Tomo I. Cap. IX. Libro Cuarto.

104 Idem.

Por su parte, Esquivel Obregón propala una versión que se aparta un tanto de la anterior, pues afirma que: "Era reconocido el derecho de divorcio al hombre y a la mujer. En cuanto al primero lo fundaba el que la mujer fuera estéril o pendenciera, impaciente, descuidada y perezosa. En cuanto a la mujer no se sabe cuáles serían las casas aceptadas de separación. Los tribunales dificultaban y retardaban la resolución, y cuando, al fin, la daban, no decretaban el divorcio; sólo autorizaban a los esposos a hacer lo que quisieran; pero el hombre y la mujer que se habían divorciado y volvían a unirse eran castigados con pena de muerte".¹⁰⁵

"El matrimonio podía celebrarse sólo con una mujer y si los misioneros creyeron encontrar huellas de poligamia, fue porque el divorcio era permitido y no era remoto dar con dos o tres mujeres que pretendían serlo del mismo marido".¹⁰⁶

Entre los Aztecas, el matrimonio no tuvo los caracteres de indisolubilidad y perpetuidad, pues podía disolverse en vida de los consortes por una resolución de autoridad moral que estaba depositada en manos de la clase sacerdotal, basada en causas determinadas. Los dos cónyuges, ya sea el hombre o la mujer, tenían el derecho de pedir el divorcio, pero los jueces investigaban las causas que aducían unos u otros y los exhortaba a reconciliarse y a vivir en paz, de la misma manera que se hace actualmente en nuestros tribunales a través de las audiencias de avenencia. Los jueces aztecas declaraban el divorcio, sólo por la insistencia de los interesados, despachando con rudeza a los cónyuges, con lo cual les otorgaba su tácita desición, no haciéndolo por sentencia en virtud de que el divorcio era mal visto por el pueblo; no se sabe ni se puede precisar si el divorcio era absoluto, ni qué pasaba con los hijos; por lo que se vio que en otros pueblos sucedía, se puede deducir que los divorciados quedaban en entera libertad para casarse otra vez y que

105 Esquivel Obregón Toribio. "APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO", Tomo I. Pág. 365.

106 Chavero Alfredo. Ob. Citada.

los hijos varones vivían al lado del padre y las mujeres con la madre.¹⁰⁷

Las causas de divorcio para el hombre, eran las siguientes:

- I.—La esterilidad de la mujer.
- II.—La pereza de la esposa.
- III.—Ser la esposa desaseada y sucia.
- IV.—Ser pendenciera.
- V.—La incompatibilidad de caracteres”.¹⁰⁸

Los motivos que podía aducir la mujer para solicitar el divorcio, eran los siguientes:

- I.—Los maltratos físicos.
- II.—El no ser sostenida por el marido en sus necesidades.
- III.—La incompatibilidad de caracteres”.¹⁰⁹

Como podemos apreciar, ya entonces se daba un carácter de importancia a la incompatibilidad de caracteres, instituyéndola como una causa que daba origen al derecho de solicitar el divorcio y más aún, de obtenerlo, siendo desde luego muy elástico el concepto ya que, no se precisaba qué cosas o conductas se debían entender como suficientes y bastas para considerar que entre los consortes no existiera una afinidad y un entendimiento pleno, por chocar su manera de ser en sus caracteres. Esto coincide con lo que dispuso la Ley del 20 de septiembre de 1792 en Francia, por la cual se estableció el divorcio en ese país, que tenía como característica principal las grandes facilidades que otorgaba para obtenerlo admitiendo no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino también la mal llamada incompatibilidad de caracteres, incluso alegada por uno sólo de los cónyuges. Posteriormente, con la redacción del Código Civil Francés, fue suprimido el divorcio por incompatibilidad de caracteres.

107 Chavero Alfredo. Ob. Citada.

108 Alba Hermosillo Carlos. "ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO AZTECA Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO". Pág. 37.

109 Idem.

Regresando al tema que nos ocupa, cabe afirmar que los Aztecas tuvieron un régimen consuetudinario en cuanto a las relaciones familiares se refiere, que resistía un análisis jurídico, cuyo saldo necesariamente sería positivo.

b).—Colonial.

En la época colonial, los españoles trajeron consigo su derecho e hicieron todo lo posible por imponerlo entre los indios; y una vez realizada la Conquista del pueblo mexicano, éste quedó sometido a la Corona Española, constituyendo una colonia dependiente de la Metrópoli.

El Derecho Colonial, estuvo constituido por tres tipos de leyes:

“a).—El de las españolas que estuvieron vigentes en la Nueva España.

b).—El de las dictadas especialmente para las colonias en América y que tuvieron vigor en la Nueva España.

c).—El de las expedidas directamente para la Nueva España”.¹¹⁰

En términos generales, podemos decir que el espíritu del Derecho Colonial, en lo que se refiere a las relaciones de familia, está totalmente influido por el Derecho Español y por ende, por el Derecho Canónico y en tal razón el matrimonio se considera un Sacramento solemne y absolutamente indisoluble; el divorcio sólo es admitido como separación de cuerpos.

En el año de 1265, bajo Alfonso X, había aparecido la Ley de las Siete Partidas que tan dilatada influencia y aplicación habría de tener en México durante la Colonia y aun en el Período Independiente hasta la publicación de las primeras codificaciones. Sobre Derecho Privado versan las Partidas, Cuarta, Quinta y Sexta; el Derecho de Familia, como previamente apuntamos, se advierte claramente influido por el Canónico y también, aunque en menor grado por el Romano.

110 García Trinidad. Ob. Citada. Pág. 69.

“En el derecho de las personas, de la familia y aun de las sucesiones se nota la influencia vigorosa del Derecho Canónico, aunque no exenta del influjo del Derecho Romano y del nacional. Las Partidas siguen muy de cerca los sistemas prolijados por la Iglesia en lo referente a los esponsales, el matrimonio y a sus impedimentos; considera indisoluble aquél y sólo admite el divorcio como separación de cuerpos”.¹¹¹

c).—México Independiente.

Consumada que fue la Independencia de México en 1821, como es lógico suponer no podían improvisarse códigos de un día para otro, por lo que siguió la misma estructura legal que le heredara la Colonia.

En consecuencia el Derecho Privado Mexicano “quedó integrado por la legislación emanada de la Monarquía española formada principalmente por la Recopilación de Indias y otras leyes especiales y subsidiariamente por el Derecho Español en el orden aceptado por las Leyes de Indias”.¹¹²

Ahora bien, el nacimiento del México como República fue seguido por cruentas luchas intestinas que impidieron la producción legislativa que se hacía cada vez más necesaria con el transcurso del tiempo. Surgieron ideas de reorganización política, jurídica y económica, con el movimiento de Reforma y, a este respecto, Trinidad García nos dice lo siguiente: “En 1859 durante el Gobierno de Juárez éste expidió en Veracruz las llamadas Leyes de Reforma y éstas, de naturaleza varia tuvieron trascendencia particular en el régimen de Derecho Privado; lo reformaron ampliamente, sobre todo en lo relativo a la personalidad jurídica de ciertas asociaciones, al registro civil, cuyo servicio quedó a cargo del Estado, y al matrimonio, que definido por las nuevas leyes como un contrato civil, se transformó en una institución jurídica, laica y fuera de la ingerencia de las autoridades eclesiásticas”.¹¹³

111 García Trinidad. Ob. Citada. Pág. 67.

112 Idem. Pág. 71.

113 Idem. Pág. 72.

5.—En los Códigos:

a).—De 1870.

Durante la Reforma el Presidente Don Benito Juárez encargó al doctor Justo Sierra O., la elaboración de un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal, cuya redacción se inspiró en el proyecto que para el español había formulado don Florencio García Goyena, quien a su vez tomara por modelo el Código Napoleón. El Proyecto Sierra, después de revisado por una Comisión, fue publicado en sus Libros I y II bajo el Imperio de Maximiliano. Sin embargo, fue hasta el 8 de diciembre de 1870 cuando se aprobó el primer Código Civil para el Distrito Federal, con vigencia también para el Territorio de la Baja California, vigencia que tuvo a partir del día 10., de marzo de 1871, y que resultó tan aceptado en los Estados de la República, que se le tomó como modelo para la elaboración de los códigos civiles locales.

En cuanto al tema objeto de nuestro estudio cabe decir, que el Código Civil de esta época, no admitió el divorcio vincular, sino únicamente la separación de cuerpos entre los cónyuges, permaneciendo íntegro el vínculo matrimonial y todas las obligaciones que de él se derivan.

“Tanto es el respeto que merece ese vínculo, como uno de los principales fundamentos sobre los que reposa la sociedad, que no sólo se ha declarado su indisolubilidad por los artículos 159 y 239 del Código Civil, sino que ésta se ha elevado a la categoría de precepto constitucional”.¹¹⁴

Así, “La fracción IX del Artículo 23 de las adiciones a la Constitución Federal promulgada el 14 de diciembre de 1874, declara expresamente que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes pueden admitir la separación temporal, por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la sepa-

114 Mateos Alarcón Manuel. “DERECHO CIVIL MEXICANO”; Tomo I. Pág. 119.

ración quede hábil alguno de los consortes para unirse con otra persona".¹¹⁵

El artículo 239 del Código de 1870 nos dá una definición del divorcio en los términos siguientes:

"El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos a este Código".¹¹⁶

El artículo 240 del referido Código Civil citaba las causas necesarias y suficientes para obtener la separación tales eran:

"1a.—El adulterio de uno de los cónyuges;

2a.—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 cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;

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

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

5a.—El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años;

6a.—La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro".¹¹⁷

De la enumeración anterior se nota que las causas aceptadas por este Código, en su mayoría constituyen delitos; la sevicia puede llegar a ser delito, pero aun cuando no se llegare a ese extremo, ella y el abandono del domicilio conyugal en los términos que establece, son justas causas de divorcio, porque además de inducir fundada sospecha de mala conducta, siem-

115 Mateos Alarcón Manuel. Ob. Citada. Pág. 120.

116 Código Civil de 1870. Art. 239.

117 Idem. Art. 240.

bran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal.

A pesar de que el legislador del 70 establecía cuáles eran las causas de divorcio, reglamentó también otras más en el artículo 244 que en la letra decía:

“Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causas que no haya justificado, o haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge; el demandado tiene derecho para pedir el divorcio, pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido”.¹¹⁸

El artículo anteriormente citado, contenía tres hipótesis distintas una de la otra, las cuales eran:

a) Que la parte demandante haya sido absuelta por sentencia ejecutoriada en el juicio de divorcio promovido, en el cual litigó con el carácter de demandada. . .

b) Que la parte demandante haya sido absuelta por sentencia ejecutoriada en el juicio de nulidad de matrimonio promovido, en el cual tuvo igualmente el carácter de demandada.

c) Que la parte demandante haya sido juzgada en instancia promovida en su contra, por haber mediado acusación de su cónyuge.

Respecto a esta tercera hipótesis, podemos aducir que el legislador de 1870, innecesariamente la estableció en el artículo 244 citado, ya que dentro de la fracción 6a., del artículo 240, podía quedar comprendida esta causal.

Don Manuel Mateos Alarcón, por lo que respecta al término de cuatro meses exigido por el legislador de 1870, para poder ejercitar la causal prevista en el artículo 244 analizado, nos dice lo siguiente: “La calumnia lastima y dispone los ánimos y entre los consortes viene a extinguir el afecto, a hacer odios y

118 Idem. Art. 244.

a hacer absolutamente imposible la felicidad en el hogar doméstico. Por este motivo, funda la procedencia del divorcio, aunque el legislador no ha querido que esa causa sea un medio de obrar inconsiderado. Ha querido que la esperanza, aunque remota, de una reconciliación encuentre apego en la ley, y a este fin prohibió que se pueda ejercitar la acción de divorcio por la causa indicada, antes de cuatro meses contados desde la notificación de la sentencia".¹¹⁹

La causa de adulterio, tenía una excepción establecida en el artículo 245 en el cual decía que:

"El adulterio no es causa de separación cuando el que intenta éste se le acusa de haber cometido igual delito, o de haber inducido al adulterio al que lo cometió. El juez sin embargo, puede otorgar el divorcio si lo cree conveniente, atendidas las circunstancias del caso".¹²⁰

Además del divorcio causal, el Código Civil que estamos analizando admitió el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, en el artículo 246. En la expresión de motivos del ordenamiento citado, los autores del Código nos dicen las razones que fundan lo que entonces era novedad en la legislación mexicana: "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 examinara concienzudamente la horrible situación de dos personas que ya no pueden vivir juntos; 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 a ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá la tristísima verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo. Por otra par-

119 Mateos Alarcón Manuel. Ob. Citada. Pág. 124.

120 Idem. Págs. 121 y 122.

te, cuando ese desacuerdo, llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario; pero la experiencia nos prueba que sólo el 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, apelen al divorcio voluntario, que poniendo algún remedio a los males que sufren, les 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 tal vez entre ambos. La cuestión examinada prácticamente cambia de aspecto; y el divorcio voluntario es, ya no un bien, un mal mucho menor porque cortala deshonra de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de los padres deja a los hijos en triste legado. Y como no es perpetuo, como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término a cualquiera hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleren el momento de la reconciliación".¹²¹

El legislador, pretendiendo evitar el uso abusivo del divorcio, restringió el ejercicio del divorcio voluntario en el artículo 247, al ordenar que: "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".¹²²

Por lo que toca al término exigido para poder ejercitar o intentar la acción de divorcio, se puede afirmar que predominó la idea en el Código que nos ocupa, de que podía ejercitarse dentro del término de un año, contado a partir del momento en que hubieran llegado a conocimiento del cónyuge ofendido los hechos constitutivos de la causal de divorcio. El divorcio por mutuo disenso, solamente podía solicitarse pasados dos años a partir de la fecha de la celebración del matrimonio, y el divor-

121 Idem. Pág. 125.

122 Código Civil de 1870. Art. 247.

cio fundado en la causal contenida en el artículo 244 del Código, al cual ya se ha hecha referencia, tal y como ya hemos visto, debía demandarse después del término de cuatro meses, a partir del momento de la notificación de la última sentencia dictada en el juicio de divorcio, nulidad de matrimonio o en el proceso penal instaurado en contra de un consorte por haber mediado acusación del otro.

b).—De 1884.

Este cuerpo de leyes al igual que el de 1870 no admitió el principio de la disolubilidad del matrimonio, siguiendo pues los lineamientos trazados por el legislador de 1870, o sea que a diferencia del sistema adoptado por muchas legislaciones modernas en esa época, en las que el divorcio rompe el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en libertad de contraer otro, en el Código de 1884, el divorcio no es más que la suspensión temporal de algunas de las obligaciones que nacen del matrimonio dejando íntegras otras; es decir establecen la obligación de no contraer nuevas nupcias, por permanecer latente el vínculo matrimonial, lo que en estricto derecho es la limitación grave que a la libertad de los sujetos maritales se puede aplicar.

Así, encontramos que el artículo 226 dice:

“El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de este Código”.¹²³ Como vemos se trata de una transcripción del artículo 239 del Código Civil de 1870; por lo tanto, estableció únicamente la separación personal de los cónyuges, ya sea por alegación de causa legítima o por consenso mutuo de los consortes.

En el artículo 227 se establecían cuáles eran las causas de divorcio, aceptando las fijadas por el Código de 1870 y agregando algunas más, por lo cual quedaban enumeradas de la siguiente manera:

123 Código Civil de 1884. Art. 226.

“1a.—El adulterio de uno de los cónyuges;

2a.—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;

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

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

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

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

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

8a.—La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro;

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

10a.—Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;

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

12a.—La infracción de las capitulaciones matrimoniales;

13a.—El mutuo consentimiento”.¹²⁴

124 Idem. Art. 227.

El artículo anteriormente citado, reformó y adicionó el artículo 240 del Código Civil de 1870, por las siguientes razones expuestas por la Primera Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, que textualmente dijo: "El artículo 240 del Código vigente, que corresponde al 227 del proyecto, fue reformado estableciendo algunas causas legítimas de divorcio no reconocidas por el Código actual. Tales son: el hecho de que la mujer dé a luz un hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio y de que judicialmente sea declarado ilegítimo a instancias del marido; el abandono del domicilio conyugal sin causa justa, cualquiera que sea el tiempo de su duración y sin que sea necesario se prolongue por más de dos años, como el Código vigente lo exige, o aun cuando haya 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 pida la separación; las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para con el otro; la negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos; los vicios incorregibles de juego o embriaguez; una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, siempre que sea anterior al matrimonio y no haya tenido conocimientos de ella el otro cónyuge; y por último la infracción de las capitulaciones matrimoniales. El mutuo consentimiento fue también adicionado como causa legítima de divorcio; pero ésto no constituye una reforma sustancial sino solamente de orden y método, pues el Código vigente reconoce el divorcio voluntario por consentimiento de ambos cónyuges".¹²⁵

El artículo 247 del Código de 1870 que prohibía el divorcio voluntario cuando el matrimonio tenía más de veinte años de celebrado o cuando la mujer tenía más de cuarenta y cinco años de edad, fue suprimido por las siguientes razones expuestas por la citada Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados: "El artículo 247 dispone que 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

125 Mateos Alarcón Manuel. Ob. Citada. Pág. 120.

de edad. Estas restricciones parecieron infundadas a la Comisión, porque no existiendo las mismas para el divorcio necesario, su resultado práctico no sería impedir la separación, sino que en este caso ocurriría el divorcio, por causa legítima, ocasionándose mayor escándalo en la sociedad. Además, las razones que fundan la conveniencia del divorcio voluntario, lo fundan igualmente para cuando la mujer tiene menos de cuarenta y cinco años que para cuando tiene más, para antes de veinte años de matrimonio que para después de ese tiempo, y por lo tanto no hay motivo alguno para la limitación que establece el artículo 247 cuya supresión se consulta".¹²⁶

Con base en lo anteriormente citado, el Código Civil de 1884 estableció el divorcio voluntario bajo nuevas bases en lo que a su ejercicio concierne, ya que suprimió lo innecesario que establecía el artículo 247 del Código Civil de 1870, subsistiendo únicamente el requisito indispensable de que la solicitud de separación solamente tenía cabida hasta después de dos años contados a partir de la celebración del matrimonio.

Esta legislación hizo también algunas modificaciones en lo que respecta al adulterio, suprimiendo el artículo 245 del Código anterior el cual se refería, como ya se ha dicho, a que el adulterio no constituya causal de divorcio cuando el que lo invocase lo hubiera cometido igualmente, habiéndose dejado en el nuevo ordenamiento como causal de divorcio proveniente de adulterio no constituya causal de divorcio cuando el que lo inición absurda que estableció el Código Civil de 1870.

Estas modificaciones son a todas luces justificadas, pues la supresión del artículo 245 moraliza altamente a la legislación y a la familia, ya que no por el hecho de que ambos cónyuges hubieran incurrido en adulterio, deberían seguir viviendo como marido y mujer.

Asimismo el hecho de que alguna mujer hubiera cumplido cuarenta y cinco años o el matrimonio tuviera una duración de más de veinte años, daba lugar a coartar la libertad de los cón-

126 Idem. Pág. 126.

yuges de solicitar el divorcio por mutuo consentimiento y no veo por qué se habría de coartar dicha libertad, ya que si se admitió el divorcio voluntario, esta admisión debería ser general.

El Código Civil cuyo estudio nos ocupa, continuó admitiendo, en su artículo 230, la causa de divorcio establecida por el Código anteriormente analizado, en su artículo 244; dicho artículo 230 se encuentra redactado en los mismos términos y bajo las mismas condiciones para su ejercicio que su correlativo anterior, por lo tanto es conveniente hacer un recordatorio de esta causal que ambos Códigos incluyeron:

“Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o haya resultado insuficiente; así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio, pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido”.¹²⁷

Como apreciamos de la transcripción anterior, en el Código Civil de 1884 se continuó el criterio del Código de 1870 respecto a que el ejercicio de la causal accesoria contenida en el artículo 230, debía efectuarse después del término de cuatro meses, contados a partir de la notificación que hubiere sido hecha de la última sentencia, tal y como lo estableció el artículo 244 del ordenamiento citado en segundo término.

Además continuó prevaleciendo el principio general de que el ejercicio de las causas de divorcio debían efectuarse dentro del término de un año, contado éste, a partir del momento en que llegaban a conocimiento del cónyuge ofendido los hechos que constituían o daban origen a causa suficiente para interponer la acción de divorcio.

6.—En la Ley Sobre Relaciones Familiares.

127 Código Civil de 1884. Art. 230.

Esta Ley, fue promulgada por Don Venustiano Carranza, en su carácter de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y expedida el 9 de abril de 1917.

Esta Ley viene a implicar un adelanto legislativo por lo que respecta a la forma de concebir el vínculo del matrimonio, ya que anteriormente se le concebía como indisoluble, y a partir de este ordenamiento empieza a concebirse como un acto de carácter disoluble adoptando con ello el principio opuesto a la indisolubilidad tradicionalmente aceptada. Así encontramos que en su artículo 13 la Ley Sobre Relaciones Familiares define al matrimonio como: "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".¹²⁸

Como vemos, aparentemente la definición transcrita y las estudiadas en incisos anteriores y que nos legan los Códigos Civiles de 1870 y 1884, son iguales. Sin embargo, ya en la Ley Sobre Relaciones Familiares y por primera vez en el Derecho Positivo Mexicano, se considera al matrimonio como un vínculo disoluble. Así, tenemos que textualmente nos dice en su artículo 75 que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro";¹²⁹ texto que relacionándolo con el mencionado artículo 13 de esta misma Ley, viene a completar el principio de la indisolubilidad del matrimonio.

El ordenamiento jurídico cuyo estudio nos ocupa, definió en forma limitativa las causas por las cuales se podía demandar el divorcio vincular, en sus artículos 76 y 79; eran 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;

128 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 13.

129 Idem. Art. 75.

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, cuando también haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos, o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún 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, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

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

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

VII.—La sevicia, las amenazas o injurias graves o 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;

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

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

X.—El vicio incorregible de la embriaguez;

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

XII.—El mutuo consentimiento".¹³⁰

El artículo 79 de la Ley reproduce las causas de divorcio contenidas en los artículos 244 y 230 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, aun cuando suprime la última de las enumeradas en los ordenamientos legales mencionados. La redacción del precepto a que nos referimos quedó como sigue: "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 esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido". Como puede observarse fue reducido el término que debe dejarse transcurrir para que pueda ejercitarse la acción de divorcio que se deriva de esta causal, señalando el de tres meses a partir de la notificación de la última sentencia dictada; como los Códigos anteriores señalaban un término de cuatro meses, el plazo resulta reducido en uno.

Además, la Ley en cuestión modificó también la regla o principio general establecido por los Códigos anteriores, de que el ejercicio de las causas de divorcio debía tener lugar dentro del término de un año, reduciendo igualmente el tiempo, al establecer que debía demandarse dentro del lapso de seis meses, a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos fundantes de la causal el cónyuge inocente.

En materia de divorcio voluntario se siguió el criterio de establecerlo como una causal, pero también fue reducido el término para solicitar el mismo, al disponerse un mínimo de un año después de celebrado el matrimonio.

Resumiendo, podemos afirmar que esta Ley que fue derogada por el Código Civil de 1928 y al cual se incorporó, da cabida dentro de sus causales y según hemos podido darnos cuenta a varias de las señaladas por el Código de 1884, añadiendo además algunas más que resultaban novedad. En las causales

130 Idem. Art. 76.

I, II y III de la Ley, se encuentran incorporadas las primeras cinco señaladas por el Código de 84; en la IV causal, aun cuando con mayor claridad, se reprodujo la 9a., del Código de 84; la VIII, resulta ser la misma del Código marcada con ese número, sólo que aumentada; las señaladas en las fracciones IX y XI de esta Ley, eran nuevas; y finalmente encontramos en la causal XII, la 13a., del ordenamiento anterior.

CAPITULO III

EL DIVORCIO EN ARGENTINA

- 1.—Su Concepción.**
- 2.—Sus Causas.**
- 3.—Sus Efectos Jurídicos:**
 - a).—Entre los cónyuges.**
 - b).—En relación con los hijos.**

EL DIVORCIO EN ARGENTINA

1.—Su Concepción.

El Código Civil de la República Argentina, al igual que el Español y el Italiano, solamente admite el divorcio menos pleno o imperfecto y no así el divorcio vincular, es decir, únicamente autoriza la separación de cuerpos entre los cónyuges o lo que es igual, la suspensión del deber de cohabitación, sin que por ello se rompa el vínculo del matrimonio ni queden aquéllos en aptitud para contraer uno nuevo. Por lo tanto, en la legislación argentina prevalece el principio de la indisolubilidad del matrimonio, al disponerlo así, según puede verse, el artículo 64 de la Ley 2393, que a la letra dice:

“El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial”.¹³¹

Don José María Gustavino, comentando el artículo anteriormente citado, nos dice lo siguiente:

“En la República Argentina fue siempre e invariablemente mantenido y la conciencia nacional es inequívoca y demanda en la regla axiomática de la indisolubilidad del matrimonio. Por consiguiente, se conforma con la conciencia del País y con nuestro nunca variable derecho la declaración formulada por el artículo que nos ocupa de que, el divorcio que el Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos sin que sea disuelto el vínculo matrimonial”.¹³²

131 Código Civil de la República Argentina. Ley 2393. Art. 64.

132 Gustavino José María. Ob. Citada. Pág. 180.

Muchos han sido los intentos que se han hecho en la República Argentina por eminentes juristas, a fin de que sea acogido en el seno de su legislación civil, el divorcio vincular o absoluto. Sin embargo y hasta la presente fecha, nada se ha logrado, continuándose con ello en el principio de la no disolubilidad del matrimonio. A este respecto José Olegario Machado dice que "El divorcio en la verdadera extensión de la palabra, autorizando a los cónyuges para volverse a casar, es una necesidad que la avanzada civilización impondrá como una consecuencia ineludible".¹³³

De los múltiples intentos realizados para que sea implantado el divorcio vincular dentro de la legislación civil argentina, podemos citar a manera de ejemplo, algunos:

En el año de 1888, varios oradores participaron en una discusión sobre matrimonio civil, entre otros el Diputado Balestra, quien presentó un proyecto sobre divorcio absoluto. Sin embargo, el Congreso no sancionó ningún precepto capaz de autorizar la disolución del vínculo por otra causa distinta al fallecimiento. Posteriormente, el 5 de mayo de 1901, el diputado Olivera presentó a la Cámara de Diputados un nuevo proyecto tendiente a implantar el divorcio vincular, pero fue rechazado por estricta mayoría.¹³⁴

Por otra parte, en la legislación argentina se concibe al matrimonio bajo la naturaleza de un contrato. "En esta parte el legislador argentino no se ha atrevido a reconocer un hecho que la mayoría de los pueblos civilizados han aceptado como cierto, y es que el matrimonio como contrato puede disolverse por causas serias, dejando a cada uno de los cónyuges en libertad para formarse una nueva familia. Nuestra ley ha vencido la primera dificultad, para detenerse en la mitad de las reformas".¹³⁵

133 Machado José Olegario. "EXPOSICION Y COMENTARIO DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO", Tomo I. Pág. 373.

134 Lafaille Héctor. "CURSO DE DERECHO CIVIL". (Derecho de Familia). Págs. 122 y 123.

135 Machado José Olegario. Ob. Citada. Pág. 273.

De la transcripción anterior, se deduce que Machado considera que por tratarse el matrimonio de un contrato ordinario, éste puede disolverse de manera absoluta con la consecuencia lógica de dejar a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo y así formar otra familia. No estamos de acuerdo con el criterio de este jurista argentino respecto a la concepción del matrimonio como un mero contrato ordinario, aun cuando, si creemos que resulta más conveniente por todas razones implantar el divorcio vincular y no simplemente la llamada separación de cuerpos, toda vez que la verdadera naturaleza del divorcio y su principal efecto, debe ser precisamente el disolver el vínculo del matrimonio, dejando con ello a los cónyuges en posibilidad de contraer uno nuevo, desde luego, sujetándose a las obligaciones que se deriven de la unión que quede disuelta.

En la legislación argentina no es permitido el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. A este respecto Gustavo comenta que "Siendo el matrimonio un acto libre de las partes ¿no les es permitido decretar por consentimiento mutuo su separación personal?. Tratándose de un contrato cuyas consecuencias afectan de inmediato la suerte de los casados ¿no tendrán el derecho de romper de común acuerdo las obligaciones contraídas, entre ellas la de hacer vida en común?. El matrimonio es un contrato que tiene su fundamento —es verdad— en la libre voluntad de los esposos, pero es al mismo tiempo toda una institución de importancia capital para el orden social. Es el fundamento de la organización de las sociedades civilizadas y es por eso que está legislado no sólo en mira del interés personal de los casados, sino también y especialmente de los intereses de la comunidad. Los deberes que la ley impone a los esposos responden a este doble propósito y por consiguiente no puede serles permitido suprimirlos a su arbitrio".¹³⁶

Héctor Lafaille comentando acerca de la prohibición del divorcio por mutuo consentimiento dice: "El fundamento de la disposición legal está igualmente en el interés público. Este

136 Gustavo José Marfa. Ob. Citada. Pág. 183.

que la ley enumera se decrete la separación de cuerpos; pero también exige que no se fraguen motivos distintos o que no autorice la inestabilidad de la vida familiar por la vía del consentimiento entre los consortes".¹³⁷

En resumen, el divorcio que la legislación argentina reconoce es exactamente el de la Iglesia Católica, y sólo ha cambiado el Juez que debe conocer de él por haberse separado las funciones propias del Estado, de las eclesiásticas. Además la legislación civil de este país, le ha otorgado al matrimonio la naturaleza de un contrato ordinario tal cual lo concibe el Derecho Canónico y para que el divorcio sea decretado no basta la conformidad de los esposos, sino que debe justificarse plenamente la existencia de los hechos en que se funde la solicitud, mismos que deberán conformar alguna de las causales que señala el Código.

2.—Sus Causas.

En la República Argentina, en un principio las causas de divorcio fueron fijadas por la Ley de Matrimonio Civil de fecha 2 de noviembre de 1889 que se encuentra vigente hasta la presente fecha y que ha substituído los preceptos del Código Civil referentes al matrimonio y a la disolución del mismo. Así, nos dice en su artículo 1o.:

"Queda modificado el Código y con arreglo a lo que se establece en los artículos siguientes".¹³⁸

Las causas que dan origen a la separación se encuentran contenidas en el artículo 67, que a la letra dice:

"Art. 67.—Las causas de divorcio son las siguientes:

1a.—Adulterio de la mujer o del marido;

2a.—Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal o como cómplice;

¹³⁷ Lafaille Héctor. Ob. Citada. Pág. 136.

¹³⁸ Código Civil de la República Argentina. Ley 2393. Art. 1.

3a.—La provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otro delito;

4a.—La sevicia;

5a.—Las injurias graves; para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;

6a.—Los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerables la vida conyugal;

7a.—El abandono voluntario y malicioso".¹³⁹

El adulterio en el hombre no es considerado como delito según el Código Penal Argentino, sino cuando tiene mancha en su casa, o fuera de ella; pero esto no obsta para que la mujer pueda demandar el divorcio, aun fuera de estos casos. El Código Civil Argentino coloca en perfecta igualdad a los cónyuges para los efectos del adulterio. A este respecto, Olegario Machado comenta que la igualdad de trato a ambos cónyuges "es inconveniente e impropio, como lo reconocen así todos los Códigos, y la naturaleza misma del hecho lo demuestra".¹⁴⁰ No estamos de acuerdo con el jurista argentino citado, en cuanto a darle un distinto tratamiento al adulterio cometido por los cónyuges, según se trate del marido o la esposa, puesto que si en realidad el adulterio cometido por la cónyuge implica más graves peligros para el matrimonio, por existir la posibilidad de procrear un hijo que necesariamente traerá a la familia e inclusive se imputará legalmente al marido, también es real que el adulterio que comete el cónyuge varón implica graves faltas a la estabilidad matrimonial siendo no menos graves, aun cuando en distinta concepción.

Concuerda con nuestro criterio el jurista Lafaille quien comenta al respecto que: "A diferencia de lo que ocurre en el orden penal, aquí el adulterio produce iguales efectos, sea que lo

139 Idem. Art. 67.

140 Machado José Olegario. Ob. Citada. Pág. 375.

cometa el varón o que incurra en él la esposa, y sin distinguir tampoco ciertas modalidades como la existencia de un verdadero concubinato... La ley represiva tiende cada vez más a la nivelación de los sexos bajo ese aspecto. Sin embargo, no se puede negar que, para los fines de la filiación, el adulterio de la mujer produce consecuencias mucho más profundas que la infidelidad del marido, pues que ésta no hace ingresar en la familia legítima el fruto de esa clase de relaciones, como sucede en el primer caso. Pero claro está, que como inobservancia a la fe conyugal y a las obligaciones del matrimonio, tan grave es un acto como otro y el legislador civil ha estado en lo justo al sancionar con el divorcio en cualquiera de los casos, trátese de un adulterio transitorio o de un amancebamiento".¹⁴¹

La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro es un delito y en tal virtud, encontramos plena justificación para su inclusión como causa de divorcio. "Un delito de esta especie aunque no llegue a ser consumado, o permanezca en la vía de la preparación, implica evidentemente la ruptura de todos los deberes inherentes al matrimonio".¹⁴²

Con respecto a la causal de divorcio consistente en la provocación de uno de los cónyuges al otro para cometer adulterio u otro delito, creemos que el Código Civil Argentino ha querido incluir en la palabra **provocación**, tanto la propuesta como la tentativa y al referirse a otros delitos, indudablemente que no alude sólo a los que atacan el pudor o el honor que debe privar entre los cónyuges, sino a cualquiera otro que se intente cometer.

La sevicia comprende los malos tratamientos materiales.

Las injurias no comprenden los malos tratamientos de hecho (como en el caso de la causal señalada anteriormente) sino los insultos o manifestaciones de desprecio. Esto tiene notoria importancia pues mientras que en el mal tratamiento es suficiente su continuidad, en la injuria se hace necesaria la grave-

141 Lafaille Héctor. Ob. Citada. Pág. 137.

142 Idem. Pág. 138.

dad del insulto, gravedad para cuya apreciación debe tomarse como base tanto la educación como la posición social del cónyuge que profiere o que recibe tales insultos. "Las injurias deben ser graves. Esta clasificación de la ley no es arbitraria. Una simple ofensa, en las relaciones conyugales, aunque lleguen a significar un acto poco amable y hasta envolver un cargo para el marido o la mujer, no pueden llevar a la disociación de la familia, sino cuando reviste una trascendencia, una intensidad, en menoscabo tal, que deje una impresión profunda capaz de impedir la vuelta a la convivencia".¹⁴³

Respecto a la causal prevista como 6a., en el artículo 67, la referida ley comprende todos aquellos malos tratamientos que, aun cuando no sean graves, por su frecuencia y continuidad llegan a hacer intolerable la vida en común.

Con relación al abandono como causa de separación, el derecho civil argentino alude al abandono voluntario y malicioso, dando a entender que en tanto el abandono sea por causa ajena a la voluntad del cónyuge que lo realice y que por tal circunstancia no pueda volver al domicilio conyugal, éste no se constituye en causal de divorcio.

El derecho para demandar el divorcio corresponde únicamente a los esposos. La acción de divorcio se extingue y aun cesan todos los efectos del divorcio que ya haya sido declarado, cuando los cónyuges se reconcilien.¹⁴⁴

Señala la Ley 2393 en el artículo 71, 3a. parte que: "La reconciliación restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio".¹⁴⁵

Se presume la reconciliación de los cónyuges según el artículo 71, 2a., parte, "...cuando el marido cohabita con la mujer, después de haber dejado la habitación común".¹⁴⁶

143 Idem. Pág. 141.

144 Machado José Olegario. Ob. Citada. Pág. 380.

145 Código Civil de la República Argentina. Ley 2393. Art. 71.

146 Idem.

3.—Sus Efectos Jurídicos:

a).—Entre los cónyuges.

Una vez que es decretada definitivamente la separación, los esposos se consideran como extraños en cuanto a sus relaciones personales. Para tal efecto, señala la Ley 2393 en su artículo 72: "Separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio o residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero...".¹⁴⁷

Con respecto a los alimentos, dice el artículo 79 de la mencionada Ley: "El marido que hubiese dado causa al divorcio debe contribuir a la subsistencia de la mujer, si ella no tuviese medios propios suficientes. El juez determinará la cantidad y forma, atendidas las circunstancias de ambos".¹⁴⁸

Esta situación nos parece justa, ya que si fue el varón quien dió motivo o causa a la separación, creemos que en todo caso deberá ser condenado a proporcionarle alimentos a su consorte. Sin embargo, el artículo 80 de la Ley 2393, dice que "cualquiera de los esposos que hubiere dado causa al divorcio, tendrá derecho a que el otro, si tiene medios, lo provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad".¹⁴⁹

Si la mujer fuese mayor de edad, podrá ejercer todos los actos de la vida civil a excepción de cuando de enajenar bienes raíces se trate, en cuyo caso necesitará autorización judicial. El marido se quedará con la administración de los bienes de la sociedad conyugal, si él no ha dado causa al divorcio.

El cónyuge menor de edad no vuelve a caer en la patria potestad en que estaba antes de contraer matrimonio, en virtud de la emancipación que se ha producido a su favor al contraer el vínculo conyugal. Señala la Ley 2393, en su artículo 73, 2a., parte, que "Cualquiera de los cónyuges que fuese menor de

147 Código Civil de la República Argentina. Ley 2393. Art. 72.

148 Idem. Art. 79.

149 Idem. Art. 80.

edad, quedará sujeto a las disposiciones de este Código, relativas a los menores emancipados".¹⁵⁰

"Artículo 74.—Si durante la tramitación del juicio de divorcio la conducta del marido hiciese temer enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes del matrimonio, la mujer podrá pedir al juez de la causa que se haga inventario de ellos y se pongan a cargo de otro administrador, o que el marido dé fianza del importe de los bienes. Dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, con arreglo a lo dispuesto en el título de la 'Sociedad conyugal' ".¹⁵¹

El cónyuge que hubiere dado o prometido donaciones o ventajas para su consorte tanto en vida como después de su fallecimiento, podrá revocarlas si no dió causa al divorcio.¹⁵²

Una vez que sea promovida la acción de divorcio, el juez podrá a instancia de parte y en casos que se consideren de extrema urgencia, decretar la separación personal de los esposos fijar el depósito de la esposa en una casa honesta que esté dentro de su jurisdicción, así como determinar los alimentos que el varón ha de prestar a la cónyuge y las expensas necesarias para el juicio de divorcio en favor de la consorte.¹⁵³

Cuando alguno de los cónyuges sea menor de edad, deberá estar representado en el juicio de divorcio por un curador especial que para tal fin fije el interesado o, en su caso, lo nombrará el juez de la causa. A tal efecto, señala el artículo 69: "Si alguno de los cónyuges fuese menor de edad, no podrá estar en juicio como demandante o demandado, sin la asistencia de un curador especial, que para este solo fin elegirá la parte, y en su defecto nombrará el juez".¹⁵⁴

150 Idem. Art. 73.

151 Idem. Art. 74.

152 Idem. Art. 75.

153 Idem. Art. 68.

154 Idem. Art. 69.

b).—En relación con los hijos.

Presentada que sea la acción de divorcio o antes de ella, podrá el juez a instancia de parte y en casos que considere de extrema urgencia, determinar lo referente al cuidado de los hijos y a los alimentos que han de prestárseles.

Si los cónyuges tuviesen hijos a su cargo, después de decretado el divorcio, no podrán trasladarlos fuera del país si no es recabando previamente un permiso otorgado por el juez del domicilio. Al respecto prescribe la Ley 2393 en el artículo 72: "Si el cónyuge tuviese hijos a su cargo, no podrá transportarlos fuera del País sin licencia del juez del domicilio".¹⁵⁵ Esta prohibición consideramos que es injusta, puesto que si se ha conferido a los cónyuges o a alguno de ellos, la tenencia de hijos para su custodia y educación, tal tenencia debe ir acompañada de la libertad que permita su eficaz y completo ejercicio.

La separación por divorcio, no afecta a la patria potestad que tienen los cónyuges sobre sus hijos, ya que podrán ejercerla separadamente, si así lo hubiese decidido el tribunal que decretó el divorcio.

Los hijos menores de cinco años, quedarán a cargo de la madre, salvo el caso en que ésta fuera condenada a presidio por la comisión de algún delito. A este respecto, Machado dice: "El divorcio hace cesar el poder del marido, y si la mujer ha sido elegida por el juez para tener en su poder a los hijos, quiere decir que se encuentra en uno de los casos en que se suspende la patria potestad del marido. Si la reconciliación viene, así como el poder marital se restablece, la patria potestad renace; por esa razón hemos dicho que sólo se suspendía... No se puede suponer que la mujer tenga la guarda de sus hijos y el marido la patria potestad sobre ellos; la resolución del juez al privarle de los hijos no tendría en ese caso efecto alguno. No se debe confundir la patria potestad con el derecho que conserva siempre el padre de ocurrir a la justicia, cuando la madre hiciera un uso abusivo de la misión que se le ha confiado".¹⁵⁶

155 Código Civil de la República Argentina. Ley 2393. Art. 72.

156 Machado José Olegario. Ob. Citada. Págs. 390 y 391.

Tanto el padre como la madre quedarán sujetos a todas las cargas y obligaciones de la paternidad, independientemente de quien hubiera dado causa al divorcio.

Cuando un cónyuge denuncie al otro por algún delito cometido y el acusado sea condenado a prisión, reclusión o destierro, los hijos no podrán quedar con el que deba cumplir la condena, independientemente de la edad de los menores.¹⁵⁷

157 Código Civil de la República Argentina. Ley 2393. Art. 77.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN ESPAÑA

- 1.—Génesis de su Regulación Contemporánea.**
- 2.—Sus Causas.**
- 3.—Sus Efectos Jurídicos:**
 - a).—Entre los cónyuges.**
 - b).—En relación con los hijos.**

EL DIVORCIO EN ESPAÑA

1.—Génesis de su Regulación Contemporánea.

En este derecho, por razones de índole religiosa y de acuerdo con la doctrina del Derecho Canónico, no se admite el divorcio vincular, sino sólo la separación de los esposos. El único medio de disolución del matrimonio es la muerte, ya que el divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados.

Según Castán Tobeñas "es tradicional la distinción de dos especies de divorcio.

- A) El divorcio pleno, perfecto o vincular.
- B) El menos pleno o imperfecto".¹⁵⁸

El divorcio pleno o perfecto tiene como resultado no sólo la separación de los cuerpos entre los cónyuges, sino que además rompe el vínculo matrimonial, dejando a aquéllos en aptitud para contraer nuevo matrimonio; en cambio, el divorcio menos pleno o imperfecto produce única y exclusivamente la separación de cuerpos entre los cónyuges, ésto es, la suspensión del deber de cohabitación.

Refiriéndose el mismo Castán Tobeñas, tanto a la nulidad del matrimonio como al divorcio, dice que: "Tienen de común estas dos instituciones el producir la extinción de la vida conyugal. Pero se diferencian en que la nulidad supone un matrimonio inválido que se considera no celebrado nunca, mientras

158 Castán Tobeñas José. "DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL", Tomo I. Volumen I. Pág. 206.

que el divorcio supone un matrimonio válido que se disuelve si el divorcio es pleno, o se suspende en cuanto alguno de sus efectos, principalmente el de la vida en común, si es menos pleno".¹⁵⁹

El tratadista español Valverde opina que: "Por nuestra parte no hemos de regatear aplausos al Código Civil Español en este punto; no somos partidarios del divorcio absoluto, por considerarlo perjudicial desde el punto de vista social y el legislador nuestro merece plácemes por no haber permitido la disolución del matrimonio sino por la muerte de las personas, robusteciendo de ese modo la vida familiar... Dados los precedentes legislativos de España, teniendo en cuenta la demás opinión del país, que es contraria al divorcio, y sobre todo, considerando que admite el Código la doble forma matrimonial de que tantas veces se ha hablado, el legislador no puede hacer otra cosa que la que ha hecho y no hubiera sido prudente adoptar otra solución".¹⁶⁰

Castán Tobeñas recuerda que la Constitución de la República Española del 9 de noviembre de 1931, estableció en su artículo 43 que "El matrimonio podrá disolverse por mutuo consentimiento o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación de causa legítima".¹⁶¹

En acatamiento a lo ordenado por el precepto Constitucional citado, la Ley de Divorcios de 1932, admitió las dos formas de divorcio que ya hemos referido. Según esta Ley, las causas de divorcio eran las siguientes:

1a.—El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.

2a.—La bigamia.

3a.—La tentativa del marido para prostituir a su mujer y

159 Castán Tobeñas José. Ob. Citada. Pág. 206.

160 Valverde y Valverde Calixto. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL", Tomo IV. Págs. 182 y 183.

161 Castán Tobeñas José. Ob. Citada. Pág. 206.

el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos y la convivencia en su corrupción o prostitución.

4a.—El desamparo de la familia sin justificación.

5a.—El abandono culpable del cónyuge durante un año.

6a.—La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial.

7a.—El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o de los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y las injurias graves.

8a.—La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral y deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan incompatible para el otro cónyuge la continuación de la vida en común.

9a.—La enfermedad contagiosa grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera de matrimonio y después de su celebración y la contraída antes, que hubiere sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

10a.—La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que su desarrollo produzca la incapacidad definitiva para el cumplimiento de alguno de los deberes conyugales y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo.

11a.—La condena del cónyuge a pena de prisión de libertad por tiempo superior a diez años.

12a.—La separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida durante tres años.

13a.—La enajenación mental de uno de los cónyuges cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No

podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa si no queda asegurada la existencia del enfermo".¹⁶²

Sin embargo, por decreto de 24 de diciembre de 1938 se declaró que no podía considerarse vigente en ninguno de sus preceptos la Constitución de la República Española y, por lo tanto, la Ley de Divorcios de 2 de marzo de 1932, quedó abrogada también por el decreto anteriormente mencionado, en virtud de que la citada Ley había sido reglamentaria del artículo 43 de la Constitución de la República.

Don José María Manresa y Navarro, confirmando lo anterior nos dice: "La publicación de la derogada Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931 implicaba una transformación tan radical para nuestro derecho privado, que apenas quedaba institución del Código que no resultase afectada por aquélla, especialmente en materia de derecho de familia y de propiedad. Prescindiendo de algunas leyes como las de divorcio, matrimonio civil, confesiones religiosas y otras, dictadas en desarrollo de los mandatos constitucionales y que han sido derogadas en su totalidad".¹⁶³

Debido a todo lo expuesto debe reconocerse que España es de los países que más se apega a los lineamientos del Derecho Canónico y en tal razón, no admite el divorcio absoluto o pleno, sino en aras de proteger a la familia, solamente admite el divorcio imperfecto dando con ello lugar a la separación de cuerpos ya sea temporal o perpetuamente, pero nunca rompiendo el vínculo del matrimonio que une a los cónyuges y dejando a éstos con todas las obligaciones que del mismo se derivan, sin permitir que ninguno de los dos pueda contraer nuevas nupcias.

En resumen, la legislación española admite la separación temporal o perpetua de los cónyuges por medio del divorcio, o sea la separación de cuerpos.

162 Castán Tobeñas José. Ob. Citada. Págs. 214 y 215.

163 Manresa y Navarro José María. "CODIGO CIVIL ESPAÑOL", Tomo I. Pág. 92.

2.—Sus Causas.

Una vez que fue derogada la Constitución de la República Española por el decreto de 24 de diciembre de 1938 y en consecuencia también la Ley de Divorcios de 1932, que como ya se dijo era reglamentaria del artículo 43 de la mencionada Constitución, los preceptos del Código Civil Español de 10. de mayo de 1889 volvieron a cobrar vigencia, con ciertas modificaciones introducidas con posterioridad.

“El Código Civil Español, atento a la tradición jurídica patria, de la cual ni la Ley de Matrimonio Civil se había apartado, rechazaba el divorcio vincular, estableciendo que el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (Art. 52), y que el divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados (Art. 104). Pero en la actualidad, este régimen jurídico está radicalmente innovado”.¹⁶⁴

El Código Civil Español vigente, solamente admite el divorcio menos pleno o imperfecto, por lo tanto, no permite la disolución del vínculo:

“Art. 104.—El divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común”.¹⁶⁵

El legislador español de 1889 al disponer lo anterior, siguió las ideas de la Iglesia Católica, que solamente admite la separación de cuerpos entre los cónyuges y no así el divorcio vincular.

Las causas de divorcio que establece el Código Civil Español vigente, en su artículo 105 son las siguientes:

1a.—El adulterio de la mujer en todo caso, del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

2a.—Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.

3a.—La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

164 Castán Tobeñas José. Ob. Citada. Pág. 208.

165 Manresa y Navarro José María. Ob. Citada. Pág. 521.

4a.—La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

5a.—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.

6a.—La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua".¹⁶⁶

Como podemos apreciar, la 1a., causal de divorcio consigna, al igual que nuestro Código Civil, el adulterio, aun cuando se distingue de su correlativa de nuestro ordenamiento en la disparidad con que sanciona a cada cónyuge según su sexo. La 2a., causal es parecida a la que consigna el Código substantivo del Distrito y Territorios Federales en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil, resultando éste, más completo que el Código Español. De la causal 3a., no existe ninguna correlación en nuestro Derecho. Las causales 4a., y 5a., tienen cierta similitud con las mencionadas en las fracciones III y IV del precepto correspondiente de nuestro Código.

Todas estas causas son suficientes en el orden moral para motivar el divorcio, tal cual lo admite el Código Civil Español; la mayor parte de ellas están unánimemente reconocidas por otras legislaciones, y alguna, como el adulterio, que supone una violación de los principales deberes matrimoniales, ha sido considerada siempre como causa de divorcio. La legislación española considera más grave el adulterio de la mujer que el del marido, pues al de éste le exige condiciones cualificativas para que pueda constituir causa de divorcio, cosa que nos parece totalmente injusta, ya que tanto el adulterio del esposo como el de la cónyuge, por igual suponen la violación de uno de los principales deberes del matrimonio, como lo es la fidelidad. En esta cuestión, el Código Civil Español se separa del criterio del Derecho Canónico y de algunas legislaciones inspiradas en éste, como las de Austria y Hungría, y sigue la tradición legislativa del derecho español, como confirmando aquellas palabras de las Partidas: "los daños e las deshonoras a la suya, por que

166 Manresa y Navarro José María. Ob. Citada. Págs. 521 y 522.

del adulterio que hace el varón con otra mujer non nace daño nin deshonra a la mujer, porque del adulterio que hace su mujer con otro finca el marido deshonra".¹⁶⁷

En la 3a. causal del Código Civil Español, se exige que exista violencia de parte del marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión, lo cual resulta muy diferente a considerar como causa de divorcio el cambio de religión voluntario por alguno de los cónyuges.

Castán Tobeñas al hacer una clasificación de las causales de divorcio nos dice: "Más corriente y de mayor importancia jurídica es la clasificación de causas culposas y causas sine culpa. Las primeras suponen la culpa o el hecho voluntario de uno de los cónyuges, contrario a los fines y normas del matrimonio, fundándose en el principio llamado de discrepancia subjetiva, o lo que es igual, en la idea del divorcio sanción. Las otras implican situaciones que hacen imposible o intolerable la vida en común, aunque no se deban a culpa o voluntad de uno de los cónyuges, y se basan en el principio de discrepancia objetiva y en la concepción del divorcio remedio... De entre estas causas admitidas por nuestra ley, pertenecen al grupo de las culposas el adulterio, la bigamia, la tentativa de corrupción de la mujer o de los hijos, el desamparo de la familia, el abandono del cónyuge, el atentado a la vida, malos tratos e injurias graves, la violación de los deberes matrimoniales y la conducta inmoral o deshonrosa. Al mismo grupo parecen corresponder la condena penal (puesto que en todo caso, tiene su origen en un hecho voluntario, imputable a su autor, que quiso el delito y con él sus consecuencias familiares de imposibilidad del cumplimiento de la obligación de convivencia) y la enfermedad grave, venérea o no (que exige, cuando menos, la condición culposa de la ocultación al tiempo de celebrar el matrimonio). En cambio, entran en el grupo de las causas objetivas la separación de hecho durante tres años y la enfermedad mental. Hay, finalmente, alguna causa respecto de cuya clasificación puede

167 Valverde y Valverde Calixto. Ob. Citada. Pág. 185.

haber más vacilaciones. Por ejemplo, la ausencia, en la que no se sabe si el hecho que la origina es voluntario o no".¹⁶⁸

Según el artículo 37 de la Ley de Divorcio de 1932, corresponde al cónyuge inocente optar entre la acción de divorcio o la separación de personas y bienes.¹⁶⁹

La separación debe ser pedida por el cónyuge inocente, basando la petición en motivos que la justifiquen y fundándose en alguna o algunas de las causas que determina el ordenamiento que examinamos.

Respecto del divorcio por mutuo disenso, el Código Civil Español establece ciertos requisitos; al efecto Castán Tobeñas expresa: "Para pedir el divorcio por mutuo disenso, los cónyuges tienen que ser mayores de edad y no se puede ejercitar la acción si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio según lo prescribe el artículo 4o., de la Ley de Divorcio".¹⁷⁰

El proyecto de Código de 1851 quiso modificar el régimen tradicional en materia de causas matrimoniales, estableciendo que las de divorcio pasaban a la jurisdicción civil, no así las de nulidad que quedaban bajo la de la Iglesia. Sin embargo, el Código de 1889, "ateniéndose a los dictados del Derecho Canónico y a los preceptos legales contenidos en las Partidas y en el Real Decreto de 9 de febrero de 1775, reconoció la jurisdicción de la Iglesia sobre la nulidad y el divorcio, aunque, claro es, limitada al matrimonio canónico".¹⁷¹

Por Decreto de 3 de noviembre de 1931, se dispuso que "los tribunales ordinarios serán los únicos competentes para conocer, con efectos civiles, de las demandas sobre divorcio y nulidad del matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración".¹⁷² Este Decreto no llegó a aplicarse, pues quedó en suspenso en virtud del de 10 de diciembre del mismo año.

168 Castán Tobeñas José. Ob. Citada. Pág. 214.

169 Idem. Pág. 208.

170 Idem. Pág. 210.

171 Idem. Pág. 208.

172 Idem. Pág. 209.

La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, atribuye a los tribunales civiles la competencia para que conozcan los pleitos de divorcio y señala que las sentencias que sobre esta materia hubieren sido dictadas por los tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto de 3 de noviembre de 1931, producirán los efectos de divorcio conforme a la Ley aludida, pero los dictados con posterioridad al mencionado Decreto, no surtirán ningún efecto legal, siendo necesario que aquellas sentencias pronunciadas con posterioridad al Decreto y anteriores a la vigencia de la Ley de Divorcio, fueran sometidas a revisión por el tribunal competente, a fin de producir efectos.¹⁷³

Posteriormente, en la Ley de Matrimonio de 28 de junio de 1932, se dispuso en su artículo 4o., "Que la jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de la misma, incluso las que se relacionan con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados con arreglo a ella, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 a 103 del Código Civil. Que las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios celebrados antes de la vigencia de esta Ley, serán resueltos por los tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a la ley que fueron contraídos".¹⁷⁴

En resumen, la legislación española admite la separación temporal o perpetua de los cónyuges por medio del divorcio, o sea la separación de cuerpos.

3.—Sus Efectos Jurídicos.

La indisolubilidad que admite la legislación española se basa en principios morales, en el interés de los mismos cónyuges y como se ha afirmado en páginas anteriores, en el interés de los hijos; tiene además como base, el principio admitido por la doctrina canónica de que Jesucristo proclamó la perpetuidad del matrimonio.

173 Idem. Pág. 209.

174 Idem. Pág. 210.

Pasamos ahora, al estudio de los principales efectos jurídicos que produce la sentencia de divorcio o separación de cuerpos en la legislación española, tanto entre los propios cónyuges, como en relación con los hijos.

a).—Entre los cónyuges.

Los efectos provisionales que se dan entre los cónyuges de acuerdo a lo prescrito por el artículo 68 del Código Civil Español, son los siguientes:

“1a.—Separar a los cónyuges en todo caso.

2a.—Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquélla.

4a.—El marido conservará la administración y disposición de sus bienes.

Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido, pero necesitará autorización judicial para actos que excedan de la administración ordinaria.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

El juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administre.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta re-

gla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales." 175

Dentro de los efectos definitivos entre los cónyuges, el principal de la sentencia de divorcio es relevar a los esposos de hacer vida en común y más aun, como dice Esmein, "produce este doble efecto: 1o., relevar a los cónyuges del débito conyugal; 2o., el relevarles también de las obligaciones de cohabitar, o sea de la mutua servitus". 176

Decretado el divorcio, permanece íntegro el deber de fidelidad entre los esposos, ésto en virtud de que como ya hemos dicho, el Código Civil Español llama divorcio a la simple separación de cuerpos sin admitir el divorcio absoluto, es decir, no se rompe el vínculo matrimonial y como consecuencia de ésto, los esposos no pueden celebrar nuevo matrimonio.

Sánchez Román, dice que "La mujer divorciada gozará de los honores del marido cuando el divorcio se decreta por culpa de éste, y con el divorcio, sea quien fuese la causa de él, la mujer adquiere la libertad para fijar su domicilio con independencia absoluta del marido". 177

El cónyuge culpable perderá todo lo que hubiere sido dado o prometido por el esposo inocente o bien, por alguna otra persona en consideración a este último. A su vez, el cónyuge inocente conservará todo lo que hubiese recibido de parte del culpable, pudiendo además reclamar lo que éste le hubiese prometido.

La separación de los bienes de la sociedad conyugal, si bajo este régimen están casados, es otro de los principales efectos de la sentencia de divorcio, teniendo cada uno de los cónyuges tanto el dominio como la administración de los que le correspondan.

El cónyuge inocente conservará el derecho a los alimentos

175 Código Civil Español. Art. 68.

176 Valverde y Valverde Calixto. Ob. Citada. Pág. 188.

177 Idem. Pág. 190.

y podrá pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, o la retención de sueldos y salarios, depósito de valores y todas las medidas cautelares que sean necesarias a fin de que se cumpla con tal obligación.

b).—En relación con los hijos.

Podemos señalar como efectos provisionales con relación a los hijos, los que se encuentran previstos por el mencionado artículo 68 del Código Civil Español:

“3a.—Fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos, y quién de aquéllos ejercerá la patria potestad.

En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asuma las funciones tutelares correspondiendo las del tutor o Consejo de Familia a la Autoridad Judicial.

El juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y convivir con ellos.

5a.—Señalar alimentos a los hijos que no queden en poder del padre”.¹⁷⁸

Una vez que sea decretado el divorcio, serán efectos definitivos respecto a los hijos, los siguientes:

“Art. 73, fracción 2a.—Quedar o ser puesto los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fuesen culpables, el juez discrecionalmente, podrá proveer de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de siete años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos si la causa que dió ori-

178 Código Civil Español. Art. 68.

gen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto a sus hijos".¹⁷⁹

La reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior a la sentencia dictada por él, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del tribunal que entienda o haya entendido el litigio. En cuanto a los hijos, subsistirán los efectos de la separación cuando ésta se funde en el conato o la connivencia del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, en cuyos casos los tribunales adoptarán las medidas necesarias convenientes a fin de preservarlos de la corrupción o la prostitución.¹⁸⁰

179 Idem. Art. 73.

180 Idem. Art. 74.

CAPITULO V
EL DIVORCIO EN ITALIA

- 1.—Su Concepción.**
- 2.—Sus Causas.**
- 3.—Sus Efectos Jurídicos:**
 - a).—Entre los cónyuges.**
 - b).—En relación con los hijos.**

EL DIVORCIO EN ITALIA

1—Su Concepción.

En el Derecho Italiano, el matrimonio se disuelve sólo por la muerte de uno de los cónyuges, sin embargo existe la separación personal que sin disolver el matrimonio elimina algunos de sus efectos, especialmente el de la convivencia.

El Código Civil Italiano en su artículo 149, señala como única causa de disolución del matrimonio, la muerte. Así tenemos que a la letra dice:

“El matrimonio no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges”.¹⁸¹

La institución del divorcio vincular no ha sido admitida en Italia a pesar de los esfuerzos que han hecho los partidarios de tal reforma. Este sistema rígido que no acepta motivo alguno, por grave e importante que sea, para la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, fue acogido por el legislador de 1865 no sólo por imitación a la legislación francesa de 1816, sino también por otras razones, como el respeto a la tradición y al sentimiento entonces prevalente en el pueblo italiano. A pesar de que en distintas ocasiones se ha intentado modificar el régimen vigente para introducir el divorcio vincular en Italia, éste no ha tenido acogida, ya que, en el período comprendido entre los años de 1881 a 1902 fueron presentados a las Cámaras varios proyectos de reforma, mismos que no llegaron a discutirse por las mismas.

181 Código Civil Italiano. Art. 149.

A este respecto nos dicen Santiago C. Fassi y Dionisio Petriella que "Como en la Argentina, también en Italia son numerosos los partidarios del divorcio ad vinculum, pero hasta ahora no han tenido éxito en su campaña para implantarlo, ni sus perspectivas mejoran al mantenerse en el gobierno el partido demócrata cristiano, definitivamente anti-divorcista. También en ambos derechos, el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges".¹⁸²

Los partidarios de la reforma han recurrido al viejo argumento: si el matrimonio es un contrato, no hay razón que pueda justificar el que como todo otro contrato, no pueda disolverse. Han recurrido también al Derecho Comparado, aduciendo que las legislaciones extranjeras en su mayoría admiten el divorcio. Afirman finalmente, que la animadversión al divorcio en Italia está fomentada y sostenida por la creencia religiosa y por el partido católico que ve en la indisolubilidad del matrimonio un reconocimiento de dogmas de la Iglesia, lo que se opone a los principios del Estado laico.

Responden a este razonamiento los antidivorcistas, manifestando que sus argumentaciones son falsas y exageradas y que revelan una visión unilateral y apasionada del problema. La indisolubilidad, aun cuando se considera por tradición como un producto de las enseñanzas de la Iglesia, se sostiene independientemente de la idea religiosa; así fue declarado en las discusiones parlamentarias que precedieron al Código, "...el principio de la indisolubilidad en nuestro Derecho no haya su justificación en las creencias religiosas, sino en razones superiores, que se refieren al orden ético y político de la familia y del Estado".¹⁸³

Es un error, continúan diciendo los enemigos de la reforma, el admitir la disolución del vínculo matrimonial, fundándose en la naturaleza contractual del mismo, porque, no es exacto llamar contrato al matrimonio, ya que, éste es una gran insti-

182 Código Civil Italiano. Comentario de Santiago C. Fassi y Dionisio Petriella. Pág. 117.

183 Ruggiero Roberto. "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL", Tomo II. Volumen II. Pág. 837.

tución civil y del derecho de familia que nace de la voluntad del marido, de la mujer y del representante del Estado que los declara unidos en matrimonio. Concluyen los antivorcistas argumentando que no sirve de nada el invocar las legislaciones extranjeras, mientras no se demuestre que allí donde existe el divorcio, la moral pública y la solidez del organismo familiar son más elevados y mayores que en Italia.

El único remedio existente en el Derecho Italiano, a las perturbaciones de la vida conyugal, es la separación personal de los cónyuges.

El Código Civil Italiano regula la separación sobre la base de dos conceptos fundamentales. Uno es que dicha separación produce la suspensión, no de todos los deberes conyugales, sino de aquéllos que son más incompatibles con la enemistad existente entre los dos cónyuges, o sean el de cohabitar y el de mutua asistencia; ésto con sus debidas reservas. El otro concepto es que la separación, por su esencia de estado anormal y tolerado, es precaria y transitoria (aunque pudiera ser que durase toda la vida, pero debe estimarse o por lo menos desearse, que sea de duración temporal), puede hacerse cesar en cualquier momento sin necesidad de observar forma alguna, bastando tan sólo con la simple reconciliación de los cónyuges y el restablecimiento de la vida común interrumpida; ésto está legislativamente apoyado en lo dispuesto por el artículo 154 del Código Civil Italiano que prescribe:

“La reconciliación extingue el derecho de pedir la separación; importa también el abandono de la demanda que haya sido propuesta”.¹⁸⁴

En relación con esta disposición, el artículo 157 del mismo Código señala que:

“Los cónyuges pueden, de común acuerdo, hacer cesar los efectos de la sentencia de separación con una expresa declara-

184 Código Civil Italiano. Art. 154.

ción o con el hecho de la cohabitación, sin que sea necesaria la intervención de la autoridad judicial".¹⁸⁵

Se distingue la reconciliación de la cesación de los efectos de la separación, ya que la primera se dá antes que haya sido decretada y ejecutoriada sentencia que autorice la separación y solamente implica el abandono de la solicitud de divorcio que hubiera sido propuesta, en tanto que en el segundo caso se alude a la cesación de los efectos de la sentencia que hubiere sido dictada y ejecutoriada, produciéndose tal suspensión en virtud al común acuerdo de los cónyuges de una manera expresa o en razón de cohabitar, lo que implica una continuación en sus relaciones conyugales, sin que para tal efecto, se haga necesaria la intervención del tribunal.

En el Derecho Italiano existen dos especies de separación personal:

1a.—La Judicial.—Presupone una contestación y un juicio en el cual cada cónyuge obra como actor frente al otro.

2a.—La Consensual—Requiere la intervención judicial tan sólo para su aprobación.

Expliquemos una y otra:

1.—Separación Judicial.—Quien deduce la demanda pretende hacer constar que el otro cónyuge es el culpable y que sobre éste deben recaer las consecuencias de la separación. Para solicitar esta clase de separación, debe fundarse la demanda en hechos culposos, en la responsabilidad contraída por infringir alguno de los deberes fundamentales del matrimonio. Pudiera suceder que la culpa sea recíproca y que cada cónyuge haya violado el mismo deber matrimonial, o un deber el marido y otro la mujer; en este caso pueden accionar ambos, uno contra el otro. Puede ocurrir que la sentencia decrete la separación por culpa imputable a ambos cónyuges, en este supuesto cada cónyuge sufra las correspondientes desventajas.

185 Código Civil Italiano. Art. 157.

2.—Separación Consensual.—Se trata de la separación voluntaria, como la llama el Código de Procedimientos Civiles Italiano. Es aquélla que sin previo juicio e independientemente de las causas que le dieron origen, tiene lugar por acuerdo de los contratantes. Las causas pueden ser las mismas que originarían la separación judicial, pero éstas tienen el valor de simples motivos, ya que la causa jurídicamente relevante es el mutuo consentimiento de los cónyuges que acreditan la intolerabilidad de la vida en común. La Ley Italiana ha admitido esta segunda forma de separación y la cual es plenamente justificada, ya que los motivos justificarían la separación judicial, renunciando el interesado a la acción y sus efectos: "...la separación por mero consentimiento de los cónyuges evita escándalos y el pleito sobre quien sea culpable".¹⁸⁶

La incomptabilidad de caracteres es la forma más usual para comprender los motivos menos graves, no pudiéndose imponer a los cónyuges contra su voluntad la prosecución de la vida en común. El único requisito impuesto por la Ley Italiana en el artículo 158 del Código Civil, a la libre voluntad de los cónyuges, es la intervención judicial para autorizar el acuerdo y el intento del Magistrado de reconciliar a los mismos, prescrito esto último por el artículo 711 del Código de Procedimientos Civiles Italiano. En el caso de separación consensual previsto en el artículo 158 del Código Civil el juez cuando ambos cónyuges recurren, tiene que oírles en el día por él mismo establecido y procurará conciliarlos.

Si la conciliación fracasa se hará constar en el proceso verbal el consentimiento de los cónyuges de la separación consensual y de las condiciones concernientes a los cónyuges y a la prole.

"La separación consensual adquiere eficacia con la homologación del tribunal".¹⁸⁷ De tal suerte, el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges en la legislación italiana requiere de la homologación del tribunal.

186 Bruggi Biagio. "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL". Pág. 463.

187 Código de Procedimientos Civiles Italiano. Art. 711.

2.—Sus Causas.

El derecho de pedir la separación corresponde a los cónyuges o a uno de ellos, y en tanto se fundamente la solicitud en las causas que expresamente determine la ley.

En esta legislación, una leve infracción de los deberes conyugales no puede ser causa legítima de separación, sólo pueden serlo los incumplimientos graves. Teniendo en cuenta los deberes fundamentales de fidelidad recíproca, mutua asistencia y mutua estimación, tienen carácter grave los incumplimientos o infracciones que el Código Civil Italiano enumera en el artículo 151 y que reputa como causas de separación excluyendo toda otra. Tales causas son las siguientes: adulterio, abandono voluntario, excesos, sevicia, amenazas o injurias graves.

I.—El adulterio.—Esta causa, supone la violación a uno de los deberes fundamentales, éste es, la mutua fidelidad que se deben los cónyuges. El Código Civil Italiano en el artículo 151, distingue entre la violación de este deber por el marido y la cometida por la mujer. Para el adulterio del marido, se requiere que vaya acompañado de una característica agravante y que es necesaria para que la mujer pueda alegarlo como causa de separación: que las relaciones adulterinas del cónyuge varón sean de tal naturaleza que constituyan una injuria grave para la mujer, no bastando una relación cualquiera extraconyugal, sino que es preciso que haya continuidad en las relaciones. Por el contrario, el simple adulterio de la mujer, es decir, la más mínima conducta de la cónyuge que implique relaciones sexuales extramatrimoniales, aun cuando sea cometida una sola vez, es suficiente para que el marido pueda alegar la separación. No creemos que tal distinción en cuanto al adulterio cometido por la mujer o el varón, se justifique, sin que para ello obste el alegato de que tal distingo "...se funda en la tradición, y en graves consideraciones de orden jurídico, social y moral".¹⁸⁸

II.—El abandono voluntario.—Es el incumplimiento del de-

188 Código Civil Italiano. Comentarios. Pág. 118.

ber de convivencia, infracción en que puede incurrir lo mismo el hombre que la mujer. La mujer en el caso de que no siga al marido dondequiera que éste fije el domicilio conyugal, o el esposo si abandona a la mujer en el lugar que fijaron para su residencia.

III.—Los malos tratamientos en general.—El Código Civil Italiano, habla respecto de “excesos, sevicia, amenazas o injurias graves”.¹⁸⁹ Los intérpretes de la ley suelen considerar tales conceptos como enunciativos de causas distintas, que entrañan determinadas infracciones a los deberes de mutua asistencia y estimación que se deben los cónyuges.

Además de las causales señaladas en el artículo 151 del Código Civil Italiano (que podemos calificar como causas personales), este ordenamiento legal añade en sus artículos 152 y 153 otras dos causales que clasificaremos como causas por condena penal y causas de separación por residencia no fijada, respectivamente.

IV.—La condena penal.—Es necesario que dicha condena sea grave. El artículo 152 del Código Civil Italiano señala que “la separación por condena penal, puede ser pedida contra el cónyuge que haya sido condenado a la pena de ergástulo o de reclusión por un tiempo superior a cinco años o bien que haya sido sometido a interdicción perpetua de los cargos públicos, excepto el caso en que la condena o la interdicción sea anterior al matrimonio y el otro cónyuge tenga conocimiento de ella”.¹⁹⁰ Tal disposición nos hace pensar que el Código Civil ha querido establecer que para que haya lugar a la separación, es preciso que se trate de la comisión de un delito grave por el cónyuge culpable y cuya pena sea, consecuentemente, severa.

V.—La negativa del marido a fijar residencia. Esta causal se encuentra prevista por el artículo 153 del Código Civil Italiano que a la letra dice:

189 Idem. Art. 151.

190 Idem. Art. 152.

"La mujer puede pedir la separación cuando el marido, sin justo motivo, no fija su residencia, o, teniendo los medios para ello, rehusa de fijarla en modo conveniente a su condición".¹⁹¹

Es pues, una causa que sólo puede alegar la mujer, ya que se estima una obligación específica del marido fijar residencia y de que ésta sea de acuerdo con el medio social en que se desenvuelva el matrimonio y a las posibilidades económicas del marido. El Código Civil Italiano, tiende a defender a la mujer contra la injusta actitud del marido que teniendo todos los medios así como las posibilidades necesarias, se niega a fijar la residencia conyugal, ésto es, se pretende protegerla "contra el capricho de un esposo que sin necesidad se diese a la vida errante y la impusiera a su familia, o contra la tacañería de un esposo que constriñe a su familia a una vida mísera, cuando sería posible a dicha familia un tenor de vida elevado".¹⁹²

Resumiendo diremos que el Código Civil Italiano, únicamente admite el divorcio no vincular, tanto judicial como por mutuo consentimiento de los cónyuges, procediendo el primero solamente cuando se invoquen las causales expresamente determinadas por la ley y el segundo, cuando exista previa homologación del tribunal, así como un intento de reconciliación entre los cónyuges, realizado por el juez que conozca del trámite.

3.—Sus Efectos Jurídicos.

Los efectos de la separación judicial, son de un triple orden: en relación a los cónyuges, a los hijos y a los bienes; nos interesan para los fines de este trabajo, únicamente los dos primeros.

a).—Entre los cónyuges.

El efecto principal entre los cónyuges es la cesación de las obligaciones de convivencia, de las relaciones sexuales y en cierto modo de las de recíproca asistencia, ya que no cesan por

191 Código Civil Italiano. Art. 153.

192 Jemolo Arturo Carlo. "EL MATRIMONIO". Págs. 505 y 506.

completo, pues la obligación de otorgarse mutuamente alimentos en caso de necesidad, no puede eludirse por la simple separación de los cónyuges. Prescribe el párrafo segundo del artículo 156 del Código Civil Italiano:

“El cónyuge por culpa del cual sea pronunciada la separación, tendrá derecho solamente a los alimentos. Incurrirá en la pérdida de todos los beneficios que el otro cónyuge le ha concedido con el contrato de matrimonio, aunque hayan sido estipulados con reciprocidad”.¹⁹³

Previene este artículo en su parte inicial, que el cónyuge que no hubiese dado causa al divorcio, conservará todos los derechos que son inherentes a su calidad de cónyuge en tanto tales derechos no sean incompatibles con el estado de separación que priva.

El tribunal podrá de acuerdo con las circunstancias, prohibir a la mujer el uso del apellido del marido cuando además, ella hubiese dado causa a la separación.

Si la sentencia que decreta la separación proviene de la culpa de ambos cónyuges, los dos perderán todo derecho al usufructo legal que les corresponda de los bienes de los hijos menores y el tribunal de acuerdo con las circunstancias, dictará las disposiciones oportunas en cuanto a dicho usufructo. Si solamente uno de ellos hubiese dado causa a la separación, únicamente él perderá el derecho a tales usufructos.

b).—En relación con los hijos.

La ley deja un amplio margen de discreción y prudencia a los jueces, ya que serán ellos los que deban declarar cuál de los cónyuges debe tener a su cuidado la guarda de los hijos y quién deberá de proveer a su manutención, educación e instrucción, o que los mismos deban quedar al cuidado de una tercera persona, salvo, desde luego, el derecho de los padres de vigilar su educación. Podrá el juez en ejercicio de esta amplia facultad

193 Código Civil Italiano. Art. 156.

discrecional, juzgar la culpa de uno y otro cónyuge y la naturaleza de la infracción, pero deberá de tomar en consideración la condición social y económica de ambos padres, para poder normar su criterio y adoptar las providencias más convenientes en beneficio de los hijos.

Nada impide que los hijos se distribuyan entre ambos cónyuges al igual que los gastos de manutención; o que sean confiados a la mujer, aun siendo ésta culpable de la separación, los mismos hijos.

En la legislación italiana no hay, como sucede en Argentina, España y aun en la legislación mexicana. una preferencia hacia la madre por razón de la edad de los hijos.

CAPITULO VI

EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1.—Su Concepción.

2.—Su Naturaleza Jurídica.

3.—Clases de Divorcio:

a).—Divorcio Voluntario Administrativo.

b).—Divorcio Voluntario Judicial.

c).—Divorcio Necesario.

4.—Sus Causas.

5.—Efectos de la Sentencia de Divorcio:

a).—En relación con los hijos.

6.—Puntos de Vista del Sustentante, Sobre el Sistema de Divorcio más Conveniente.

EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1.—Su Concepción.

Como ya hemos dicho, la Ley Sobre Relaciones Familiares fue incorporada al Código Civil vigente. Este Código fue expedido el 30 de agosto de 1928 y en él, se continuó el criterio de considerar al matrimonio como un vínculo disoluble, definiendo indirectamente al divorcio en el artículo 266 en los siguientes términos:

“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.¹⁰⁴ Este artículo es una reproducción fiel del 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Esto es, la legislación civil actual sigue los mismos lineamientos trazados por la Ley Sobre Relaciones Familiares, admitiendo el divorcio vincular y concibiendo al matrimonio como un contrato civil.

2.—Su Naturaleza Jurídica.

En cuanto a la naturaleza jurídica del divorcio, se puede afirmar que a este respecto, los tratadistas poco se han interesado en estudiar el tema a diferencia de lo que sucede con el matrimonio, tal vez debido ésto a que consideran que el divorcio es una consecuencia eventual en todo caso del matrimonio, cuyas causas no se desean en el momento mismo de celebrarse éste y aun más, se ignoran. Solamente se han concretado a estudiar sus causas y a señalarlas.

194 Código Civil de 1928. Art. 266.

Sin embargo, podemos decir con relación a su naturaleza jurídica que hasta ahora solamente se puede afirmar que ésta consiste en ser un procedimiento, es decir, una secuela de actos materialmente procesales practicados ante una autoridad administrativa o judicial. Desde luego que la autoridad en uno y otro caso, no puede actuar oficiosamente, requiere para intervenir de la instancia de uno o ambos cónyuges que de común acuerdo determinen la ruptura de su unión. En el primero de los casos, esto es, cuando sólo uno de los cónyuges entable la acción hablamos de divorcio necesario que siempre es judicial; en el segundo, nos encontramos frente al divorcio voluntario que, según las circunstancias, puede ser deducido ante un órgano jurisdiccional (divorcio voluntario judicial), o ante el Oficial del Registro Civil (divorcio administrativo).

El divorcio necesario se tramita ante la autoridad judicial a través de un procedimiento en el que se satisfagan los requisitos legales y siempre con fundamento en alguna de las causales que la ley señala al efecto y que deberá ser probada por el cónyuge interesado en probar la culpabilidad del otro.

En cuanto al divorcio voluntario corresponderá conocer a la autoridad administrativa cuando se satisfagan los requisitos que establece el Código Civil. Esos requisitos son los siguientes:

- a) Que los cónyuges manifiesten expresamente su voluntad de dar por concluído el matrimonio.
- b) Que tengan por lo menos un año de haber celebrado el matrimonio.
- c) Que sean mayores de edad.
- d) Que no hubiesen procreado hijos durante la existencia de su matrimonio.
- e) Que no tengan bienes, o en su caso, que disuelvan la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron.

El divorcio voluntario judicial tendrá lugar, cuando los cónyuges reúnan las condiciones anteriormente señaladas, pero

sean menores de edad o hubieran procreado hijos durante el matrimonio, en cuyo caso seguirán una secuela de actos frente a una autoridad judicial a fin de disolver el vínculo que los une.

3.—Clases de Divorcio.

Como ya hemos dejado asentado en el cuerpo de este trabajo, y de acuerdo con el Código Civil que nos rige en el Distrito y Territorios Federales, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo. ésto es, devuelve a los cónyuges su aptitud legal para que en un momento dado puedan volverse a casar civilmente

El divorcio puede ser de dos clases: Voluntario y Necesario. El divorcio voluntario a su vez, puede ser administrativo o judicial, por ser distintas las circunstancias en que se encuentran los cónyuges solicitantes según los requisitos legales para divorciarse por mutuo disenso, y distintos los intereses tutelados por la ley en cada caso; por tal razón, es diferente la autoridad que interviene en estas dos formas de divorcio voluntario.

Es divorcio Voluntario Administrativo, el que se efectúa ante el Oficial del Registro Civil, y divorcio Voluntario Judicial, cuando se promueve ante un Juez de Primera Instancia.

El divorcio Necesario o contencioso, implica la demanda de un cónyuge en contra del otro, presentada también ante un Juez de Primera Instancia y fundando su solicitud en alguna de las primeras diez y seis causales que expresamente señala el Código Civil en el artículo 266.

Pasamos ahora, al estudio de cada una de estas clases de divorcio y sus distintas formas de procedimiento.

a).—Divorcio Voluntario Administrativo.

El divorcio administrativo, lo encontramos establecido por el artículo 272 del Código Civil, y es aquél en el cual ambos consortes convienen en divorciarse voluntariamente, son mayo-

res de edad, carecen de hijos procreados en su matrimonio, y que de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron.¹⁹⁵

El procedimiento de divorcio seguido ante autoridad administrativa, está igualmente regulado y previsto por el artículo 272 del Código Civil, bajo los siguientes términos:

Los cónyuges deben presentarse personalmente ante el Oficial del Registro Civil, siendo competente, el de el lugar de su domicilio; como medio probatorio presentarán las copias certificadas del acta de matrimonio y de sus nacimientos y manifestarán en forma terminante y explícita que es su voluntad libre la de disolver el vínculo matrimonial. Previa identificación hecha de los consortes, el representante del Estado procederá a levantar un acta en que se hará constar la solicitud de divorcio presentada, fijando un plazo de quince días para que se presenten a ratificar su voluntad de divorciarse. Presentados los cónyuges a los quince días para hacer ratificación de su voluntad, el funcionario hará la declaración de divorcio, ordenando nuestra ley que se levante el acta respectiva y que se haga la anotación correspondiente en la de matrimonio.

En el supuesto caso de que los cónyuges se hayan conducido falsamente al manifestar que reunían los requisitos de referencia, la ley dispone que el divorcio así obtenido no surtirá sus efectos legales, debiendo además sufrir aquéllos las penas que establezca el Código de la materia. El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en su artículo 247, tipifica la conducta de quienes así se hayan conducido faltando a la verdad para obtener un divorcio sencillo y rápido, sancionándoles con una pena que va de 2 meses a 2 años de prisión. La fracción I del artículo mencionado, señala textualmente que comete el delito de "Falsedad en Declaraciones Judiciales: I.—Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la ju-

195 Código Civil de 1928. Art. 272.

dicial en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad".¹⁹⁶

El divorcio administrativo ha sido combatido aduciéndose la facilidad con la cual queda disuelto el vínculo matrimonial y la autoridad de bajo rango que lo concede.

Se ha criticado y con razón, a este llamado divorcio administrativo, principalmente por la facilidad que otorga para disolver el vínculo del matrimonio, sin embargo, existe una crítica de mayor peso y consecuencias jurídicas: se ha dejado asentado que es requisito indispensable para promover el divorcio administrativo el que no hayan procreado hijos los consortes, ya que de existir aquéllos, el divorcio voluntario tiene una regulación distinta como lo vamos a ver más adelante al estudiar el divorcio voluntario judicial. Pues bien, se puede dar el caso de que la mujer se encuentre en estado de gravidez el día en que se solicita el divorcio, bien con conocimiento o con desconocimiento de ese hecho por parte de los cónyuges o de alguno de ellos y que a los quince días tal y como lo prescribe el Código, se presenten a ratificar su solicitud y en tales circunstancias se declare disuelto el matrimonio y formalmente divorciados los cónyuges. Surge entonces una pregunta: ¿Es válido el acto administrativo que disolvió dicho vínculo?

Nuestro Código nada menciona a este respecto en el capítulo correspondiente, sin embargo, haciendo una interpretación del mismo, vemos que dispone en su artículo 22, que una persona se tiene por nacida para todos los efectos de dicho ordenamiento y por consiguiente queda bajo la protección de la ley, desde el momento de su concepción. Literalmente prescribe el Código: "...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".¹⁹⁷

En tal virtud, si se dictara sentencia por medio de la cual

196 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Art. 274, Fracc. I.

197 Código Civil de 1928. Art. 22.

se declarara disuelto el matrimonio encontrándose en estado de gravidez la cónyuge, es obvio que el divorcio así decretado, no surtirá sus efectos legales y será nulo de pleno derecho.

Con relación a este mismo problema y para los efectos penales en que pudieran incurrir los cónyuges por falsedad en declaraciones judiciales, es necesario contemplar las diferentes situaciones en que puede presentarse el caso: si los cónyuges desconocían el estado de embarazo en que se encontraba la mujer, desde luego que no se harán acreedores a ninguna sanción penal; en cambio, si ambos cónyuges o uno de ellos conocía la situación de gravidez existente, serán responsables de su acción en los términos dispuestos por el artículo 247 del Código Penal ya anteriormente señalado, por encuadrar su conducta en lo tipificado por ese precepto.

Podemos concluir diciendo, que en consideración a que el divorcio administrativo se dá entre cónyuges que no han procreado hijos y en consecuencia los daños que origina a la sociedad su separación serán mínimos, debe quedar instituido en nuestra legislación este sistema, pero se hace necesario que se reglamente de una manera más amplia y se cubran las lagunas que el legislador de 1928 no previó.

b).—Divorcio Voluntario Judicial.

La fórmula más cordial que se ha dado en la época presente para disolver el matrimonio, es la que se basa en el mutuo disenso, en la decisión recíproca de los cónyuges.

Con relación al divorcio voluntario de tipo judicial, éste tuvo sus orígenes en Francia en la época de la gran revolución, a fines del Siglo XVIII, pasando después a ser regulado por el Código Napoleón en 1804, y rodeado de grandes garantías que impidieron su abuso. En aquel entonces se alegaba ya en su favor, "la presencia de causas reales ocultas, que los interesados preferían guardar en secreto, en vez de exhibir la vergüenza de su fracaso y evitar el escándalo público de sus intimidades, por lo cual debería dispensárseles no revelar los recónditos

motivos de separación, justificando con ello, su existencia”¹⁹⁸ Aceptada que fue esta causa por el Código Napoleón, se suprimió con posterioridad y en la actualidad no existe en el régimen jurídico Francés.

En relación a este problema tan debatido por sociólogos, juristas y legisladores, se sustentó el criterio de que los argumentos que inspiraron el primitivo texto francés que admitió el mutuo disenso, deben considerarse vigentes hasta la actualidad.

En nuestro Derecho y más aun, en el Distrito y Territorios Federales, surgió debidamente a partir del Código de 1870, pero tal y como fue expuesto en el capítulo correspondiente, sin romper el vínculo matrimonial, sino únicamente autorizando a los consortes la separación de cuerpos con subsistencia del lazo jurídico del matrimonio ya que como recordamos, el Código de 1870 no admitió el divorcio vincular.

El Código de 1884, lo acogió en las mismas condiciones que como lo regulaba el de 70, pues fue hasta 1917, al promulgarse la Ley Sobre Relaciones Familiares, que se optó por un cambio radical al permitirse la ruptura del vínculo y que recuperen su aptitud los consortes para contraer nuevo estado matrimonial.

El divorcio voluntario judicial, tal y como su nombre lo indica, es aquél que puede ser invocado por un acuerdo de voluntades de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial sin que medie ninguna de las causas necesarias señaladas expresamente por la ley, sino únicamente con apoyo en la facultad que les es concedida en la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil.

Puede ser tramitado por los cónyuges que se encuentren en la situación prevista por el último párrafo del artículo 272 del mencionado ordenamiento, y que no pueden seguir el ya conocido procedimiento administrativo ante el Oficial del Regis-

¹⁹⁸ Planiol Marcel. Ob. Citada. Pág. 24.

tro Civil, ya sea por haber procreado hijos, por ser menor uno de ellos o ambos o no haber disuelto la sociedad conyugal. El párrafo mencionado a la letra 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”.¹⁹⁹

El procedimiento de divorcio en las condiciones antes señaladas, es regulado por los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Este ordenamiento dispone que cuando los consortes convengan en divorciarse en los términos que dispone la parte final del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que exige el artículo 273 del mismo ordenamiento, así como también deberán acompañar a su solicitud, copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores.

El convenio exigido por el Código Civil, constituye en realidad un proyecto (puesto que no tiene carácter definitivo sino hasta su aprobación), que presentan los cónyuges sometándolo a la consideración de la autoridad judicial, y en el cual deben acordarse los siguientes puntos:

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

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

III.—La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento.

IV.—La cantidad que a título de alimentos un cónyuge de-

199 Código Civil de 1928. Art. 272.

be pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.

V.—La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad".²⁰⁰

Ordena nuestro Código Procesal que una vez presentada la solicitud y acompañada del convenio y demás documentos, el tribunal citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta que deberá efectuarse después de los ocho y antes de los quince días siguientes, en la cual el juez exhortará a aquéllos a fin de obtener su reconciliación; si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente los puntos del convenio, si éste satisface los requisitos señalados, dictando al mismo tiempo las medidas que estime pertinentes de aseguramiento de los alimentos de los hijos.²⁰¹

Si insisten los cónyuges en su propósito de divorciarse, el tribunal citará a una segunda junta que se efectuará después de ocho y antes de quince días de solicitada (se puede solicitar en el acto mismo de la primera junta de avenencia), y en ella, los volverá a exhortar con el mismo fin de procurar su reconciliación. Si en esta segunda junta tampoco se logra avenir a los cónyuges, y en el convenio quedaron bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del Ministerio Público, dictará la sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.²⁰²

En cuanto a los términos que el Código de Procedimientos Civiles fija para que tengan lugar las dos juntas de avenencia prescritas, éstos casi nunca se llevan a efecto en la práctica pues

200 Idem. Art. 273.

201 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Art. 675.

202 Idem. Art. 676.

vemos que con frecuencia transcurren incluso meses para que se cite a las partes a la primera junta e igual cosa sucede en el lapso que media entre la primera y la segunda audiencia, llegándose en muchas ocasiones a dictar sentencia varios meses después de haberse radicado en el tribunal, la solicitud de divorcio.

Llegado el caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que éste viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, pondrá al tribunal las medidas que estime pertinentes, y el tribunal hará saber a los cónyuges que disponen de un término máximo de tres días para manifestar si aceptan o no las modificaciones propuestas. En caso de no ser aceptadas la autoridad judicial resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando siempre de que en todo caso queden bien garantizados los derechos de los hijos. Si el convenio no es aprobado, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.²⁰³

Cabe hacer mención, que los trámites para disolver el matrimonio por medio del divorcio voluntario, no podrán efectuarse sino después de un año de haberse celebrado aquél.²⁰⁴

c).—Divorcio Necesario.

El divorcio necesario o contencioso, supone la demanda de un cónyuge en contra del otro, presentada ante la autoridad judicial competente, en la que se solicita la disolución del matrimonio por una causa prescrita en la ley. Como apreciamos el divorcio judicial necesario implica un juicio que se sigue según las reglas que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, señala al juicio ordinario civil o sea que produce un estado de contención entre ambos cónyuges quienes fungen dentro del procedimiento como actor y demandado, según sea el caso.

Para poder demandar un cónyuge al otro el divorcio nece-

203 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Art. 680.

204 Código Civil de 1928. Art. 274.

sario, es preciso que el demandante apoye su pretensión en cualquiera de las fracciones del artículo 267 del Código Civil (que enumera limitativamente las causas que dan origen a la disolución del vínculo matrimonial por este medio), con excepción de la última o sea la señalada en la fracción XVII, ya que ésta se refiere al divorcio por mutuo consentimiento o divorcio voluntario.

¿Por qué ha de tramitarse en juicio ordinario civil el divorcio contencioso? El Código de Procedimientos Civiles señala en su artículo 430, cuales juicios deberán ser ventilados como sumarios, dentro de los que no se encuentra comprendido el divorcio necesario. El artículo 431 de dicho ordenamiento, prescribe en el título relativo al juicio sumario que "Todas las contiendas entre partes cuya tramitación no esté prevista en este título, se ventilarán en juicio ordinario".²⁰⁵ De tal razón, se desprende que por exclusión el divorcio necesario debe tramitarse como juicio ordinario, el cual se encuentra regulado en el Título Sexto del Código en cuestión, título del que hacemos el siguiente extracto:

Toda contienda judicial principiará por demanda en la cual se expresarán: la mención del tribunal ante el cual se promueve; los nombres y domicilios del actor y del demandado, respectivamente; el objeto que se reclama y sus accesorios; la narración suscinta, con claridad y precisión, de los hechos en que se basa la demanda; los fundamentos legales en que se basa la acción.

Una vez presentado el escrito de demanda, se correrá traslado de ella a la persona o personas demandadas con las copias presentadas a tal objeto, a fin de que conteste lo que a su defensa convenga, en un plazo no mayor de nueve días.

Si el demandado no hubiere dado respuesta a la demanda presentada en su contra después de haber sido emplazado debidamente, se le declarará rebelde y se seguirá el procedimiento.

205 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Art. 431.

to en rebeldía, presumiéndose en su contra confesados todos los hechos aducidos en la demanda que se dejó de contestar, salvo que tal demanda afecte las relaciones familiares o el estado civil de las personas, en cuyo caso se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo; esta regla será aplicable a los juicios de divorcio, por afectarse en ellos tanto las relaciones familiares como el estado civil de los cónyuges. Todas las resoluciones que de ahí en adelante recaigan en el juicio y cuantas citaciones deban hacerse al demandado, se le notificarán por medio del Boletín Judicial. Para los efectos de que el juez declare rebelde a la parte demandada, examinará escrupulosamente si las citaciones precedentes le fueron hechas en forma legal, si el demandante no señaló casa en el lugar del juicio y si el demandado quebrantó el arraigo.

En el caso de que los litigantes lo soliciten el juez cuando lo estime necesario (si no decidiere sobre el particular se entenderá que recibe a prueba) recibirá el pleito a prueba por un término de diez días fatales a partir de la notificación del auto que tuvo por contestada la demanda o la reconversión en su caso, y al día siguiente de vencido este período, el juez dictará resolución en la que se determinará las pruebas que se admiten sobre cada hecho, pudiendo limitar prudencialmente el número de testigos. Al día siguiente de que se notifique el auto de admisión de pruebas, se abre por ministerio de la ley término probatorio de treinta días improrrogables, salvo el caso de que las pruebas ofrecidas hubieran de practicarse fuera del Distrito o Territorio Federal, en cuyo caso y a petición de parte, se concederá un término extraordinario que puede ser de cincuenta días si las pruebas han de practicarse dentro del Territorio Nacional; de cien sí se practicarán en la América del Norte, en la Central o en las Antillas, y de ciento veinte días, si se hubieran de practicar en cualquiera otra parte. Una vez concluido el término ordinario de pruebas no se recibirá alguna más, excepto aquéllas para cuya recepción se concedió el término extraordinario, el cual empezará a correr al día siguiente del auto que califique las pruebas ofrecidas y terminará luego

que se rindan aquéllas, aun cuando todavía no hubiese expirado el plazo máximo señalado.

Las pruebas serán recibidas en audiencia pública que se celebrarán el día y hora señalados al efecto y se determinará la cantidad que debe depositar la parte oferente como multa, para el caso de no rendirse las pruebas ofrecidas, cantidad que variará a criterio del juez, y que será hasta de un máximo de \$3,000.00. Para los efectos del término extraordinario que mencionamos anteriormente, si no se hace este depósito no surtirá efectos dicho término concedido.

Concluída que sea la recepción de las pruebas en la audiencia pública para tal fin señalada, el tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados, siguiendo un orden en el que primero lo hará el actor y luego el demandado y en caso de que intervenga el Ministerio Público adscrito, también alegará.

De la audiencia efectuada, el secretario levantará bajo la vigilancia del juez, acta desde que se principie hasta que se concluya y haciendo constar en ella, el día, lugar y hora, la autoridad ante quien se celebra, los nombres de las partes y abogados, peritos, testigos, intérpretes; el nombre de las personas que no concurrieron y las decisiones judiciales dictadas tanto sobre personalidad, competencia e incidentes planteados por las partes si los hay, como de los resultados de las pruebas ofrecidas y desahogadas.

Terminada la audiencia, el tribunal dictará resolución dentro de los cinco días que sigan a su celebración.

Una vez dictada la sentencia definitiva, si las partes consienten expresamente en ella o transcurre el término de ley sin que se intente recurso alguno en su contra, se deberá declarar ejecutoriada ésta, es decir, deberá causar estado.

De acuerdo a lo prescrito por el Código de Procedimientos Civiles; "Causan ejecutoria por ministerio de la ley:

I.—Las sentencias pronunciadas en juicios cuyo interés no pase de cinco mil pesos;

- II.—Las sentencias de segunda instancia;
- III.—Las que resuelvan una queja;
- IV.—Las que dirimen o resuelven una competencia y;
- V.—Las demás que se declaran irrevocables por prevención expresa de la ley, así como aquéllas de las que se dispone que no haya más recurso que el de responsabilidad".²⁰⁶

"Causan ejecutoria por declaración judicial:

I.—Las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial;

II.—Las sentencias de que hecha notificación en forma no se interpone recurso en el término señalado por la ley, y;

III.—Las sentencias de que se interpuso recurso, pero no se continuó en forma y términos legales o se desistió de él la parte o su mandatario con poder o cláusula especial".²⁰⁷

Para que una sentencia cause estado por ejecutoria a través de declaración judicial en los casos a que se refiere la fracción I, el juez de oficio hará la declaración correspondiente.²⁰⁸

En el caso de la fracción II, la declaración se hará sustanciando el artículo con un escrito de cada parte. Los términos serán de tres días para contestar y otros tres días para dictar la resolución.²⁰⁹

En los casos de la fracción III, la declaración la hará el tribunal o el juez, en su caso.²¹⁰

4.—Sus Causas.

Puede definirse a las causas de divorcio, como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una de-

206 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Art. 426.

207 Idem. Art. 427.

208 Idem. Art. 428.

209 Idem.

210 Idem.

terminada legislación y con un procedimiento previamente establecido al efecto. Dichas causas se encuentran taxativamente señaladas en los Códigos Civiles o en las leyes especiales dictadas para regular esta institución.²¹¹

Sirviéndonos de un método análogo al seguido por el maestro italiano Francisco Consentini, dividiremos a las causas de divorcio en cinco grupos a saber:

- a) Causas criminológicas.
- b) Causas simplemente culposas.
- c) Causas eugenésicas.
- d) Causas objetivas.
- e) Causas indeterminadas".²¹²

Atendiendo a la anterior clasificación, caracterizaremos en forma legal y conceptualmente, las diversas causas de divorcio que nuestro Código Civil enumera y admite en el artículo 267, exceptuando la prescrita en la fracción XVII, la cual analizamos por separado.

a) Causas criminológicas.—“Están constituidas por aquellos actos u omisiones de los cónyuges que pueden entrañar una responsabilidad de carácter penal, o que, por el grado de inmoralidad de su contenido, constituyan una amenaza a la integridad física y psíquica del hogar”.²¹³ Dentro de este tipo de causas, creemos que encuadran las siguientes que prescribe el Código Civil vigente en el artículo 267:

“I.—El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges”.²¹⁴ Se debe entender por adulterio, a la relación sexual tenida fuera de matrimonio. Tanto en los Códigos de 1870 y de 1884 como en la Ley Sobre Relaciones Familiares, se encuadró el adulterio como una causal de divorcio, pero solamente se decía: “El adulterio de uno de los cónyuges”, siendo más comple-

211 De Pina Rafael. Ob. Citada. Pág. 342.

212 Fernández Clérigo Luis. “EL DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA”. Pág. 136.

213 Idem.

214 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. I.

to el Código actual, al agregar "debidamente probado", lo cual se ha hecho seguramente, con el fin de poner un freno para no obtener el divorcio con suma facilidad. Visto así el motivo, parecería que resulta benéfica la frase que el Código agrega, sin embargo es bastante inoperante, ya que para probar el adulterio de una manera clara y fehaciente como lo ordena el Código, se necesitaría hacerlo en el momento de la consumación del mismo, cosa que es sumamente difícil por no decir que imposible, amén, de que resulta inconveniente para la moral de la familia y la dignidad de la misma, de ahí que, por las razones expuestas, casi nunca se hace valer dicha causa. Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia ha paliado el problema al señalar que por lo difícil que resulta probar directamente el adulterio, basta la prueba indirecta para tal fin. Textualmente dice la Corte: "Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable".²¹⁵

El Código Civil actual por otra parte señala específicamente en su artículo 269 la posibilidad de que cualquiera de los esposos puede invocar la causal de adulterio, cosa que nos parece más justa que consagrar tal beneficio en exclusivo a favor del marido, tal y como lo establecían los anteriores Códigos en los cuales se señalaba que a la mujer siempre se le hacía responsable, en cambio al hombre solamente con la concurrencia de determinadas circunstancias. Ciertamente el adulterio cometido por la cónyuge resulta de consecuencias más deplorables que en el hombre, ya que siempre existe el peligro de que sea incorporado al seno de la familia un hijo nacido fuera de matrimonio, como producto de las relaciones ilícitas de la mujer.

Suele afirmarse que el adulterio de la esposa, considerado desde un punto de vista social, económico y jurídico, no tiene atenuantes ni disculpas y su gravedad ha sido unánimemente reconocida en todos los pueblos y en todos los tiempos.

215 Jurisprudencia. TESIS 152.

La opinión vulgar encuentra como fundamentación para esta severidad con la mujer, ideas luengamente aceptadas acerca de que la esposa funge como depositaria del honor familiar, lo que no acontece con el varón. Pero en derecho las razones son más profundas. Radican en el deber de fidelidad que priva entre los cónyuges y que se traducen en la exclusividad del trato social, exclusividad de la que la ley deduce importantes consecuencias.

La más grave peligrosidad del adulterio de la esposa, como ya se ha dicho, reside en el hecho de que las relaciones sexuales tenidas con un hombre que no sea su marido, pueden dar lugar al nacimiento de un hijo que no lo es del hombre a quien la ley obliga a protegerlo como si fuera suyo, en virtud del principio: *pater is est quod justae nuptiae demonstrant*.

He aquí, pues, porqué la sociedad y las leyes tanto antiguas como modernas, se han opuesto siempre a significar la más mínima tolerancia a la infidelidad femenina y por qué la adúltera mereció las penas más severas.

Sin embargo, esta consecuencia grave de la traición conyugal, a la fidelidad que se deben ambos cónyuges, de parte de la esposa no es expresa o tácitamente considerada por la ley, que se reduce a exigir para la procedencia del divorcio el mero hecho objetivo del adulterio.

Ahora bien, también es cierto que cuando el cónyuge varón comete el adulterio, y aun a pesar de no tener quizá las consecuencias anteriormente señaladas, resulta igualmente inmoral y pernicioso para la seguridad y armonía de la familia y de los hijos. Si el cónyuge comete el adulterio, por ejemplo, con una mujer sifilítica o que padezca cualquiera otra enfermedad transmisible, es seguro que las consecuencias de aquél vengán a perturbar la tranquilidad y el relativo bienestar social del hogar además de que, indiscutiblemente, también se viola la fidelidad jurada al contraer matrimonio.

En fin, el adulterio en los pueblos civilizados siempre ha sido acremente reprobado y en realidad debe reprobarse, pues-

to que además de la inmoralidad que entraña, hiere el sentimiento del cónyuge inocente y más aún, rompe la integridad de la familia.

Por las razones expuestas y en consideración a que el adulterio repercute en todos los miembros de la familia de una manera negativa, debe educarse a la niñez y a la juventud tanto en el hogar como en la escuela, con una educación moral que produzca sólidos cimientos de respeto, de lealtad hacia el hogar bien propio, o bien extraño, así como a la dignidad igualmente propia o ajena, por medio de la cual se enseñe tanto a los hombres como a las mujeres, que el matrimonio legítimo es la mejor de las uniones, la única posible para conservar la familia como una institución básica de la sociedad. En tal virtud, y dadas las consecuencias tan trascendentales que acarrea el adulterio, éste no solamente se ha instituido como causal de divorcio, sino que además, bajo determinadas circunstancias, nuestra legislación penal, lo ha sancionado y tipificado como delito, ya que según él:

“Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo”.²¹⁶ Como se ve, el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales ha seguido el principio tradicional, respecto a que comete adulterio, aquél que tenga relaciones ilícitas con el cónyuge culpable.

“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”.²¹⁷

Esta fracción es una copia fiel y absoluta de la II del artículo 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, la cual a su vez, lo es de la fracción 2a. del artículo 277 del Código Civil de 1884.

Esta causal de divorcio, consideramos que encuadra en el

216 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Art. 273.

217 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. II.

grupo de las criminológicas por el alto grado inmoral de su contenido, ya que presume un engaño realizado por la mujer hacia el hombre, dentro de sus relaciones prenupciales. En resumen, tiende a garantizar al marido la honestidad de la mujer antes del matrimonio, otorgándosele a éste, la facultad de solicitar el divorcio en el caso de concurrir los extremos previstos por la ley. Igualmente, cabe hacer hincapié en que el hijo que se conciba antes de celebrarse el matrimonio, deberá ser procreado por la cónyuge y persona distinta del marido, para que pueda ser invocada esta causal.

“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”.²¹⁸

Esta fracción, tiene su antecedente en el Código Civil de 1884, que es casi igual a la enunciada en la fracción 3a., del artículo 267.

Siguiendo el criterio de Fernández Clérigo, esta causal permite que la mujer invoque la disolución del vínculo conyugal, cuando su consorte ha asumido cualquier aspecto de la doble conducta inmoral prevista, debiendo justificarla por cualquiera de los medios de prueba ordinarios y permitidos por el Derecho.²¹⁹

Con ella, nuestra legislación protege el honor y la dignidad de la mujer, que por una mala elección tuvo la desgracia de contraer matrimonio con una persona corrompida y sin escrúpulos morales.

Además, con respecto a esta causal podemos decir que resulta redundante nuestro Código Civil, ya que esta causal queda debidamente comprendida en la fracción XIV del artículo que analizamos y la cual explicaremos más adelante. El Código

218 Idem. Fracc. III.

219 Fernández Clérigo Luis. Ob. Citada. Pág. 136.

Penal Sanciona el delito de lenocinio en su artículo 206 con una pena que puede ir hasta los ocho años de prisión. El artículo 207 de este ordenamiento, nos dice:

“Comete el delito de lenocinio:

I.—Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;

II.—Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución;

III.—Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtengan cualquier beneficio con sus productos”.²²⁰

De lo expuesto se desprende, que en caso de que el cónyuge realice una conducta similar a la prevista en la causal que nos ocupa, esa conducta encuadra plenamente en lo que tipifica el artículo 207 del Código Penal y si la sanción aplicada al agente activo del delito, puede ser de seis meses hasta ocho años, queda entonces comprendido el caso, en la mayoría de las veces, en la causal señalada en la fracción XIV del artículo 267.

“IV.—La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal”.²²¹

Los antecedentes de esta causal, los encontramos en la fracción III del artículo 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, en la cual se encontraba exactamente contenida.

En algunas ocasiones un cónyuge utilizando un falso cariño como pretexto, induce al otro a efectuar algún delito con el cual, incluso, pueda obtener algún provecho bien material, o

220 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Art. 207.

221 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. IV.

bien de carácter subjetivo. En tales condiciones, el esposo ofendido y a quien se trata de convertir en delincuente, tiene a su favor la facultad de invocar la causal de divorcio que la ley le concede, ésto además, de por la gravedad de la situación que implica para el cónyuge ofendido la conducta de su consorte, como por la demostración que hace el cónyuge ofensor de una temibilidad, peligrosa en extremo para la buena marcha de las relaciones familiares en común y la tranquilidad de las mismas.

“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 la corrupción”.²²²

Esta causal, se encontraba prevista por el Código de 1884 y por la Ley Sobre Relaciones Familiares, aun cuando expuesto su espíritu en diferente redacción. En el Código Civil de 1884 se decía: “El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos”,²²³ agregando la Ley Sobre Relaciones Familiares, “o por algún hecho tan grave como los anteriores”.²²⁴

Como se puede colegir, esta fracción tiende básicamente a proteger la integridad moral del hogar por conducto del más alto ypreciado don del mismo, el cual lo constituyen los hijos, ya que si un cónyuge trata de corromper a los hijos, seguramente estará cometiendo el más grave de los atentados en contra de la familia y en contra de la sociedad y en tal razón, el cónyuge ofendido tiene la facultad de invocar el divorcio, siendo tan grave esta situación, que la sentencia que decreta la disolución del matrimonio, deberá sancionar al cónyuge culpable con la pérdida de la patria potestad, salvaguardando así, decimos, la integridad moral de la familia.

El Código Civil vigente, ha protegido no solamente a los hijos nacidos o procreados dentro del matrimonio, sino que hace extensiva esa protección y con ello la facultad de invocar el divorcio por parte del cónyuge ofendido, hacia los hijos de di-

222 Idem. Fracc. V.

223 Código Civil de 1884. Art. 227.

224 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

cho consorte que hubiese procreado en unión distinta. Así tenemos que el artículo 270 nos dice:

“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 una solo de ellos”.²²⁵

Igualmente, hace una concepción limitativa al señalarnos en la segunda parte de este artículo que:

“La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones”.²²⁶

O sea, que además la ley prevé el caso de la tolerancia, considerando el supuesto de que en ausencia de un cónyuge, el otro tolere que los hijos sean corrompidos por terceras personas.

Podemos dividir en consecuencia, el criterio de la ley en dos casos:

En el primero, se justifica la causal de divorcio como una sanción a actos inmorales realizados por los padres y que hacen peligrar la sana existencia de los hijos, a quienes con dichos actos, se les corrompe.

En el segundo, el divorcio se concede condenando al que tolera la corrupción, por su falta de responsabilidad y encontrando su justificación en el fin que se persigue, de evitar que la descendencia sea desviada de una recta formación moral.

Es tan grave la conducta del cónyuge corruptor, que además de ser causa suficiente para condenarle a la disolución del vínculo matrimonial y de decretar en su contra, la pérdida de la patria potestad de los hijos, es razón para tipificar su conducta como delictuosa, ya que encuadra plenamente en lo que dispone el Código Penal en su artículo 201 que a la letra dice:

225 Código Civil de 1928. Art. 270.

226 Idem.

“Se aplicará prisión de seis meses a cinco años, al que facilite o procure la corrupción de un menor de diez y ocho años de edad”.²²⁷

En resumen, creemos que esta causal tiene justificación plena de su inclusión en nuestra legislación, por los valores que protege; sin embargo, creo que el legislador no fue lo suficientemente amplio en su criterio por lo que toca a lo que dispuso en la parte segunda del artículo 270 del Código Civil y la cual ha quedado enunciada anteriormente, toda vez que cabe preguntarse: ¿Qué acaso solamente opera la tolerancia en la corrupción de los hijos actuando? ¿Qué no también y por cierto con mayor frecuencia, esa tolerancia puede consistir en un no hacer? El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la palabra tolerar de la siguiente manera:

“Soportar con indulgencia; no impedir una cosa y más concretamente la palabra tolerar significa: Indulgencia a lo que no se quiere o puede impedir”.²²⁸

En tal razón, es obvio que no se justifica lo prescrito por el Código Civil a este respecto, ya que da margen a que con un simple no impedir, con un no hacer, se tolere y con ello se contribuya a la corrupción de los hijos, sin que el cónyuge inocente pueda invocar el divorcio, debido a éste que considero grave error de la ley.

“XI.—La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro”.²²⁹

En el Código de 1874 se encontraba acogida ya, esta misma causa de divorcio. La Ley Sobre Relaciones Familiares, en su artículo 76 fracción VII, señalaba: “La sevicia, las amenazas o injurias graves”, agregando, “los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllos sean de tal

227 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Art. 201.

228 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Pág. 241.

229 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XI.

naturaleza que hagan imposible la vida en común",²³⁰ como causa de divorcio.

Según el tratadista Planiol, se debe entender por sevicia, "todos los malos tratos materiales, desde los simples golpes o vías de hecho hasta la tentativa de homicidio, a condición de que se trate de actos voluntarios".²³¹

Para Planiol, la injuria no supone el atentado material en contra del cuerpo o la salud. Debe considerarse como injuria toda ofensa o ultraje, cualquiera que sea su forma, verbal o escrita.

En algunas legislaciones, como la francesa, se ha dado una amplísima interpretación a la injuria, la cual va más allá de una expresión deshonrosa y de desprecio de un esposo al otro; la consideran también como una conducta o hecho deliberadamente ultrajante o hiriente para uno de los consortes. Como ejemplo tenemos, el hecho de que el marido niegue a la mujer la entrada al domicilio conyugal, o viceversa.²³²

En México, la doctrina ha considerado que la negativa de uno de los cónyuges al débito conyugal constituye una forma de injuria, que tiene cabida en la causal contemplada en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil, que estamos analizando.²³³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido a la injuria como la acción o conducta que constituyan una vejación o ultraje y que impliquen absoluta gravedad contra el respeto y consideración mutua que se deben los cónyuges, al grado de hacerse imposible la vida en común, atendiendo además a la condición social de los esposos y a las circunstancias en que se desarrollen los hechos en que se hagan consistir las injurias, sin que necesariamente éstas tipifiquen delito alguno,

230 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

231 Planiol Marcel. Ob. Citada. Págs. 28 y 29.

232 Fernández Clérigo Luis. Ob. Citada. Pág. 132.

233 Flores Barroeta Benjamín. "LECCIONES DE DERECHO CIVIL". Pág. 389.

sino simplemente pueden ser calificadas por el juez como tales, en un concepto puramente civil. Para tal efecto, se ha sentado Jurisprudencia en el sentido de que: "Para los efectos de divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma causística, por lo que pueden constituir injurias la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido".²³⁴

Resumiendo, podemos afirmar, que por sevicia, debemos entender la crueldad excesiva empleada por un cónyuge para el otro. El Concepto de injuria grave no debemos entenderlo como el sólo hecho de injuriar soezmente al cónyuge por medio de las palabras emitiendo éstas de una manera altisonante o inconveniente, ya que bien pudieran escapar éstas en un momento de violencia pasajera y que pueden estar excusadas en las mismas circunstancias que las provocan o que les dieron lugar, sino también en el hecho material o acto que lleva un sentido de maldad y de meditación, estando en tal forma revestido de un dolo, que hace o tiene como consecuencia que la vida en común resulte insoportable, violando con ello los deberes que nacen del vínculo.

Además, es conveniente que para considerar injuriosa la conducta de un cónyuge para con el otro, se tomen en cuenta ciertas circunstancias, como lo es el hecho de la posición social del cónyuge ofensor, su grado de cultura y de preparación, ya

234 Jurisprudencia. TESIS 156.

que lo que en un momento dado y con una persona determinada puede resultar una expresión injuriosa y soez, que no resultaría así con otra, que por su nivel social acostumbra emplear dichos términos pero sin el ánimo expreso de ofender.

Respecto a la interpretación del término sevicia igualmente la Corte ha dictado Jurisprudencia a fin de esclarecer el concepto: "La sevicia como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por tanto, quien invoque esta causal, debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal".²³⁵

En fin, es de creer que nuestro Código no es muy claro y preciso en lo referente a la conceptualización de la sevicia, la injuria grave y las amenazas, por lo que resulta que ha sido esta causal muy utilizada queriendo los cónyuges intercalar en cualquiera de los términos prescritos la menor ofensa, el menor dicho, para poder demandar la disolución del vínculo. Encuentro fundada esta causal, pero estimo debería ser más explícito y señalar más ampliamente nuestro Código cuáles actos darían causa al divorcio, por considerarse sevicia, injurias graves o amenazas.

"XII.—La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacerse efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166".²³⁶

Esta causal, no fué prevista por el Código de 1870, sino hasta el Código de 1884. Sin embargo, fué anulada en la Ley Sobre Relaciones Familiares, siendo hasta el Código de 1928 cuando se volvió a incluir. En el Código de 1884 se previó en la fracción 9a., del artículo 227:

235 Jurisprudencia. TESIS 167.

236 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XII.

“La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley”.²³⁷

Como vemos, ha sido más claro y preciso el Código de 1928 al referirse a esta causal.

Considerando que dadas las diferencias que por naturaleza se establecen entre el varón y la mujer, nuestra legislación dispone como principio general que sea el marido el que proporcione los alimentos a la esposa, así como que esté a su cargo la erogación de todo lo que se haga necesario para el sostenimiento del hogar. Sin embargo, atenúa tal obligación en el caso de que la mujer tenga bienes propios o de que desempeñe alguna profesión, oficio o comercio, porque entonces ella contribuirá a los gastos domésticos, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad del total de ellos, salvo el caso de que el marido se encuentre imposibilitado para trabajar y además carezca de bienes propios, ya que entonces los gastos serán por cuenta de la cónyuge y se cubrirán con bienes de ella.

Complementando lo anteriormente dispuesto, la ley prescribe que la mujer tendrá derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre éstos, así como de los honorarios y emolumentos que perciba, para procurarse sus alimentos y los de los hijos hasta por las cantidades que correspondan, pudiendo además, pedir el aseguramiento para hacer cumplir esos derechos. El marido, tendrá iguales derechos cuando la mujer esté obligada a contribuir en los gastos, bien en todo o bien en parte.

Así tenemos que los artículos 164, 165 y 166 del ordenamiento legal a estudio, dicen literalmente:

“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

237 Código Civil de 1884. Art. 227.

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”.²³⁸

“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”.²³⁹

“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”.²⁴⁰

Para que alguno de los cónyuges pueda invocar el divorcio fundado en esta causal, es necesario que el acreedor alimentista haya agotado los recursos legales para hacer efectivo el derecho a los alimentos a través de un juicio sumario de alimentos, en el cual pida el aseguramiento de bienes o el embargo de sueldos del cónyuge que ha dejado de cumplir con la obligación de ministrarlos, y solamente que éste carezca de bienes o que no perciba sueldo o salario y por tal razón quede plenamente demostrado que no pueden hacerse efectivos los derechos que concede el Código Civil, procederá la demanda de divorcio, pues no basta la simple negativa de dar alimentos si éstos pueden hacerse efectivos en la forma prescrita por la ley.

Respecto a esta causal, la Corte ha sustentado el siguiente criterio:

“Para que prospere la causal de divorcio a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil del Distrito

238 Código Civil de 1928. Art. 164.

239 Idem. Art. 165.

240 Idem. Art. 166.

Federal, no basta demostrar la falta de administración de los alimentos, sino que es necesario justificar que no se pudieron hacer efectivos los derechos que conceden los artículos 164 y 166 del mismo Código”.²⁴¹

“Para que proceda la causal de divorcio por la negativa de uno de los cónyuges a dar alimentos al otro, es indispensable que el acreedor alimentista pida el aseguramiento de bienes o el embargo de sueldos del deudor alimentista, ya que no basta la simple negativa de dar alimentos siempre que éstos puedan hacerse efectivos en la forma prescrita por la ley, a menos de que, careciendo de bienes el deudor, no perciba sueldo o salario del que pueda demostrarse la cantidad de dinero suficiente a cubrir la pensión alimenticia”.²⁴²

La causal de divorcio que examinamos encuentra su justificación en el hecho de que al no cumplir con la obligación alimentaria el cónyuge que la tiene a su cargo, con ello está faltando a uno de los fines básicos de la institución matrimonial: el socorro mutuo entre los consortes y la preservación y educación de los hijos, si los hay. Por esta razón, la falta de cumplimiento a esta obligación, da lugar a la facultad de invocar el divorcio, para terminar una situación altamente injusta.

“XIII.—La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión”.²⁴³

Esta causal, fue tomada de la fracción VIII del artículo 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. En el Código de 1884 también se estableció esta causal, pero sin expresión relativa al tiempo que como pena le debería corresponder al delito calumniosamente imputado, ya que solamente decía:

“La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro”.²⁴⁴

241 Jurisprudencia. TESIS 158.

242 Ejecutoria 197/56 A.D. Tomo CXXX. Pág. 632. Quinta Epoca.

243 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XIII.

244 Código Civil de 1884. Art. 227.

Esta causal supone la calumnia hecha por un cónyuge en perjuicio del otro, actitud que generalmente engendra odios y rencores y que según nuestro Código es necesario que se refiera a un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, término que nos parece injustificado, ya que lo mismo se incurre en calumnia si se imputa falsamente un hecho que merezca una pena menor y el efecto principal, en todo caso, es el mismo: el engendramiento de odios y rencores entre los cónyuges, tal y como se ha dicho. De ahí, que nos parece más acertado el Código de 1884 al referirse a esta causal, aun cuando en el mismo, no se expresara si la acusación falsa que se hacía debería constituir o no un delito, cosa que desde luego sí hace el Código de 1928, mejorando con ello al ordenamiento civil anterior.

Para que proceda el divorcio invocado con base en esta causal, no es necesario que por la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro se instruya un proceso y mucho menos que necesariamente se dicte sentencia absolutoria, ya que tal acusación puede hacerse a sabiendas de que no existía el acto denunciado y únicamente con el propósito firme de dañar la reputación y el honor del cónyuge calumniado lo que podría dar lugar a auto de libertad por falta de méritos o a sobreseimiento de la causa ya instaurada. En el período de averiguación previa del procedimiento penal, puede suceder que el Ministerio Público no encuentre elementos suficientes para la consignación del cónyuge acusado a una autoridad judicial y, en consecuencia, éste archive la acusación, lo que de ninguna manera hace desaparecer el hecho calumnioso que da lugar a una falta de aprecio entre los cónyuges y produce un estado de vida en común insostenible. Ante tal extremo, la vida en común se hace verdaderamente imposible, por lo que el divorcio queda justificado bajo el amparo de esta causal.

La Suprema Corte de Justicia analizando esta causal de divorcio, ha sostenido que: "Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la institución de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusa-

ción se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciaría en cada caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común”.²⁴⁵

“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”.²⁴⁶

Esta causal tiene su antecedente en la Ley Sobre Relaciones Familiares, sólo que ésta no hacía mención en cuanto a que se tratara de un delito infamante y no político, lo que implicaba que si una persona cometía cualquier tipo de delito cuya sanción fuera una pena de prisión mayor de dos años, su cónyuge podía invocar la disolución del vínculo matrimonial que los unía.

En los Códigos de 1870 y de 1884, no se estableció esta causal de divorcio, pues fue hasta 1917, con la aparición de la Ley Sobre Relaciones Familiares, cuando se estableció, en la fracción IX del artículo 76, que prescribía:

“Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años”.²⁴⁷

Como vemos, nuestro Código Civil modificó el criterio de la Ley Sobre Relaciones Familiares al suprimir la palabra destierro, lo cual se justifica ya que si analizamos el artículo 24

245 Jurisprudencia. TESIS 151.

246 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XIV.

247 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

del Código Penal que determina las penas y medidas de seguridad, vemos que no se incluye el destierro. Además, previene que el delito por el cual proviniera pena mayor de dos años de prisión, debía ser infamante y no político.

Procede comentar que aun cuando el Código Civil resulta parco al no precisar si se trata de la comisión de un delito por el cual haya sido juzgado y sentenciado el cónyuge culpable, debemos entender, haciendo una interpretación de esta fracción, que ése ha sido el espíritu del legislador; es decir, que se trate de un hecho de carácter infamante que nuestra legislación penal reputa como delito, y que haya recaído sentencia firme y definitiva que haya causado estado. Creemos que de no darse este sentido a lo dispuesto en esta fracción, tendríamos que considerar que resultaría injusto nuestro Código y contrario a los principios de Derecho.

Encontramos justificada la inclusión de esta causa' en nuestra legislación, ya que no se puede obligar al cónyuge inocente a compartir la deshonra de su consorte a la que no dió causa.

"XVI.—Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de una persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada una pena que pase de un año de prisión".²⁴⁸

Esta causal, es insertada por primera vez en nuestra legislación en el Código Civil vigente, ya que no encontramos antecedentes de ella, ni en los Códigos de 70 y 84, ni en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. En ella, se contempla la idea de seguridad y de protección tanto en la persona como en los bienes de los cónyuges, ya que el acto o los actos que en ésta se prescriben, implican una conducta delictuosa y por ende, la comisión de un delito; lo cual, pone de manifiesto la peligrosidad de uno de los cónyuges, cosa que hace, exista una mala relación matrimonial, así como relaja los principios fundamentales de tranquilidad en el hogar.

248 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XVI.

Respecto a esta causal, Rojina Villegas opina que: "Aquí el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aun cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuera sancionable con más de un año de prisión, sí constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debía apreciarse por el juez civil para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no había conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes. En los demás casos, por ejemplo, lesiones entre cónyuges, sí implicaban un delito para los efectos del Código Penal, y, por consiguiente, ya no estaban regulados por esa fracción XVI sino por la XIV. En la actualidad ya el Código Penal vigente no exceptúa el caso que sí admitía el de 1871, o sea el de que no había robo entre consortes, y como conforme a este Código, sí hay delito si el ofendido se querrela, ya no es aplicable la fracción XVI, que en rigor ha perdido toda posibilidad de ser aplicada, ya que tendremos que referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra el otro, en los términos de la fracción XIV, para el caso de que este delito tenga una pena superior a dos años de prisión".²⁴⁹

Coincidimos con el criterio del eminente tratadista mexicano, ya que si bien se trata de proteger la seguridad tanto física como material de los cónyuges de actos realizados por uno de ellos que implican una conducta delictuosa y una gran peligrosidad, también lo es que al realizarse tal hecho se constituye un delito infamante, aun tratándose de robo entre consortes el cual tipifica nuestro Código Penal en vigor, por lo que la conducta del cónyuge que así actúe, encuadra plenamente en lo previsto por la fracción XIV del artículo que analizamos, atendido al requisito de que tal conducta delictuosa merezca una pena superior a dos años de prisión tal como lo prescribe, de ahí, que

249 Rojina Villegas Rafael. Ob. Citada. Pág. 101.

creemos que en realidad esta causal es inoperante en la actualidad, atendiendo a las disposiciones del Código Penal vigente y en relación con el ordenamiento civil.

b) Causas simplemente culposas.—“Consideramos como tales aquellos actos u omisiones imprudentes de los cónyuges que hacen imposible el cumplimiento de los fines naturales del matrimonio”.²⁵⁰

Quedan incluidas en este grupo, las siguientes de las causales contenidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales:

“VIII.—La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada”.²⁵¹

Debe tenerse en cuenta que nuestro Código Civil ha continuado el criterio de los Códigos de 1870 y de 1884, en los cuales encontramos la misma causal, solamente que el término por el que debía prolongarse el abandono era mayor. Así, tenemos que el Código de 1870 estableció un lapso de dos años y el Código de 1884 redujo ese término a un año.

La fracción 5a., del artículo 240 del Código de 1870, establecía como causa de divorcio:

“El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años”.²⁵²

El Código de 1884 dió cabida a una doble hipótesis; en efecto, señalaba la fracción 6a., del artículo 227 que hacía procedente el divorcio:

“El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aun cuando sea con justa causa, siendo ésta bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio”.²⁵³

250 Fernández Clérigo Luis. Ob. Citada. Pág. 136.

251 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. VIII.

252 Código Civil de 1870. Art. 240.

253 Código Civil de 1884. Art. 227.

Vemos que en este ordenamiento se amplió el criterio anterior, dando lugar a invocar el divorcio con base en el abandono del hogar, aun cuando éste hubiera tenido causa justificada si, en este caso, en el lapso de un año no interpone el cónyuge que abandonó su demanda de divorcio fundada en la causa que fue bastante para abandonar el domicilio conyugal.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, redujo el término del abandono de dos y un año señalados en los Códigos de 1870 y de 1884 respectivamente, a seis meses, texto que con ligeras variantes, adoptó nuestro Código Civil vigente. La fracción V del artículo 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, prescribía como causal de divorcio:

“El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos”.²⁵⁴

Salta a la vista, que el consorte que abandona el hogar conyugal sin causa justificada, incumple el deber de convivencia y de socorro que debe para el otro cónyuge y a los hijos, bien que se trate del marido, bien que se trate de la esposa.

Los cónyuges tienen la obligación de vivir unidos en el domicilio conyugal, sin embargo, quedará eximido de esta obligación alguno de ellos, cuando el otro finque su domicilio en un país insalubre o en cualquier país extranjero, a menos que lo haga en cumplimiento a un servicio de carácter público o social.

Por domicilio conyugal debemos entender, la casa donde los consortes fijen su residencia y en la cual tengan autoridad y disposición plena dentro del hogar, ya que no puede considerarse como tal, el domicilio de los padres o parientes de los cónyuges, o el de terceras personas, en donde en todo caso serían huéspedes sin tener autoridad ni disposición y en tal virtud, al no haber casa conyugal, no puede admitirse ni pensarse que el abandono de la misma dé causa al divorcio.

Desde luego tampoco habrá causa de divorcio cuando el

254 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

abandono conyugal se haga por causa que esté justificada, es decir, cuando obedezca a la necesidad de salvaguardar tanto la integridad personal, como la salud, o la dignidad del cónyuge que efectúa la separación.

En atención a lo expresado anteriormente, la Corte ha sostenido el siguiente criterio:

“Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio”.²⁵⁵

“Debe considerarse que la separación es justificada, cuando obedece a la necesidad de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realiza la separación, a pesar de que no ejercite la acción de divorcio, ya sea que se derive de esas circunstancias, o que no promueva providencia alguna, cautelar o prejudicial, a fin de que se autorice la separación; el silencio o inactividad al respecto, no hace que se pierdan los derechos de defensa, porque si no se cumple con las obligaciones inherentes al contrato de matrimonio, es por causa de fuerza mayor, habida cuenta de que no está obligado a enfrentarse al peligro y además, que la discreción para evitar el conocimiento de terceros, de los defectos del otro cónyuge, es también atendible para la justificación”.²⁵⁶

En realidad se trata de una causal justa, ya que quien abandona el hogar conyugal incumple el deber de convivencia; sin embargo no estamos de acuerdo con el término de seis meses exigido por la ley. En efecto, es de suponerse que el legislador estableció dicho término movido por la idea de que el abandono del hogar para que dé lugar al divorcio debe llevar

255 Jurisprudencia. TESIS 150.

256 Ejecutoria 7877/57. A.D. Vol. XX. Pág. 121. Sexta Epoca, Cuarta Parte.

implícita la finalidad de no regresar más al hogar, ya que, por ejemplo, una ligera fricción entre los cónyuges puede dar lugar a un abandono temporal del domicilio conyugal, que se extienda por espacio de unos días sin que exista la intención y la voluntad de separación definitiva.

La base racional de ley es en sí justificada, pero pensamos que quien abandona el domicilio conyugal por un lapso mayor de tres meses, indudablemente que está manifestando su intención de no regresar más al hogar y, por tanto creemos que ése término sería suficiente para facultar al cónyuge abandonado a pedir el divorcio. Sucede en la realidad que pasados seis meses de que alguno de los cónyuges se separó de la casa conyugal, si el consorte ofendido quiere intentar su solicitud de divorcio, es frecuente que tropiece con la dificultad de que desconoce el paradero de su consorte por haber transcurrido mucho tiempo desde que se consumó la separación y aun cuando es posible que legalmente quede divorciado satisfaciendo ciertos requisitos procesales (notificación por edictos, etc.), no lo es que queden garantizados los derechos alimentarios del cónyuge inocente y de los hijos.

“IX.—La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio”.²⁵⁷

El origen de esta causal lo encontramos en el Código de 1884 en la fracción 5a., del artículo 227, toda vez que en este ordenamiento se disponía que el abandono por más de un año, aun con justa causa, hacía procedente la acción de divorcio.

En el Código Civil de 1928 se ha continuado íntegramente este criterio y aun cuando con determinación más precisa. En esta causal, encontramos que si quien teniendo mejor derecho para invocar el divorcio, no lo hace valer dentro del término legal se considera que ha otorgado tácitamente su perdón y,

257 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. IX.

por ende, empieza a correr contra él un nuevo término ahora como abandonante. El Código Civil prescribe:

“Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito”.²⁵⁸

Por otro lado, aparentemente existe una discrepancia con el término de caducidad establecido por el mismo Código en el artículo 278 en materia de divorcio que a la letra dice:

“El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda”.²⁵⁹

De lo expuesto, parecería que el legislador ha querido establecer un término de caducidad especial para la causal que nos ocupa, sin embargo, creemos que no es así, puesto que en el presente caso el derecho para demandar el divorcio surge desde el momento en que se vence el año de que ocurrió el abandono justificado del cónyuge, dando lugar al nacimiento de una nueva causa y a su vez una nueva acción.

La Corte ha sustentado el criterio de que “Si bien es cierto que cuando se alega la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, el término a que se refiere aquel precepto, el 278 del Código Civil, no puede empezar a correr porque el hecho del abandono se realiza de momento a momento, no acontece lo mismo cuando la causa de divorcio consiste en la separación del hogar conyugal originado 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, pues en este caso el derecho para demandar el divorcio surge en el momento en que vence el año desde que se separó el cónyuge con motivo justificado sin haber entablado su demanda y es a partir de entonces cuan-

258 Código Civil de 1928. Art. 279.

259 Idem. Art. 278.

do empieza a correr el término de seis meses para demandar el divorcio que señala el artículo 278 del ordenamiento legal citado".²⁶⁰

Igual comentario al formulado al estudiar la causal fijada en la fracción VIII de este artículo analizado, podemos hacer: quien abandona el hogar conyugal por espacio tan largo, y aun cuando tenga razón para ello, si no ejercita su razón, si no hace valer su derecho, es innegable que no tiene interés alguno en regresar a aquél, ni le importa la suerte que pueda correr su matrimonio y tácitamente está aceptando la disolución del vínculo.

En resumen, podemos afirmar que la causa en estudio tiene su justificación en la violación que se hace al deber de cohabitar que se deben los cónyuges y a la seguridad familiar.

Cabe aclarar, que estas dos causales estudiadas últimamente, aun cuando las clasificamos entre las simplemente culposas pudieran en un momento dado, quedar incluídas en las criminológicas, ya que el abandono del hogar conyugal puede implicar no sólo la simple separación de la casa que sirve de habitación a los cónyuges, sino que el acto de abandono puede abarcar una responsabilidad de carácter penal, si al abandonar la casa conyugal no se cumple con la obligación que la ley prescribe de proporcionar alimentos al cónyuge y a los hijos. En este caso, el cónyuge culpable cometerá el delito de abandono de persona, el cual se encuentra tipificado en el artículo 336 del Código Penal, que señala:

"Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia".²⁶¹

"El delito de abandono de hogar sólo se persigue a petición

260 Ejecutoria 4489/59. A.D. Vol. XXXIII. Pág. 142. Sexta Epoca, Cuarta Parte.

261 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Art. 336.

del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores, la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el juez de la causa designe a un tutor especial para los efectos de este artículo”.²⁶²

c) Causas eugenésicas.—Estas causas quedan constituidas por aquellos estados agudos de alteración física o mental que impiden una saludable comunión matrimonial y que, por contacto directo o trasmisión hereditaria, pueden afectar al otro cónyuge o a la descendencia.²⁶³

“VI.—Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio”.²⁶⁴

Tiene su antecedente esta causal en el Código de 1884 y en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, solamente que en estos ordenamientos establecida en términos diferentes, pues el Código de 84 no consideró la sífilis ni la tuberculosis específicamente, sino que se refirió a todas las enfermedades contagiosas e incurables contraídas antes del matrimonio y de las cuales no hubiera tenido conocimiento el consorte. Tenemos que la fracción 11a., del artículo 227 de este ordenamiento dice:

“Una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge”.²⁶⁵

En cambio, la Ley Sobre Relaciones Familiares sí consideró esas dos enfermedades, pero sin que se hiciera mención al requisito de haber sido contraídas antes de la celebración del matrimonio. La Ley citada, establecía textualmente en su fracción IV, del artículo 76, lo siguiente:

262 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Art. 337.

263 Fernández Clérigo Luis. Ob. Citada. Pág. 137.

264 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. VI.

265 Código Civil de 1884. Art. 227.

“Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis o tuberculosis, enajenación mental incurable o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria”.²⁶⁶

El Código Civil de 1870, nada estableció al respecto por tanto el legislador de 28 se inspiró en los ordenamientos legales arriba citados, pretendiendo al establecer esta causal, proteger la salud de la familia al considerar que el cónyuge que padece cualquiera enfermedad de las características citadas, está condenado a engendrar hijos enfermos y tarados que solamente constituirán problemas sociales y que vendrán al mundo a sufrir la culpa de sus padres. En tanto, el cónyuge sano ve protegido su derecho a conservar la salud y a procrear hijos sanos, por lo que la ley y ante tales circunstancias, le otorga el medio de divorciarse si así lo desea, ya que también lo faculta para pedir solamente la separación de cuerpos sin que ésto implique el rompimiento del vínculo matrimonial. En tal virtud, es una razón eugenésica la que justifica la inclusión de esta causal; sin embargo, es preciso señalar que nuestro Código resulta un tanto anacrónico pues en la época actual la sífilis, la tuberculosis y muchas otras enfermedades que eran consideradas como incurables, han dejado de serlo en virtud al avance prodigioso que ha experimentado la ciencia médica, desde 1928 en que se elaboró dicho ordenamiento, a la presente fecha.

“VII.—Padecer enajenación mental incurable”.²⁶⁷

Iguales razones de carácter eugenésico, pueden esgrimirse en pro de justificar la existencia de esta causal en nuestro Código Civil, pero creemos que la principal razón estriba en la imposibilidad y el inminente peligro que implica continuar la vida en común, objeto principal y básico del matrimonio.

Sin embargo, resulta altamente injusto que en un caso como el que analizamos en el cual el paciente está exento de cul-

266 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

267 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. VII.

pa por regla general y que después de haber existido el matrimonio en toda su plenitud durante los mejores años de la vida del cónyuge, al caer éste enfermo de locura incurable, se agregue a su ya gran desgracia, una más: la destrucción de su hogar, el abandono de sus seres queridos, lo que producirá un estado de mayor angustia en sus períodos de lucidez, si los tiene. En tal virtud, la ley lo protege de tal injusticia no concediendo la facultad de invocar el divorcio por el cónyuge sano, sino después de que hayan transcurrido dos años contados a partir del momento en que comenzó a padecerse la enfermedad. El Código Civil prescribe:

“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”.²⁶⁸

Quizá, aún así, siga pareciendo injusto el criterio de la ley, pero creemos que más injusto sería obligar al cónyuge sano a quedar unido indefinidamente a un loco.

Para los efectos de estas dos causales de carácter eugenésico que acabamos de analizar, previniendo la injusticia que pudiera cometerse en detrimento del cónyuge enfermo por la aplicación estricta del precepto a favor del consorte sano, se ha establecido la posibilidad de que sin destruir el vínculo matrimonial, cese para el cónyuge sano la obligación de cohabitar con el enfermo. Tal disposición la encontramos en el artículo 277 que prescribe:

“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”.²⁶⁹

268 Idem. Art. 271.

269 Idem. Art. 277.

“XV.—Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal”.²⁷⁰

Esta causal, fue incorporada en el Código de 1884, refiriéndose a los vicios incorregibles del juego y de la embriaguez, sin embargo, en la Ley Sobre Relaciones Familiares aun cuando también se prescribió esta causa, fue limitada a la embriaguez e inexplicablemente se suprimió el juego.

Recordando el contenido de esta causal en los ordenamientos legales mencionados, encontramos que el Código de 1884 en la fracción 10a., del artículo 227, decía:

“Los vicios incorregibles de juego o embriaguez”.²⁷¹

La Ley Sobre Relaciones Familiares señalaba en la fracción X de su artículo 76, lo siguiente:

“El vicio incorregible de la embriaguez”.²⁷²

El Código de 1870, nada reglamentó respecto a esta causal, dentro de los hechos que señalaba como suficientes para invocar el divorcio de separación de cuerpos que admitía.

En nuestro Código de 1928, se volvió a considerar el hábito de juego y se adicionó el uso de drogas enervantes. Señala dicho ordenamiento, que esos hábitos serán causa suficiente para que el cónyuge inocente pueda solicitar la disolución del matrimonio, cuando el ejercicio de los mismos amenace con arruinar el hogar o sea causa y motivo de serias desavenencias conyugales. Nos parece que el legislador ha sido demasiado limitativo al expresarlo así, ya que es indudable que quien contrae los vicios de juego, de embriaguez, o se convierte en adicto al uso de drogas enervantes, supone siempre un grave peligro para la estabilidad del hogar y del matrimonio, provocando

270 Idem. Art. 267, Fracc. XV.

271 Código Civil de 1884. Art. 227.

272 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art 76.

desde luego, serias desavenencias entre los cónyuges. No cabe duda que queda plenamente justificada esta causal de divorcio, al grado que nuestra legislación en materia penal sanciona fuertemente a quien hace uso de drogas o trafica con ellas; así, encontramos que el artículo 195 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales sanciona:

“Fuera de los actos previstos en el artículo anterior, se impondrán prisión de tres a doce años y multa de dos mil a veinte mil pesos;

I.—Al que elabore, comercie, transporte, posea, compre, enajene, suministre aun gratuitamente o, en general efectúe cualquier acto de adquisición, suministro, transportación o tráfico de estupefacientes, sin llenar los requisitos que para el caso fijan las leyes, los convenios o tratados internacionales y demás disposiciones sanitarias a que se refiere el artículo 193.

II.—Al que, infringiendo las leyes, los convenios o tratados internacionales y las disposiciones sanitarias que enumera el artículo 193, siembre, venda, enajene, suministre aun gratuitamente o, en general realice cualquier acto de adquisición, suministro, transportación o tráfico de semillas o plantas que tengan carácter de estupefacientes.

III.—Al que lleve a cabo cualquiera de los actos enumerados en las fracciones anteriores, con opio crudo, ‘cocinado’ o preparado para fumar o con substancias preparadas para un vicio de los que envenenan al individuo y degeneran la raza, actos que hayan sido motivo de declaración expresa por convenios o tratados internacionales, leyes o disposiciones sanitarias a que se contrae el artículo 193.

IV.—Al que realice actos de provocación general, o que instigue, induzca o auxilie a otra persona para que use de estupefacientes, o a que ejecute con ellos, cualesquiera de los actos delictuosos señalados en este Capítulo.

Si la persona inducida o auxiliada fuera menor de 18 años o incapacitada o si el agente aprovecha su ascendiente o auto-

ridad para ello, la pena será además de la multa, la de cuatro a doce años de prisión.

No es delito la posesión por parte de un toxicómano, de estupefacientes en cantidad tal que, sea necesaria para su propio consumo. En este caso quedará sujeto a las medidas de seguridad que señala el artículo 24, inciso 3o., de este Código".²⁷³

d).—Causas objetivas.—Dentro de este grupo, quedan situados aquellos estados de los cónyuges que aun siendo independientes de su voluntad, son causas de incumplimiento de la vida común impuesta por el matrimonio.²⁷⁴

Señalamos como causa objetiva la siguiente:

"X.—La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia".²⁷⁵

Esta causal de divorcio constituye una innovación en nuestra legislación civil, pues no existió en los Códigos anteriores y tiene su origen en la Ley Sobre Relaciones Familiares que consideró como causa de divorcio la ausencia, pero concretando esta al marido y cuando fuera por más de un año, con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio. Aun cuando el Código Civil vigente no hace alusión a cuál de los cónyuges sanciona, se desprende que es a cualquiera de ambos que sea declarado legalmente ausente, adicionando la presunción de muerte en aquéllos casos en que no se requiere para que ésta se haga, que sea declarada previamente la ausencia legal.

Esta causal y su vigencia, obedece a la necesidad jurídica de la certidumbre en las relaciones de la conducta humana.

Cabe comentar, que en las legislaciones de varios países la

273 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. Art. 195.

274 Fernández Clérigo Luis. Ob. Citada. Pág. 137.

275 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. X.

ausencia o la presunción de muerte, son causas de disolución del matrimonio, en tanto que, como ya hemos dicho, en nuestra legislación es sólo la causa de divorcio.

e) Causas indeterminadas.—Siguiendo a Luis Fernández Clérigo en su clasificación, quedan colocadas dentro de este grupo la incompatibilidad de caracteres, las diferencias religiosas y en general, la relajación del vínculo conyugal originada por múltiples motivos que llegan a hacer difícil la vida en común. Según este autor, esas causas pueden ser discrecionalmente admitidas por el juez.²⁷⁶

Dentro de este grupo podemos situar, en una lata concepción, el mutuo consentimiento el cual podemos hemos analizado anteriormente y que como hemos dicho, es generalmente síntoma de la existencia de diversos motivos reales que los cónyuges prefieren ocultar, invocando el divorcio voluntario como un medio para lograr ese ocultamiento. La incompatibilidad de caracteres y las diferencias religiosas, no son admitidas en nuestro Derecho Civil expresamente como causales de divorcio.

5.—Efectos de la Sentencia de Divorcio

a).—En relación con los hijos.

Es importante analizar aunque sea escuetamente, cuáles son los efectos que produce la sentencia de divorcio para con los hijos procreados dentro de ese matrimonio que ha quedado disuelto. Así tenemos, que nuestro Código Civil vigente, ha establecido tres reglas que determinan la situación jurídica que guardarán los hijos con relación a sus padres, una vez que ha sido dictada sentencia de divorcio y que ésta ha sido declarada ejecutoriada:

Primera.—Cuando el divorcio tramitado se ha fincado por causas comprendidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII,

276 Fernández Clérigo Luis. Ob. Citada. Pág. 137.

XIV, y XV del artículo 267 del Código Civil, el cónyuge que haya sido declarado culpable, perderá la patria potestad de los hijos en forma definitiva, ya que el legislador ha considerado que por tratarse de causas tan graves, el cónyuge culpable, no podrá recuperar la patria potestad de sus hijos ni siquiera aun después de la muerte del cónyuge inocente, quien es el que queda única y exclusivamente con la patria potestad sobre ellos. Para el caso de que ambos cónyuges fueran declarados culpables, dice la ley que se ejercerá la patria potestad por conducto del ascendiente que tenga mayor y mejor derecho para ello y a falta de éste, será nombrado un tutor. Esta situación (la de que ambos cónyuges resultaran culpables) resulta de muy remotas posibilidades, sin embargo, no ha querido el legislador descuidar cuál sería la situación de los hijos en el caso, aunque remoto, de que ambos cónyuges incurrieran en las faltas graves que dan lugar a la pérdida de la patria potestad.

Segunda.—Con relación a la segunda regla encontramos que la ley igualmente sanciona al cónyuge culpable, cuando la demanda de divorcio se ha instaurado con base en las causales comprendidas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, y XIV del artículo 267, con la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, pero esta pérdida es temporal y no definitiva como sucede en los casos que sanciona la regla anterior, por lo que resulta más que una pérdida, una suspensión, ya que el cónyuge declarado culpable recuperará la patria potestad sobre los hijos al ocurrir la muerte del cónyuge inocente, quien la ejercía en vida. Encontramos también la previsión del legislador para el caso de que ambos cónyuges sean declarados culpables, en cuyo caso la patria potestad se delega en el ascendiente que corresponda o se designa un tutor en su caso, recuperando aquélla el cónyuge supérstite, al fallecer alguno de ambos.

Tercera.—Por lo que respecta a la tercera regla del Código ya citado, el cónyuge declarado culpable, por sentencia fundada en las causales enunciadas en las fracciones VI y VII, no pierde la patria potestad sobre los hijos sino el derecho a la custodia, quedando así íntegros y subsistentes todos los demás

derechos que tiene sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos.

En lo que a pensión alimenticia se refiere, el Código señala que la mujer inocente tendrá derecho a los alimentos en tanto no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente y el marido también inocente, sólo tendrá derecho a ellos cuando esté imposibilitado para trabajar y además carezca de bienes propios para subsistir. Los hijos tendrán derecho a los alimentos que ministrarán los padres en proporción a sus bienes, durante la minoría de edad de los varones y las mujeres aun cuando sean mayores de edad, hasta en tanto no contraigan matrimonio y siempre y cuando vivan honestamente. Al respecto, nuestro Código Civil vigente dispone:

“Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación a contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad, y de las hijas, aunque sean mayores de edad, siempre que vivan honestamente”.²⁷⁷

Ahora bien, ya se dijo que cuando el divorcio se funde en las causales comprendidas en las reglas primera y segunda que anteriormente aludimos, el cónyuge culpable será condenado a la pérdida de la patria potestad de los hijos, bien en forma definitiva o bien en forma temporal. Surge ahora el problema de saber cuál de los cónyuges tendrá el derecho de custodia sobre los hijos. En atención a lo descrito por el Código Civil, cuando el divorcio se funda en las causales contenidas en las fracciones VI y VII del artículo 267, el cónyuge que dió lugar al divorcio no perderá la patria potestad, sino únicamente el derecho a la custodia de los hijos. En este caso, el Código Civil ha resuelto expresamente el problema, sin embargo, no lo ha hecho así en los casos de divorcio fundados en las restantes causales. Por

277 Código Civil de 1928. Art. 287.

ello, al efecto es necesario hacer una interpretación del ordenamiento señalado y más concretamente, del artículo 260 en el cual señala literalmente:

“...siempre y aun tratándose de divorcio, los hijos e hijas menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la mujer se dedique a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriagarse, tuviere alguna enfermedad contagiosa o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o moralidad de sus hijos”.²⁷⁸

De tal precepto se desprende, que tanto los hijos varones como las mujeres cuya edad sea menor de cinco años, siempre quedarán al lado de la madre en tanto lleguen a cumplir dicha edad, salvo los casos de excepción que la ley señala (en los que la cónyuge represente un grave peligro para la salud o moralidad de los menores) en que quedarán al lado del cónyuge varón. Sin embargo, creemos que en todas las causales que comprende la regla primera descrita con anterioridad, siempre resulta inconveniente la conducta de la mujer, para el caso de que ella fuere declarada culpable y representa por tal motivo, un grave peligro para la salud y más aun, para la moralidad de los hijos y el juez, salvo casos verdaderamente excepcionales, debe poner a los hijos bajo la custodia del padre, considerando que es injusta cualquiera otra solución en contrario.

Con respecto al cuidado y la guarda de los hijos en el divorcio voluntario, se estará al convenio formulado por los interesados y que el juez haya aprobado con audiencia del Ministerio Público.

Vistos los principales efectos que produce la sentencia de divorcio con respecto a los hijos resta recordar únicamente que el cónyuge condenado a la pérdida de la patria potestad de los hijos, ya sea definitiva o temporalmente, queda de cualquier manera sujeto a todas las obligaciones que tiene un padre para con sus hijos, según lo dispone el artículo 285 del Código Civil.

278 Idem. Art. 260.

6.—Puntos de Vista del Sustentante, Sobre el Sistema de Divorcio más Conveniente.

Por fortuna para los intereses generales de la sociedad, la admisión de las leyes y procedimientos sobre el divorcio ha destruído en la mayor parte de los países civilizados del mundo, aquel precepto moral del cristianismo primitivo que sustenta: "lo que une Dios, no debe desunir el hombre".

El divorcio no es consecuencia sino de la falta de penetración y confianza recíprocas que deben prescindir todas las uniones; por tal razón, creemos que más graves consecuencias se ocasionarían si las leyes no permitieran la separación de los cónyuges entre quienes no existen aquéllas, y en consecuencia, las desavenencias entre ellos se hacen frecuentes y van acrecentándose a medida que pasa el tiempo incluso con peligro de su integridad física y de la moral, educación y estabilidad psíquica de los hijos que han procreado.

Para los hijos, el estar en calidad de espectadores y muchas veces de participantes en constantes escenas que ponen de manifiesto el poco sentido de responsabilidad, la ignorancia y la escasa preparación moral de sus padres, es, a nuestro juicio, causas de huellas hondas y serán más, infinitamente más, los perjuicios que les va a producir que los que les acarrearía, en un momento dado, el divorcio de sus padres.

Por otro lado, resultaría impropio y contrario a la lógica, tratar de mantener unidas a dos personas que contrajeron matrimonio creyendo comprenderse, amarse y entenderse en una unión que resulta ya infernal y gravemente perjudicial para ellos y para la sociedad misma. En tales casos, lo mejor es permitir la separación, por graves que sean las consecuencias que acarree, antes que llegar a los actos, espectáculos y peligros ya mencionados y de los cuales serán los hijos los principales afectados.

Ahora bien, hemos podido apreciar por lo descrito en este trabajo, que existen dos clases de divorcio: el de separación de

cuerpos y el vincular. Respecto al primero, no estamos convencidos que sea la mejor fórmula jurídica para solucionar las desavenencias presentadas dentro del matrimonio y los daños y peligros que éstas entrañan. Creemos que la separación de cuerpos no constituye un real divorcio, por no romper definitivamente el vínculo del matrimonio y no dejar a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, ya que éstos son los principales fines y efectos del verdadero divorcio. Es más, pensamos que este sistema va en contra de algunos de los principales fines del matrimonio pues a través del divorcio separación de cuerpos, por medio de sentencia judicial solamente se autoriza a uno o a ambos cónyuges (lo que hace imposible la finalidad de la procreación y en cierta medida, la de la ayuda mutua) a no convivir, sin romperse el vínculo matrimonial existente y sin que se modifiquen las obligaciones y derechos que ambos cónyuges se deben.

Por otro lado, la separación de cuerpos fomenta el adulterio a través de la posible relación sexual de los cónyuges así divorciados con terceros, ya que si bien los cónyuges autorizados por sentencia judicial no viven unidos, también lo es que siguen ligados jurídicamente.

Este sistema es considerado en ciertos países, como algunos de los que hemos mencionado ya en este trabajo, como la única forma de divorcio permitida. En nuestra legislación, también es aceptado por el artículo 277 del Código Civil, cuando concurren las causales contenidas en las fracciones VI y VII del artículo 267, facultándose al cónyuge sano para que sea quien decida si invoca el divorcio vincular, o si únicamente desea que se suspenda la obligación de cohabitación, en cuyo caso el juez decretará la suspensión de la vida matrimonial, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio el cual no se disuelve, lo que en estos únicos casos nos parece justo y justificado, por ende, el divorcio separación de cuerpos.

El divorcio vincular podemos decir que es el que constituye el verdadero divorcio desde el punto de vista jurídico, ya que

como hemos mencionado con anterioridad, deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo vínculo matrimonial; es decir a través de este sistema se disuelve por completo el matrimonio.

Consideramos un acierto de nuestra legislación civil, el hecho de acoger dentro de sus normas el sistema de divorcio vincular por ser éste, como ya dijimos, el único medio como verdaderamente se logra romper el vínculo marital entre dos cónyuges, que por la situación que prevalece entre ellos ya no pueden seguir siendo como tales.

En lo que no estamos de acuerdo, es en las excesivas facilidades dadas para la ruptura del vínculo, tanto por nuestra ley como por las autoridades encargadas de aplicarla. Las disoluciones matrimoniales deben ser aprobadas sólo en determinados casos de gravedad patente, pero nunca como sistema general, sobre todo cuando las razones aducidas por los cónyuges no se apoyen en actos o circunstancias de verdadera trascendencia. Por este motivo, no estamos plenamente seguros de que el divorcio voluntario deba ser incluido en nuestro régimen de derecho, puesto que es de estimarse que resulta altamente pernicioso para la estabilidad de la familia dejar al arbitrio de los cónyuges el disolver el matrimonio cuando así lo consideren conveniente, sin que medie quizá una razón o causa suficiente para ello. El divorcio voluntario es la fórmula más cordial que se ha dado en la época presente para obtener la disolución del matrimonio y es innegable que una gran proporción de matrimonios que llegan a intentar el divorcio por mutuo disenso, lo hacen fundados en móviles faltos de bases serias, que no pasan de ser simples desavenencias o diferencias de carácter fácilmente corregibles cuando se impone la razón y la sensatez.

Por tales motivos, muchos cónyuges divorciados en dichas circunstancias, no tardan en darse cuenta de la gravedad de su decisión erróneamente tomada, y seguramente cuando ya no hay remedio y las consecuencias que se presentan en virtud de la separación, adquieren mucha mayor importancia que aquéllas que predispusieron un paso poco premeditado.

Sin embargo, creemos que de no ser posible la supresión de

este sistema en nuestras leyes, sí sería conveniente modificarlo, al menos en una forma tal, que se hiciera más difícil la obtención del divorcio, estableciendo la fijación de un plazo suficiente para dar tiempo, antes de que se pronuncie la sentencia, de que los divorciantes capten los alcances de su decisión.

Este sistema —es decir, el de un trámite prolongado— ha producido en Francia, Inglaterra y España, entre otros países, resultados positivos, y consideramos que mediante él sería posible la reconstrucción de muchos hogares que se encontraron en peligro de ser deshechos para siempre, quizá sin mediar causas o razones de verdadero peso.

Igualmente se hace imprescindible una moralización y depuración absoluta de las autoridades y funcionarios encargados de la aplicación de las leyes, que por maniobras carentes de poca honestidad, se permita la disolución de matrimonios con suma facilidad tal y como sucede en muchas de las poblaciones de nuestra República, de las cuales algunas se han hecho tristemente populares en el plano internacional. Si los jueces y funcionarios aplicadores de las leyes pusieran al servicio de sus cargos toda la voluntad, capacidad y honestidad que requieren, si interpretaran atinadamente las disposiciones legales, erradicando así los inmorales procedimientos usuales, nos evitarían en gran parte estadísticas tan graves y tan alarmantes como éstas, que ofrecemos: de acuerdo con los datos correspondientes al año de 1967, los matrimonios celebrados en el país llegaron a 307,992; en el mismo año, se efectuaron 28,623 divorcios lo que representa más de un 9% en relación con los matrimonios celebrados. De tales divorcios, se terminaron en los Juzgados de Primera Instancia en el país, 24,539 juicios sobre divorcios contenciosos, es decir, solicitados por sólo uno de los cónyuges; en cuanto a divorcios voluntarios, se llegó a la alarmante cifra de 4,084.

La humanidad en la época actual parece bambolearse sobre sus cimientos. La solidez de tales cimientos está en el hogar, en la familia y, en consecuencia, en el matrimonio; sólo manteniéndolo firme, nos parece que podemos evitar el caso.

Resulta indispensable la creación de un Tribunal de Familia. Es criticable para nuestro País que en Guatemala, una Nación menos desarrollada que México, se haya creado recientemente (en 1967) un Tribunal de Familia, y que en nuestros legisladores ésto no haya sido nunca considerado, como un aspecto importante y de vital urgencia.

En resumen, estamos de acuerdo con la idea del jurista francés Julien Bonecasse de que "el divorcio es un mal necesario" y por tal razón, aceptamos que el mejor sistema de divorcio que debe incluirse dentro de una legislación, es el sistema vincular.

Es de creerse que el desarrollo de matrimonios avenidos y de uniones sólidas, determinan grandemente los progresos de la cultura en términos generales; coincidimos por ello con la idea del eminente sociólogo F. de la Motte, quien dice: "La vida espiritual de los pueblos está en relación inversa con las estadísticas sobre el divorcio".

PRINCIPALES SISTEMAS DE DIVORCIO EN LOS PUEBLOS MODERNOS

- I.—El de las legislaciones que rechazan en absoluto el divorcio. (Italia, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay, España).
- II.—Legislaciones que lo rechazan para los católicos. (Inglaterra, Austria, Servia, Bulgaria).
- III.—Legislaciones que admiten el divorcio pero sólo por causas determinadas que implican faltas graves de los cónyuges. (Francia, Portugal, Inglaterra, Holanda, Honduras).
- IV.—Legislaciones que admiten el divorcio por consentimiento mutuo. (Bélgica, Ecuador, Venezuela, Guatemala, Cuba, Santo Domingo, Nicaragua, México).
- V.—Legislaciones que lo admiten aun por ciertos hechos que no revisten el carácter de faltas. (Alemania, Suiza, Estados Unidos de América).
- VI.—Legislaciones que admiten el divorcio por voluntad de uno de los cónyuges. (Rusia, algún aspecto Uruguay)".²⁷⁹

En la transcripción precedente hemos respetado de manera íntegra el texto de Castán Tobeñas, mas cabe aclarar que si bien originalmente el artículo 18 del Código Soviético del Matrimonio, la Familia y la Tutela, admitía, la disolución del matrimonio por decisión de uno solo de los cónyuges, tal situación fue modificada por Decreto de 8 de julio de 1944, que con

279 Castán Tobeñas José. Ob. Citada. Pág. 207.

la pretensión de fortalecer los vínculos familiares en la U.R.S.S., dispuso que la disolución del matrimonio sólo era procedente por sentencia judicial (no administrativa como antiguamente), atendiendo a la declaración conjunta o de uno de los esposos, pero siempre sobre la base de que se justificaren los motivos que funden el rompimiento del vínculo y dejando, en todo caso, al tribunal el reconocimiento de la necesidad de que se disolviera el matrimonio.²⁸⁰

En lo referente a la mención "algún aspecto Uruguay", quiere decir que el divorcio admitido en ese País por voluntad de uno de los cónyuges, solamente lo es cuando proviene la solicitud de parte de la cónyuge y no así del varón.

Con relación a Honduras, en la actualidad es admitido el divorcio por mutuo consentimiento.

280 Romashkin P. "FUNDAMENTOS DEL DERECHO SOVIETICO". Traducido por José Echenique. Pág. 453.

CAPITULO VII
CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.—La familia es un agregado social cambiante, siempre en continua evolución.

2.—La familia como base y fundamento de la Sociedad y del Estado que es, tanto en su organización como en su funcionamiento, debe ser considerada de interés público.

3.—El matrimonio constituye la fuente principal del núcleo familiar.

4.—En el matrimonio y dentro del Derecho Canónico, predomina fundamentalmente la idea de contrato.

5.—En México, la Ley del Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859, establece por primera vez que el matrimonio es un contrato civil y en la actualidad así es calificado por el Código Civil y por el párrafo tercero del Artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

6.—El matrimonio es un acto jurídico trilateral, solemne, de orden familiar, con el objeto de crear una comunidad de vida plena entre dos personas de distinto sexo.

7.—El divorcio es una consecuencia eventual del matrimonio, que debe considerarse solamente como un remedio para casos graves y justificados.

8.—Existen dos clases de divorcio: el de separación de cuerpos, que solamente suspende alguno de los deberes del matrimonio pero no lo disuelve, y el vincular que rompe el lazo conyugal y deja a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo.

9.—La diferencia fundamental existente entre las legislaciones de Argentina, España e Italia con la de México, consiste en que aquéllas no admiten el divorcio vincular sino únicamente la separación de cuerpos.

10.—Formulado el estudio comparativo de las legislaciones extranjeras mencionadas en la conclusión precedente y la vigente en nuestro país, encontramos que el sistema mexicano es más conveniente dado que determina el estado civil definitivo de los divorciantes, suprimiendo así las consecuencias nocivas que siempre engendran las situaciones ambiguas.

11.—Las Leyes y el Estado deben permitir el divorcio, pero nunca estimularlo.

12.—En los Códigos Civiles de 1870 y 1884, se admitió el divorcio únicamente como separación de cuerpos, porque era tanto el respeto que merecía el vínculo del matrimonio que tal disposición se elevó a la categoría de precepto constitucional, siendo hasta la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, cuando se opera un cambio radical en nuestro Derecho Civil al aceptarse el divorcio vincular.

13.—Por último, creemos que el divorcio absoluto o vincular debe subsistir en nuestra legislación, con algunas modificaciones impuestas por la experiencia.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- Alba Hermosillo Carlos.—“ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO AZTECA Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO”. Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano. México, 1949.
- Astolfi Carlos.—“SINTESIS DE HISTORIA MEDIA MODERNA Y CONTEMPORANEA”. Editorial Kapelusz. Buenos Aires, 1940.
- Baeza Acévez Leopoldo.—“ETICA”. Editorial Porrúa, S. A. México, 1954.
- Barroso Figueroa José.—“APUNTES DE CLASE”. Facultad de Derecho. U.N.A.M. México, 1966.
- Bruggi Biagio.—“INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL”. Editorial UTEHA. México, 1946.
- Castán Tobeñas José.—“DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL”. Tomo I. Volumen I. Editorial Reus. Madrid, 1936.
- Chavero Alfredo.—“MEXICO A TRAVES DE LOS SIGLOS”. Tomo I. Publicaciones Herrerías, S. A. México.
- Colín Ambrosio Capitán H.—“CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL”. Tomo I. Editorial Reus. Madrid, 1952.
- De Pina Rafael.—“ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO”. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A. México, 1956.
- Esquivel Obregón Toribio.—“APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO”. Tomo I. Editorial Polis, 1937.

- Fernández Clérigo Luis.—“EL DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA”. Editorial UTEHA. México, 1947.
- Flores Barroeta Benjamín.—“LECCIONES DE DERECHO CIVIL”. Edición Privada de la Universidad Ibero Americana. México, 1965.
- García Maynez Eduardo.—“INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO”. Editorial Porrúa. México, 1956.
- García Trinidad.—“APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO”. Editorial Porrúa. México, 1959.
- Gomís José y Luis Muñoz.—“ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO”. Edición particular de los autores. México, 1942.
- Gustavino José María.—“CODIGO CIVIL ARGENTINO”. Tomo I. Buenos Aires.
- Jemolo Arturo Carlo.—“EL MATRIMONIO”.—Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954.
- Lafaille Héctor.—“CURSO DE DERECHO CIVIL”. (Derecho de Familia). Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires, 1930.
- Machado José Olegario.—“EXPOSICION Y COMENTARIO DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO”. Tomo I. Talleres Gráficos Argentinos. Buenos Aires.
- Manresa y Navarro José María.—“CODIGO CIVIL ESPAÑOL”. Tomo I. Madrid, 1943.
- Mateos Alarcón Manuel.—“DERECHO CIVIL MEXICANO”. Tomo I. Librería de J. Valdés y Cuevas. México, 1885.
- Ortiz Urquidi Raúl.—“MATRIMONIO POR COMPORTAMIENTO”. México, 1955.
- Ots Capdequi José María.—“EL ESTADO ESPAÑOL EN LAS INDIAS”. Fondo de Cultura Económica. México, 1957.
- Petit Eugene.—“TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO”. Editorial Nacional, S. A. México, 1953.

- Planiol Marcel.—“TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL FRANCÉS”. Con la colaboración de Georges Ripert. Volumen IV. Ediciones Cajiga. Puebla, 1946.
- Rojina Villegas Rafael.—“DERECHO CIVIL MEXICANO”. (Derecho de Familia). Tomo II. Volumen I. Editorial Antigua Librería Robredo. México, 1959.
- Romanshkin P.—“FUNDAMENTOS DEL DERECHO SOVIETICO”. Traducido por José Echenique. Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú, 1962.
- Ruggiero Roberto.—“INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL”.
 Sánchez Román Felipe.—“ESTUDIO DE DERECHO CIVIL”. Tomo V. Volumen I. Segunda Edición. Madrid, 1912.
- Santa Cruz Teijeiro José.—“INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO”. Madrid.
- Sohm Rodolfo. “INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO”. Editorial Gráfica Panamericana. México, 1951.
- Valverde y Valverde Calixto.—“TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL”. Tomo IV. Segunda Edición. Valladolid, 1921.
- Enciclopedia V. Espasa Calpe.—Espasa Calpe Mexicana, S. A. México, 1962.
- Santa Biblia.—Publicada por la Sociedad Bíblica de América, de Nueva York, 1933.

LEGISLACION

- Código Civil de la República Argentina.—Juan Carlos Rébora. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1965.
- Código Civil Español.—S. Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965.
- Código Civil Italiano con notas para el estudio Argentino.—Libro I. De las Personas y de la Familia. Santiago C. Fassi. Dionisio Petriella. Asociación Dante Alighieri. Buenos Aires, 1960.

Código de Procedimientos Civiles Italiano. Ediciones Italianas. Roma, 1966.

Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos. De fecha 12 de julio de 1859. México.

Ley del Matrimonio Civil. De fecha 23 de julio de 1859. México.

Código Civil del Distrito y Territorios de la Baja California. Expedido según Decreto de 8 de diciembre d 1870, vigente a partir del 1o. de Marzo de 1871.

Código Civil del Distrito y Territorios de la Baja California. Expedido por el Poder Ejecutivo en uso de la Facultad que le concedió el Congreso de la Unión según Decreto de fecha 14 de diciembre de 1883. Vigente a partir del 31 de marzo de 1884.

Ley Sobre Relaciones Familiares. Expedida por el C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión. Promulgada con fecha 9 de abril de 1917.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia Federal. Vigente a partir del 1o. de octubre de 1932.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia Federal. Vigente a partir del 17 de septiembre de 1931.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Vigente a partir del 1o. de octubre de 1932.

JURISPRUDENCIA

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION:

Tesis Jurisprudenciales.

Ejecutorias de la Tercera Sala.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	21
 CAPITULO I	
EL MATRIMONIO.	
1.—Su Concepción	25
2.—Antecedentes Históricos:	29
a).—Derecho Romano	29
b).—Derecho Canónico	30
c).—Epoca Precortesiana	30
d).—Epoca Colonial	32
e).—México Independiente	34
3.—Su Naturaleza Jurídica:	35
a).—El Matrimonio como Institución	36
b).—El Matrimonio como Acto Jurídico Condición	37
c).—El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto	38
d).—El Matrimonio como Contrato Ordinario	39
e).—El Matrimonio como Contrato de Adhesión	41
f).—El Matrimonio como Estado Jurídico	41
g).—El Matrimonio como Acto de Poder Estatal	42
h).—El Matrimonio como Acto Unión	43
i).— El Matrimonio como Convenio en Sentido Técnico.	44
j).— El Matrimonio como Negocio de Derecho Familiar.	44
 CAPITULO II	
EL DIVORCIO.	
1.—Definición	63

	Pág.
2.—En el Derecho Romano:	64
a).—Sus Causas	64
b).—Sus Formas	67
c).—Sanción para el Cónyuge Culpable	70
3.—Derecho Canónico	71
4.—En el México anterior a las Codificaciones:	78
a).—Precortesiano	78
b).—Colonial	81
c).—México Independiente	82
5.—En los Códigos:	83
a).—De 1870	83
b).—De 1884	88
6.—En la Ley Sobre Relaciones Familiares	92

CAPITULO III

EL DIVORCIO EN ARGENTINA.

1.—Su Concepción	39
2.—Sus Causas	102
3.—Sus Efectos Jurídicos:	106
a).—Entre los Cónyuges	106
b).—En Relación con los Hijos	108

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN ESPAÑA.

1.—Génesis de su Regulación Contemporánea	113
2.—Sus Causas	117
3.—Sus Efectos Jurídicos:	121
a).—Entre los Cónyuges	122
b).—En Relación con los Hijos	124

	Pág.
CAPITULO V	
EL DIVORCIO EN ITALIA.	
1.—Su Concepción	129
2.—Sus Causas	134
3.—Sus Efectos Jurídicos:	136
a).—Entre los Cónyuges	136
b).—En Relación con los Hijos	137

CAPITULO VI

EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

1.—Su Concepción	141
2.—Su Naturaleza Jurídica	141
3.—Clases de Divorcio:	143
a).—Divorcio Voluntario Administrativo	143
b).—Divorcio Voluntario Judicial	146
c).—Divorcio Necesario	150
4.—Sus Causas	154
5.—Efectos de la Sentencia de Divorcio:	186
a).—En Relación con los Hijos	186
6.—Puntos de Vista del Sustentante, Sobre el Sistema de Divorcio más Conveniente	190

CAPITULO VII

CONCLUSIONES	199
BIBLIOGRAFIA	203