



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**LA INSTITUCION JURIDICA DEL DIVORCIO
EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JOSE FERNANDO OLVERA ESNAURRIZAR



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 MI PADRE:

Que con su ejemplo, estímulo y cariño
me ayudo a lograr mi más caro anhelo.

A ti mi reconocimiento.

A MI MADRE:

Con todo cariño por su ternura
y determinación para el logro-
de mi realización.

A ti mi agradecimiento.

A mi hermano Francisco.

Con admiración y cariño
como guía y ejemplo de
responsabilidad.

A mi hermano Jorge.

Al que quiero hacer patente
mi agradecimiento y cariño
sobre todo el valioso tesoro
de su hermandad.

A mi hermano Roberto.

Como reconocimiento a
sus valores morales
y humanos y con grati-
tud al ejemplo que ha
brindado.

A mi hermano Angel.

Cuya compañía y
nobleza son de in-
calculable valor.

**A QUIENES NOS ILUMINARON CON LA VERDAD DE NUESTRA
CIENCIA.**

A QUIENES IMPARTEN LA LUZ DEL DERECHO

A QUIENES NO SOLO NOS DEDICAN UNA HORA

SINO UNA ETERNIDAD DE SUS VIDAS.

¡ AL MAESTRO !

EXTIENDO MI MANO

AL AMIGO SINCERO

AL H. JURADO.

I N D I C E

Págs.

CAPITULO I

PRESUPUESTO Y CONCEPTO DEL DIVORCIO

- 1.- Antecedentes históricos del matrimonio a partir del Renacimiento.....
- 2.- Definiciones.....
- 3.- Concepto del divorcio.....

CAPITULO II

PERSPECTIVA HISTORICA DEL DIVORCIO.	9
El divorcio en el derecho Hebraico.....	14
El divorcio en el derecho Romano.....	21
El divorcio en el derecho Canónico.....	26
El divorcio en el derecho Islámico.....	34
El divorcio en el derecho Francés.....	37
El divorcio en el derecho Mexicano.....	39

CAPITULO III

DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO	61
------------------------------------	----

	Págs.
Críticas.....	62
CAPITULO IV	
DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.	72
CAPITULO V	
DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.	83
a).- Las causales del divorcio en particular.....	88
b).- Causales de divorcio que no regula el Código Civil de 1928.....	142
c).- La acción de divorcio necesario o Contencioso.....	148
d).- Efectos del divorcio necesario o Contencioso.....	152
CONCLUSIONES.....	160
BIBLIOGRAFIA.....	165

CAPITULO PRIMERO.

PRESUPUESTO Y CONCEPTO DEL DIVORCIO.

La presente tesis tiene como objeto el - realizar un estudio de la institución jurídica del - divorcio, tal y como la contempla nuestro Derecho -- Positivo. Sin embargo, antes de entrar en el estu- dio jurídico del divorcio, consideramos, es menester hacer una breve referencia al matrimonio, por ser és te el presupuesto lógico (del divorcio). Además, -- estudiaremos someramente el concepto doctrinario del divorcio y nos referiremos, también brevemente, a -- los antecedentes históricos de esta institución jurí dica.

A partir del Renacimiento, el matrimonio se ha concebido como contrato, ratificándose este - carácter después de la Revolución Francesa en el Cód- igo Napoleónico; sin embargo, mas tarde la doctrina reacciona y descubre en el matrimonio su importancia social que trasciende el ámbito del Derecho Privado, por ser esta institución la base de la familia y por lo tanto la célula de la sociedad. Esta nueva visión se refleja en las legislaciones que regulan a la ins- titución, contemplándola como contrato.

Entre las definiciones del concepto que- diversos autores han aportado, reproducimos las si- guientes:

De acuerdo con el maestro Rafael de Pina se define "como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo, una comunidad distinta al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el hombre y la mujer". (1)

Por su parte, Antonio Cicu afirma que el matrimonio "es una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola. El matrimonio, como institución natural, se basa en el instinto sexual, pero al pasar al hombre del estado de la animalidad de sociabilidad y, portanto, de espiritualidad, se ha sublimado convirtiéndose en una unión de almas". (2)

En su obra, Luis Fernández Clérigo, afirma que el matrimonio constituye un "acto solemne, en el que interviene el Estado de un modo más o menos

(1) Derecho Civil Mexicano. Vol. I. p. 316 Edit. —
Porrúa. 2a. Ed. México 1960

(2) Cit. por Rafael de Pina. Ibidem. p. 316.

directo, para dar valor a la unión del hombre y la -
 mujer que se proponen crear un vínculo de perpetua -
 cooperación para los fines esenciales de la vida". -
 (3)

Nuestra Constitución política, en su artículo 130 dice, por lo que toca al matrimonio: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás - actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen..." De este modo, podemos apreciar que el Constituyente de 1917 siguió la tendencia de codificación napoleónica y consideró al matrimonio como un contrato. Nuestro Código Civil vigente, a su vez, sigue la misma tendencia cuando establece en su artículo 178: "El contrato del matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes".

Un mar de tinta ha producido la polémica doctrinaria de si el matrimonio es, o no, un contrato. A favor de la calificación de contractual en -- nuestra legislación mexicana, el maestro Magallón -- Ibarra ha escrito:

(3) El Derecho de Familia en la Legislación Comparada
 p. 59 Unión Tipografica. Edit. Hispano Americano
 México 1947.

"... Nosotros creemos que es acertada— desde un punto de vista jurídico, la calificación o atribución que el legislador ha realizado del carácter contractual del matrimonio. En efecto, como ya se indica, la técnica jurídica correctamente le ha otorgado al matrimonio un carácter contractual, no sólo por que en él concurren los dos supuestos indispensables para su existencia y validez, tanto como en el Derecho Canónico como en el Civil su consentimiento se convierte en la unión y su objeto cristaliza en la procreación y ayuda mutua sino porque además, el derecho no podría otorgarle otra naturaleza que lo explicara y lo reglamentara más adecuadamente desde el punto de vista jurídico.

Ahora bien, tengamos presente que la -- unión conyugal es en verdad una vida en forma y que por lo tanto, en ella coexiste, junto con el aspecto contractual, un índice que calificamos como extralegal. Esto es, la norma de derecho, no puede llegar a identificarse en su total integridad, con la vida humana de la que es producto. Ella la reglamenta y a veces nos induce a su explicación; pero no se confunde con su naturaleza, la cual, latente y dinámica conserva —pudieramos decir— reserva, fuera de las estructuras naturales o artificiales de las formas legales, un margen vital que en ocasiones no es posible llegar a consignar en las reglas legislativas".-

(4)

(4) Magallón Ibarra, Jorge Mario. El Matrimonio. Prólogo de Luis Recasens. Siches. Tipografía Editorial.

En sentido contrario, Clemente de Diego, considera que el matrimonio no es de considerarse — como un contrato "Porque en su fondo no tiene sino — la forma de contrato, dada por la expresión del consentimiento. La razón es muy sencilla: todo contrato necesita de tres elementos o requisitos esenciales para su existencia, a saber, objeto, causa y consentimiento, y en el matrimonio faltan los dos primeros. En efecto, falta el objeto o materia, que en el contrato es una prestación que recae sobre cosas materiales o servicios, pero nunca sobre las personas; y en el matrimonio tiene lugar la entrega de — una persona a otra y de ésta a aquélla en toda la integridad; falta la causa, porque ésta en los contratos es la liberalidad y el interés, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otro interés que el amor". (5)

Mezclarnos en la polémica, a pesar de — que no deje de seducirnos, implicaría desviarnos demasiado del objeto del presente estudio, ya que sólo nos hemos referido al matrimonio, como ya dijimos, — por constituir éste el presupuesto lógico del divorcio. Anotemos, no obstante, que consideramos factible técnicamente llegar a considerar al matrimonio — como un contrato, si bien como un contrato sui generis como suelen serlo todas las figuras contractuales en el ámbito del derecho público. Pero ese contrato en forma alguna, llega a comprender en sí, todo lo que implica el matrimonio; ya que sobre la naturaleza del mismo se puede apuntar que: "... Es —

(5) Instituciones de Derecho Civil Español, cit. por Rafael de Pina. op. cit. p. 317.

esencia natural, una relación moral, una institución ética y un orden superior de vida, que toma del Derecho tan sólo las formas y condiciones que en lo jurídico son necesarias para su existencia y garantía -- del orden social". (6)

Habiéndonos referido someramente al presupuesto de existencia del divorcio, es decir, al -- matrimonio, ha llegado el momento de entrar en materia, haciendo un estudio conceptual de la institución jurídica objeto del presente estudio; el divorcio.

La palabra divorcio, proviene de la voz latina divortium, que significa separación (diverto, is, ti, sum tere = apartarse, separarse en dirección opuesta). Por lo tanto, la palabra divorcio nos dá la idea de separación en el lenguaje común. En el sentido jurídico significa "extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso". (7).

Según Eduardo Pallares "el divorcio es -- un acto jurisdiccional o administrativo por virtud -- del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contra

(6) Elementos del Derecho Civil. Tomo I. Trad. José-M., Bonnecase, Julia. Cajica Jr. Edit. José M. Cajica Jr. Puebla, Pue. 1945. pp. 541 y 542.

(7) Rafael de Pina. op. cit. p. 430

to del matrimonio concluye, tanto en relación con -- los cónyuges como con respecto de terceros". (8)

Por su parte, el Código Civil para el - Distrito y Territorios Federales enuncia en su artículo 266: "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". El divorcio, por consiguiente, de acuerdo con el artículo citado, produce dos efectos, a -- saber: La disolución del vínculo conyugal y el otorgamiento a los cónyuges de la facultad de poder contraer nuevo matrimonio.

Existe también en la doctrina el divorcio por separación de cuerpos, sin embargo, consideramos impropio denominar a esta figura jurídica divorcio, ya que en ella no se dan ninguno de los dos efectos de que habla el artículo de referencia, ya -- que no se disuelve el vínculo conyugal, y los cónyuges quedan imposibilitados de contraer nuevas nupcias. En este sistema el vínculo conyugal queda vigente y con el, todas las obligaciones que implica, -- excepto, las de vivir juntos y hacer vida marital. -- Cabe anotar que el divorcio por separación de cuerpos fue el único que admitieron nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884. No fue sino hasta la Ley de -- dos de diciembre de 1914, que el divorcio vincular -- hizo su aparición en la vida jurídica mexicana.

(8) El divorcio en México. Edit. Porrúa. México 1968

El divorcio por separación de cuerpos es tá regulado por nuestro Código Civil vigente, que en su artículo 277 dispone: "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 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".

Reiteramos, sin embargo, y a pesar de - que aún existen legislaciones en el Derecho Comparado que sólo contemplan el divorcio por separación de cuerpos, que consideramos impropia la denominación de divorcio para esta figura jurídica, ya que el divorcio stricto sensu implica la disolución del vínculo conyugal, es decir, deja insubsistente el matrimonio.

Por consiguiente, de acuerdo a lo expuesto, sólo consideramos como divorcio, propiamente dicho, el que algunos autores han dado en llamar divorcio vincular. Siguiendo este criterio, podemos hacer una división bipartita: divorcio necesario y divorcio voluntario: subdividiendo, esta última, para efectos procesales, en divorcio voluntario administrativo y divorcio voluntario judicial. Sin embargo dejamos al estudio de cada uno de estos tipos de divorcio para capítulos posteriores en que haremos un análisis más detenido de los mismos.

CAPITULO SEGUNDO.

PERSPECTIVA HISTORICA DEL DIVORCIO.

El divorcio es una figura jurídica que data de tiempos muy remotos, casi podemos afirmar -- que apareció, en su forma más primitiva, el repudio-- casi simultáneamente con el matrimonio.

En la era de promiscuidad sexual ma--- triarcado y poliandria es lógico suponer que no existía la figura del divorcio. En aquella época, de lo que se ha dado en denominar hetairismo, o sea promiscuidad sexual absoluta, no existían lazos familiares ética sexual o instituciones sociales que determinaran en modo alguno las relaciones sexuales. Se desconocían por completo los vínculos de sangre y, desde luego, se ignoraban también las relaciones que guarda la actividad sexual con la reproducción y la génesis del ser humano. Las relaciones sexuales se daban, por lo tanto, en forma promiscua y carente -- de valores éticos e inclusive, de acuerdo con el Dr. Havelock Ellis (9), condicionado a ciclos de periodicidad análogos a los períodos de celos de otros mamíferos. Es decir, valga la comparación, las relaciones sexuales se llevaban a cabo en manera similar al modo en que se realizan entre especies como el perro

(9) Estudio de la Psicología sexual. El pudor. La -- Periodicidad.

por lo que no es de extrañarse que no hubiesen valores sexuales. En esta época, no puede hablarse de matriarcado ni de patriarcado pues se desconocía como hemos visto la génesis del hombre y se creía que la mujer recibía al hijo por medios exteriores.

De esta fase de hetairismo se pasa a una etapa matriarcal. Es la mujer quien inicia la agricultura mientras que el hombre se dedica a actividades cinegéticas. Como se sabe es la agricultura el factor que convierte a las sociedades primitivas de nómadas en sedentarias, por lo que la mujer conquista la hegemonía económica, por otra parte se empiezan a considerar las funciones reproductivas como algo propio de la mujer --se desconoce la importancia de la intervención masculina-- contribuyendo a incrementar su prestigio.

Para esto, la periodicidad sexual a que aludimos antes desaparece, dejando en su lugar a la libido. Esto hace que los seres humanos ya no realicen sus funciones genéticas de una manera determinada por la naturaleza y libre de la libertad de los agentes, las relaciones sexuales se realizan ahora como una manifestación libre de voluntad los más de los casos. La aparición de la libido trae también la institución del matrimonio ya que, si las relaciones sexuales son resultantes de un acto volitivo, la promiscuidad tiende a desaparecer, pues la nueva tó-

nica de las funciones genéticas implica un acto de voluntad, una acción intelectual de elección de pareja. Resulta también un cambio en la estructura de la familia, ésta ya existía pues la madre y los hijos que dependían de ella ya constituían una célula primitiva de familia dentro de la horda, pero ahora, — con el matrimonio, el hombre pasa a formar parte de ella.

Debemos anotar que la mujer ha ido perdiendo gradualmente su hegemonía. El hombre despliega una mayor fuerza física en esta época en que de la fuerza bruta depende no sólo la seguridad del grupo, sino el sustento mismo. Por otro lado, la mujer padece de limitaciones físicas por lo que se refiere a los períodos de gestación, así como a sus ciclos menstruales. No que estos elementos estuviesen ausentes en el matriarcado, sólo que consideramos esto como un período de transición al que terminaría por imponerse la fuerza bruta del varón. Mientras que en el matriarcado se consideraban las funciones reproductoras y la menstruación como una especie de superioridad divina que confería el reverencial temor-superticioso a lo que no se entiende, en el patriarcado se empieza a entender la función del varón en la reproducción, perdiendo ésta su carácter divino, — exclusivo de la mujer, en cuanto a la menstruación, — de ser una manifestación de relaciones con la divinidad, pasa a ser, por las limitaciones que impone a quienes la padecen, una señal de ignominia, de impureza sexual, ejemplo de lo cual son las leyes del Manú y los preceptos bíblicos de Levítico Mosaico.

nica de las funciones genéticas implica un acto de voluntad, una acción intelectual de elección de pareja. Resulta también un cambio en la estructura de la familia, ésta ya existía pues la madre y los hijos que dependían de ella ya constituían una célula primitiva de familia dentro de la horda, pero ahora, — con el matrimonio, el hombre pasa a formar parte de ella.

Debemos anotar que la mujer ha ido perdiendo gradualmente su hegemonía. El hombre despliega una mayor fuerza física en esta época en que de la fuerza bruta depende no sólo la seguridad del grupo, sino el sustento mismo. Por otro lado, la mujer padece de limitaciones físicas por lo que se refiere a los períodos de gestación, así como a sus ciclos menstruales. No que estos elementos estuviesen ausentes en el matriarcado, sólo que consideramos esto como un período de transición al que terminaría por imponerse la fuerza bruta del varón. Mientras que en el matriarcado se consideraban las funciones reproductoras y la menstruación como una especie de superioridad divina que confería el reverencial temor-superticioso a lo que no se entiende, en el patriarcado se empieza a entender la función del varón en la reproducción, perdiendo ésta su carácter divino, exclusivo de la mujer, en cuanto a la menstruación, de ser una manifestación de relaciones con la divinidad, pasa a ser, por las limitaciones que impone a quienes la padecen, una señal de ignominia, de impureza sexual, ejemplo de lo cual son las leyes del Manú y los preceptos bíblicos de Levítico Mosaico.

Agregemos a esto que la regla de la exogamia hace que los hombres busquen esposa en alguna tribu diversa de la propia; la mujer traída de otra tribu, no tiene el "status" dentro de la tribu que la adopta para conservar la hegemonía.

Así, hemos visto cómo se desarrollan a la par el patriarcado y el matrimonio, pues durante el patriarcado la familia se componía tan solo de madre y los hijos que de ella dependían, pero, al ganar en importancia la figura del varón, hipotéticamente surge el matrimonio.

De la época a que nos hemos venido refiriendo, sólo podemos referirnos a través de hipótesis, si bien basadas en la lógica ya que no contamos con historia escrita que date de aquella era.

No obstante, sabemos que en las culturas más antiguas que registra la historia existía ya el derecho de repudio, antecedente directo, sin duda alguna del divorcio.

El repudio, es un rasgo característico de las sociedades patriarcales, ya que era privilegio exclusivo del varón el dar por terminada la relación matrimonial de manera unilateral.

En Asiria y Caldea, la mujer tenía también derecho a repudiar al marido, pero sólo en casos de comisión de faltas verdaderamente graves; el varón, por su parte, podía repudiar a la mujer con gran facilidad, incluso sin causa alguna, a condición de devolverle la dote y en ocasiones de darle una indemnización pecuniaria.

Cuando el divorcio era motivado por una causa grave, como el adulterio de la mujer, ni siquiera tenía el derecho a que se le restituyese la dote.

En la India, sólo el varón tenía el derecho a repudiar a la mujer, sin embargo tenía que exigir causa para ello, como la esterilidad durante ocho años, así como algunos defectos físicos o morales especificados por la Ley.

Entre los antiguos persas, el marido tenía el derecho de repudio, en los casos en que la mujer llevara una vida escandalosa, se dedicaría a la magia o se insubordinara contra el esposo.

El Código de Hammurabi, quizá una de las legislaciones más antiguas de que se tiene noticia, era excepcional en cuanto a que señala dos causas -- por las cuales la mujer podía solicitar el divorcio.

Dichas causas eran, a saber: a) Cuando el marido -- se ausentaba del pueblo y, por ello, la mujer se -- veía obligada a refugiarse en otra casa, en caso de que aquel regresara, ésta no tenía obligación de volver con él y; b) Cuando la mujer era de buena conducta y cumplía con sus deberes caseros y, no obstante esto, el marido la abandonaba con frecuencia.

De acuerdo con el propio código de Hammu rabi, el marido podía, a su vez, solicitar el divorcio cuando la mujer era estéril, cuando la mujer provocaba la separación, dilapidaba la hacienda o abandonaba al marido.

En Egipto, sólo el hombre tenía derecho a pedir el divorcio, pero se le obligaba a devolver la dote y, en ciertos casos, quedaba privado de sus bienes de cuya administración se hacía cargo su primogénito.

A) EL DIVORCIO EN EL DERECHO HEBRAICO.

Queremos hacer especial mención de la -- legislación hebraica referente al tema que nos ocupa ya que consideramos que esta cultura es uno de los -- pilares sobre los que descansa la moral y culturas -- occidentales. De igual forma, trataremos con espe-- cial interés otras legislaciones antiguas que consi-

deramos han sido fundamentales en la cimentación de nuestras instituciones.

El divorcio, tal como lo encontramos en el antiguo testamento, era, básicamente un repudio del cual tenía monopolio el varón. La base bíblica la encontramos en la siguiente cita:

"Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de divorcio, y se le entregará en su mano, y la despedirá de su casa.

Y salida de su casa, podrá ir a casarse con otro hombre.

Pero si la aborreciere éste último y le escribiere carta de divorcio, y se la entregare en su mano, y la despidiere de su casa; si hubiere muerto el postrer hombre que la tomó por mujer.

No podrá su primer marido, que la despidió, volverla a tomar para que sea su mujer, después que fue envilecida; porque es abominación delante de Jehova, y no han de pervertir la tierra que Jehova tu Dios te da por heredad".(10)

(10) Deuteronomio XXIV 1-4

De lo anterior, se desprende que entre - los antiguos hebreos sólo se conocía el divorcio del hombre respecto de la mujer. Esta no tenía medio de pedir el divorcio. La misma Biblia establece, por - otro lado, restricciones, si bien mínimas, a la fa- - ultiad del mario de divorciarse. El marido (deut -- XXII, 13-19) no podía divorciarse nunca si había acu- - sado calumniosamente a su mujer de haber faltado a - la castidad antes del matrimonio y; si la había vio- - lado o estrupado siendo una doncella soltera (deut - XXII, 28-29).

Nuevas restricciones a las prerrogativas del hombre fueron imponiéndose paulativamente. Mala- - quias (II, 13-16) reconvino a los que abandonan a la mujer de su juventud. En el período de la Mishhna, - la escuela de Shamai opinaba que el hombre no podía divorciarse de su esposa excepto en caso de inmorali- - dad sexual. Fue esa corriente la que se impuso en - el cristianismo primitivo. La escuela de Hilel per- - mitía el divorcio por cualquier motivo, incluso por- - que la mujer hubiera hechado a perder una comida.

A las limitaciones deuterónicas, la - Mishhna agregó otras tres: 1.- La imposibilidad de - divorciarse de la mujer cuando estuviere mentalmente enferma; 2.- Cuando estuviere cautiva y; 3.- Cuando- - fuere demasiado joven para emprender las limitacio- - nes del divorcio.

Hacia el año 1000 D.C., Rabeno Guersnom, abolió el divorcio sin el consentimiento de la mujer. Sin embargo, el divorcio siguió estando permitido in condicionalmente cuando ambos cónyuges lo solicitaban. Las autoridades rabínicas reconocían el divorcio otorgado por el esposo aun contra la voluntad de la esposa, cuando ésta era sospechosa de adulterio o llevaba vida inmoral; cuando la esposa rehusaba relaciones sexuales al esposo; cuando se negaba a seguir en el domicilio de su esposo y cuando violaba los preceptos religiosos en el hogar. (11)

Puede afirmarse, que la mujer jamás obtuvo el derecho al divorcio en la legislación judaica; su único medio para obtener el divorcio era recurrir al tribunal con el fin de que éste tratara de obtener el divorcio del marido, esto se intentaba generalmente a base de amenazas de excomunión. Los tribunales rabínicos, se prestaban a ejercer presión sobre el marido en los siguientes casos: a) Impotencia b) Negación de sus derechos conyugales, c) Lepra o enfermedad asquerosa del marido o una ocupación maloliente d) No sostener a la mujer, e) Crueldad y limitación de su libertad personal, f) Malos tratos y golpes y g) apostasia. (12)

(11) D. W. Amram, Jegise Law of Divorce. Washington-Square Press, Inc. New York 1949. pp. 117 y 118

(12) La Femme Juive. E. Weill. Librairie Gallimard, 1953. p. 128

El tratado talmúnico de Guitin y los códigos posteriores dan instrucciones detalladas sobre el modo de otorgar un Guet (acta de repudio o divorcio). El origen del guet esta en deut. XXIV, 1, - donde se dice que el divorcio se ejecute escribiendo una carta de repudio que se entregará en manos de la esposa. La Mishná indica una formula precisa para la carta de repudio. El texto de un guet dice aproximadamente así:

"El día... de la semana..., el día..., - del mes..., del año..., de la creación - del mundo, según cronología que acostumbramos a usar aquí, en la ciudad de..., - situada a orillas del río..., yo, fulano hijo de sutano, con el apellido..., que resido en esta ciudad de..., situada a orillas del río..., consciente por la - presente de mi libre voluntad y sin coacción alguna apartar, libertar y dar independencia a ti, mi mujer, fulana hija de sutano, que vives en la ciudad de..., a orillas del río..., Fuiste mi mujer pero ahora estas liberada y apartada y eres - tu propia señora en el futuro y pueden - contraer matrimonio con el que quisieres Nadie podrá impedirtelo y, desde este - día puedes casarte con cualquier hombre. En fe de lo cual recibes de mi esta acta de divorcio, documento de liberación se-

gún las leyes de Moisés e Israel". (13)

El documento variaba cuando el divorcio estaba extendido por poder. Junto con el otorgamiento del divorcio se acostumbraba arreglar la parte económica del contrato matrimonial. El hombre que se divorciare de su mujer debía devolverle su dote y pagar la suma estipulada en la Ketubá (una especie de pana convencional o base pactada para en los casos de divorcio), a menos que la mujer se hubiere hecho culpable. En las épocas antiguas, los hijos quedaban con la madre, pero el padre podría reclamar a sus hijos varones cuando hubiesen alcanzado la edad de seis años. En épocas posteriores el tribunal rabínico determinaba el custodio de los hijos. Un Cohen (Integrante de la casta sacerdotal), no puede contraer matrimonio con una mujer divorciada. (14)

Con el tiempo, todo un ceremonial se estableció, con múltiples reglas. El divorcio se otorgaba ante un tribunal compuesto de tres deyanim (jurisconsultos), un rabino y dos testigos. Ninguna de estas personas podía tener relaciones de parentesco con los divorciantes, ni entre ellos mismos. El pergamino en que se iba a extender el quet debía de ser

(13) P. Buchholz. Die Familie. T.W. Waltheer, Hamburgo, 1963. p. 223

(14) P. Buchholz. op. cit. p. 223

entero y limpio, sin borraduras ni agujeros, más -- largo que ancho. La tinta debía de ser negra y limpia y la pluma de ganso. No podían usarse formas -- preparadas; el acta debía confeccionarse en presencia del tribunal. Debía de estar escrita en hebreo, en caracteres cuadrados y debía de contener los nombres exactos de los esposos, su ciudad de origen y -- de residencia, así como la mención del río que pasaba junto a la ciudad o del mar en cuya costa se hallaba. Se escribía en doce líneas previamente trazadas sobre el papel (doce es el valor numérico de la palabra quet en hebreo) sin dejar espacios en blanco. No podía pronunciarse divorcio de noche, ni en vísperas de día de fiesta, el novilunio o del sábado. Una -- vez reunido el tribunal se preguntaba al esposo si -- estaba dispuesto a pronunciar el divorcio por voluntad libre y propia, si contestaba positivamente, alzaba los materiales de la escritura en señal de adquisición consumada y los entregaba al escribiente, ordenándole que extendiera el acta de divorcio tras lo cual firmaban los testigos, previa lectura. Luego entregaban el quet al esposo, quien lo alzaba por encima de la cabeza de su mujer. Ella extendía las manos a la altura de su cara y el esposo dejaba caer el quet en sus manos, diciendo: "aquí esta tu acta -- de divorcio. Tómala y quedas divorciada de mí y libre de casarte con cualquier hombre". (15)

(15).- Amram, D.W. Op. Cit. P. 122

En la actualidad, la legislación sobre divorcio se observa, guardando aún las características que hemos descrito, entre los judíos conservadores, en adición a las leyes civiles del país de su residencia.

B) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO:

Se atribuye a Rómulo, primer Rey de Roma y, de acuerdo con la tradición, descendiente de Enéas y fundador de Roma junto con su hermano Romo, una Ley que reglamenta el divorcio o, más bien el repudio del hombre hacia la mujer. De acuerdo con esta ley, el hombre estaba facultado para repudiar a su esposa exponiéndose a sanciones pecuniarias al hacerlo, excepción hecha de los casos en que la mujer hubiese incurrido en las siguientes faltas: a) envenenamiento, b) adulterio, c) sustitución de los hijos y d) empleo de llaves falsas para entrar en la bodega. Cuando las causas anotadas se producían, el marido podía repudiar a la esposa impunemente. Han surgido numerosas polémicas sobre si tal Ley puede o no atribuirse a Rómulo, parece ser que es Plutarco quien asevera que el primer monarca de la Roma Antigua creó tal Ley; en todo caso, se deba o no a Rómulo la promulgación de la legislación de referencia, resulta interesante notar que en el Derecho Romano, desde las épocas más remotas se conocía y reglamentaba el divorcio vincular.

La Ley de las XII Tablas reglamentaba el

divorcio vincular, pero imponía ciertas formalidades procesales; como la de someter el negocio a un tribunal doméstico.

Respecto al divorcio durante la época -- clásica del Derecho Romano nos dice Eduardo Pallares:

"Explican los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institución -- del matrimonio romano fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto, cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio. Así se infiere del Código de Justiniano-- en el texto relativo a las estipulacio-- nes inútiles.

Por lo tanto, en el Derecho Clásico deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento: Si el contrajo por medio de la confarreatio el divorcio se lleva a cabo por la Difareatio; si era por medio de la -- Comptio, entonces procedía la Remancipatio.

Hubo, sin embargo, una excepción a la re gla general de que hablamos, y es la con

tenida en la Ley Julia de Maritandis Ordinibus, que prohibía a la liberta casada con su patrón divorciarse sin su consentimiento.

La facilidad de obtener el divorcio produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha institución, que abusaban de dicha institución, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía.

La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de -- que el filósofo Séneca pudo decir: Que -- mujer se sonroja actualmente de divor-- ciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los -- cónsules, sino por el número de sus mari -- dos.

Se divorcian para volverse a casar, se + casan para divorciarse". (16)

La Ley Julia de Adulteris disponía que -- era menester se notificara al cónyuge inocente, ante siete testigos, verbalmente o por escrito, en este --

(16) Pallares Op. Cit. pp. 11 y 12

último caso, el acta respectiva debía ser entregada por un liberto.

Los efectos del divorcio o disolución — que se pueden señalar son, a saber: la restitución de la dote, la aptitud de los cónyuges de contraer nuevo matrimonio, la manus mariti no cesaba, sin embargo, automáticamente.

Durante el imperio, el divorcio en Roma revestía dos formas:

En primer término el divorcio Bona Gratia, que constituye, una figura básicamente similar a nuestro divorcio voluntario. En este tipo de divorcio no se requería formalidad alguna pues, se consideraba, que el mutuo disenso disolvía aquello que el consentimiento había unido.

Existía también la figura del repudio, — que se daba cuando uno de los cónyuges, unilateralmente intentaba el divorcio. No se requería en tal caso, en la época clásica causa alguna que fundamentara dicho repudio. La figura jurídica del repudio en la Roma Clásica, puede considerarse muy singular, ya que tanto el hombre, como la mujer podía intentarlo. Para intentarlo, la mujer no debía encontrarse bajo la manus del marido y, nunca podía intentarlo —

la mujer manumitida o liberta que se casaba con su patrón.

Justiniano estableció causas legales en las que debía fundarse la acción de divorcio. Dichas causas eran, de acuerdo con el Maestro Eduardo Pallares. (17)

Para fundar la acción del marido: Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado; el adulterio probado de la mujer; el atentado contra la vida del marido; los tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos; el alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo y la asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

A su vez, la mujer podía pedir el divorcio en los siguientes casos: La alta traición oculta del marido; el atentado contra la vida de la mujer el intento de prostituirla; la falsa acusación del adulterio y el que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.

(17) O. cit. pp. 12 y 13.

En el año 532, el emperador Justiniano - prohíbe el divorcio por mutuo consentimiento tratando así de poner coto a la relajación y desmoronamiento de las estructuras familiares del Imperio; no obstante, la institución del divorcio estaba de tal modo integrada la vida romana que su sucesor, Justino, obligado por la opinión pública, tuvo que restituirlo.

Como comentario final reproducimos las - palabras del tratadista Fritz Schulz (18): "El derecho romano sobre el divorcio es, en realidad, la piedra angular, sobre que descansa la construcción jurídica de Roma, y este Derecho fue abrogado por el Derecho Canónico y después de la Reforma, por el Derecho Municipal Protestante".

C) EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO;

De acuerdo con la cita antes reproducida de Fritz Schulz, el Derecho Romano sobre el divorcio, fue abrogado por el Derecho Canónico. En general, puede decirse que esta aseveración es cierta, - si bien tendemos a aceptarla con ciertas reservas. - El Derecho romano es, en muchos sentidos, - - - el fundamento del Derecho Canónico. Difícilmente --

(18) Derecho Romano Clásico. Edit. Bosch. Barcelona-1960. p. 99

hubiese podido existir sin el antecedente directo — de las instituciones jurídicas romanas. De hecho, — consideramos que el régimen jurídico canónico constituye, en la mayoría de sus aspectos, un retroceso en relación a las instituciones jurídicas romanas. En materia de divorcio, puede hablarse de abrogación en lo que se refiere a la reglamentación del divorcio — en virtud de que la Iglesia, como veremos, rechaza — esta institución. De cualquier manera, es importante hacer un breve estudio de la actitud del Derecho Canónico ante el divorcio, ya que fue éste régimen — jurídico el que rigió la cultura occidental desde la caída del Imperio Romano hasta el Renacimiento, casi de manera total, sumiendo al mundo en el obscurantismo de la Edad Media. A partir del Renacimiento la — influencia del Derecho Canónico y, en general, de — los lineamientos establecidos por el Clero, en todos los órdenes de la vida ha venido decreciendo, no obstante lo cual, aún en la época presente, ejerce una — influencia preponderante en la cultura y en la moral y, por lo tanto, en el Derecho, del cual son estos — factores fuentes indirectas, especialmente en nuestros países de ascendencia latina ya que en los sajones esta influencia es menor.

La religión católica, no acepta la disolución del matrimonio. El Derecho Canónico, única — legislación por la que se rige la Iglesia afirma, como veremos más adelante, que el matrimonio tiene dos propiedades esenciales: La unidad y la indisolubilidad.

La unidad del matrimonio consiste en que únicamente pueden unirse simultáneamente un hombre y una mujer en una relación estrictamente monogámica.— Esta unión se opone a la poligamia, en sus dos formas, poliendría y poligamia. Cabe afirmar aquí, que el matrimonio, en el Derecho Romano era también estrictamente monogámico, por más que el adulterio del marido, siempre que éste no fuese en el domicilio conyugal o con escándalo, era jurídica y moralmente ilícito.

La segunda propiedad esencial del matrimonio, según el Derecho Canónico, es la indisolubilidad que podemos definir, de acuerdo con la perspectiva clerical como la propiedad del matrimonio por la cual el vínculo conyugal permanece hasta la muerte de uno o de otro cónyuge, o también, es una propiedad por virtud de la cual el matrimonio, una vez iniciado, no puede romperse, en otras palabras es la perpetuidad del vínculo conyugal.

En las diversas clasificaciones que la teología dogmática utiliza al tratar cada uno de los institutos objetos de su estudio, se entiende por "De fe definida" todo aquello que se encuentra fundamentado en el texto expreso de la Sagrada Escritura; se entiende como "Derecho Positivo" la legislación que emana de la Iglesia Católica Apostólica y Romana, como consecuencia de la Potestad Vicaria y; se considera "De doctrina común" el conjunto de opi-

niones unánimes y autorizadas de los diversos expositores, de la dogmática de la Iglesia.

De acuerdo con la anterior clasificación la indisolubilidad del matrimonio es un principio -- de fe definida, ya que la Iglesia deriva este principio de los textos de las Sagradas Escrituras, como veremos más adelante, pero, también es de derecho positivo y de doctrina común ya que los Cánones jurídicos-ecclesiásticos la reglamentan y, los expositores autorizados de la dogmática católica, desde San Agustín, Santo Tomás de Aquino, etc., hasta los romanos pontífices de la era moderna ha, elaborado -- abundante doctrina al respecto. En relación con las Sagradas Escrituras, la Iglesia pretende fundar la indisolubilidad del matrimonio en diversos textos, -- incluidos algunos del Antiguo Testamento, como "Porcuya causa dejará el hombre a su padre y a su madre y estará unido a su mujer; y los dos vendrán a ser -- una sola carne". (19)

Félix Torres Amat, señala que Jesucristo se sirvió de la fresa "una sola carne" para probar a los fariseos y que según San Pablo la unión -- íntima y estrecha de Adán y Eva, eran como dos almas en un solo cuerpo significando la unión entre Cristo y la Iglesia (20). Sin embargo debemos aceptar con-

(19) Génesis II. 24

(20) La Sagrada Biblia. Edit. Sopena Artentina, S.A. Buenos Aires 1958. 2a. edición. Nota al pie -- Num. 34

ciertas reservas esta pretendida fundamentación en el Antiguo Testamento, no olvidemos que los hebreros, - cuya cultura y Modus vivendi se encuentran vaciados- en él, admitían y admiten el divorcio.

Otras bases, éstas sí de validez, absoluta, de acuerdo con el punto de vista canónico, las encontramos en el nuevo testamento, para mencionar - sólo algunas, reproducimos las siguientes de entre - las más importantes:

"Yo os digo que cualquiera que repudia a su mujer, salvo por causas de fornicación, y se casa con otra, adultera; y el que se casa con la repudiada, adultera" (21)

"En casa volvieron los discípulos a preguntarle de lo mismo y les dijo: Cualquiera que repudie a su mujer y se casa con otra, comete adulterio contra ella, y si la mujer repudia a su marido y se casa con otro, comete adulterio". (22)

"Todo el que repudie a su mujer, y se case con otra, adultera; y el que se casa-

(21) San Mateo XIX, 9

(22) San Marcos X, 9-12

con la repudiada del marido, adultera".-
(23)

"A las personas casadas cuando, no yo, - sino el Señor, que la mujer no se separe del marido; que si acaso llega a separarse no pase a otras nupcias o que se reconcilie con el marido" (24)

En cuanto a la indisolubilidad del matrimonio en relación al derecho positivo canónico, es - decir el emanado de la potestad vicaria, queda establecido: "las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, las cuales en el matrimonio cristiano adquieren una peculiar firmeza - en razón del sacramento". (25)

El matrimonio únicamente rato y el matrimonio legítimo (es decir de infieles) es indisoluble pero, extrínsecamente puede ser disuelto bajo algunas condiciones extraordinarias y especiales por la autoridad eclesiástica en razón de su potestad vicaria. Sin embargo, se afirma enfáticamente en los cánones eclesiásticos que ningún matrimonio verdadero-

(23) San Lucas XI, 18

(24) I Epístola a los Corintios. VII. 10-11

(25) Código de Derecho Canónico. Miguez Alonso Cabreros. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1969. p. 212 Cánón 1013. párrafo 2.

puede ser disuelto por la autoridad civil.

La doctrina eclesiástica estudia dos clases de disolubilidad; perfecta e imperfecta:

La perfecta se da cuando se disuelve el vínculo de modo que es posible otro matrimonio.

Dentro de la disolubilidad perfecta, encontramos los casos previstos por el cánon.

1120, 1.- "El matrimonio legítimo entre no bautizados aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fé por el privilegio paulino..." (26). El privilegio paulino se da cuando existe el matrimonio entre dos infieles y, uno de ellos se bautiza mientras que el otro permanece en la infidelidad, rehusándose a ser bautizado o a cohabitar sin contumelia del Creador, con la parte fiel, entonces, la parte fiel puede contraer nuevas nupcias con un creyente, disolviéndose así el matrimonio anterior contraído con el infiel.

Otro caso de disolubilidad perfecta es el previsto por el cánon 1119 que establece: "El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve -

tanto por disposición en el derecho en virtud de la profesión religiosa solemne, como justa, a ruego de ambas partes o de una de ellas aunque la otra se — oponta". (27)

La otra forma de disolubilidad contemplada por la Iglesia es la Imperfecta, esta constituyen tan solo una separación, que puede ser quoad torum - (de hecho), es decir cuando los cónyuges quedan exentos del dñbito conyugal, o separación quoad habitationem (de habitación o techo), esto es, cuando los cónyuges se liberan de la obligación de cohabitar — simultáneamente; en cualquier caso, los cónyuges no pueden contraer un nuevo matrimonio.

Al respecto el Concilio Florentino dice en su decretum pro-armenis: "D:702... aunque por -- causa de fornicación sea lícito hacer la separación del lecho, (es decir el divorcio imperfecto) sin embargo, no es lícito contraer un matrimonio nuevo, en virtud de que el vehículo del matrimonio legítimamente contraído es perfecto". (28)

Concluyendo, el derecho canónico, en general no admite el divorcio, salvo en los casos, ver daderamente excepcionales, a los que ya nos hemos re ferido.

(27) Ibidem. p. 434

(28) Denzinger Enrique. Euchiridion Symbolorum. cit por Esperanza Hernández. Conflicto de leyes en materia de divorcio. Tesis Profesional. U.N.A.M 1970 p. 30

D) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ISLAMICO:

Como nota interesante, deseamos hacer - una breve referencia a la evolución de la figura jurídica objeto de este estudio en el derecho musulmán. Para tal efecto reproducimos la siguiente cita de la obra de José López Ortíz:

"Los que podríamos llamar dentro del fic, pletoso de divorcio, puede documentarse en las siguientes causas: importencia de uno de los cónyuges o enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación si el conocimiento previo de estos defectos, no obstante ellos la continuaciónde la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho a reclamar. Estos defectos o enfermedades pueden ser incurables caso en el cual el Cádí, sin más, disuelve el matrimonio si en cambio las reputa curables, concede un plazo prudencial, - pasado el cual, si no han deaparecido, - disuelve el matrimonio.

El adulterio tiene una consideración especial; ya se ha hablado de él en su aspecto de delito penado por la Ley. Pero hay un medio de hacer efectivas sus - consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cues--

ción en los tratados de Fic, bajo el título de Lean —juramento imprecatorio—, con el cual el marido acusa a su mujer.— Directamente tiende el procedimiento a hacer constar la rehusa del marido a reconocer como suyo un hijo de su mujer. — El marido que tiene pruebas directas del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un hijo de ésta acude al Cadí con la acusación ante él hace el juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solemnemente su acusación apoyándola con tres juramentos a los que —añade el cuarto, que contiene la imprecación ritual, de la maldición divina, si no dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos,— en el cuarto de los cuales se imprecata —también sobre si la cólera divina —como las del marido son palabras sacramentales—, evaden la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto" (29)

Debemos tomar en cuenta, que la figura— del matrimonio entre los musulmanes es diferente a —

(29) López Ortíz José, Derecho Musulmán. Colección — Labor, Barcelona 1932, pp. 163 y 164.

todo lo que hemos estudiado hasta ahora en la presente tesis. El derecho y la tradición musulmana admiten poligamia, el hombre musulmán puede tener hasta cuatro esposas legítimas y un número indeterminado de concubinas. Es evidente que la cultura islámica, en la mejor tradición oriental, es fundamentalmente patriarcal, por lo que, nuevamente, el divorcio está al alcance del hombre, pero no de la mujer. Para divorciarse el hombre no tiene sino jurar por tres veces que se divorcia. Es interesante notar que la facilidad para divorciarse ha producido, no pocas veces, situaciones tragicómicas que han dado muchas bases a la literatura islámica; resulta que un momento de ira ha habido quien ha pronunciado los tres juramentos rituales del divorcio, lamentándolo después, sin embargo, para poder volver a contraer matrimonio con la esposa repudiada es menester que ésta contraiga matrimonio con otro hombre, y que éste a su vez la repudie. Se daban casos en que el marido arrepentido tuviera que contratar los servicios de otro hombre para que éste se casara con la mujer repudiada y la repudiase, a su vez, tras haber pasado una noche con ella; a esta figura se le daba, popularmente, el nombre de desligador y no se requiere mucha imaginación para darse cuenta del por qué ha constituido uno de los temas favoritos de los escritores musulmanes. -- Además, cabe considerar, que una vez casada nada obligaba al desligador a divorciarse de la mujer, devolviéndola al marido original. Bastaba con que éste ante el Cadí devolviese al esposo original la cantidad que se le había pagado para servir de desligador; el contrato, mediante el cual se estipulaban -- las obligaciones del desligador se hacía también an-

te el Cadf.

Mahoma, en un fútil y hasta ridículo intento de dificultar el divorcio establecido, en el Corán, que el juramento debía expresar una determinada causa, pero resultaba ocioso ya que dicha causa no tenía que fundamentarse o probarse. También estableció un período de espera de tres meses, durante los cuales se debían hacer los juramentos rituales; esto último con el fin de facilitar la reflexión de un acto tan serio y de permitir, en su caso, la reconciliación; pero, también resultaba ocioso ya que nada impedía al marido una repudiación triple simultánea, que haría el divorcio inmediato y automático.

E) EL DIVORCIO EN EL DERECHO FRANCES:

El derecho Canónico en Francia y su actitud respecto a la indisolubilidad del matrimonio empieza a perder vigencia con las tendencias de la Ilustración en Francia; la ideología positivista de los gigantes del Racionalismo francés, Voltaire, Rousseau Montesquieu, Diderot, etc., inician una revolución cultural y filosófica que cambia la faz no sólo de Francia sino del mundo occidental; esta revolución alcanza soberbiamente el ámbito jurídico-político al estallar la Revolución Francesa. No obstante lo anterior en la primera Constitución Jacobina, que emana de la Revolución en 1791 no se estatuye aun el divorcio vincular, sin embargo, un año después, -

esto es, en 1792 se promulga la primera Ley en Francia que reglamenta y reconoce el divorcio. Respecto de esta Ley nos dice el maestro Rohina Villegas: - "esta ley francesa se caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, - además por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, como la locura y la ausencia no imputable. También la emigración por más de cinco años fué causa de divorcio". (30)

Esta Ley, tuvo vigencia en Francia hasta la promulgación del Código Napoleón Este Código reviste gran importancia ya que posteriormente sirve de base a la mayoría de los códigos europeos. El Código Napoleónico reglamenta tanto el divorcio voluntario como el necesario; si bien respecto de éste último sólo subsiste como causales legales de divorcio el adulterio, las injurias graves, las condenas por delitos y la sevicia; pierden el carácter de causales de divorcio la emigración, la incompatibilidad de caracteres, la locura y la ausencia.

En 1814, al restaurarse el trono borbón, una carta constitucional estatuye al catolicismo, co

(30) Rohina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho - Civil. "Introducción personas y familia. Edit.- Porrua, S.A. México 1970. p. 361.

mo religión oficial del Estado, en consecuencia de ellos, dada la actitud permanente de la Iglesia Católica hacia el divorcio, en 1816 se promulga una ley que suprime el catolicismo en Francia. No es sino hasta 1884 que se reimplanta el divorcio en Francia, siguiendo los lineamientos que había establecido el Código Napoleónico.

F) EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

Sabemos, que entre las culturas indígenas precortesanas, especialmente entre los aztecas, el matrimonio no era indisoluble y el divorcio estaba reconocido y reglamentado, aunque resultara difícil obtenerlo.

La Ley XVII de Netzahualcōyotl, recogida por Ixtlixōchitl establecía: "Que si alguna persona fuese casada y la mujer se quejase del marido y quisiese descasarse, que en tal caso los hijos que tuviese en ella el marido, los tomase y los bienes fuesen perdidos por iguales partes, tanto el uno como el otro; entiéndase, siendo culpable el marido". (31)

El divorcio, se entendía como separación de cuerpos; se aceptaba por la ley a pesar de que no estuviera declarado judicialmente. El marido estaba

(31) Zurita. Cit. por Salvador Toscano. Derecho y Organización social de los Aztecas. México 1937 p. 47

facultado para pedir a los tribunales la declaración judicial del divorcio cuando la mujer observaba mala conducta, era pendenciera, impaciente, descuidada, - perezosa o estéril. Cuando el marido, fundándose en una de las causales ya enunciadas, procuraban la reconciliación, si no lo conseguían, declaraban el divorcio, más bien dicho, concedían al marido la autorización para repudiar a la esposa. El repudio -- sin la autorización judicial era castigado con la pe na infamante de chamuscar los cabellos del marido.

Biart dice al respecto: "Un hombre no podía repudiar a su mujer sin la autorización de los magistrados. Se debía presentar delante de ellos y exponer sus motivos. Los jueces lo exhortaban a la concordia y trataban de disuadirlo; si persistía en su intención y sus motivos eran suficientes, se le permitía separarse de su mujer, pero no se sancionaba su divorcio. Una vez separado no podía volver a tomar a la mujer repudiada". (32)

Existía, además, lo que se denominaba ma trimonio temporal, que, en caso de no haber descendencia, podía ser fácilmente disuelto por el marido. En el caso del nacimiento de un hijo, los parientes de la mujer, podían exigir que el matrimonio se constituyera en permanente. Una vez hecho lo cual, la esposa recibía el nombre de Temecauh o Tlacallalcahuilli.

(32) Cit. por Régulo Hernando Rodríguez. Organización Política, Social, Económica y Jurídica de los Aztecas México 1958. p. 111

El régimen patrimonial del matrimonio - era el de separación de los bienes y tenía su origen en las dotes que cada uno de los cónyuges aportaban al matrimonio. En caso de divorcio se daba a cada divorciante lo que le correspondía, el cónyuge culpable perdía la mitad de la dote que aportaba al matrimonio.

La situación de los hijos después del divorcio era la siguiente: Los hijos varones eran atribuidos al padre y las hijas quedaban con la madre.

Durante la colonia, estaban vigentes en México las legislaciones relativas a matrimonio y divorcio vigentes en España. Puede decirse, que esta reglamentación derivaba directamente del Derecho Canónico, que ya hemos tratado. Las Siete Partidas se ocupan del divorcio en el Título Noveno, se autoriza el divorcio por causa de adulterio, la anulación -- cuando el matrimonio se hubiese celebrado no obstante existir un impedimento dirimente y, no se reconoce, en ninguno de los casos mencionados la disolución del vínculo. A pesar de no hacerse mención de ello en las Siete Partidas, se admitía la disolución del vínculo en los casos en que ya hemos mencionado se admiten en el Derecho Canónico.

Al iniciarse la vida de México Independen--

diente, la religión Católica sigue siendo, por ley, la religión oficial del Estado, por lo que el Derecho Canónico sigue estando vigente en todo lo que se refiere a matrimonio y divorcio.

Durante la Reforma, se establece la independencia de los negocios del Estado respecto de los eclesiásticos, convirtiendo, al matrimonio en un contrato civil. El 23 de julio de 1859 se publica un Decreto que establece, el carácter civil no eclesiástico del matrimonio. Dicho Decreto establece en su artículo primero: "El matrimonio es un contrato-civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta Ley se presenten ante aquéllas y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio". (33)

Sin embargo, el mencionado decreto mantiene la actitud clerical de indisolubilidad del matrimonio, estableciendo en su artículo cuarto: "El matrimonio civil es indispensable, por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo veinte de esta ley. Esta separa-

(33) Cit. por Jorge Mario Magallón. Op. Cit. p. 45

ción legal no los deja libres para casarse con otras personas". (34)

Durante el Segundo Imperio Mexicano, Maximiliano, sigue los mismos criterios respecto del carácter civil del vínculo conyugal, en el decreto - num. 180, Art. 86 establece:

"Se prohíbe expresamente a todos los -- eclesiásticos, que celebren ningún matrimonio religioso, sin que antes se les ha ya presentado un certificado del Oficial del Registro en que conste que se ha verificado el contrato civil.

La infracción de éste artículo será castigada con una multa de \$100.00 M.N., a \$1,000.00 M.N., en que incurran cada uno de los cónyuges, el sacerdote que autorice el matrimonio, los testigos y todos -- los que hayan contribuido a la celebración del acto. El Estado considera como uniones concubinarias los matrimonios -- que no se celebren con arreglo a las previsiones de esta ley y no reconoce en -- ellos la Patria Potestad, la legitimación de los hijos, ni ningún otro de los efectos civiles del matrimonio." (35)

(34) Ividem. Pág.

(35) Jorge Mario Magallón Ibarra. Op. Cit. p. 45

Durante los años de la Reforma, Don Benito Juárez, en su carácter de Presidente de la República, encargó a Don Justo Sierra O, la elaboración de un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal; el Dr. Sierra se inspiró para la redacción del mismo en el proyecto que para el Código Civil Español formulara Don Florencia García Goyena, quien a su vez, se basó en el Código Napoleónico, Dicho proyecto fue publicado bajo el Imperio de Maximiliano, pero no fue sino hasta el 8 de diciembre de 1870 cuando se promulgó el primer Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California. Este Código entró en vigor el 1.º de marzo de 1871. Por lo que se refiere al tópico objeto del presente estudio debemos apuntar que el Código Civil de 1870 no admite el divorcio vincular, sino tan sólo la separación de cuerpos entre los cónyuges, permaneciendo incólume el vínculo conyugal y todas las obligaciones derivadas del mismo y, dejando a los cónyuges sin posibilidad de contraer un nuevo matrimonio.

El Art. 239 del Código Civil de 1870 — establece que: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones de este código".

En el Artículo 240 de dicho Código Civil se exponían las causales con base en las cuales podía obtenerse la separación y que eran:

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

2a.- La propuesta del marido para sustituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera otra 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 connato del marido o la mujer para corromper a los hijos o la convivencia 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".

A las causales ya anotadas debemos agregar la que al legislador del '70 estableció en el artículo 244.

"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".

Como comentario a la disposición que -- acabamos de enunciar, Dn Manuel Mateos Alarcón escribió: (36)

La calumnia lastima y dispone los ánimos y entre los consortes viene a extinguir el afecto, y hacer odios y 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

(36) Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Librería de J.-Valdez y Cuevas. México 1885 p. 124

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 sen- tencia".

En el Código de 1870, introduce una moda lidad a la vida jurídica mexicana; el divorcio volun- tario. En la expresión de motivos de éste Código, - los autores explican la novedosa figura jurídica en- los siguientes términos:

"Al examinar esta delicada materia, sur- gió una cuestión grave en su esencia y - grave en sus resultados; el divorcio vo- luntario. La primera impresión que deja en el alma este pensamiento, lo es total- mente desfavorable, por que no sólo pare ce poco moral sino contrario a los fines del matrimonio y perjudicial para los hi- jos y para los mismos cónyuges. Pero - si penetrando al hogar doméstico, se exa- minara concienzudamente la horrible si- tuación de dos personas que ya no pueden vivir juntos; si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal; si se atien- de a la educación de los hijos y se cal- culan los amargos frutos que respecto a ellos produce la desavenencia de los pa- dras, es seguro que se conocerá la tris-

tísima verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo. Por otra parte, cuando ese desacuerdo, llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario; pero la experiencia nos prueba que sólo el desamor, aunque terrible por si mismo, casi nunca inspira a los consortes la idea de separarse. Lo más probable es que no queriendo rebelar 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 corta la deshonra de la familia y los malos ejemplos de 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 cir-

cunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleran el momento de la reconciliación" (37).

Una disposición curiosa, con el probable intento, por parte del legislador, de restringir el uso abusivo del divorcio voluntario, es la contenida en el artículo 247 del Código al que nos hemos venido refiriendo y que a la letra dice: "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".

Es de vital importancia el señalar que el plazo límite para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento. En cuanto al divorcio necesario podía ejercitarse la acción correspondiente dentro del término de un año, contado a partir del momento en que hubieran llegado al conocimiento del cónyuge ofendido los hechos constitutivos de la causal correspondiente.

El 25 de septiembre de 1873, durante el gobierno de Don Sebastian Lerdo de Tejada, el carácter civil del matrimonio se eleva a norma constitucional. Con esta base, el 14 de diciembre de 1874, se publica la Ley Orgánica del matrimonio civil, que establece en su artículo 23:

(37) Manuel Mateos Alarcón. Op. Cit. p. 125

"Corresponde a los Estados Legislar sobre el estado civil de las personas y reglamentar con que los actos relativos deben celebrarse y registrarse, pero sus disposiciones deberán sujetarse a las siguientes bases.

....IX el matrimonio civil no se disolver^á mas que por la muerte de uno de los cónyuges, pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que serán determinadas por el legislador sin que por la separación quede hábil nininguno de los consortes para unirse con otra persona" (38)

En 1884 se hace una nueva codificación civil; en materia de divorcio sigue muy de cerca los lineamientos trazados en el Código Civil de 1870. Como su predecesor, rechaza el divorcio vincular; su artículo 226 es una transcripción del artículo 239 del Código Civil de 1870, que ya hemos reproducido en páginas anteriores y que establece que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, sino tan sólo suspende algunas de las obligaciones civiles que reglamenta el propio Código.

En su artículo 227 se establecen las cau-
sales de divorcio necesario, aceptando las fijadas -
por el Código de 1870 y agregando algunas más, por -
lo cual quedaban ennumeradas de la siguiente manera:

"1a.- El adulterio de uno de los cónyu-
ges:

2a.- El hecho de que la mujer dé a luz -
durante el matrimonio un hijo concebido antes de ce-
lebrarse el contrato y que jurisdialmente sea declarad
do ilegítimo.

3a.- La propuesta del marido para pros-
tituir a su mujer, no sólo cuando el marido lo haya-
hecho directamente, sino cuando se prueba que ha re-
cibido 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 aun
que no sea de incontinencia carnal;

5a.- El connato del marido o la mujer pa-
ra corromper a los hijos o la tolerancia de su co-
rrupción.

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 inju-
rias graves de un cónyuge para con el otro;

8a.- La acusación falsa hecha por un cón-
yuge, contra el otro;

9a.- La negativa de uno de los cónyuges-
a ministrar a el otro alimento conforme a la ley;

10.- 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 teni-
do conocimiento el otro cónyuge;

12a.- La infracción de las capitulacio-
nes matrimoniales;

13a.- El mutuo consentimiento".

Para el caso de que los cónyuges desearan disolver el matrimonio voluntariamente, deberían acudir ante juez competente, para que mediante procedimiento seguido ante el mismo, pudiera ser declarado legalmente el divorcio.

El código civil de 1994, facilita el -- procedimiento tendiente a lograr la separación de -- cuerpos; se limitan, en el mismo, los obstáculos que establecía el Código de 1870, se aumentan las causales de siete que eran en el ordenamiento de 1870 a -- las trece que acabamos de mencionar, es decir, cuatro causales menos que en el Código Civil vigente, -- se acepta, además, el mutuo consentimiento para la -- dicha separación de cuerpos. Sin embargo, como ya -- hemos dicho, hasta éste ordenamiento no existía en -- nuestra vida jurídica el divorcio vincular, sino tan sólo una separación de cuerpos reglamentada por la -- ley civil.

El 9 de abril de 1917, Don Venustiano -- Carranza en su carácter de primer Jefe del Ejército-- Constitucionalista, expide la Ley sobre Relaciones-- Familiares en el Puerto de Veracruz. Esta Ley marca el principio de un nuevo capítulo en la vida jurídica mexicana en materia de divorcio; hemos visto como hasta este momento, las diversas legislaciones que --

en un tiempo u otro habían regulado el matrimonio -- como indisoluble y, contemplaban el divorcio como -- una simple separación de cuerpos que dejaba subsistente el vínculo conyugal. A partir de este ordenamiento, empieza a contemplarse al matrimonio como un acto jurídico de carácter disoluble aceptando así, -- una postura diametralmente opuesta a la que tradicionalmente se había sostenido.

Así, encontramos que en su artículo trece la Ley sobre Relaciones Familiares establece un nuevo concepto de la figura jurídica del matrimonio en los siguientes términos: "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".

Como consecuencia del cambio de actitud en cuanto a la disolubilidad del matrimonio, se produce lógicamente un cambio en cuanto a la figura jurídica del divorcio; hace su aparición en el Derecho Mexicano el divorcio vincular. Así, en el Art. 75 -- del ordenamiento de referencia se dispone: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los -- cónyuges en aptitud de contraer otro".

El artículo 76 de la propia Ley de Relaciones Familiares dispone: "Son causas de divorcio"

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 fuese declarado ilegítimo:

3a.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el connato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

4a.- 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;

5a.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, du-

rante seis meses consecutivos;

6a.- La ausencia del marido por más de - un año, con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;

7a.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para con el otro, siempre que éstos y aquellas sean de tal - naturaleza que hagan imposible la vida en común;

8a.- La acusación calumniosa hecha por - un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

9a.- Haber cometido uno de los cónyuges - un delito por el cual tengan que sufrir una pena de - prisión o destierro de más de dos años;

10a.- El vicio incorregible de la embria guez;

11a.- Cometer un cónyuge contra la perso na o los bienes del otro, un acto que sería punible - en cualquiera otra circunstancia o tratándose de per sona distinta de dicho consorte, siempre que tal ac to tenga señalado en la ley una pena que no baje de -

un año de prisión.

12a.- El mutuo consentimiento".

El artículo 79 de la ley en cuestión, reproduce lo preceptuado por los Códigos Civiles de 1870 a 1884 en sus artículos 244 y 230 respectivamente. El mencionado artículo 79 dice a la letra "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 en la reproducción del texto legal al que acabamos de referirnos, el término que debe dejarse transcurrir para ejercitar la acción de divorcio derivada de esta causal es de tres meses (igual que en el Código Vigente), es decir, que se reduce dicho término con relación a los Códigos de 1870 y 1884.

El artículo 88 de la Ley de Relaciones Familiares establece que la acción de divorcio deberá ejercitarse dentro de los seis meses después de que hayan llegado al conocimiento del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda. En esto también, la ley de referencia presenta una innova—

ción con respecto a las codificaciones anteriores — que establecía un término de un año.

Se conserva la figura del divorcio voluntario, sólo que, siguiendo la tendencia de la ley, — éste es vincular. Se dispone, para poderlo intentar un término mínimo de un año después de celebrado el matrimonio.

Consideramos, que la Ley sobre Relaciones Familiares es, en cuanto a sus tendencias y los criterios que sostiene, el antecedente directo de nuestra legislación vigente; no sólo porque la haya precedido cronológicamente, sino porque rompe con las tendencias anteriores estableciendo nuevos criterios que se conservan hasta nuestros días. Frequentemente al sobrevenir una innovación de tal magnitud se produce posteriormente una reacción que — tiende a proyectar las instituciones a su estado anterior; no así en este caso en el que nuestra legislación vigente tiende a reafirmar los criterios de la Ley de Relaciones Familiares, quizá, por ser esta ley, al igual que nuestra Constitución vigente, fruto de nuestra revolución social y, por lo consiguiente, plenamente concordante con las nuevas tendencias ideológicas que han imperado en nuestro país desde entonces.

El maestro Eduardo Pallares, comentando la Ley sobre Relaciones Familiares escribió: (39)

(39) Op. cit. pp. 35 y 36

"La nueva Ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, y destructora del núcleo familiar. Sacude al edificio social en sus cimientos, y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Es, al mismo tiempo, obra de sinceridad y de valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y — las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable.

Sólo son comparables a esta ley, por su importancia política y social, los artículos 30. 123 y 130 de la flamante Constitución; pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones, comentarios, periodísticos, conferencias y críticas de todo género, la Ley sobre Relaciones Familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado nuevamente; algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que llega un virus destructor de primer orden."

El 30 de agosto de 1928; fue promulgado por el entonces presidente de la República Plutarco Elías Calles, el Código Civil Vigente. De conformidad con su artículo lo. transitorio, el Presidente -

de la República Pascual Ortíz Rubio dispuso por decreto del 29 de agosto de 1932, que entrara en vigor el primero de octubre de dicho año. La Comisión Redactora de dicho Código estuvo integrada por Francisco H. Ruiz, Ignacio García Téllez, Rafael García Peña y Fernando Moreno.

El Código Civil de 1928 deroga, en los términos de su artículo 9o. transitorio, la Ley sobre Relaciones Familiares. Reservamos el estudio de la manera en que dicho Código trata el tópico objeto de esta tesis para los capítulos siguientes, en los que trataremos el tema más extensa y concienzudamente.

CAPITULO TERCERO.

DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

El Código Civil Vigente para el Distrito regula un procedimiento al que pueden ocurrir los -- cónyuges cuando convienen en divorciarse, son mayores de edad, no tienen hijos y han liquidado la sociedad conyugal de común acuerdo; este procedimiento llamado divorcio voluntario administrativo o divorcio ante el Juez del Registro Civil es, quizá, uno de los medios más fáciles que existen en la legislación comparada para obtener un divorcio vincular.

El divorcio voluntario administrativo se encuentra regulado en el artículo 272 del Código de referencia, cuyo texto reproducimos a continuación:

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

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

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

El procedimiento voluntario administrativo para obtener el divorcio ha sido severamente criticado por legos y juristas. Estas críticas han sido enfocadas tanto desde el punto de vista jurídico como desde puntos de vista extrajurídicos, como pueden serlo el moral y el social. En seguida, pasaremos a referirnos a algunas de las críticas que consideramos revisten mayor importancia.

En primer término, ha sido combatido este procedimiento por la facilidad con que los cónyuges

ges pueden disolver el vínculo que los une. recorde mos, como hemos visto en los capítulos anteriores, - que se requirió una larga evolución jurídico-social para que se aceptara en nuestros medios jurídicos la mera disolubilidad del vínculo conyugal; existen aún diversas legislaciones extranjeras que se rehusan a aceptar este principio. En general se ve al matrimonio como un contrato sui géneris, en el que la autonomía de la voluntad de las partes se puede regir -- tan absolutamente como en los contratos privados, ya que se afectan intereses de naturaleza pública pues la familia constituye la célula misma de la sociedad y, el matrimonio, los cimientos sobre los que la familia está constituida. Siguiendo este razonamiento repugna a algunos la idea de que con formalidades mínimas se faculte a los cónyuges a obtener, con -- gran premura y facilidad, la disolución del vínculo conyugal; esto, se piensa, desvirtúa la naturaleza -- misma del matrimonio, pues hace tan fácil y accesible su disolución, que se presta a que las personas tomen a la ligera las responsabilidades sociales que implica contraer matrimonio y formar una familia. -- Hemos reproducido, a grandes rasgos los razonamientos que respaldan a esta crítica que se hace al divorcio ante el Juez del Registro Civil, sin embargo, debemos anotar, que no respaldamos del todo esta corriente de opinión; no consideramos funcional este tipo de procedimiento por algunas razones que analizaremos más adelante, pero consideramos que el Estado no debe, so pretexto de tutelar la unidad familiar constreñir a los consortes a vivir respetando la formalidad de un vínculo que evidentemente no desean y que probablemente les repugna; de acuerdo con esto, -

entendemos la intención del legislador de no poner - demasiadas trabas a dos personas que siendo mayores de edad son supuestamente responsables de sus actos - y que además no tienen hijos que resulten afectados - ni existen controversia económica entre ellos. En -- estas circunstancias, estamos de acuerdo en que cuando los consortes desean disolver el vínculo matrimonial, se les facilite esto al máximo posible.

•

Otra crítica que se hace al procedimiento de divorcio voluntario administrativo es respecto a la posibilidad del representante del Estado que conoce del mismo, es decir, del Juez del Registro Civil. Se ha insistido en el interés público de mantener incólume la unidad de la familia. Así, mientras que el Juez de lo familiar que conoce de divorcio voluntario o judicial tiene la obligación de, por lo - menos dos veces, exhortar a los cónyuges a reconsiderar su decisión de divorciarse en bien de la familia y de la sociedad, el Juez del Registro Civil se limita a hacer constar la voluntad de los cónyuges y a - declarar el divorcio.

Insistimos en relación a los dos críti--cas que ya se han discutido que el espíritu de la - ley, es obviamente, visto que no se afectan intere--ses de terceros, dar a este tipo de divorcio el ca--rácter de una mera rescisión de un contrato, si --- bien con cierto carácter de solemnidad. El hecho de exigir la ley la ratificación de la voluntad de los - cónyuges de divorciarse a los quince días de su pri-

mera comparecencia es un rasgo de solemnidad tendiente sin duda a dar a los divorciantes tiempo de reflexionar, evitándoles tomar la grave decisión precipitadamente fundada por una ira momentánea; transcurrido este término e insistiendo los cónyuges en su intención, impera en el acto la soberanía de la voluntad.

Se critica, asimismo, la disposición expresa de la ley respecto a que los divorciantes sean mayores de edad necesariamente. De acuerdo con el artículo 641 del Código Civil vigente. "El matrimonio del menor de diez y ocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad". Así, aunque apreciamos la clara intención del legislador de exigir la mayoría de edad para asegurarse de que los divorciantes tienen plena conciencia de la trascendencia del acto que solicitan nos parece ridículo que se suponga que un menor tenga la capacidad y el sentido de responsabilidad suficientes para fundar una familia y, se le niegue en cambio que tenga estas mismas cualidades para disolver el vínculo conyugal. Así, a los menores de edad que convengan en divorciarse no les queda sino el procedimiento judicial.

El divorcio judicial administrativo, es un acto personalísimo de los cónyuges, ambos tienen que comparecer personalmente y no a través de repre

sentante legal; es componente el Juez de lo familiar del lugar del domicilio de los cónyuges. En la ley existe una laguna con respecto a cuál sería la competencia cuando los cónyuges vivan separados y no tengan el mismo domicilio. Como medio probatorio los cónyuges deben presentar copias certificadas de su acta de matrimonio y de sus actas respectivas de nacimiento. A través de los mencionados atestados del Registro Civil se comprueban las edades de los cónyuges y el tiempo que éstos tienen de casados, mismo que deberá ser, como mínimo, un año y, aquí surge un nuevo problema que le ha valido pocas críticas a este sistema de obtener el divorcio; respecto a que los cónyuges tengan su domicilio dentro de la jurisdicción del Juez del Registro Civil ante el que comparecen, respecto a que hayan liquidado satisfactoriamente la sociedad conyugal, y lo más importante -- respecto a que no haya hijos; no se aporta prueba alguna, estándose exclusivamente a lo manifestado por los divorciantes. En el supuesto caso de que los cónyuges se hayan conducido falsamente al manifestar que reúnan los requisitos de referencia, habrán incurrido en el delito de la falsedad, que se encuentra tipificado por el Artículo 247 del Código Penal vigente, mismo que al efecto establece una sanción -- que va de dos meses a dos años de prisión, en su -- parte primera, el Artículo mencionado enuncia:

"al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en el ejercicio de sus funciones o con motivo-

de ellas, faltare a la verdad".

Además de la responsabilidad penal en - que incurren los divorciantes que se producen con - falsedad en sus declaraciones, el Código Civil establece en el mencionado Artículo 271 que: "el divorcio así obtenido no producirá efectos legales..." - Esto último, suscita el problema de si el divorcio-administrativo así obtenido está afectado de inexistencia o de nulidad absoluta; al respecto el maestro Eduardo Pallares, opina: (40)

"El Artículo 272 provoca el siguiente - problema: la sanción que establece tiene como efecto la inexistencia del divorcio o meramente su anulabilidad, la siguiente frase que emplea la norma parece referirse a su inexistencia cuando dice: -- 'no surtirá efectos legales' o, lo que - es igual, no existirá dicho acto ante la ley. Sin embargo, la cuestión es dudosa porque en el capítulo del Código Civil - relativo a la inexistencia de los actos-jurídicos, únicamente se consideran -- inexistentes cuando falte totalmente el consentimiento de quien lo ejecuta o el objeto sobre los cuales recaen (Artículo 2,224 del C.C.) como en el caso no faltan esos requisitos, el acto sólo cabe - considerarse como nulo de pleno derecho"

(40) Op. cit. p. 43

Humildemente, manifestamos nuestro desacuerdo con la opinión del insigne jurista antes citado. Según el mismo dice, del texto de la ley se desprende que el divorcio administrativo obtenido en las condiciones descritas es inexistente; el maestro Pallares afirma, que sin embargo, no puede hablarse de inexistencia ya que el precepto legal relativo a la inexistencia establece que ésta sólo se produce al faltar el objeto o el consentimiento. No obstante esto, lo establecido por el Artículo 2,224 de nuestro Código Civil vigente establece un principio general relativo a la inexistencia, pero, recordemos al principio general de derecho que establece que jurídicamente lo específico deroga a lo general, en este caso, resulta evidente que el legislador estableció un caso específico de inexistencia. Además de lo anterior, el maestro Pallares parece olvidar que casi unánimemente la doctrina establece también como elemento de existencia de algunos actos jurídicos la solemnidad; tanto el matrimonio como el divorcio, son, sin duda, actos jurídicos solemnes, por lo que faltando a los elementos de solemnidad jurídicamente establecidos, dichos actos deben considerarse como inexistentes.

Existe un problema más que suscita este tipo de divorcio, problema, que por su naturaleza, constituye quizá la falla mayor del divorcio voluntario administrativo. Nos referimos al problema de la cónyuge divorciante que se encuentra en estado de gravedad. Nuestro Código no hace referencia expresa

a este problema en el capítulo correspondiente; sin embargo, al hacer una interpretación del mismo, vemos que nuestro ordenamiento civil establece en su Artículo 22: "... pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código"... Por consiguiente deberemos entender que el divorcio voluntario administrativo que se declare estando la cónyuge divorciante encinta, debe ser considerado como inexistente, no produciendo efectos legales.

Esta situación da lugar a dos planteamientos diversos: por una parte cuando es el caso que la cónyuge divorciante ignora su estado de gravidez; en este caso es obvio que no incurre en responsabilidad penal, ya que su conducta esta amparada simultáneamente por dos causas de inculpabilidad; el error, ya que éste es evidente al ignorar ella su estado y; el ejercicio de un derecho putativo ya que la cónyuge al no saberse encinta cree tener el derecho que le concede el Artículo 272 del Código Civil. Cabe añadir que el cónyuge divorciante se encuentra en la misma situación jurídica cuando es él quien ignora el embarazo de su cónyuge.

La segunda hipótesis se actualiza cuando uno de los cónyuges divorciantes o, ambos saben del embarazo de la esposa; en este caso pensamos que el cónyuge consciente del embarazo incurre en el delito de falsedad al no ponerlo en conocimiento del Juez -

del Registro Civil ante el que comparecen.

En cualquier caso, es tan rápido este procedimiento que puede agotarse totalmente antes de que los cónyuges siquiera oportunidad de sospechar el embarazo. Así el divorcio se declara sin dar oportunidad a que se tutelen los intereses del menor que esta por nacer, evadiendo el espíritu eminentemente social de la Ley. Claro que, según lo expuesto, en nuestra opinión puede invocarse, interpretando a la Ley la inexistencia de este divorcio; pero, esto da lugar a una situación de facto sumamente caótica al hacer que los cónyuges, que quizá se divorciaron de buena fé, ignorantes de la gravidez, después de haber pasado por la terrible, traumática y desmoralizadora experiencia de un divorcio, descubren que, después de todo, toda vía están casados. Quizá el problema se resolvería si el Juez del Registro Civil exigiera, en la segunda comparecencia, medios de prueba para acreditar que la divorciante no se encuentra encinta, para ello, sería suficiente un certificado médico que datara de no más de cinco días anteriores a la comparecencia.

Podemos concluir que en consideración a que el divorcio voluntario administrativo esta sólo al alcance de matrimonios que no han procreado hijos que han convenido libremente en disolver el vínculo que los une y que han llegado a un acuerdo respecto de sus intereses económicos comunes y, en consecuencia, que los daños que origina su separación a la so

ciudad son mínimos, debe permanecer 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.

Acabamos este capítulo con la siguiente-cita al respecto, tomada en la página 17 de la exposición de motivos del Código Civil vigente:

"El divorcio en este caso (voluntario ad ministrativo) sólo perjudica directamente a los cónyuges que obran con pleno conocimiento de lo que hacen y no es necesario, para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interes social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente — pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos".

CAPITULO CUARTO

DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

El divorcio voluntario judicial tuvo sus orígenes en Francia, a fines del siglo XVIII en la época de la Revolución Francesa. Fue regulado posteriormente en el año de 1804 por el Código Napoleónico en el que se le rodeó de grandes garantías, con el objeto de impedir que se abusara del mismo. Por aquel tiempo 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 sus intimidades, por lo cual debería dispensárseles no revelar los recónditos motivos de separación, justificando con ello, su existencia". - (41) Habiendo nacido a la vida jurídica en Francia país de gloriosas tradiciones, por lo que se refiere al Derecho Civil, se suprimió con posterioridad, no existiendo en la actualidad este tipo de divorcio en el régimen jurídico francés.

Hemos visto ya cómo se ha desarrollado en nuestro derecho este tipo de divorcio a partir del

(41) Planiol, Marcel. Tratado elemental de Derecho Civil Francés. Con la colaboración de Georges Ripert. Vol. IV Ediciones Cajiga. Puebla - 1946 pág.

del Código Civil de 1870, por lo que en este capítulo, nos limitaremos a estudiar su reglamentación actual.

El divorcio voluntario judicial, tal y como su nombre lo indica, es aquél que mediante un acuerdo de voluntades y con fundamento en la fracción XVII del Artículo 267 de nuestro Código Civil, puede ser invocado por los cónyuges ante el Juez competente de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo final del Artículo 272 del ordenamiento citado que, a la letra dice:

"Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este Artículo, (los ya mencionados para el divorcio voluntario administrativo) pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

El divorcio voluntario judicial, en los términos del Artículo 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito debe tramitarse ante los Jueces de lo Familiar.

El procedimiento para llevarlo al cabo está contenido en el título décimoprimer, Artículos

674 a 682 inclusive, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito. Este ordenamiento dispone - que, cuando los consortes convengan en divorciarse, - en los términos del último párrafo del Artículo 272- del Código Civil, deberán ocurrir ante el Tribunal - competente para presentar el convenio que exige el - Artículo 273 del mismo ordenamiento, junto con las - copias certificadas de las actas del Registro Civil- que certifican su matrimonio y el nacimiento de sus- hijos menores.

El citado Artículo 273 del Código Civil- establece en su texto lo siguiente:

"Los cónyuges que se encuentren en el caso del párrafo último del Artículo anterior están obligados a presentar al Juzgado un convenio en el que se fijen los- puntos siguientes:

I.- Designación de personas a quien se- an confiados los hijos del matrimonio, - tanto durante el procedimiento como des- pués de ejecutoriado el divorcio.

II.- El modo de subvenir a las necesida- des de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el — procedimiento.

IV.- La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer — el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.

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

Respecto al convenio cabe decir, que es requisito para la declaración del divorcio, que el — Juez apruebe el mismo. De hecho, en este tipo de divorcio no existe litis entre los cónyuges divorciantes, por lo que no puede decirse que éstos sean partes opuestas dentro del procedimiento, ya que entre ellos existe acuerdo de voluntades, con respecto a la disolución del vínculo conyugal y a todas las — demás cuestiones relativas al divorcio. Lo que hace de este tipo de divorcio un verdadero juicio es — la participación del Ministerio Público, que consti

tuye la otra parte dentro del juicio. Su intervención se justifica dado el carácter de orden público de este procedimiento, por los intereses familiares-trascendentales que se plantean y, sobre todo, por lo que se refiere a la situación moral y económica de los cónyuges e intereses que resulten afectados. Vigila asimismo, el cumplimiento de las leyes vigentes aplicables. El convenio mencionado, de este modo, se somete a la representación social del Ministerio Público, quien recomendará su aprobación, o no, según las consideraciones relativas a los intereses que representa. Cabe decir que, aún cuando compete al Juez la aceptación o rechazo del convenio, aún -- contra las consideraciones del Ministerio Público, -- éste último, como auténtica parte que es dentro del juicio, puede interponer recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el juez. Por esta causa, es contraria a derecho la práctica, tan común en nuestros Tribunales de que los cónyuges comparezcan expresando su conformidad a la sentencia de divorcio y, por ese sólo hecho, el juez declare que ésta ha causado ejecutoria; especialmente si consideramos que no existe litis entre los divorciantes, y -- que de este modo, se están ignorando las atribuciones del ministerio público, como parte en los juicios de divorcio voluntario.

Respecto a la fracción III del mencionado Artículo 273, que antes de las Reformas de 1975 -- se referían a la casa que debe habitar la mujer durante el procedimiento, debemos decir que si se tiene en cuenta la igualdad del hombre y la mujer en--

tre la Ley en la actualidad, esta estipulación no tenía razón de ser, constituyendo una supervivencia -- ominosa de la situación, tanto legal como social en que se encontraba la mujer antiguamente. La mencionada reforma ha igualado la situación entre los sexos imponiendo idéntica condición al hombre.

Con respecto a la fracción VI del mismo Artículo, la Ley no habla, en este punto, de en qué debe consistir la garantía, por concepto de alimentos. Algunos autores opinan que debe aplicarse supletoriamente el Artículo 317 del Código Civil que establece: "el aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos". No estamos de acuerdo con tal corriente de opinión, pues haría del divorcio algo prohibitivo para los sectores de escasos recursos económicos. En la realidad económico-social de nuestro país, son muy pocas las personas que tienen inmuebles que hipotecar, prendas valiosas que pignorar, solvencia suficiente para conseguir una fianza de una institución de crédito, conocidos con la solvencia suficiente para constituirse en fiadores y, mucho menos, cantidades líquidas de dinero para hacer depósitos en efectivo. Creemos que la garantía que establece la fracción VI del Artículo 273 queda al arbitrio del juez que deberá considerar las condiciones especiales de cada caso en particular y, tras oír las manifestaciones del representante social y estudiar las peculiaridades del caso, éste podrá incluso, aceptar en ciertas ocasiones una garantía de naturaleza moral, o cualquiera de otra índole

como lo es la que se ha convertido en tradicional en nuestros medios judiciales, consistente en girar ofi-
cio al lugar en que el deudor alimenticio presta sus
servicios, para que se descuente de su sueldo la can-
tidad que se destine a cubrir los alimentos.

Ordena nuestro Código Procesal que -
una vez presentada la solicitud, el tribunal citará
a los cónyuges y al representante social, después de
los ocho y antes de los quince días a una junta en -
la que se identificarán plenamente y en la que se -
les exhortará a procurar la reconciliación. Si es-
to no se logra, tras de oír la representante social,
aprobará provisionalmente los puntos del convenio re-
lativos a los hijos menores o incapacitados y a los
alimentos entre los cónyuges, dictando las medidas -
necesarias de aseguramiento. (Art. 675).

Si insisten los cónyuges en su propó-
sito de divorciarse, los citará el Tribunal a una --
segunda junta, después de los ocho y antes de los -
quince días de solicitada, en ella se les exhortará-
en el mismo sentido que en la anterior. Si tampoco-
se logra la reconciliación y en el convenio quedan -
bien garantizados los derechos de los hijos menores-
o incapacitados, oyendo el parecer del Ministerio -
Público, se dictará sentencia disolviendo el vínculo
matrimonial y resolviendo sobre el convenio. (Art. -
676).

Si el Ministerio Público se opone a -

la aprobación del convenio, porque considera que éste viola o no garantiza los derechos de los hijos menores o incapacitados, propondrá las modificaciones que estime convenientes para que los cónyuges, dentro del término de tres días, manifiesten si las aceptan. De no aceptarlas se dictará sentencia conforme a la Ley, cuidando que queden debidamente garantizados los derechos de los hijos. Cuando el juez no apruebe el convenio no podrá declarar la disolución del vínculo matrimonial (Art. 680).

Para evitar el abuso de este tipo de divorcio, lo mismo que del administrativo, el Código Civil dispone en su Artículo 274: "el divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio". Esto, se hace con el fin de que la gente contraiga matrimonio, abusando de la institución con fines ajenos a la formación de una familia, tales como la satisfacción de inclinaciones erótico-sexuales o, aun, cuando presente el embarazo en la mujer se recurre al matrimonio con el único fin de que el producto nazca dentro del vínculo, evitándole estigmas sociales. Esta disposición legal ha dado lugar a la estratagema procesal, entre las parejas que deseando obtener el divorcio no han cumplido un año de casados, de fingir una causal de divorcio inexistente, allanándose el cónyuge supuestamente culpable a la demanda y obteniendo, así, una sentencia de divorcio inmediata. Esta estratagema es igualmente usada por los cónyuges divorciantes que, por alguna razón, quieren evitar la intervención del Ministerio Público.

Consideremos que, visto que nuestra legislación vigente reglamenta de una manera relativamente accesible a todos el divorcio voluntario, debfa existir mayor severidad en cuanto al divorcio necesario. Para obtener un divorcio basado en una causa contenciosa, opinamos que no debería bastar la confesión o allanamiento del demandado, debiéndose probar la causal respectiva a través de otros medios de prueba que dieran al juzgador la certeza de su existencia.

Como el divorcio voluntario administrativo, el judicial constituye asimismo, un acto personalísimo, teniendo que concurrir los divorciantes a las juntas de aveniencia por si mismos, y no a través de representante legal, pues esto haría la reconciliación, cuyo intento es el objeto de estas juntas, imposible. El cónyuge menor de edad, sin embargo, en los términos del Artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles, necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento.

Se han opuesto muchos de los argumentos de que ya hemos hablado al tratar el tema de divorcio voluntario administrativo, también el divorcio voluntario judicial. Especialmente ha encontrado la oposición de aquellos que consideran que el matrimonio debe ser indisoluble y, que en el mejor de los casos, sólo debe disolverse mediando la existencia de una causa tan grave que haga su continuidad

imposible. Estas personas consideran que el hecho - de que el matrimonio pueda disolverse por la sola - voluntad de los cónyuges pone en peligro la estruc- - tura misma de la familia. Sin embargo, no toman en- cuenta que es difícil que una pareja dé un paso tan- trascendental como es el divorcio actuando ligeramen- te y sin motivo alguno; es un paso que se da, las - más de las veces cuando una o muchas causas hacen la vida en común imposible e insostenible, cuando cau- sas, que en ocasiones no están reglamentadas, consti- tuyen en ese caso particular razones de extrema gra- vedad, que llevan a las parejas al divorcio. También se dan las ocasiones en que se recurre al divorcio- voluntario por alguna causa de las que se encuentran reglamentadas por la Ley; pero, al estar los cónyu- ges de acuerdo en divorciarse, no existe razón algu- na para sufrir las tribulaciones que implica un di- vorcio contencioso ni, tampoco, para sufrir sus con- secuencias.

El divorcio voluntario judicial, tie- ne además la ventaja, de que por su naturaleza misma lleva implícita la tutela de los derechos de terce- ros inocentes. Asimismo, lleva implícita la repre- sentación social, en la persona del Ministerio Públi- co para velar por los intereses de la sociedad. De - este modo el daño que se causa es el mínimo posible. dadas las circunstancias.

Consideramos, que el divorcio volun- tario judicial constituye, dentro de nuestro derecho positivo, una de las instituciones con carácter neto

mente progresista que revelan mejor la madurez jurídico-social de nuestra Ley y de nuestras instituciones.

CAPITULO QUINTO

DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

Hasta este punto hemos estudiado las formas que contempla nuestra legislación para obtener el divorcio cuando ambos cónyuges están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal. En estos casos, aunque el legislador suponga que las causas que pueden dar motivo de divorcio deben ser, sin duda, graves, deja a los cónyuges la calificación de las mismas y, son éstos los únicos jueces en cuanto a su importancia y gravedad para determinar, en un momento dado, si éstas bastan para tomar una medida tan drástica como lo es el divorcio. En todo caso, re--
pitiendo, sólo a los cónyuges compete la evaluación de las causas que los llevan, por mutuo consentimiento, al divorcio y, no es menester siquiera, que estas causas salgan a la luz.

Sin embargo, el legislador de 1928 — admitió que existen determinadas causas, que revisten tal gravedad que pueden llegar a hacer imposible la contiuidad de la vida conyugal, de modo tal, que a pesar del interes que tiene el Estado en la integridad y en la unidad de la familia y, a pesar incluso, de que no exista el consentimiento para el divorcio por parte de ambos cónyuges, sono tan sólo por parte de uno de ellos, el legislador reglamente una--
posibilidad de divorcio promovido unilateralmente — por el cónyuge que resulte afectado por la actualiza--

ción de alguno o varios de los supuestos, que el legislador ha considerado como causas lo suficiente--
mente graves para justificar el divorcio en estas --
circunstancias. Esto es, el legislador ha hecho una
enunciación de causales que, al darse dentro de un -
matrimonio, constituyen base legal suficiente para -
disolverlo; estas causales, por su especial naturaleza
za, son imputables a uno de los conyuges de modo tal
que el otro cónyuge, con fundamento en una o varias--
de ellas, puede demandar judicialmente el divorcio -
al cónyuge a quien le sean imputables. Por su na-
turaleza litigosa, en lo que se refiere al procedi--
miento judicial para obtenerlo, algunos tratadistas--
han llamado a este tipo de divorcio, contencioso; --
por la situación que producen las causales en cuanto
a la necesidad de disolver un vínculo matrimonial --
que se ha tornado negativo y antisocial, algunos --
otros tratadistas han denominado a este tipo de di--
vorcio, necesario.

Dada la gravedad, que desde el punto-
de vista social implica la disolución del vínculo ma-
trimonial, el legislador ha establecido expresa y li-
mitativamente las causas que legalmente pueden funda-
mentar este tipo de divorcio. Ni aún los jueces de-
lo familiar, a pesar de todas las facultades discre-
cionales que les da la Ley, pueden decretar un divor-
cio necesario que no se funde expresamente en una o
varias de las causas previstas por el legislador, no
importa cuanta gravedad considere que tienen los he-
chos que se ponen a su conocimiento. No puede apli-

carse, en este caso, el principio de analogía ni tampoco el de mayoría de razón. A este constreñimiento forzoso a las causas expresamente previstas por la Ley, se le conoce doctrinariamente como principio de limitación de causas de divorcio.

Por otra parte, existe el llamado -- principio de aplicación restrictiva de las causas de divorcio; éste se contiene en la autonomía que guardan las causales entre sí, esto es, no pueden combinarse unas con otras, ni vincularse entre sí para -- completar una hipótesis jurídica. No deben ser interpretadas extensivamente, ni aplicarse a casos diferentes a los que de manera expresa, dispone cada -- norma.

Existen gran cantidad de tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las cuales se han sostenido los dos principios antes anotados. En jurisprudencia firme ha sostenido.

"Autonomía de las causales de divorcio. Las causales de divorcio que establece la Ley son autónomas, y no deben involucrarse las unas en las otras. Además son limitadas y no cabe respecto de ellas la interpretación extensiva por analogía o por mayoría de razón". (42)

(42) Sexta Epoca, Cuarta Parte. Vol XXX p. 145 Vol. LII. p. 117 Vol. LXVIII. p. 76. Vol. LXII. p. 17 Vol. LXXIV. p. 18

En cuanto a la clasificación de las causas de divorcio contenidas en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales se reproduce a continuación la clasificación que al respecto hace el maestro Eduardo Pallares:

"a) Causas en que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o para abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la Ley considera como causales. Por ejemplo, cuando se trata de injurias graves, sevicia, calumnias, abandono de hogar sin oír causa justificada.

b) Las contrarias a las anteriores, en que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. Ejemplo, el adulterio, el abandono de hogar por más de un año, la falta de pago de los alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc. Respecto de estos dos grupos, hay que aclarar que no cabe identificar la facultad de que se trata, con la relativa al poder de apreciación que gozan los tribunales en materia de prueba que en el caso de divorcio la tienen dentro de los mismos límites que en los demás juicios, de acuerdo con las reglas relativas a cada prueba en particular.

c) Un tercer grupo está formado por - las causas que implican un hecho culpable, o incluso la comisión de un de lito, por parte del cónyuge demandado tales como el adulterio, la incita- ción a cometer un delito, la corrup- ción de la mujer, el abandono del do- micilio conyugal, etc. En sentido - opuesto hay causas que no tienen una- naturaleza jurídica. Así, por ejem- plo, padecer alguna de las enfermeda- des que especifica las fracciones VI- y VII del Artículo 267.

d) El cuarto grupo comprende el incum- plimiento de las acciones matrimonia- les, de modo especial las relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el do micilio conyugal. En oposición a es- tas causas pueden señalarse aquellas- que sin constituir el incumplimiento- de las obligaciones matrimoniales, re velan una condición de inmoralidad - tal del cónyuge culpable, que es del- todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia pernicioso- en la vida de los hijos o del otro - consorte;

e) Finalmente; hay otras causas que - deben producir la disolución del matri

monio, sea por motivos de honor o — porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. Así son las que consignan las fracciones XIV y XV". (43)

A) LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN PARTICULAR.

Como ya hemos dicho, nuestra Legislación vigente reglamenta varias causas de divorcio necesario; para su estudio, utilizaremos el orden que guardan en el Código Civil vigente para el Distrito en sus Artículos 267 y 268;

1.- "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges" (Art. 267, I).

Esta causal se encuentra establecida por los códigos civiles de todas las entidades federativas de nuestro País y todos ellos con excepción de Yucatán, la sitúan como primera causal. Los siguientes Códigos utilizan al mismo texto que el Código Civil de 1928, de: Baja California, Coahuila, Co-

(43) Op. cit. pp. 62 y 63

lima, Chiapas, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, - Nayarit, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosi, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz. Los códigos- cuyos textos son diferentes, pero que establecen la causal con el mismo principio son de: Aguascalientes Campeche, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero,- Michoacán, Morelos, Oaxaca, Sonora, Tlaxcala, Yucatán y Zacatepec.

El concepto de adulterio no se encuentra definido ni por el Código Civil ni tampoco por el Código Penal, que únicamente lo sanciona. Por consiguiente, ha tenido que establecerse el concepto y, la diferencia entre sus acepciones civil y penal a través de tesis de nuestra Suprema Corte de Justicia. Al respecto ésta ha publicado la siguiente tesis:

"El adulterio que la Ley Civil considera como causal de divorcio no se -- identifica con el delito de adulterio que castiga el Código Penal. Para -- que exista aquel bastará que uno de -- los cónyuges tenga relaciones sexuales con persona distinta del otro cónyuge porque el matrimonio se funda en la fidelidad de los esposos" (44)

(44) Cit. por Eduardo Fallares. Op. Cit. pp 225 y -- 226.

Doctrinariamente diversos autores en distintas latitudes han definido el concepto civil de adulterio. Al respecto Planiol ha escrito:

"El adulterio supone siempre un elemento material consistente en las relaciones sexuales con una persona distinta al cónyuge, y un elemento intencional, la libre voluntad de cumplir el acto en cuestión. Cuando uno de estos elementos falta, no puede haber ni penalidad ni divorcio. Así, por ejemplo una intimidad poco honesta no podría invocarse como constitutiva de adulterio que implicará el divorcio de manera perentoria; lo mismo ocurre con la simple tentativa del adulterio. Estos actos pueden, en verdad, ser admitidos como injurias graves, pero entonces resurge el poder de apreciación del juez. Así tampoco hay adulterio cuando el acercamiento sexual ha sido consecuencia de un acto de violencia, o resultado de una sugestión hipnótica; pero no basta para negar el adulterio al probar que el cónyuge culpable ha sido moralmente subyugado por el tercero con el cual lo ha cometido". (45)

(45) Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil. T. II Editorial Cultural, S.A. Habana - 1946. p. 392

En nuestro país, Eduardo Pallares ha definido el adulterio diciendo: "Consiste en la unión sexual que no sea contranatura de dos personas que no estén unidas por el matrimonio civil y de las cuales una de ellas o las dos, están casados civilmente con un tercero". (46).

De lo anterior, se infiere que esta causal sólo se da cuando se han producido relaciones sexuales en sentido estricto entre los dos cónyuges, por lo que no son causas de divorcio, desde el punto de vista del adulterio, las relaciones amorosas no-sexuales que sostenga uno de los cónyuges con tercera persona, aun cuando éstas sean públicas o con notorio deshonor del cónyuge ofendido.

El artículo 269 establece expresamente el término dentro del cual puede ejercitarse la acción del divorcio por adulterio, el mencionado Artículo dice a la letra: "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio".

Existen, no obstante ocasiones en que el adulterio puede darse en un acto de tracto sucesivo, en el que se repite la conducta adulterina por -

(46) Op. cit. p. 63

un período de tiempo determinado tal es el caso del concubinato. El criterio judicial establecido con respecto de las causales de divorcio de tracto sucesivo es que el término de la prescripción para ejercitar la acción se inicia cuando concluya dicho tracto y no desde que se tuvo conocimiento del hecho.

Por su propia y especial naturaleza, tanto en la legislación civil como en la penal, el adulterio solamente se configura cuando ha sido consumado; es por esto, que los actos preparatorios y las acciones eróticas-amorosas que no llegan a la cópula misma, no pueden considerarse como adulterio.

Es por esto que la carga de la prueba para acreditar el adulterio es harto difícil de producirse directamente. En materia penal es casi imposible su comprobación, sobre todo si tomamos en cuenta que sólo se tipifica el delito cuando el acto tiene lugar en el domicilio conyugal o se produce con escándalo. En materia civil es un tanto menos difícil, en virtud de que existe la posibilidad de la prueba indirecta a través de presunciones graves, cuya calificación queda al criterio del juzgador. Un ejemplo de prueba indirecta a través de presunciones graves es el que se encuentra en la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se reproduce a continuación:

En la especie, si los testigos llamados por la actora o por su abogado para que se percatara de que cierto día a determinada hora se hallaba el demandado en su automóvil, acompañado de una mujer es indiscutible que estos hechos crean la presunción vehemente, por no decir la certeza de que el demandado tuvo ayuntamiento sexual con dicha mujer, quedando así evidenciado con las declaraciones de dichos testigos el adulterio, si se tiene en cuenta que el demandado está casado civilmente con la actora según consta de la copia certificada del acta matrimonial que corre agregada a los autos del juicio del orden común y puesto que en el Derecho Civil, se entiende por adulterio la violación de la fidelidad, que se deben recíprocamente -- los cónyuges, consistente en el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo una de las dos, o ambos, casados". (Amparo Directo. 2260/62/20./ Oct. 2 de 1964. Tercera-Sala. Suprema Corte de Justicia).

A mayor abundamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en Jurisprudencia firme que para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del adulterio,

terio basta la prueba presuntiva (47)

En la práctica, en virtud de la dificultad que implica la carga de la prueba es más acertado alegar injurias graves para fundar la demanda de divorcio o, en todo caso las dos causales a la vez.

La sentencia penal condenatoria de adulterio debe hacer prueba plena en materia civil. Sin embargo, es lógico pensar que cuando tal sentencia queda firme, han transcurrido ya con exceso los seis meses que dura la acción de divorcio; pues es lógico pensar que el cónyuge ofendido tenga conocimiento del proceso penal desde sus inicios. Desde luego, cabe la posibilidad de que la demanda de divorcio se haya interpuesto simultáneamente, o poco después de iniciado el procedimiento penal, interrumpiéndose así la caducidad de la acción. En estos casos, si la sentencia penal causa ejecutoria antes de que se cierre el término probatorio en el juicio de divorcio, ésta debe admitirse como prueba, aun si debido al momento procesal debe ésta admitirse como prueba superviniente; en todo caso, deberá dársele, como ya se dijo, valor probatorio pleno.

(47) En la compilación de fallos de 1917 a 1954 —
(Apendice al tomo CXVIII),

2.- "El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo". (Art. 267, II).

Esta causal se encuentra regulada por los códigos civiles que casi todas las entidades federativas, encontrándose desarrolladas con las mismas palabras que las que utiliza el Código Civil de 1928. Unicamente dos entidades, Chihuahua y Yucatán cambian la forma, aunque en el fondo persiste la misma idea.

Laurent y otros juristas franceses y belgas se han empeñado en ver en esta causal una injuria grave, ya que, de acuerdo con el sistema jurídico vigente en esos dos países, las causales de divorcio generales, para ser tales han de constituir siempre una injuria grave; en consecuencia, los tratadistas mexicanos también se han empeñado en esta polémica, por demás inútil en nuestro marco jurídico ya que, nuestra Legislación la establece como causa específica de divorcio, sin que para ello sea menester que constituya una injuria grave. Suponemos que la naturaleza afrentosa desde el punto de vista del marido, de que la esposa le haya ocultado al contraer matrimonio su estado de gravidez, influyó en el ánimo del legislador al instituir esta causal; pero no es la afrenta en si lo que constituye la causal, que es sui generis en su naturaleza. Igualmente --

afrentoso es el hecho de que el hijo concebido antes del matrimonio no nazca, digamos por causa de un — aborto terapéutico, sin que esto constituya una causal de divorcio. De hecho, el texto legal exige que el hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio no solamente tenga que ser dado a luz, sino que además debe ser declarado judicialmente ilegítimo. Al respecto, la Suprema Corte ha sostenido el criterio que se contiene en la tesis que ensèguida reproducimos:

"La Suprema Corte ha sostenido el criterio que la causal de injurias, en tratándose de divorcio, es específica distinta de las comprendidas en otras fracciones del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, por lo que si el actor funda su demanda en la fracción VII del Artículo 221 del Código Civil del Estado de Puebla, igual a la fracción — Segunda del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, haciendo valer como injurias graves, el hecho de que su mujer diera a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, es incuestionable que no pueda admitirse el criterio lato, extenso, amplio de equiparación a injurias graves las circunstancias que, — siendo en un sentido genérico, la Ley

ha limitado y encajado en causas concretas de divorcio y en el caso no puede admitirse esa equiparación, máxime en que los hechos en que se hace consistir la injuria grave se mencionan como causas de divorcio en la -- fracción VII del citado Código de Puebla, que también es igual a la XI -- del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales". (Amparo Directo 3346/1960. Salvador Tapia Maldonado. Julio 3 de 1963. Tercera Sala de la Suprema Corte Sexta Epoca. Vol. - LXXIII. Cuarta parte. pág. 17).

En vista de la exigencia legal de que el hijo concebido antes del matrimonio sea declarado judicialmente ilegítimo, a fin de obtener la declaración judicial correspondiente deberá tomarse en cuenta lo establecido por el Artículo 330 del Código Civil, que establece: "En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, - si está presente; desde el día en que llegó al lugar si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió - el fraude, si se le ocultó el nacimiento". El término para la caducidad de la acción del divorcio fundada en esta causal empezará a contar desde que cause ejecutoria la sentencia que declara judicialmente la ilegitimidad del hijo concebido antes del matrimonio

3.- "La propuesta del marido para - prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se prueba- que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relacio- nes carnales con su mujer". (Art. 267, III)

Todas las entidades federativas regu- lan asimismo esta causal. Las entidades que reprodu- cen el texto del Código de 1928 son: Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chia-* pas, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco Estado de México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxa- ca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Ta- basco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas.

Otras legislaciones, que si bien acep- tan esta causal, emplean otro léxico son: Chihuahua Michoacán, Puebla, Tlaxcala y Veracruz.

Esta causal esta íntimamente relacio- nada con el tipo penal que establece el código de la materia para el delito de lenocinio; el Artículo 207 de dicho código dispone: "Comete el delito de leno- cino: I. Toda persona que habitual o accidentalmen- te explote el cuerpo de otra por medio del comercio- carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera. II. El que induzca o solicite de una persona para que con otra comercie sexualmen- te con su cuerpo o le facilite los medios para que -

se entregue a la prostitución; III. Al que regentes administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, y obtenga cualquier beneficio con sus productos".

Como se ve, el concepto penal de lenocinio es considerablemente más amplia que la causal en estudio, sin embargo, la prostitución de la mujer por parte del marido implicaría, evidentemente, la comisión del delito de lenocinio.

No obstante esto, la comisión de tal delito no es condición sine qua non para la existencia de esta causal, especialmente si se considera que basta con la mera propuesta, por parte del marido, para que se actualice este causal. De producirse tan solo la propuesta, es evidente que no puede hablarse de delito de lenocinio, quizá bajo determinadas circunstancias pueda hablarse de tentativas o, en su caso, del delito de apología de un delito o de algún vicio. Procesalmente, no se requiere para la procedencia de esta causal que se ejercite acción penal alguna contra el cónyuge culpable.

Comentando esta causal el maestro Eduardo Pallares ha escrito lo siguiente:

"El lenocinio que considera esta cau-

sal de divorcio puede ser expreso o -
 tácito, pero debe anotarse que la -
 fracción III del Artículo 267 está -
 mal redactada, porque se inicia con -
 las palabras 'la propuesta del marido
 ...', y más adelante considera tam-
 bién como causal de divorcio el con-
 sentimiento tácito, por decirlo así,
 positivo de la mujer, en cuyo caso no
 existe la propuesta. En una hipótesis
 la Ley supone en el marido un acto po-
 sitivo, el de **promover** la prostitu-
 ción, mientras que en otra admite -
 que basta la actitud pasiva, sin pre-
 via propuesta del marido". (48)

Se debe anotar, de acuerdo con la ten-
 dencia actual de considerar a la mujer en un plano -
 de igualdad jurídica con respecto al hombre que la -
 causal en cuestión va en contra de este espíritu, ya
 que considera solamente a la mujer como susceptible-
 de prostituirse, no tomando en cuenta que la misma -
 situación puede producirse respecto del hombre, mani-
 pulado por su esposa con el objeto de prostituirlo.-
 La única entidad federativa que ha aplicado la igual-
 dad de los sexos en la disposición análoga de su le-
 gislación civil es Veracruz, que en su Código, en el
 Artículo 141 fracción IV dispone:

(48) Op. Cit. p. 70

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

Es de considerar que esta disposición en el Código Veracruzano contiene, de una manera más simplista y quizá por lo mismo más efectiva, el equivalente a lo dispuesto por nuestro Código en las -- fracciones III y V del Artículo 267. Debe notarse - que a ambos cónyuges indistintamente puede imputarse les la conducta que constituye el supuesto de este - caudal.

Al seguir este razonamiento, queda la cuestión de si la inducción a la prostitución homosexual de uno de los cónyuges constituye o no una - causal de divorcio. En la Legislación del Estado de Veracruz, de acuerdo con el precepto ya enunciado, - indudablemente que si constituye tal conducta una -- causal de divorcio. Por lo que se refiere al Código Civil de 1928, dada la laguna ya mencionada, la inducción de la esposa hacia el marido para prostituirse homosexualmente no constituye una causal de divorcio, como tampoco la constituye la inducción de prostitución heterosexual. Por lo que se refiere a la - inducción del marido a la mujer para prostituirse -- homosexualmente, es nuestra opinión que, en los términos del Código Civil de 1928, ésta debe ser consi-

derada como conducta que encuadra con el supuesto establecido por la fracción III del Artículo 267, constituyendo una causal de divorcio.

4.- "La Incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal". (Art. 267, - IV).

Esta causal, como las anteriores, ha sido recogida por casi todos los códigos civiles de las entidades federativas de la República. Las entidades que reproducen el texto del Código de 1928 — en su literalidad, son: Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, y Zacatepec; lo mismo — hace la Ley de Divorcio del Estado de Guerrero.

Por otra parte, los códigos que regulan esta causal con variantes son: Chihuahua, Durango, Guanajuato, Michoacán, Puebla, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

Incitar significa "insinuarse tan — adentro en la voluntad de alguno y solicitarle con — tanta vehemencia y fuerza, que le determine a hacer—

lo que de él se solicita" (49). Sin embargo, la -- incitación a que se refiere esta causal debe tener -- necesariamente, por objeto la comisión de un delito; la causal, por supuesto, es independientemente de la responsabilidad penal en que incurre el cónyuge provocador si el otro lo comete.

No es necesario, para la actualiza-- ción de esta causal que el delito objeto de la inci-- tación sea de naturaleza violenta, a pesar de que el texto legal parezca indicar lo contrario. La causal consiste en que el cónyuge culpable incite en el otro un ánimo de violencia para la comisión de un ilícito penal, pero no es menester que el delito en sí sea -- de naturaleza violenta, puede serlo de naturaleza -- sexual, patrimonial o de cualquiera otra clase de -- los que contemplan las leyes penales, pudiendo ser -- los medios de comisión de naturaleza no violenta.

La incitación puede hacerse de cual-- quier manera imaginable; directa o indirectamente, -- de palabra o por escrito, a través de actitudes, in-- sinuaciones o actos determinados, como por ejemplo -- negarse a dar a la mujer alimentos a menos que come-- ta un delito; negarse el débito conyugal; ejercer -- presión a través de malos tratos.

(49) Barcia. Gran Diccionario de Sinónimos Castella-- nos. Ediciones Joaquín Gil. Buenos Aires, Argen-- tina 1958. p. 679.

El legislador, en nuestra opinión, — incurre en una redundancia innecesaria al incluir al final del texto legal de esta fracción la frase "aunque no sea de incontinencia carnal". La fórmula "la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al — otro para cometer algún delito" es a nuestro juicio-completa porque en dicha fórmula se comprenden todos los actos, que de acuerdo con la ley, tengan la naturaleza de ilícito penal, independientemente de los bienes jurídicos o materiales que se lesionen, de — los medios de comisión de la conducta y de la pena — que pudiera corresponderle al actor del delito.

El delito puede, en nuestra opinión — cometerse o no, o habiéndose cometido el acto objeto de la incitación, el agente puede estar amparado por una eximente legal; como, por ejemplo el cónyuge que es incitado mediante amenazas contra su integridad — física, estaría amparado por las eximentes de miedo-grave o de temor fundado. En todo caso, es nuestra opinión que la causal de divorcio que se estudia, se configura independientemente de la comisión del delito, o de las consideraciones que se han hecho.

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

Esta causal también ha sido recogida-

por las legislaciones de la mayoría de los Estados - de la Federación.

Los códigos que adoptaron literalmente el texto antes transcrito, son los de: Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guajauato, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, San Luis - Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Zacatecas.

Las entidades federativas que, habiendo regulado esta causal, la han descrito en términos diferentes son: Aguascalientes, Chihuahua, Guerrero, Oaxaca, Puebla, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

En comentario a este causal, el maestro Eduardo Pallares, ha escrito:

"De todas las causas de divorcio que enuncia la Ley, tal vez sea ésta la más odiosa, la más culpable, la que demuestra mayor depravación, excepto en aquellos casos en que la miseria obliga a los padres a consentir en la prostitución de sus hijos, hecho éste que la pobreza explica, pero no justifica de ninguna manera" (50)

Estamos de acuerdo con el maestro Pallares, para nosotros es casi inimaginable el nivel de miseria moral que es menester para que un padre o una madre realicen actos encaminados a la corrupción de sus propios hijos, un ser que descienda tan bajo en la degradación humana no puede ser considerado -- sino como un animal abyecto, merecedor del más profundo desprecio de los individuos y de la sociedad civilizada. En cuanto a aquellos seres a quienes el hambre y las más paupérrimas condiciones de vida han empujado hasta tales extremos, aún cuando esto no -- los justifique de acuerdo con el maestro Pallares, -- consideramos deben despertar nuestra compasión y, -- más importante aún, nuestra profunda vergüenza por -- la parte que nos toca de culpa de que, a nuestro alrededor, materialmente ante nuestros propios ojos, -- vivan y sufran millones de seres a quienes tampoco -- les ha tocado disfrutar del banquete de la vida.

Complementa este causal el Artículo - 270 del Código Civil que dispone: "Son causas de divorcio, los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, -- ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y -- no es simples omisiones".

De lo anterior se infiere que la Ley -- exige una pluralidad de actos inmorales, esto es, -- sin duda alguna, un grave error del legislador, es --

to es, sin duda alguna, un grave error del legislador, es evidente que existen actos singulares que revisten gravedad tal que deben constituir, por sí solos, causal de divorcio y, muy especialmente, causal legal para que se suspenda en el progenitor culpable el derecho de ejercer la patria potestad.

Como ya hemos visto, el Artículo 270 del Código Civil establece que "la tolerancia en corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones"; no obstante esto, el maestro Eduardo Pallares sostiene una tesis, misma que se reproduce a continuación, que parece contradecir expresamente el texto legal:

"La causal puede consistir en actos positivos que provocan la corrupción de los hijos o en actos negativos que impliquen necesariamente la tolerancia de los progenitores respecto del estado de inmoralidad y corrupción en que vivan los hijos. Por ejemplo, sucede con frecuencia que los padres se hacen de la vista gorda ante la prostitución de una de sus hijas, cuyo dinero aceptan para cubrir los gastos familiares. Incluso ha sucedido que personas adineradas, toleran que sus hijas tengan relaciones carnales con gobernantes o políticos ricos, que pagan espléndidamente el donativo de su

cuerpo". (51)

Por otra parte, la Ley no señala una edad límite en que los hijos puedan ser corrompidos. Esto origina dos situaciones diversas: la primera en que los hijos que se corrompen o cuya corrupción se tolera, son menores de edad. En este caso, el progenitor culpable incurriría en el delito de corrupción de menores de acuerdo con lo que dispone nuestra Ley Penal.

Una segunda situación la encontramos cuando los hijos son mayores de edad. En tal caso, la tolerancia por parte de los padres cesan de tener autoridad cuando los hijos llegan a cierta edad. Si la tolerancia es muchas veces impuesta, no cesa la imposibilidad de corromper a los hijos, aun cuando éstos sean mayores de edad; creemos que la tolerancia impuesta o forzosa de los hijos mayores de edad no debe de constituir una causal de divorcio, pero la corrupción positiva de éstos, sí. Cuando los hijos son mayores de edad no puede, evidentemente, referirse a delito de corrupción de menores; pero sí pueden darse, según el caso, otros delitos como el delito de lenocinio.

6.- "Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia

(51)Op. cit. p. 74

incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio". (Art. 267. VI).

Esta causal la recogen en su literalidad la gran mayoría de los códigos de las entidades federativas de la República Mexicana; dichos códigos son: Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.

La regulan con ligeras variantes los Códigos de: Campeche, Chiapas, Durango, Chihuahua, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Tlaxcala y Yucatán.

Del análisis del texto de esta fracción, puede apreciarse que se establecen dos hipótesis generales como causales de divorcio en la misma: Una que se refiere a una enfermedad con determinadas características y, otra que consiste en la impotencia incurable, posterior al matrimonio.

En la primera hipótesis, la enfermedad, de acuerdo con el texto legal, debe ser crónica o incurable y, además, contagiosa o hereditaria. El

texto legal de esta causal es ejemplificativo ya que principia por señalar dos ejemplos de enfermedades --la tuberculosis y la sífilis--, agregando inmediatamente "cualquiera otra enfermedad...", además de -- las ya señaladas, siempre y cuando reúnan los requisitos ya señalados.

Debemos considerar que nuestro Código Civil data del año 1928, época en que tanto la tuberculosis como la sífilis eran consideradas como enfermedades incurables, sin embargo, el desarrollo de la ciencia médica ha hecho a estas dos enfermedades fácilmente curables y, en el caso de la tuberculosis, -- incluso existe una vacuna capaz de prevenir la antes mortal enfermedad. Por consiguiente, estas enfermedades han dejado de ser incurables o crónicas por lo que, en nuestro concepto, el contraerlas uno de los cónyuges, no debería ser en el presente causal de divorcio.

En la segunda hipótesis, es decir, la impotencia que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, es necesario distinguir entre impotencia y esterilidad. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia, ha sostenido el criterio siguiente:

"La impotencia a que se refiere la -- Ley, es la que consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el -- acto sexual, y la importancia para la

generación, no es propiamente impotencia, sino esterilidad, y como mera -- esterilidad, no constituye causa de -- disolución del matrimonio porque no -- imposibilita para la cópula. Es un -- error expresar que la causal de impotencia sólo la concede la Ley a la mujer, por no ser posible que ésta sea -- impotente para la cópula; puesto que -- la existencia de obstáculos ovulares -- o vaginales, puede ocasionar ésta impotencia en el agente femenino de la -- cópula". (52)

Es importante señalar que la impotencia, para constituir una causal de divorcio, debe -- ser permanente, no transitoria.

Un aspecto importante a hacer notar -- es que la Ley no establece máximo de edad para poder invocar esta causal; esto resulta injusto, ya que es evidente que la ancianidad trae aparejada la impotencia en el hombre, por lo que, después de toda una vida juntos cualquier mujer podrá demandar el divorcio invocando esta causal de un marido anciano.

Esta causal, guarda relación con el -- Artículo 199 bis, del Código Penal para el Distrito -- y Territorios Federales, que establece:

(52) Jurisprudencia 159 (Sexta Epoca). p. 505
Sección Primera. Vol. Tercera Sala. Apéndice de
Jurisprudencia de 1917 a 1965.

"El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en el período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio. Cuando se trate de cónyuges sólo podrá procederse por querrela del ofendido".

7.- "Padecer enajenación mental incurable" (Art. 267, VII).

Esta causal esta reproducida expresamente en su literalidad por casi todos los códigos de la República Mexicana, a saber: Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Estado de México y Zacatecas.

Otras entidades que regulan la misma causal con ligeras variantes en la redacción son: -- Aguascalientes, Chihuahua, Durango, Tlaxcala y Yucatán.

Al referirse a enajenación mental, el legislador, usó un término más bien popular que médico-psiquiátrico, por lo que el texto es sumamente vago, ya que no es connotativo de un estado patológico mental preciso.

De ahí que, al igual que con las causales previstas en la fracción anterior, compete al Juez Familiar el conocimiento de buscar bases firmes para determinar si esta causal ha sido demostrada y actuar, en consecuencia, con gran cautela.

Ayuda, para evitar incurrir en injusticias y juicios ligeros, lo previsto por el Artículo 271 del ordenamiento sustantivo de referencia que a la letra dice:

"Para que pueda pedirse el divorcio - por causas de enajenación mental que se considere incurable es necesario - que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecer la enfermedad"

8.-"La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada" (Art.- 267, VIII).

Esta causal la recogen todos los códigos

gos de las diversas entidades del País. Las que reproducen el texto citado literalmente son: Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

Los códigos que recogen esta causal - pero con redacción diferente; son los de: Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Durango, Hidalgo, Morelos-Puebla, Sonora, Tlaxcala y Zacatecas.

Gramaticalmente, nuestro diccionario define separación como "acción y efecto de separar - o separarse" y, complementando esto, define el verbo separar como: "poner a una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otra, desunir lo que estaba junto". (53)

Así, la separación a la que se refiere la fracción transcrita, no sólo es el acto de abandonar la casa conyugal, es preciso también que la -- separación implique el rompimiento de las relaciones conyugales.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el siguiente criterio para delimi

(53) Diccionario Nuevo Larouse Manual Ilustrado.
Edit. Larouse 1970. p. 901.

tar el concepto de abandono de hogar como causal de divorcio:

"Lo que la Ley Civil señala como causal de divorcio no es el hecho de que los cónyuges vivan en lugares distintos, más aún cuando no es con la intención de apartarse para siempre, sino la situación de verdadero abandono que consiste en que dejen de ministrarse recíprocamente las ayudas y - atenciones que correspondan a los esposos. Sólo puede darse el abandono o ausencia del hogar conyugal, cuando el cónyuge rompe totalmente con los - lazos matrimoniales y se despreocupa por completo de su cónyuge. No hay - abandono por la simple terminación de las relaciones sexuales que, en todo caso, podrían dar lugar a una causal distinta; y mucho menos puede hablarse de abandono cuando media una situación pacífica que permite a los esposos visitarse frecuentemente y cumplir con los deberes, inclusive, el - de la educación de los hijos". (54)

De la redacción del texto de esta causal, surge el problema de qué debe entenderse por - causa justificada; al respecto, el maestro Eduardo -

(54) Tercera Sala. Sexta Epoca. Vol. XXXVIII. Cuarta Parte p. 137

Pallares, opina: (55)

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

Por otra parte, para referirse a separación de la casa conyugal, debemos entender, y así lo ha sostenido la Suprema Corte, que la casa conyugal debe existir. Esto es, si los cónyuges vi-

ven en casa de los padres de uno de ellos o de cualquier otro tercero, no existirá casa conyugal y, por lo tanto, será improcedente la presente causal. La Suprema Corte ha sostenido que deberá indicarse la situación de la casa conyugal en la demanda de divorcio cuando se invoque esta causa y, que dicha casa conyugal deberá subsistir durante los seis meses que tienen que transcurrir, como requisito para la procedencia de esta causal.

En cuanto al término de seis meses a que se refiere esta fracción, deberá entenderse que es el lapso mínimo que deberá transcurrir, entre el abandono y la presentación de la demanda de divorcio. Por otra parte, respecto a la caducidad de la acción existe jurisprudencia firme en el siguiente sentido:

"La causal de divorcio consiste en el abandono o separación de la casa conyugal por mas se seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso -- continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsiste cuando se ejercita". (56)

(56) Jurisprudencia 148. Sexta Epoca. p. 480 Sección Primera. Vol. Tercera Sala. Apendice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

El ejercicio de la acción de divorcio necesario con base en esta causal compete, por supuesto, al cónyuge abandonado.

Por último, en ocasiones, de esta causal puede tipificarse el delito enunciado por el Artículo 336 del Código Penal, que dispone:

"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".

Debe aclararse, sin embargo, que a pesar de que la comisión de este delito dará siempre lugar a la configuración de la causal en estudio, -- "contrario sensu", la configuración de esta causal no siempre dará lugar a la tipificación del delito; ya que éste requiere que el abandono produzca una situación de desamparo tal, que ponga en peligro la vida o la integridad corporal de las personas abandonadas, extremo que de ninguna manera es menester para configurar esta causal.

9.- "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 del divorcio". (Art. 267, IX)

Los códigos de las entidades federativas que recogen esta causal en su literalidad son: -- Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, -- Chiapas, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San -- Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala y Veracruz.

Las entidades federativas que reglamentan esta causal, pero con el uso de diferentes -- lenguaje son: Campeche, Chihuahua, Guanajuato, Mbrelos, Puebla, Sonora, Yucatán y Zacatecas.

El código de Durango y la Ley de Divorcio de Guerrero, no recogen esta causal.

El Derecho para ejercitar la acción -- de divorcio con fundamento en esta causal lo tiene -- el cónyuge abandonado y no el que se separó.

Al igual que en la fracción anterior, la separación a que se refiere el texto legal no implica tan sólo el acto de abandonar la casa conyugal es preciso también que la separación implique el rompe

pimiento de las relaciones conyugales.

Respecto del problema de qué debe entenderse por causa justificada, remitimos al lector del texto del maestro Eduardo Fallares, que transcribimos al comentar la fracción anterior.

De acuerdo con las analogías, al igual que en la fracción anterior, para la configuración de la presente causal, la casa conyugal debe existir y, no existirá cuando los cónyuges vivan en casa de los padres de alguno de ellos o de cualquier otro tercero.

En cuanto al término para ejercitar la acción, éste se contará desde un año a partir del inicio de la separación y, siendo de tracto sucesivo la acción podrá ejercitarse en cualquier momento -- mientras dure el estado de separación, y caduca sólo transcurridos seis meses después de que cese dicha separación.

Algunos autores han comentado la aparente injusticia de esta causal; sin embargo, debe hacerse notar que uno de los fines básicos del matrimonio es la cohabitación y, en este caso, el divorcio consiste tan sólo en la formalización jurídica de una situación que ya existe de facto. Por otro lado, el cónyuge que se separa en estos casos, ha --

tenido tiempo de ejercitar su acción de divorcio y no habiéndolo hecho, la ha dejado caducar, otorgando al cónyuge abandonado un perdón tácito y, no quedando causa legal que justifique la separación, ésta se toma injustificada y da lugar al nacimiento de la presente causal para pedir el divorcio.

Por último, también debe hacerse notar que esta causal puede dar lugar a que se tipifique el delito enunciado por el Artículo 336 del Código Penal en los mismos casos y, con las mismas limitaciones ya comentadas al estudiar la fracción anterior.

10.- "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 proceda la declaración de ausencia". (Art. 267 X).

Esta causal es reproducida literalmente por las legislaciones de: Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, - Veracruz y Zacatecas.

rrero recoge con diferente redacción esta causal.

No se acepta esta causal en los códigos de Chihuahua, Puebla, Tlaxcala y Yucatán.

Por lo que se refiere a la declaración de ausencia, ésta se encuentra regulada por los Artículos 669 y 678 del Código Civil, procediendo únicamente cuando han transcurrido dos años, a partir del día en que haya sido nombrado el representante interino del ausente.

Repetimos que la cohabitación es uno de los fines básicos del matrimonio, y la ausencia - por su propia naturaleza, la impide, al igual que el cumplimiento de las demás obligaciones inherentes al matrimonio. Es por esto que, independientemente de que la ausencia sea con o sin culpa del ausente, la Ley concede al otro cónyuge la facultad de ejercitar con esta base la acción de divorcio.

La presunción de muerte, por otra parte, está regulado por el párrafo segundo del Artículo 705 del Código Civil, que establece:

"Respecto a los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una -

guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero si se tomarán las medidas privisionales autorizadas por el capítulo I de este título".

Evidentemente, la presunción de muerte, al igual que la ausencia, hace imposible, por su propia naturaleza, que se cumplan las obligaciones y fines del matrimonio y, por ello, el legislador la señala como causal de divorcio, independientemente de si hay o no culpa por parte del cónyuge presumiblemente muerto. No obstante, el maestro Eduardo Pallares critica, al comentarle, la presente causal en los términos siguientes:

"Puede censurarse al legislador que otorgue la acción de divorcio contra una persona que se presume ya muerta. En efecto, por una parte la muerte disuelve el vínculo matrimonial, por lo que no hay necesidad del juicio de di

vorcio para obtener la ruptura de dicho vínculo; por otra parte, el juicio de divorcio concluye igualmente por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, todo lo cual demuestra que es antijurídico el sistema establecido por el legislador en esta materia". (57)

11.- "La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro". (Art. - 267, XI)

Esta causal la recogen las legislaciones de todos los Estados de la República, reproduciéndola en su literalidad los siguientes:

Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

Los códigos que utilizan un texto diverso al del Código Civil de 1928, son: Chihuahua, - Guanajuato, Morelos, Puebla, Sonora, Tlaxcala y Zacatecas.

La sevicia, de acuerdo con Marcer Planiol, consiste en: "todos los malos tratos materiales, desde los simples golpes o vías de hecho hasta la tentativa de homicidio". (58)

Por su parte la Suprema Corte de Justicia ha definido el término sevicia del modo siguiente: "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 puede ser tolerados. Por tanto, quien invoca 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". (59)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por otro lado, ha definido el concepto de injurias en los términos siguientes:

"Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre sino si basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sen

(58) Op. Cit. pp. 28 y 29.

(59) Jurisprudencia 167 (Sexta Epoca), p. 520. Sec. Primera Vol. Tercera Sala. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965

tencia 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 injuria. 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 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 profieran o ejecuten, para humillar y despremiar al ofendido". (60)

Como se ve, una gran variedad de actos diversos pueden llegar a ser considerados como injurias que den lugar a una acción de divorcio. Al respecto el maestro Eduardo Pallares opina que: "Las injurias deben ser graves para que generen la acción de divorcio, y es lógico que en este particular, los tribunales tengan un amplio poder de apreciación respecto de la gravedad del hecho injurioso" (61). Así,

(60) Jurisprudencia 156 (Sexta Epoca) p. 499 Sec. Primera. Vol. Tercera Sala, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.

(61) Op. Cit. p. 84

el juzgador deberá tomar en cuenta condiciones sociológicas, morales ideológicas e infinidad de otros -- aspectos metajurídicos para determinar cuando hay - una injuria. Basta con recordar, como ejemplo, que en determinados estratos sociales en nuestro País, - los golpes son una costumbre tan arraigada que difícilmente pueden considerarse jurídicamente injurio--sos; asimismo, el lenguaje que para algunos puede - ser soez y altamente ofensivo, en algunas regiones - del País es el lenguaje de uso común; de ahí que el juzgador tenga tan amplia libertad para determinar - los hechos que son injuriosos en una situación con--creta y los hechos que no lo son.

Puede concentrarse cierto paralelo entre los conceptos de injuria que contemplan respectivamente las legislaciones civil y penal. El Artículo 398 del Código Penal establece: "Injurias es toda expresión proferida a toda acción ejercitada para manifestar desprecio a otro, con el fin de hacerle una ofensa". Consideramos, que siempre que haya delito de injurias, existen éstas como causal de divorcio, - no obstante esto, pueden existir las injurias como - causal de divorcio, sin que sea menester que se tipifique el delito de referencia.

Respecto del tercer elemento constitutivo de esta causal de divorcio, las amenazas, nuestro diccionario define amenaza como "Dicho o hecho - con que se amenaza: proferir, lanzar amenazas" y, -

define "amenazar" como "dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro". Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación - ha definido el concepto jurídico-civil de amenaza - al establecer su diferenciación del concepto jurídicopenal, en los términos siguientes:

"Es preciso establecer una distinción entre la amenaza como causal de divorcio y la amenaza como delito sancionado por la Ley penal. Si bien ambas -- implican actos o expresiones que indican el propósito de ocasionar un daño el delito de amenazas tutela esencialmente la libertad y tranquilidad de las personas, adquiriendo su verdadera fisonomía sólo en el caso en que realmente haya un ataque a esos bienes jurídicos, por medio de hechos o palabras que constriñen en el ánimo del amenazado, restringiéndole su libertad de acción, ante el temor de ver cumplida la amenaza; más la simple expresión de uno de los cónyuges del deseo de inferir al otro un daño, constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque éste sólo puede subsistir mediante una vida en común basada en la mutua consideración, armonía y solidaridad de los esposos. La amenaza de muerte proferida por uno -

de los cónyuges destruye cabalmente - estas condiciones en que se sustentaba la vida en común, y confiere al cónyuge ofendido el derecho de promover la disolución del matrimonio; para ello poco importa que se hayan realizado - los elementos de intimidación o terror en el ánimo del amenazado, que hubiere cohartado su libertad y ocasionado perjuicios como tampoco importa si ha habido algún acto posterior demostrativo de que persiste la idea de llevar adelante la amenaza, pues tales - elementos no pueden ser contemplados - sino en materia del orden penal". (62)

En consecuencia, cabe afirmar lo mismo que ya se expuso en relación con la injuria, o sea: "Que no es necesario que las amenazas constituyan el delito previsto por el Código Penal; - que deben ser graves..... que los - Tribunales tienen amplias facultades de apreciación con el objeto de resolver si las amenazas alegadas por la - parte actora, son de tal naturaleza, - que ameritan la disolución del vínculo conyugal". (63)

(62) Tercer Sala. Sexta Epoca. Vol. XXXVIII. Cuarta-
parte p. 151

(63) Eduardo Pallares, Op, cit. p. 86 y 87.

Se puede ejercitar la acción de divorcio necesario con fundamento en esta causal dentro de los seis meses posteriores a los actos que constituyen algunos o varios elementos de los que contempla esta fracción.

Hasta antes de las Reformas, esta fracción decía:

12.- "La negativa de los cónyuges 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".

Los códigos que reproducen textualmente la fracción transcrita y en último lugar son: Aguas calientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.

Por otra parte, los Códigos de los Estados siguientes recogen la misma causal con algunas variantes: Chihuahua, Guerrero, Tlaxcala, Puebla y Yucatán.

Los artículos relativos a alimentos - del Código Civil, mencionados en el texto de precepto, tal y como ha quedado tras la última reforma:

"Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentra imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

"Artículo 165.- Los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos".

Es necesario, para el estudio de esta causal señalar, primeramente, que el concepto legal de alimentos difiere del concepto gramatical, pues mientras que éste último se refiere a las substancias útiles para la nutrición, aquel se refiere a: - "la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales". (64)

Como requisito de procedibilidad de la acción de divorcio con base en esta causal, es menester que haya sido imposible lograr hacer efectivos los alimentos judicialmente. De acuerdo con nuestra ley, éstos pueden ser exigidos judicialmente a través del procedimiento comprendido en el capítulo de controversias especiales del orden familiar de nuestro Código Procesal. En tal caso, el juez del conocimiento, está facultado para ordenar el aseguramiento de bienes o el embargo de sueldo del cónyuge que ha incumplido sus obligaciones alimenticias. Por consiguiente, no basta demostrar la simple falta de ministración de alimentos, sino que es necesario justificar dentro del juicio que éstos no pudieron hacerse efectivos judicialmente.

13.- "La acusación calumniosa hecha - por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión". (Art. 267, - XVI).

Todas las entidades federativas de la República recogen, en sus ordenamientos civiles, esta causal, y la reproducen textualmente del precepto transcrito, las siguientes: Aguascalientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatepec.

Recogen la misma causal con algunas - variantes, los Estados siguientes: Chihuahua, Guanajuato, Guerrero, Puebla y Yucatán.

El Código Penal, en su Artículo 356, - tipifica el delito de calumnia en los términos siguientes:

"El delito de calumnia se castigará - con prisión de seis meses a dos años - o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones a juicio del Juez: - I.- Al que impute a otro un hecho de-

terminado y calificado como delito por la Ley; si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa.

II.- Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su actor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que éste es inocente o que aquél no se ha cometido; y
 III.- Aquel que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

En el campo del derecho civil, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido como requisitos para la configuración de esta causal los que se contienen en la tesis que enseguida se transcribe:

"La causal de divorcio consiste en la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Interpretando jurídicamente esa disposición legal, se concluye --

que, para que se surta la causal de divorcio de que se trata, se requiere que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que uno de los cónyuges acuse al otro, a sabiendas que no son ciertos o de que éste no los cometió, y con el fin de dañarlo en su reputación, y en la consideración que merece de la sociedad, de actos que dentro de la Ley Penal estén considerados como delito y b) que ese delito tenga señalado una sanción mayor de dos años de prisión"
- (65)

Para que el divorcio, con apoyo en esta causal, proceda no se requiere que se instruya un proceso penal en el que se obtenga una sentencia absolutoria. Puede suceder que el Ciudadano Agente del Ministerio Público, en el período de averiguación previa no encuentre elementos suficientes para consignar a la autoridad judicial, pudiendo existir calumnia para los efectos del divorcio.

14.- "Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infa

(65) Tercera Sala, Sexta Epoca, Vol. CXXVII. Cuarta-Parte. p. 25

mante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años". (Art. 267, XIV).

Esta causal también esta regulada por las legislaciones civiles de todos los Estados de la República. Asi se tiene que la recogen en su literalidad los de: Aguascalientes, Baja California, - Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, - Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.

Las que contienen alguna variante -- son: Chihuahua, Guanajuato, Guerrero, Puebla, Tlaxcala y Yucatán.

La fracción en estudio especifica que el delito no deberá, ser político, pero si infamante así, se hace necesario especificar a qué se referia el legislador con este último término. El término - infamia ha sido definido gramaticalmente como la -- "pérdida del honor, de la reputación, o al menos una mancha fea y notable en el honor, en la reputación - sea por la ejecución de las leyes, sea por la opinión pública" (66). De lo anterior se induce, que al referirse a delito infamante, nuestro Código se refiere a aquéllos delitos, que causan deshonor, pérdida -

(66) Barcia. Gran Diccionario de Sinónimos Castellanos. Ediciones Joaquin Gil. Buenos Aires Argentina. 1958. p. 816.

de la reputación, etc., sin embargo, el Artículo 22-constitucional, prohíbe expresamente las penas infamantes, y ni en el Código Penal ni en el de Procedimientos Civiles existe disposición alguna que haga referencia a este tipo de delitos. En nuestra opinión, todos los delitos son infamantes, sin embargo - dado lo antes expuesto, podemos deducir que ante la Ley no existen delitos infamantes.

La única disposición que infiere este tipo de delito y en la que, según parece, se apoya esta causal es la contenida en la fracción IV del Artículo 95 Constitucional, que dice:

"Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratase de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza, u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público inhabilitará para el cargo cualquiera que haya sido la pena".

Consideramos que para la configuración de esta causal es requisito que se haya dictado sentencia que condena al cónyuge del delito de referencia, ya que, hasta existir la misma, constituirá una verdad legal la comisión del delito.

15.- "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". (Art. 267, VX)

Esta causal, como las anteriores, está también regulada por todos los códigos, la regulan con idéntica redacción los códigos de: Baja California, Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, - Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Zacatecas.

La han regulado con diversas variantes, los siguientes Estados: Chihuahua, Guerrero, Oaxaca, Puebla, Tlaxcala y Yucatán.

Al tipo de juego al que esta causal hace referencia es, sin duda alguna, principalmente a los llamados juegos de azar, dentro de ellos, puede considerarse también a algunos deportes de apuesta. En todos estos casos, cuando se convierten en un vicio, pueden ocasionar la rutina económica de la familia y, provocar serias desventajas conyugales que lleguen a imposibilitar la vida en común.

Por otra parte, el hábito de la em---

briaguez y el uso indebido y persistente de drogas enervantes, indudablemente que reducen a sus víctimas a un estado subhumano, siendo causa no sólo de inenarrables sufrimientos y desavenencias en el seno familiar, sino además de un pésimo ejemplo para el cónyuge inocente, y muy especialmente, para los hijos. Además, dificulta y a menudo imposibilita el cumplimiento de los fines propios del matrimonio, ya que la víctima de tales vicios es material y gené-
sicamente inepto.

16.- "Cometer un cónyuge contra la -- persona o los bienes del otro un acto que sería puni-
ble si se tratase de personas extrañas, siempre que-
tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase-
de un año de prisión". (Art. 267, XVI).

Esta causal esta regulada en términos idénticos, a los usados por el Código Civil de 1928-
por las entidades federativas siguientes: Aguasca-
lientes, Baja California, Campeche, Coahuila, Colima
Chiapas, Durango, Hidalgo, Estado de México, Jalisco
Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Querétaro,-
San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamauli-
pas, Veracruz y Zacatecas.

Los ordenamientos que revisten varian-
tes en cuanto a la redacción son: Chihuahua, Guanaju-
to, Guerrero, Tlaxcala y Yucatán.

Por otra parte, debemos anotar que -- los Códigos de Puebla y de Oaxaca, en forma por demás extraña, no consideran este causal, que estimamos necesaria, ya que un cónyuge rompe la lealtad que le debe al otro, haciéndole objeto de una conducta que, con relación a otra, constituiría un ilícito penal.

Para comentar esta causal, recurrimos a la obra del maestro Eduardo Pallares que, al respecto dice:

"Esta norma se refiere a cierta clase de delitos que no son punibles cuando los comete un cónyuge en contra del otro. Por ejemplo el llamado erróneamente 'robo de infante', que no es castigado cuando lo comete la persona que ejerza la patria potestad sobre la fracción V del Artículo 366 del Código Penal que dice: 'se impondrán de cinco a cincuenta años de prisión y multa de cien a diez mil pesos, cuando la detención arbitraria, tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las siguientes formas: Fracción V. Cuando se comete el robo de infante menor de doce años por quien sea extraño a su familia y no ejerza la patria potestad sobre él. Gracias a esta impunidad de que gozan los --

ascendientes, es frecuente en México— que personas desnaturalizadas roben a sus esposas los hijos, y no permiten que los vean durante años enteros". - (67)

17.- "Cuando un cónyuge haya pedido - el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa - que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos". (Art. 268)

Evidentemente, los redactores del Código Civil de 1928, consideraron esta causal con una fisonomía y naturaleza especiales, ya que no la incluyeron entre las que enuncia el Artículo 267; seguramente porque no concierne al incumplimiento de las obligaciones matrimoniales sino el de no haber aprobado los elementos de la acción, obteniendo una sentencia favorable en el juicio de divorcio o de nulidad del matrimonio, promovido por uno de los cónyuges en contra del otro.

Como puede verse, este artículo conce

de la acción de divorcio en forma limitativa, que se explica porque el cónyuge que promueve el divorcio - o la nulidad del matrimonio está demostrando, claramente, su deseo de no seguir unido, así se produce - una situación familiar inestable, además de odios y - renconres entre los consortes, que repercuten en los hijos negativamente.

El artículo que se comenta señala un - término dilatorio de tres meses, para poder iniciar - el juicio de divorcio que se funda en esta causal; - término que se empezará a contar a partir de la noti - ficación de la última sentencia en el juicio de di - vorcio o de nulidad de matrimonio de referencia. -> Consecutivamente también, el término de caducidad de seis meses que para el ejercicio de la acción fija - el Artículo 268, principia una vez que ha transcurri - do el término de tres meses antes aludido.

Esta causal tiene la particularidad - de que la sentencia de divorcio que se obtenga con - base en ella, no sanciona con la pérdida de la pa - tria potestad al cónyuge culpable.

B) CAUSALES DE DIVORCIO QUE NO REGULA EL CODIGO CIVIL DE 1928.

1.- La incompatibilidad de caracteres

Esta causal se encuentra regulada por las legislaciones civiles de los Estados siguientes: Campeche, Chihuahua, Tlaxcala y Yucatán.

Hay ocasiones en que los cónyuges al celebrar su matrimonio, no se percataron, quizá por la celeridad con que resolvieron unirse, de que su modo de ser, pensar, sus actitudes ante los diversos factores de la vida, en una palabra, sus caracteres, no eran compatibles. En ocasiones, esa incompatibilidad llega con el tiempo, al cambiar radicalmente uno de los cónyuges o ambos a la vez. A menudo esta situación hace imposible la vida conyugal, ya que los conflictos que genera destruyen la armonía, creando una situación, en extremo perjudicial para los cónyuges y especialmente para los hijos.

Creemos, sin embargo, que su inclusión como causal de divorcio contencioso es un error, ya que darle a un cónyuge la facultad de obtener coactivamente del otro el divorcio con base en esta causal da lugar a infinidad de situaciones injustas, ya que como ha de probarse procesalmente la existencia de esta causal en contra de un cónyuge?. Es por ello, que se ha instituido el llamado divorcio voluntario, para que ambos cónyuges al llegar a una situación de incompatibilidad de caracteres que imposibilite la armonía conyugal, puedan obtener el divorcio de común acuerdo.

2.- Causal por reconocer la mujer un-
descendiente que no sea de su esposo.

El único código que reglamenta esta -
causal es el del Estado de Campeche, que la reglamen
ta en su Artículo 287, fracción XVII.

Esta disposición contradice el Artícul
o 2o. del Código Civil del propio Estado de Campe--
che que dispone:

"La capacidad jurídica es igual para-
el hombre y la mujer; en consecuencia
la mujer no queda sometida por razón-
de su sexo a restricción alguna en la
adquisición y ejercicio de sus dere--
chos civiles".

Decimos que existe contradicción ya -
que en la causal en estudio, se deja en un plano de-
absoluta desigualdad a la mujer frente al hombre, -
pues mientras que a favor de ésta se engendra una --
causal de divorcio por ese reconocimiento, no sucede
lo mismo a la inversa.

3.- Causal por no seguir la esposa al
marido cuando éste cambia de domicilio dentro del --
territorio nacional.

Esta causal se encuentra reglamentada por los ordenamientos de Campeche, con ese sello - recalitrante de "machismo" de que también hace gala en la causal anterior, y el Código de Yucatán.

Los legisladores de estas entidades - federativas parece ser que pensaron que era obligación de la mujer seguir a su esposo donde quiera que éste fuera, y por cualquier razón que éste decidiera mudar su domicilio.

Parece más equitativa la causal de - abandono de hogar, que regula el ordenamiento para - el Distrito Federal.

Por otra parte, debe considerarse también que pueden hacer ocasiones, tanto para el hombre como para la mujer, en que existan razones de peso para mudar el domicilio conyugal. En estos casos pensamos, se debe seguir el procedimiento referente a las controversias especiales del orden familiar y, si el cónyuge afectado se negara a acatar la sentencia judicial dictada al efecto, sólo entonces podría darse una causal de divorcio que se creara al efecto.

4.- Causal por no seguir la esposa al marido cuando traslade su domicilio al extranjero.

Esta causal esta regulada, asi mismo por los Códigos de Campeche y Yucatán, y cabe hacer al respecto, las mismas reflexiones que ya fueron expresadas al comentar la causal anterior.

5.- Causal de Bigamia.

Esta causal se encuentra reglamentada por los Códigos de Chihuahua y Tlaxcala.

Nuestro Código no reconoce dicha causal en virtud de que, por su propia y especial naturaleza, se encuentra incluida en la causal de adult^{er}io; lo que se infiere del concepto civil de la figura de adulterio, que ya vimos al hacer el estudio de la causal correspondiente.

6.- Causal de perversión física o moral, o conducta deshonrosa.

El Código de Chihuahua, en su Artículo 259. -C- III, es el único que reglamenta esta causal.

Consideramos que esta causal se explica a través de la idea de que la perversión física o moral, o una conducta deshonrosa pueden llegar-

a orillar al otro cónyuge a rebajar su calidad moral y, por consiguiente al desquiciamiento del hogar conyugal,

Consideramos que esta causal sobra ya que su hipótesis, aunque no prevista en iguales términos en el Código de 1928, se puede obtener de los diversos casos que recogen las fracciones III y V de su Artículo 267, con la ventaja de que esos textos no plantean al juez el problema de si la conducta -- del cónyuge es honrosa o no.

7.- Causal de crueldad mental.

Esta causal está regulada por los códigos civiles de los Estados de Morelos, Sonora y Zacatecas.

El artículo 360 fracción XVII del Código de Morelos establece:

"La extorsión moral de un cónyuge para el otro, siempre que implique crueldad mental y haga imposible la vida conyugal, a juicio del juez o del tribunal en su caso.

Los Códigos de Sonora y Zacatecas recogen la causal en casi los mismos términos que el de Morelos, cuyo texto ya fue transcrito.

Esta causal, exótica en el medio legislativo mexicano, ya que es de origen anglosajón, no precisa en qué consiste la crueldad mental a que se refiere, y con ellos se crean serias dificultades para su explicación, o por el contrario, un basto campo para hacer valer el criterio judicial, lo que es muy peligroso, pues se convierte en una causal subjetiva, que depende en mucho del criterio del juzgador.

Hasta aquí todas las causales que se recogen por el "mosaico" que priva en los Estados Unidos Mexicanos, lo cual hace un total de veinticuatro causales: Diecisiete que, como hemos visto, se regulan en el Código Civil de 1928, y siete más que, no estando reguladas por el Código mencionado, están reguladas por los códigos de otras entidades federativas.

C) LA ACCION DE DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

La acción de divorcio contencioso deberá ejercitarse ante el juez competente. Dicha com

petencia la determina la fracción XII del Artículo - 156 del Código de Procedimientos Civiles, que a la - letra, dice:

"En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado".

Los presupuestos de la acción de divorcio necesario de acuerdo con el maestro Eduardo - Pallares, son los siguientes:

- 1.- "El primero de ellos es la existencia de un matrimonio válido.
- 2.- El segundo consiste en que exista una de las causas legales o varias de ellas que produzcan a favor - del cónyuge inocente la acción de divorcio;
- 3.- Que dicha acción se ejercite en tiempo hábil, o sea dentro de los seis meses siguientes a aquél en que el cónyuge inocente tuvo, - conocimiento del hecho culposo - del otro cónyuge generador de la acción.

- 4.- Que no haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito;
- 5.- Que se promueva ante el juez competente;
- 6.- Que la parte que lo promueva tenga capacidad procesal para hacerlo.
- 7.- Que el escrito de demanda ajuste a los preceptos legales". (68)

En cuanto a las características de la acción de divorcio contencioso en sí, el propio maestro Pallares menciona las siguientes:

- a) Es una acción al mismo tiempo declarativa, de condena y constitutiva, según se demostrará al analizar los efectos que se persiguen mediante ella en el juicio de divorcio;
- b) Es ordinaria civil por que da lugar a un juicio de esta naturaleza;

- c) El Artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles la incluye entre las acciones del estado civil, porque mediante ella se disuelve el matrimonio y los cónyuges divorciados quedan en actitud de contraer otro nuevo en los plazos que fija la Ley;
- d) Debe intentarse ante los Jueces de Primera Instancia;
- e) Por su propia naturaleza pertenece al Derecho Público, pero esto no obstante, los interesados pueden, llegado el caso, renunciar a ella mediante el desistimiento de la misma en el juicio de divorcio. No les es lícito renunciar anticipadamente a su ejercicio cuando ésta proceda;
- f) El fin de la acción de divorcio es obtener la disolución del vínculo conyugal, o la simple separación de lecho y habitación, cuando ésta proceda. También se obtiene mediante ella, que se imponga al cónyuge culpable las sanciones que la Ley ordena y;
- g) Sólo puede ser ejercitada por el -

cónyuge inocente". (69)

**D) EFECTOS DEL DIVORCIO NECESARIO O
CONTENCIOSO.**

Los efectos jurídicos que produce el divorcio son diversos y, para su clasificación seguiremos el criterio del maestro Rojina Villegas que los divide en: "1.- Efectos en relación a la persona de los cónyuges. 2.- Efectos en relación a los hijos. y 3.- Efectos en relación a los bienes de los consortes". (70)

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

a) Capacidad para contraer nuevas nupcias.

Ya hemos visto, como en el divorcio voluntario los cónyuges no pueden contraer nuevas nupcias, sino después de transcurrido un año de declarado el divorcio.

(69) Op. Cit. p. 99

(70) Op. Cit. p. 402

En el divorcio necesario el cónyuge culpable no puede contraer legalmente nuevo matrimonio, sino hasta que hayan transcurrido dos años de declarado el divorcio. Esto se ha establecido como una especie de sanción para el cónyuge culpable.

En cuanto al cónyuge inocente hemos de contemplar dos situaciones diversas: Si el cónyuge inocente es el hombre, podrá contraer nuevas nupcias inmediatamente después de que se haya declarado el divorcio; si el cónyuge inocente es la mujer, deberá ésta esperar un término de trescientos días, - que se contarán no a partir de la sentencia, sino desde el momento de la separación judicial que se declare al presentarse la demanda de divorcio. Esto se hace como precaución, ya que la mujer pudo haber quedado embarazada y por éste medio se evita una con fusión en cuanto a la paternidad.

b) Cambio de Estado Civil.

Como resultado de la disolución del vínculo conyugal, los cónyuges cambian su estado civil de casados a divorciados, quedando ambos cónyuges en plena capacidad de goce y de ejercicio, pudiendo disponer libremente de sus bienes una vez cumplidas y garantizadas sus obligaciones alimentarias y; pudiendo contraer nuevas nupcias sin más li mitaciones que las ya referidas en el inciso anterior.

2.- Efectos en relación a los hijos.

Como ya se ha visto, en caso de un divorcio voluntario, ambos cónyuges conservan la patria potestad de sus menores hijos. Lo mismo sucede en el divorcio necesario obtenido con base en la causal reglamentada por el Artículo 268 del Código Civil vigente.

El Artículo 283 del Código Civil, fija la situación de los hijos en los divorciados con tenciosos obtenidos con base en las demandas causales:

En los casos de divorcio obtenido con base en las Fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV, y XV del Artículo 267, el cónyuge culpable pierde de definitivamente la patria potestad sobre sus menores hijos, esto, en virtud de que dichas causales revisiten tal gravedad y revelan una pobreza moral tan flagrante en el cónyuge culpable que el legislador consideró que éste sería inepto, bajo todos conceptos, del ejercicio de la patria potestad. Incluso se establece que si los dos cónyuges fueren culpables, -- los menores quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y, a falta de éste, se nombrará tutor.

En el caso del divorcio obtenido con base en las causales contenidas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del Artículo 267 del Código Civil, los hijos quedan bajo la patria potestad del cónyuge inocente, perdiendo el ejercicio de la misma el culpable; pero, en caso de muerte del cónyuge inocente, el culpable recuperará este derecho. Sin duda alguna, el legislador consideró estas causales menos graves que las anteriores, por lo que hizo posible la recuperación de la patria potestad por parte del cónyuge culpable en caso de muerte del otro. Respecto a estas causales se estipula que en caso de que los dos cónyuges sean culpables, ambos perderán la patria potestad, pasando ésta al ascendiente que corresponda y, en caso de no haberlo, se nombrará un tutor; en este caso, la muerte de cualquiera de los cónyuges tendrá el efecto de la recuperación de la patria potestad por parte del que sobreviva.

Por último, en los casos previstos por las fracciones VI y VII del Artículo 267 del Código de referencia, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el enfermo conservará todos los demás derechos sobre las personas y bienes de sus hijos. Obviamente, el legislador consideró aquí que, no habiendo culpa por parte del cónyuge enfermo sería monstruoso privarle, por el solo hecho de su enfermedad, de la patria potestad sobre sus hijos pero, también consideró que para los menores es necesariamente una conveniente quedar en poder del cónyuge sano.

3.- Efectos del divorcio en cuanto a los bienes de los cónyuges.

a) Disolución de la sociedad conyugal.

Esta deberá hacerse de acuerdo con lo que ordena el propio Código, en especial los Artículos 203 y 204 que dicen:

"Artículo 203.- Disuelta la sociedad, se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirá el lecho, y los objetos de uso personal de los consortes, que serán de estos o de sus herederos.

Artículo 204. Terminado el inventario, se pagarán los créditos que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los dos consortes en la forma convenida. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de estas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles y si uno solo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida total".

b) Reversión de los bienes donados por el cónyuge inocente.

El Artículo 286 del Código Civil ordena:

"El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste: El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho".

c) Obligación de indemnizar de un cónyuge respecto del otro.

Dice sobre el particular el artículo-288:

"Ademas, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos, como autor de un hecho ilícito".

Al hablarse en el Artículo citado de cónyuge culpable, el legislador emplea correctamente la expresión, quedando excluidos de esta disposición los cónyuges enfermos a que se refieren las fracciones VI y VII del Artículo 267 del Código Civil.

d) Obligación de dar alimentos.

Respecto a las obligaciones de los cónyuges de dar alimentos a los hijos, el Artículo 267 establece:

"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 de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad".

Así, vemos que la carga alimenticia no recae tan sólo en el cónyuge culpable, sino que ambos tienen obligación de proveer los alimentos en-

proporción a sus bienes.

Por lo que se refiere a la obligación de los cónyuges a darse alimentos entre si, el Artículo 288 establece:

"En los casos de divorcio, el Juez -- tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimento en favor -- del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no-contraiga nupcias".

Como ya se estudio en el capítulo relativo, en el divorcio voluntario los cónyuges no tienen derecho a alimentos o a indemnización alguna, salvo pacto en contrario.

CONCLUSIONES.

1.- Nuestra Constitución Política y la Legislación Civil vigente considera al matrimonio como un contrato civil.

2.- Consideramos factible técnicamente, llegar a considerar al matrimonio como un contrato si bien como un contrato "sui generis" como suelen serlo todas las figuras contractuales en el ámbito del Derecho Público.

3.- Consideramos, que a pesar de que aún existen legislaciones en el Derecho Comparado, que sólo contemplan el divorcio por separación de cuerpos, estimamos impropia la denominación de divorcio para esta figura jurídica, ya que el divorcio en sentido abstracto implica la disolución del vínculo conyugal dejando insubsistente el matrimonio.

4.- Procesalmente, podemos hacer una división bipartita de la figura del divorcio en México: Divorcio Necesario y Divorcio Voluntario; subdividiendo éste último, en Divorcio Voluntario Administrativo y Divorcio Voluntario Judicial.

5.- Encontramos que el antecedente directo de la figura del divorcio es la figura del re-

pudido, mismo que aún subsiste en algunas culturas.

6.- Nuestra legislación contempla la figura de Divorcio Voluntario Administrativo que es procedente cuando los cónyuges convienen en divorciarse son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron. Este procedimiento se gestiona ante el Juez del Registro Civil y es, quizá uno de los medios más fáciles que existen en la legislación comparada para obtener un divorcio vincular.

7.- El Divorcio Voluntario Administrativo ha sido criticado severamente por legos y juristas, críticas que han sido invocadas tanto desde puntos de vista jurídicos como desde los extrajurídicos como puede serlo la moral, la religión, etc.

8.- Podemos concluir que, en consideración a que el divorcio voluntario administrativo está solo al alcance de matrimonios que no han procreado, que han convenido libremente en disolver el vínculo que los une y que han llegado a un acuerdo respecto de sus intereses económicos comunes y, en consecuencia, que los daños que origina su separación a la sociedad son mínimos, pero se hace necesario que se reglamente de una manera más amplia y se cubran las lagunas que el legislador de 1928 no previó.

9.- El Divorcio Voluntario Judicial, tal y como su nombre lo indica, es aquél que mediante un acuerdo de voluntades y con fundamento en la Fracción XVII del Artículo 267 de nuestro Código Civil, puede ser invocado por los cónyuges ante el Juez competente que es el de lo familiar, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 272 del ordenamiento citado.

10.- El Divorcio Judicial tiene la ventaja, de que por su naturaleza misma, lleva implícita la tutela de los derechos de terceros inocentes asimismo lleva implícita la representación social en la presencia de Ministerio Público, para velar por los intereses de la sociedad, de este modo, el daño que se causa es el mínimo posible, dadas las circunstancias.

11.- Consideramos, que el Divorcio Voluntario Judicial constituye dentro de nuestro derecho positivo, una de las instituciones con carácter netamente progresista, de las que mejor revelan la madurez jurídico-social de nuestra legislación y de nuestras instituciones.

12.- El legislador de 1928 admite la existencia de determinadas causas, que revisten tal gravedad que puede llegar a hacer imposible la continuidad de la vida conyugal de tal modo que, a pesar del interés del Estado en la integridad y en la

unidad de la familia, y a pesar incluso, de que uno de los cónyuges no consienta en el divorcio el legislador regula un divorcio promovido unilateralmente por el cónyuge afectado, por una o por varias de las causas que específicamente éste ha considerado como lo suficientemente grave para justificar tal extremo.

13.- Las causales de divorcio necesario están expresamente previstas en la ley, por lo que el juzgador está constreñido a las mismas para decretar el divorcio contencioso, no pudiendo proceder por analogía o por mayoría de razón.

14.- Existen respecto de las causales de divorcio contencioso el llamado principio de aplicación restrictiva, es decir que son autónomas entre sí.

15.- Consideramos la acción de divorcio necesario, al mismo tiempo declarativa, constitutiva y de condena de orden público y del estado civil.

16.- En relación a los cónyuges de divorcio contencioso tiene el efecto de dejarlos con capacidad plena para contraer nuevas nupcias y produce un cambio de estado civil.

17.- En relación a los hijos el divorcio contencioso fija la situación de los mismos, determinando a quién ha de corresponder la custodia y, en ocasiones, la patria potestad; además y principalmente garantiza los alimentos de los hijos menores de edad.

18.- En cuanto a los bienes de los cónyuges el divorcio contencioso implica la disolución de la sociedad conyugal, la reversión de los bienes donados por el cónyuge inocente, la obligación de indemnizar al cónyuge inocente de los daños y perjuicios causados y la obligación de dar alimentos.

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

Anram. D. W. Jewish law of Divorce. Washinton square press. Inc. New York 1949.

Barcia, Gran. Diccionario de Sinónimos Castellanos.- Ediciones Joaquín Gil. Buenos Aires, Argentina, 1958

Bonnecase Julian. Elementos del Derecho Civil. Tomo- I Traducción José M. Gatica Jr. Cajica Puebla.

Cabreros Miguez Alonso. Código de Derecho Canónico Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1959

Código Civil para el Distrito Federal.

Compilación de Fallos de 1917 a 1954. Apéndice al -- Tomo CXVIII de Jurisprudencia se publicó bajo el Título de Adulterio.

De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. Vol. I Editorial Porrúa 2a. Edición.

Deuteronomio XXIV A-4 Antiguo Testamento.

Diccionario Nuevo Larouse Manual Ilustrado Editorial Larouse 1970.

El Derecho de familia en la Legislación comparada. - Editorial Hispano Americana. México 1947.

Hernández Esperanza. Conflicto de Leyes en Materia - de Divorcio. Tesis profesional U.N.A.M. 1970

Jurisprudencia 159 (sexta época) Sección Primera Vol Tercera Sala. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a - 1965.

Jurisprudencia. Tercera Sala (sexta época) Vol. -- CXVII Cuarta parte.

La Sagrada Biblia. Editorial Sopena. Argentina, S.A. Buenos Aires 1958 2a. edición.

Magallón Ibarra Jorge Mario El Matrimonio. Prólogo de Luis Recansén Siches. Tipográfica. Editora Mexicana, S.A. México.

Planoil Marcol. Tratado Elemental de Derecho Civil - Francés. con la colaboración de George Ripert. Vol- IV. Ediciones Cajica Puebla 1946.

Reus. Estudio de Psicología Sexual. El Pudor. La Periodicidad Sexual y El Autoerotismo. Madrid 1912.

Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil.-
"Introducción personas y familia" Editorial Porrúa,
S.A. México 1970.

Weill E. La Femme Juive. Librairie Gallimard 1953.

Zurita C.T. por Salvador Toscano. Derecho y Organización Social de los Aztecas. México 1937.