

117 29



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

EL MUTUO CONSENTIMIENTO CAUSAL DE DIVORCIO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JUAN ALBERTO GÓMEZ HERNÁNDEZ

TESIS CON
FALSA DE ORIGEN





UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

PAG

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO I EL DIVORCIO

A).- Antecedentes históricos en Roma	2
B).- Francia	5
C).- España	7
D).- El divorcio entre los aztecas	9
E).- El divorcio en la colonia	11
F).- Códigos Civiles de 1870 y 1884	12
G).- Ley sobre relaciones familiares	15
H).- Código Civil vigente	16
I).- Concepto de divorcio	17

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO Y SUS ESPECIES

A).- Naturaleza jurídica del divorcio en cuanto al vínculo (absoluto).	19
B).- Naturaleza jurídica del matrimonio	20
C).- De las diferentes clases de divorcio	31
D).- El divorcio como un mal necesario	40

CAPITULO III

EFFECTOS DEL DIVORCIO

A).- Efectos provisionales	42
B).- Efectos definitivos	45
C).- Capacidad para contraer nuevo matrimonio	47
D).- Capacidad de ejercicio de la mujer divorciada	49
E).- Alimentos del cónyuge inocente	50
F).- Los tres efectos principales del divorcio en cuanto a los hijos	52
G).- Efectos del divorcio en cuanto a la patria potestad	52
H).- Obligación de dar alimentos	55
I).- Disolución de la sociedad conyugal	58
J).- Obligación de indemnizar a un cónyuge respecto al otro ...	61
K).- De los hijos nacidos dentro del matrimonio y disuelto este	64

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN RELACION A LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO FAMILIAR.

A).- Idea General	70
B).- El problema político respecto al divorcio	71
C).- El problema ético en el divorcio	73
D).- El problema sociológico del derecho de familia y su relación con el divorcio	76
E).- El problema religioso referido al divorcio	84

CAPITULO V

CAUSALES DE DIVORCIO EN MEXICO

A).- Principio de limitación de las causas	89
B).- Principio de aplicación restrictiva de las causas de divorcio	91
C).- Clasificación de las causas	92
D).- El divorcio en el derecho comparado	139

CAPITULO VI

COMENTARIO Y ANALISIS DE LOS ARTICULOS 267 Y 268 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

A).- Transcripción literal de la fracción XVII del artículo -- 267 del Código Civil y comentario	143
B).- Transcripción literal del artículo 268 del Código Civil -- y comentario	153

CAPITULO VII

A).- Jurisprudencia	158
B).- Conclusiones	159

BIBLIOGRAFIA	162
--------------------	-----

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

El divorcio es una de las instituciones jurídicas fundamentales que tiene mayor importancia en nuestro derecho y es precisamente de él de quien nos ocuparemos en este trabajo.

La institución del divorcio ha venido evolucionando desde la época de los romanos hasta nuestros días, dejando esta una huella eterna en el derecho actual y concretamente en el sistema jurídico mexicano. Sin embargo, el desarrollo dialéctico de la historia del divorcio, opone nuevos problemas que con carácter urgente debemos afrontar para propiciar un cambio histórico a la época que nos ha tocado vivir.

El propósito de este trabajo, es el de proponer al legislador estructure en forma ordenada las normas que rijan adecuadamente las clases de divorcio que existen en nuestro país, con el objeto de mejorar el régimen jurídico relativo a la familia; ya que el concepto de familia, es un concepto que se ha cuidado en todas las legislaciones del mundo y tiene especial connotación en la nuestra, de ahí la importancia de cualquier reforma que modifique jurídicamente la estructura de la célula básica de la sociedad contemporánea que es la familia.

CAPITULO I

EL DIVORCIO

A).- ANTECEDENTES HISTORICOS EN ROMA

El divorcio, siempre se ha considerado como una de las figuras más controvertidas en nuestro sistema jurídico. Y para tener una amplia visión de lo que fue, es y será el divorcio y sus efectos jurídicos para la sociedad, es necesario saber cuando y en que condiciones surgió a la vida social. Para tal efecto estudiaremos su nacimiento en Roma y en otras ciudades, ya que es una de las fuentes principales de nuestro derecho.

En Roma dentro de la época imperial, el divorcio se autorizaba ampliamente, ya que no era necesario la intervención de un juez.

"Explican los romanistas, que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio, por que la institución del matrimonio romano, se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal, por tanto cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio." (1)

A manera de comentario señalaremos que en base a lo expuesto con anterioridad, a principios de la historia del derecho romano existían muchas facilidades para la obtención del divorcio.

De esta manera, encontramos dos formas de divorcio en el periodo romano; la Bona gratia y la Repudiación.

(1) Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1968. p. 11

La Bona gratia, en este tipo de divorcio no se requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por mutuo acuerdo de las partes, también es llamado *divortium comuni consensu*, es decir, disuelve lo que el consentimiento había unido. Requería únicamente darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa. Este tipo de divorcio en nuestro tiempo es lo que llamamos divorcio voluntario.

La Repudiación, era la segunda forma de poderse divorciar dentro del derecho romano, y se caracterizaba por que el divorcio podía ser solicitado por la sola voluntad de cualquiera de los esposos, sin necesitarse del consentimiento de la otra parte, con la excepción de que si la mujer intentaba divorciarse por esta vía, únicamente se requería que la misma, no se encontrara bajo manus del marido.

Bajo el imperio de Augusto se promulgó la ley Julia de adultério, quien exigía al esposo que intentara divorciarse a través de la repudiación, notificar al otro su voluntad ante siete testigos mediante una acta, o bien por medio de palabra, para el caso de ser por acta, ésta se entregaba mediante un liberto y en caso de ser por palabra bastaba decir "tua res tibi habe to", o sea, ten para ti tus cosas. (?)

Ahora bien, vamos a comentar que dentro del derecho romano ya existían dos distintas clases de divorcio que conocemos en la actualidad como divorcio voluntario y divorcio necesario.

 (?) CFR. Montero Duhal, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa-Segunda Edición. México 1985. p. 205, 206.

El jurista Eduardo Pallares, nos comenta: "la facilidad de obtener el divorcio dentro del derecho clásico romano, produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusando de dicha institución, satisfacían sus caprichos amorosos." (3)

Vamos a señalar que estamos de acuerdo con la idea del maestro Eduardo Pallares, ya que si bien es cierto que en el derecho romano existía gran facilidad para la obtención del divorcio, también es cierto que abusaron los romanos de dicha institución.

Continuando en Roma, en la época de Justiniano existía el divorcio voluntario, pero éste fue prohibido por el propio emperador en el año 542. también prevaleció el divorcio por culpa de uno de los esposos, de acuerdo en los casos previstos en la ley.

En el divorcio por culpa de uno de los consortes, Justiniano, estableció como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse, las siguientes:

1.- "Que la mujer hubiera encubierto maquinaciones en contra del Estado.

2.- Adulterio probado de la mujer.

3.- Atentado contra la vida del marido

4.- Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido.

5.- Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.

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

A su vez, la mujer podía pedir el divorcio en los siguientes ca-

(3) Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1968. p. 12.

sos:

- 1.- La alta traición oculta del marido.
- 2.- atentado contra la vida de la mujer.
- 3.- Intento de prostituirla.
- 4.- Falsa acusación de adulterio.
- 5.- Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal - o fuera de ella de un modo ostensible, no obstante las admoniciones - de la mujer a sus parientes." (4)

Vamos a comentar que en virtud de que los romanos abusaron de la institución del divorcio, Justiniano, estableció únicamente un tipo - de divorcio, esto es, el divorcio por culpa de cualquiera de los consortes, y no así el divorcio voluntario, quitando de esta manera la - forma de obtener el divorcio fácilmente, ya que sólo se daba éste por causas que realmente eran consideradas graves.

B).- EL DIVORCIO EN EL ANTIGUO DERECHO FRANCÉS

El tratadista León Mazeaud Henri, nos habla del antiguo derecho-francés, manifestando al respecto: "La indisolubilidad del matrimonio no aparece en el antiguo derecho francés, sino después de muchos-siglos, en los que se esforzó la iglesia por hacer triunfar su doctrina. Cristo en los evangelios de San Marcos (X, 11) de San Lucas -- (XVI, 18) y en el de San Mateo (XIX, 9) había afirmado la indisolubilidad del matrimonio, quien repudiare a su mujer y tomare otra comete

(4) Pallares, Eduardo. Ob.Cit. p. 12, 13.

adulterio (San Marcos X, 11) San Agustín y los concilios habían afirmado la regla, fundada en el carácter sagrado del matrimonio." (5)

El antiguo derecho francés se caracterizó por la no disolución del vínculo matrimonial, ya que este se basaba en la iglesia, la cual decía que no se podía desunir por el hombre lo que dios había unido.

Por tales circunstancias, en el antiguo derecho francés no se contemplaba el divorcio, y fue hasta el triunfo de la revolución francesa, que junto con ella, triunfaron los apoyadores del divorcio, consecuentemente, las ideas católicas a la indisolubilidad del matrimonio pierden su valor.

La ley del 20 de diciembre de 1792, instituye el divorcio voluntario y el divorcio por causas determinadas, decretándose el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres, en cuyo caso, lo solicitaba uno de los consortes, manifestando que era necesaria la ruptura del vínculo al no ser posible ya su vida en común. Se llegó a permitir que el encargado del Registro Civil pronunciará el divorcio, ante la simple separación de los cónyuges por más de cinco años.

En el Código Napoleón se admitió el divorcio voluntario, el cual estaba limitado por una triple reiteración de la voluntad de los esposos, de trimestre en trimestre con la obligación de obtener el consentimiento de sus padres. También encontramos el divorcio sanción en el que sólo se obtiene el divorcio si se comprueba una causa grave

 (5) Mazeaud Henri, León. "Lecciones de Derecho Civil". Ediciones jurídicas Europa América. Vol. IV Buenos Aires. 1976. p. 337.

cometida por cualquiera de los cónyuges. Así mismo se restablece la separación de cuerpos, ya que si los consortes no deseaban divorciarse, podían escoger por separarse únicamente.

Posteriormente al Código Civil, encontramos la Ley Naquet, expedida en el año 1884, en la que se reimplanta el divorcio, pero no ya en los términos de la ley de 1792, sino más bien en la forma en que lo estableció el Código de Napoleón, se hunde el mismo con la restauración de la monarquía. (5)

Vamos a comentar que una vez admitido el divorcio en el derecho francés, éste adquiere múltiples formas como el divorcio voluntario, el divorcio necesario y el divorcio por separación de cuerpos. De esta manera, encontramos dentro del derecho francés las bases de lo que actualmente es el divorcio en nuestro sistema jurídico.

C).- EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA

El tratadista Eduardo Pallares, nos cita las siete partidas que se ocupan del divorcio en el título noveno y son las siguientes:

La ley segunda; que autoriza el divorcio por causas de adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de este delito, que acuse a su mujer. Si no lo hace, peca moralmente. La acusación deberá presentarse ante el obispo o ante un oficial suyo.

La ley tercera; autoriza también la separación de los esposos -- cuando el matrimonio se celebró, no obstante existir un impedimento -

(6) CFR. Rufina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Editorial Porrúa. Décima Octava Edición. México 1982. p. 361, 362.

dirimente y también si los esposos son cuñados. En este caso, se trata más bien de pedir la anulación del matrimonio y no del divorcio.

La ley cuarta; prohíbe que pidan la acción de divorcio las siguientes personas: el que supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiera hacerlo por parentesco. Tampoco se le deberá oír al que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quienes acusa, ni al que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar.

El citado autor nos menciona, que el hecho de que carezcan las leyes españolas de normas relativas al divorcio es fácilmente explicable, ya que todo lo relativo al matrimonio y al propio divorcio pertenecía a la jurisdicción eclesiástica y que la iglesia mediante decretales y resoluciones de concilios era la que reglamentaba esas materias.

También señala que no obstante lo anterior, hay algunas disposiciones en la legislación civil que tratan del divorcio y a continuación señalamos algunas de estas:

Primera.- Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó el marido.

Segunda.- Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal, pierde la dote que recibió y no tiene derecho a ninguno de los bienes de su mujer, además si había enajenado lo que había recibido de la mujer, estaba obligado a devolverlo.

Tercera.- Indica que si la mujer abandona injustamente, le hubiere dado algo a su esposo algún bien, aunque fuere por escrito, tal donación carecía de validez. (7)

Podemos comentar que en materia de divorcio en la legislación española no es de gran importancia, ya que como lo señala acertadamente el maestro Eduardo Pallares, todo lo relativo al matrimonio y divorcio eran controlados por la iglesia; lo que trajo como consecuencia que en ese país no se desarrollarán totalmente dichas instituciones como en otros países.

D).- EL DIVORCIO ENTRE LOS AZTECAS

Poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaban el actual territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones distintas, y estaban unidas entre sí por estrechas ligas étnicas o sociales.

Entre los aztecas el divorcio era posible con la intervención de las respectivas autoridades judiciales, que en caso de comprobarse alguna de las múltiples causas (incompatibilidad, sevicias, incumplimiento económico, esterilidad y pereza de la mujer), solían autorizar de mala gana la disolución del vínculo, perdiendo el cónyuge culpable la mitad de sus bienes realizada la separación. Los hijos se quedaban con el padre y las hijas con la madre. La mujer divorciada o la viuda

(7) CFR. Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa Primera Edición. México 1968. p. 15, 16, 17.

tenía que observar un plazo de espera antes de volverse a casar nuevamente. Predominaba el sistema de separación de bienes, combinando a veces con la necesidad de pagar un precio por la novia. (8)

A pesar de que poco se conoce del divorcio dentro de los aztecas, es importante hacer notar que en su organización jurídica, está, estaba muy avanzada a su época, ya que existían autoridades judiciales, quienes eran las encargadas de conocer el divorcio, éste únicamente era procedente siempre y cuando se comprobase una de las múltiples causas establecidas por dichas autoridades.

Por su parte los tratadistas Fernando Floresgómez González y Gustavo Carbajal Moreno, señalan que "se admitía la petición de divorcio por parte de la mujer cuando el marido era un borracho y desobligado; en esos casos se sometía a esclavitud previa al esposo pero si pasado el período de esclavitud y nuevamente en el seno del hogar incurría en faltas, entonces se autorizaba el divorcio y se hacían fuertes cargas al marido." (9)

Así mismo el tratadista Jacques Soustelle, nos señala que "Se habla poco de divorcio en el México antiguo. El abandono del domicilio conyugal ya por parte de la mujer, ya por parte del marido, constituía una causa de disolución del matrimonio. Los tribunales podían autorizar a un hombre para repudiar a su mujer si probaba que era estéril o descuidaba de manera patente sus tareas del hogar. La mujer,-----

(8) CFR. Floris Margadant S. Guillermo. "Introducción a la historia del Derecho Mexicano". Editorial Textos Universitarios. México -- 1971. p. 26.

(9) Floresgómez González, Fernando y Carbajal Moreno, Gustavo. "Nociones de Derecho Positivo Mexicano." Editorial Porrúa. México 1976. p. 15.

por su parte, podía quejarse de su marido y obtener una sentencia favorable si llegaba a convencer al tribunal, por ejemplo, de que la ha bía golpeado, de que no suministraba lo necesario o de que había aban donado a los hijos. En este caso, el tribunal le confiaba la patria - potestad de los niños y los bienes de la familia se distribuían por - partes iguales entre los antiguos cónyuges. La mujer divorciada que - daba en libertad de contraer nuevo matrimonio." (10)

Como podemos apreciar, dentro de la organización jurídica de los aztecas, ya existía el divorcio sanción, pues a pesar de que era procedente el divorcio por las causas señaladas, además se hacían fuer - tes cargas al marido, lo que en la actualidad se le puede comparar -- como una forma de castigo al cónyuge culpable.

E).- EL DIVORCIO EN LA COLONIA

Dentro del derecho colonial en la rama que nos ocupa rigió la le gislación española, quien no conoció del divorcio vincular en el pa - sado. Es hasta la reciente ley de julio de 1981, con excepción de un - brevísimos períodos durante la república (1932 a 1939) que España ha -- establecido esta forma de divorcio.

En el México colonial en materia de divorcio rigió el derecho -- canónico, mismo que imperaba en la España peninsular. El único divor - cio admitido por esta legislación es el llamado divorcio separación - que no otorgaba libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras v - iva el otro cónyuge.

(10) Soustelle, Jacques. "La Vida Cotidiana de los Aztecas en Visperas de la Conquista". Ed. Fondo de Cultura Económica. Séptima Reim - presión. México 1984. p. 188.

Este tipo de divorcio consiste en la separación de lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo. Las causas para pedir la separación son varias, entre ellas el adulterio (canon 1129), el separarse un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia (vergüenza o deshonra pública), y la sevicia (canon 1131). (11)

A manera de comentario, diremos que efectivamente en nuestro país predominó hasta antes de las leyes de reforma la legislación canónica, admitiendo únicamente la separación de los cónyuges establecida por dicho sistema jurídico. Y es hasta la ley de 1859 en que se estableció el divorcio, pero con la condición de que los divorciados no contrajeran matrimonio mientras alguno de ellos viviera, es decir sólo como separación de cuerpos.

F).- CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884

El Código Civil de 1870 parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble, y como consecuencia no admite el divorcio vincular, contemplando únicamente el divorcio por separación de cuerpos.

El Código Civil de 1870 en su artículo 240 reguló el divorcio por separación estableciendo siete causas para solicitarlo, y son las siguientes: el adulterio de uno de los cónyuges; la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cual

(11) CPR. Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 209.

quier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito aunque no sea de incontinencia carnal; el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción; el abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongada por más de dos años; la sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél, y la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.

El Código Civil de 1884 al igual que el anterior Código, admitía únicamente el divorcio por separación de cuerpos, en el cual subsistía el vínculo conyugal, suspendiéndose sólo algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

El Código de 1884 reproduce las siete causas de divorcio que establece el Código de 1870, pero además agrega las siguientes: el hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo; la negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego o embriaguez; una enfermedad crónica o incurable que sea también contagiosa o hereditaria anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge; la infracción a las capitulaciones matrimoniales y el mutuo consentimiento.

En el sistema jurídico mexicano, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptaron el divorcio vincular, estableciendo sólo en cambio -

el divorcio por separación de cuerpos. Entre el Código Civil de 1870 y 1884, sólo existe una diferencia de grado, ya que el primero establecía mayores requisitos, audiencias y plazos, para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos. En tanto que el segundo simplificó los trámites considerablemente. En ambos Códigos se regulan como causas de separación de cuerpos, algunas de las que enu-mera el Código Civil vigente como causas de divorcio vincular.

Siguiendo con la historia, encontramos la ley de 1914 que reformó el Código Civil de 1884 y es el antecedente inmediato de la ley de relaciones familiares de 1917. En la ley de 1914 encontramos que el divorcio por separación de cuerpos fue por primera vez abolido, haciendo así en el sistema jurídico mexicano el divorcio vincular por mutuo consentimiento y el divorcio vincular necesario, señalando dos causas: a).- cuando ya no se pudieren o fuere indebido realizar los fines del matrimonio y, b).- cuando se cometiesen faltas graves por uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal.

En la ley de 1914 expedida en el puerto de Veracruz, por el primer jefe del ejercito constitucionalista encargado del poder ejecutivo, se ve el proposito de acabar con los problemas de matrimonios desavenidos, de acuerdo a su exposición de motivos. (12)

Vamos a comentar que los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 en materia de divorcio coinciden fundamentalmente ambos, en admitir -

(12) CFR. Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Editorial Porrúa. Décima Edición. México 1974. p. 348, 349, 350, 366.

un sólo tipo de divorcio; esto es, el divorcio separación. Existiendo ligeras diferencias en lo que se refiere a los dos Códigos en cuanto a las causales y requisitos formales. Así mismo la ley de 1914, fue - la primer ley que abolió el divorcio por separación de cuerpos, dando nacimiento al divorcio vincular, el cual se clasificaba en divorcio - por mutuo consentimiento y divorcio necesario.

G).- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

En esta ley se vuelve a admitir el divorcio vincular por mutuo - consentimiento y divorcio vincular necesario, pero ya no por las dos - causas que señala la ley de 1914, sino por todas las causas que señala el Código Civil de 1884, y que implicaban: delitos, hechos inmorales, incumplimiento de las obligaciones conyugales, actos contrarios - al estado matrimonial, enfermedades crónicas e incurables que fuesen - contagiosas o hereditarias y ciertos vicios incorregibles, como la -- embriaguez consuetudinaria y el juego; suprimiendo la infracción de - las capitulaciones matrimoniales y agregando dentro del artículo 76 - de la ley de relaciones familiares, que es el que regula las causas - de divorcio, la siguiente: cometer un cónyuge contra la persona o -- bienes de otro, un acto que sería punible en cualquier otra circuns -- tancia, o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre - que tal acto tenga señalado en la ley, una pena que no baje de un año de prisión. (13)

(13) CFR. Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 366, 367.

Podemos comentar que la ley de relaciones familiares, ya estableció el divorcio como disolución del vínculo conyugal dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro nuevo matrimonio, reconociendo diversas causas de divorcio, contemplando también el mutuo consentimiento de los cónyuges.

H).- CODIGO CIVIL VIGENTE.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente desde el 2 de octubre de 1932, regula el divorcio en los artículos 266 al 291, este ordenamiento reprodujo las mismas causas de la ley de relaciones familiares, suprimiendo la infracción de las capitulaciones matrimoniales, pero se introducen nuevas causas como son: desde luego se comprenden los vicios, no sólo la embriaguez consuetudinaria sino el uso inmoderado de las drogas enervantes y el juego. Este Código permite tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. En cuanto al divorcio vincular este se divide en dos clases: el necesario y el voluntario. El primero puede ser pedido por un sólo cónyuge en base a una causa específicamente señalada por la ley (primeras XVI fracciones, fracción XVIII y artículo 268). El divorcio voluntario es solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Este segundo divorcio presenta a su vez dos aspectos que dependen de las circunstancias en que se encuentre a cada uno de los esposos. Estas dos formas de divorcio voluntario son el judicial y el administrativo. En cuanto a la legislación civil vigente debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, tres de las

cuales se encontraban ya reglamentadas en la ley de relaciones familiares, consistentes en: a).- divorcio necesario, b).- divorcio voluntario, c).- separación de cuerpos y la introducción de un nuevo sistema de divorcio que se ha denominado d).- divorcio voluntario administrativo. Analizaremos más adelante a cada uno de ellos.

I).- CONCEPTO DE DIVORCIO.

El maestro Rafael de Pina, nos da su concepto de divorcio y señala "la palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación, en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada ante autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, por una causa determinada de modo expreso". (14)

Por su parte Eduardo Pallares, nos dice "el divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros". (15)

Para el profesor Ignacio Galindo Garfias define el divorcio como "la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, decretado ante autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas en la ley". (16)

(14) De Pina, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa. Décima Edición. México 1980. p. 338.

(15) Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa. Quinta Edición. México 1987. p. 36

(16) Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Editorial Porrúa. Primera Edición México 1973. p. 542

El autor Antonio de Ibarrola nos dice: "el divorcio, tal como - se concibe en la actualidad, viene a concluir con un hogar. Dos personas que se han hecho mutuamente desdichadas, van a seguir tratádo de hacer infelices a otras, en una cadena de no terminar nunca".(17)

El Código Civil vigente, define al divorcio de la siguiente forma: "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En base a las anteriores definiciones y a manera de comentario-diremos que el divorcio es la disolución del matrimonio válido en -- vida de los cónyuges, por una o varias causas posteriores a su celebración, dejando a los mismos consortes en aptitud de contraer un -- nuevo matrimonio.

(17) De Ibarrola, Antonio. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa -- Tercera Edición. México 1984. p. 303, 304.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO Y SUS ESPECIES

A).- NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO EN CUANTO AL VINCULO (ABSOLUTO)

Para poder entender plenamente la naturaleza jurídica del divorcio como forma legal de extinción del matrimonio válido, habrá que -- determinar brevemente el concepto jurídico del matrimonio.

Matrimonio es un contrato civil, de interés público, por virtud del cual un sólo hombre y una sola mujer establecen una comunidad de vida total y permanente, al que la sociedad y la ley consideran el -- fundamento de la familia.

Para contraer matrimonio se deben de llenar una serie de requisitos sustanciales y formales. Cumplidos éstos, el matrimonio es considerado válido, creando en las personas que lo contraen el estado -- civil de casados con sus consecuencias jurídicas de deberes y derechos.

Determinado el concepto de matrimonio y sus alcances jurídicos, -- el mismo sólo puede extinguirse por tres causas: la muerte, la nulidad y el divorcio. Pues bien, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro; por tanto, -- en sí mismo, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, pero ésta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la ley determina.

En resumen, el divorcio, como la forma legal de disolver una --

matrimonio válido, sólo puede ser decretado por autoridad competente, - en base a una causa específicamente señalada en la ley; tiene como -- consecuencia directa desvincular a los cónyuges dejándolos en liber - tad de contraer un nuevo matrimonio válido. (1)

En consecuencia, el divorcio produce dos efectos: el de la men - cionada ruptura, y el de otorgar a los cónyuges la facultad de con -- traer un nuevo matrimonio. Ninguno de éstos dos efectos existía en la legislación anterior a la Ley de Relaciones Familiares, que fue la -- primera que autorizó el divorcio en cuanto al vínculo.

B).- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio ésta ha sido - considerada como:

- a).- Institución
- b).- Acto jurídico condición
- c).- Acto jurídico mixto
- d).- Contrato
- e).- Como contrato de adhesión
- f).- Estado jurídico, y
- g).- Acto de poder estatal
- a).- El matrimonio como institución.

Esta tesis institucional ha sido sostenida y defendida por va -- rios juristas de renombre, entre otros D. Aguanno en Italia, Sánchez-

(1) GFR. Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa. Segun da Edición, México 1985. p 197 - 198.

Román en España, Bonnacase en Francia y Rafael Rojina Villegas. Concretamente se expone la interpretación de los dos últimos juristas -- mencionados quienes dedicaron gran atención y defensa a la citada tesis.

En opinión de Bonnacase, el acto jurídico del matrimonio no es otra cosa que "una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre como también a las directrices -- que en todos los dominios, proporciona la noción de derecho."(2).

Por su parte el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, nos dice: "El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para el logro de las finalidades comunes que imponen a la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda la comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando-- como un principio de disciplina social; En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos de poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano o, en su defecto, podrá quedar depositada toda la autoridad exclusivamente en el marido". (3).

(2) De Pina, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Ed. Porrúa. Décima edición. Mexico 1980. pp 321-322.

(3) Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Ed. Porrúa. Décima Octava Edición. México 1982. p.281.

En nuestro sistema jurídico, esta teoría es una de las más aceptables, y de acuerdo a la sociología de nuestro país la autoridad en el matrimonio la deben de tener ambos cónyuges. En nuestro medio ambiente esto no funciona equilibradamente, sino que varía de acuerdo al estrato social en que se encuentre cada matrimonio, ya que el medio social de la clase media y acomodada por lo regular la dirección del mando y la autoridad del hogar, la ejercen ambos cónyuges en igualdad de condiciones, tal como lo establece nuestro derecho, pero una esfera social, como la clase campesina no se apega a lo establecido por el derecho, toda vez que la intervención de la mujer por lo que se refiere a éste aspecto, queda en manos del marido y la mujer pasa a formar importancia en un segundo término.

b).- El matrimonio como acto jurídico condición.

Esta teoría se debe al tratadista de Derecho Constitucional Leon Duguit, que considera al matrimonio como un acto jurídico condición, y dice: "El matrimonio al celebrarse es un acto jurídico que esta sujeto y regulado por la ley, por eso es un acto jurídico, pero su aplicación se encuentra subordinada precisamente al matrimonio y es aquí donde Duguit encuentra la condición y así razona el maestro francés el Estado de las personas casadas es determinado y regulado por la ley, pero no nace sino después del matrimonio, por virtud del cual se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de -- los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en

su totalidad es puesto en movimiento a través de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la -- creación de situaciones jurídicas permanentes." (4)

El comentario que se le puede hacer a esta teoría es que no se puede estar de acuerdo con la filosofía del maestro Duguit, porque el matrimonio no puede ser considerado como un acto jurídico condición, ya que la condición como modalidad del acto jurídico es un acontecimiento de realización siempre incierta del cual depende el nacimiento o resolución de los efectos de un acto jurídico. Y el matrimonio no está sujeto para que exista al momento de su celebración a ninguna condición jurídica futura.

c).- El matrimonio como acto jurídico mixto.

Esta teoría toma como base dos elementos primordiales, uno de -- ellos es el acto jurídico privado, que es el que se realiza entre particulares y el otro público, que se realiza con particulares pero con intervención de los órganos estatales, estos dos elementos concurren entre sí y no son independientes y con ellos algunos autores formulan la teoría enunciada; y es mixto ya que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes sino también por la intervención que tiene el oficial de registro civil, en representación del estado.

d).- El matrimonio como contrato

Al hablar del matrimonio como contrato, existen diversas opinio-

(4) CFR. Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Editorial Porrúa. Décima octava Edición. México 1982 p. 282

nes de quienes estan a favor y en contra de esta Tesis, por lo cual citaremos algunas de ellas.

Uno de los juristas que esta a favor de la Tesis contractual del matrimonio, es el autor Español Esteban Calva, quien afirma "El matrimonio no es simplemente un contrato, sino el contrato más antiguo que existe entre los hombres, pues siendo la causa de la familia, su existencia debe remontarse hasta el origen de la humanidad".(5).

Nuestro Código Civil, se inspira en la idea contractualista del matrimonio, el fundamento no puede ser otro, ya que el artículo 130 - Constitucional, establece que el matrimonio es un contrato civil.

Por su parte Planiol, nos menciona que el legislador francés, -- procedió con moderación y cordura en la regulación jurídica de la familia y en cuanto a la concepción del matrimonio como contrato, ya -- que resulta con gran evidencia que los redactores del Código Napoleónico, a pesar de sus esfuerzos, no lograron sustraerse a la idea del matrimonio como contrato, a un cuando precisaron algunas diferencias.

El citado autor francés nos menciona que dos de los defensores de esta Tesis contractual son Juan Jacob Rousseau y Pothier. el primero de ellos haciendo referencia en su obra " El Contrato Social", --- y el segundo mencionado "El matrimonio es el más excelente y antiguo - de todos los contratos. Aún considerándolo únicamente en el orden civil, porque la sociedad civil esta interesada en él. Es el más antiguo por que fue el primer contrato que celebraron los hombres. Imme--

(5).- Calva, Esteban. Citado por De Pina, Rafael. " Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, Décima edición, México 1980. p. 317.

diatamente que dios hubo formado a Eva de las costillas de Adán, y que lo hubo presentado a éste, en consecuencia nuestros dos primeros padres celebraron un contrato de matrimonio...."(6).

En contra posición de la tesis contractualista del matrimonio -- existen varias opiniones, de las cuales se señalan las siguientes: -- Clemente de Diego, afirma que el matrimonio no es un contrato, porque sólo en el fcn^{do} puede parecerse a éste dada la expresión del consentimiento de los cn^{tr}ayentes. La razón nos dice es muy sencilla, pues todo contrato es una prestación que recaé en cosas materiales o servicios, pero nunca sobre las personas. En el matrimonio tiene lugar la entrega de una pers^{na} a otra de está a aquélla en toda su integri--dad faltaría la causa, porque ésta en todos los contratos es la liberalidad y el interes, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otro interes diferente al amor. (7).

El maestro Ignacio Galindo Garfias, afirma:"El cntrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comer--cio. Si se juzga el matrimonio como contrato, la entrega reciproca -- de los cons^{rt}es no puede ser objeto de un contrato." (8).

- (6).- Planiol, citado por Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Dere--cho Civil". Ed. Porrúa. Décima Octava edición. México 1982. -- p. 282.
- (7).- De Diego, Clemente. citado por Rojina Villegas, Rafael. ob cit. p. 288.
- (8).- Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Ed. Porrúa. Primera-Edición, México 1973 Cap. IV. p. 446.

Por su parte Rafael Rojina Villegas, señala, "Que debe desecharse totalmente la Tesis contractual, pues nos indica, que además de -- las razones expuestas por los autores citados por él, ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio, es un acto jurídico mixto, -- en el cual participa en forma constitutiva el juez del Registro Civil. Así mismo manifiesta que, aún cuando es indudable que nuestros textos legales, desde la Constitución Política de 1917, como la Ley de Relaciones Familiares, y después del Código Civil, han venido insistiendo en la naturaleza del matrimonio como contrato, no podemos e no debemos apegarnos totalmente a esta posición, pues explica el hecho de -- darle forma contractual al matrimonio se debió a que tal punto de vista tuvo por objeto separar de manera radical a el matrimonio religioso del matrimonio civil, es decir, negar el principio consagrado en -- el derecho canónico que dió el carácter de sacramento al matrimonio, -- por lo mismo en el artículo 130 Constitucional se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades civiles, esto es que, consideramos que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato civil, -- no pretendió a equipararlo en sus efectos y disolución del régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente el de negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del mismo"

(9)

 (9) Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Ed. Porrúa Décimo Octava Edición. México 1982. p. 285, 286.

El comentario que se le puede hacer a este teoría, es que en -- nuestro Código Civil no encontramos al matrimonio dentro del capitulo de contratos, ni en los Códigos de los Estados, sin embargo en -- nuestra Constitución Política, el artículo 130 nos dice en su Tercer Párrafo: "El matrimonio es un contrato Civil éste y los demás actos del Estado Civil de las personas son exclusivamente competencia del funcionario y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las leyes, tendrá la fuerza y validez que las mismas le atribuyen."

No podemos negarle a esta teoría tenga en parte algo de verdadera, por lo menos en la Constitución se le menciona como un contrato, pero unas veces la terminología varía al designar a un vocablo determinado como es el caso de "Nación y Estado" que se usa en nuestro -- Texto Constitucional como sinónimo. Finalizando se podría decir -- que no es un contrato solemne, pero si un acto jurídico solemne.

e).- El matrimonio como contrato de adhesión.

Esta teoría no presenta ninguna novedad al respecto ya que puede decirse que se desprende de la tesis llamada "Acto Jurídico Mixto" que como se recordará intervenían en ella dos elementos de carácter -- público y privado, pues bien, en esta se dice que es de adhesión ya que los contratantes no son libres para establecer derechos y obligaciones, distintos a aquellos que impone la Ley y que interviene su -- voluntad sólo para ponerlo en movimiento.

Al parecer este contrato de adhesión como lo llaman sus defensores no es tal, ya que si bien es cierto les queda vedada la voluntad, no es en sí un contrato de adhesión sino por el contrario se puede -- decir que el contrato es el medio jurídico puesto a disposición por el ordenamiento en favor de los particulares, para que éstos en ejercicio de la autonomía de la voluntad, regulen libremente sus intereses sólo con las restricciones que el derecho impone. Por lo que se cree que no es un contrato de adhesión de ninguna forma.

f).- El matrimonio como estado jurídico.

En opinión de Sara Montero Duhalt, señala que "los que contraen matrimonio cambian su estado civil anterior por el de casados. Hemos señalado que el matrimonio establece entre los sujetos que lo realizan una comunidad de vida total y permanente. Esta característica de la permanencia es precisamente lo que configura la categoría de estado civil, pues eso y no otra cosa es lo que se llama estado de las -- personas..." (10)

Por su parte el maestro Rafael Rojina Villegas, indica que "el matrimonio que evidentemente constituye un estado jurídico entre los cónyuges, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias jurídicas constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se

(10) Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 113.

van presentando durante la vida matrimonial. Además el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho según que nazca de hechos o actos jurídicos. Por ejemplo el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho..." (11)

El comentario que podemos hacer a esta tesis es que por estado de una persona se entiende el conjunto de elementos que determinan su situación en la familia, estado civil o su condición frente a la sociedad o al estado. Ahora bien los estados jurídicos se distinguen de los hechos y actos jurídicos, en virtud de que se producen situaciones jurídicas permanentes permitiendo la aplicación de un estatuto jurídico, tales situaciones determinadas que continúan en forma más o menos definida.

g).- El matrimonio como poder estatal

Como le llama Rafael Rojina Villegas, teca al poder estatal pero tradicionalmente es más conocida como la tesis de Antonio Cicu, en efecto, según este autor en el derecho de familia predomina el interés público, de manera que los vínculos familiares y todas las relaciones poderes y formas relativas constituyen actos públicos. -- Pues bien, si el matrimonio parte del acuerdo de voluntades de quienes lo celebran, no es obra del consentimiento de los contrayentes, -- sino que de éstos sólo se manifiesta el querer contraerlo.

(11) Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Editorial-Porrúa. Décimo octava Edición. México 1982. p. 287.

Según Antonio Cicu, es el estado el que une en matrimonio, osea que no existe el matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil.

El comentario que hacemos a esta teoría, es el que en nuestro derecho esta tesis se puede apoyar en las disposiciones legales relativas al matrimonio y de las cuales resulta que tal celebración la hace el oficial del registro civil. El artículo 102 del Código Civil dispone que dicho oficial interrogará a los pretendientes, si es su voluntad unirse en matrimonio y si éstos manifiestan su voluntad de conformidad, los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad.

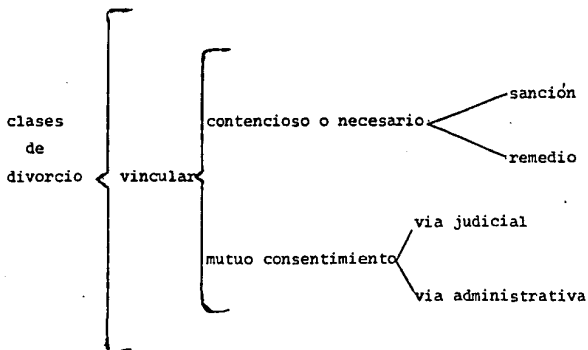
Y por ende es estatal ya que de acuerdo con nuestro Código el matrimonio es un acto jurídico solemne. Pero en los preceptos que regulan los elementos de los contratos nos menciona la solemnidad de donde puede decirse que nuestro legislador de 1928, considera que el matrimonio es un acto jurídico solemne; pero no es un contrato. De lo que se desprende que una cosa es el matrimonio como acto y otra como institución. Como acto en el momento de su celebración y de acuerdo con su celebración funciona como institución jurídica en cuanto a la esencia jurídica del mismo.

Después de haber terminado de analizar la naturaleza jurídica del matrimonio se puede señalar, aceptando la teoría del matrimonio como institución, en cuanto a la esencia del mismo; y en cuanto a la objetivización formal, se puede considerar que la tesis del acto jurídico mixto satisface la naturaleza del acto que da origen formal al matrimonio. Es decir, en cuanto al fondo de la institución éste -

encaja dentro de los lineamientos de la definición de institución que dan algunos autores, y por lo que se refiere al surgimiento de ésta a la vida jurídica indudablemente, se trata de un acto de naturaleza mixta.

C).- DE LAS DIFERENTES CLASES DE DIVORCIO

El Código Civil del Distrito Federal permite tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. En cuanto al divorcio vincular el mismo se divide en dos clases el necesario y el voluntario, el primero puede ser pedido por un sólo cónyuge en base a una causa específicamente señalada en la ley. Bien, dentro de este tipo de divorcio podemos mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio. En cuanto al divorcio voluntario tenemos el -- divorcio voluntario judicial y el divorcio voluntario administrativo. En seguida se realiza el cuadro sinóptico correspondiente para una -- mejor comprensión.



Separación judicial, consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persisten en esta situación los demás derechos y obligaciones derivadas del matrimonio tales como fidelidad los alimentos etc. (12)

A manera de comentario diremos que la separación judicial que se encuentra regulada por el artículo 277 del Código Civil y consiste en que cualquiera de los cónyuges puede optar por sólo la separación de cuerpos, sin verse forzado a tener que reclamar la disolución del vínculo matrimonial siempre y cuando esta separación se funde en las causas VI y VII del artículo 267 del Código Civil. La principal característica de esta separación se refiere a la terminación de la cohabitación por parte de ambos cónyuges, subsistiendo los demás derechos y obligaciones inherentes al matrimonio.

En cuanto al divorcio necesario indicamos que este podría ser sanción o remedio según el caso. Sanción porque el cónyuge que se considerará culpable, se le impone por parte del juzgador un castigo determinado, como la pérdida de un derecho que podría recaer sobre el ejercicio de la patria potestad. Remedios porque pudiera darse el caso de que uno de los cónyuges tuviera una enfermedad peligrosa de tipo contagioso, y para evitar que la misma se transmita al cónyuge sano, se otorga este tipo de separación.

(12) CFR. Montero Duhal, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa Segunda Edición. México 1985. p. 218 - 219.

Ahora bien, el divorcio voluntario puede ser judicial o administrativo, y depende de las circunstancias en que se encuentren los cónyuges.

Divorcio administrativo, es aquel que encuentra su fundamento - en lo establecido por el contenido del artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal, y su procedimiento es muy sencillo, basta con que los cónyuges que pretendan divorciarse sean mayores de edad, no tengan hijos y que hayan liquidado la sociedad conyugal, satisfechos estos requisitos que indica el ordenamiento legal anteriormente citado, ambos cónyuges se presentarán personalmente ante el oficial del registro civil (autoridad administrativa) de su domicilio conyugal, para manifestar de una manera clara y precisa que es su deseo y voluntad de divorciarse. Una vez realizada esta manifestación, el oficial previa identificación de los cónyuges levantará una acta, en la que hará constar la solicitud de divorcio y sin ningún otro trámite citará (acompañados de dos testigos por cónyuge), posteriormente a los cónyuges para que dentro del término de 15 días se presenten a ratificar tal solicitud, si así lo hacen, los declarará divorciados - levantando el acta correspondiente.

Divorcio voluntario judicial, se encuentra fundamentado en el artículo 267 fracción XVII, 272 último párrafo y 273 del Código Civil de Distrito Federal, procede cuando no se cumplen con los requisitos que establece el anterior tipo de divorcio, y es solicitado de común acuerdo por los cónyuges que pretenden divorciarse por ante el

juez competente. En los Estados de la República es competente para conocer esta clase de juicios el juez de lo civil de primera instancia; en el Distrito Federal es competente el juez de lo familiar de primera instancia del último domicilio conyugal. Los esposos que intentan divorciarse por mutuo consentimiento, buscarán un representante legal, ya sea común o individual (abogado) según convenga a sus intereses, quien se hará cargo de los trámites correspondientes.

El procedimiento se inicia presentando la demanda a la oficina de partes común, quien a su vez la turnará al juzgado que le corresponda. Una vez llegados los autos al juzgado designado, el juez hará un estudio cuidadoso de dicha demanda para admitirla, o en su caso prevenir a los promoventes para que subsanen las fallas cometidas. La demanda deberá contener los requisitos que establece el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal además se debe acompañar copia debidamente certificada del acta de matrimonio de los esposos y copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos, también se deberá adjuntar a la demanda el convenio que establece el artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal y que contiene cláusulas relativas a los cónyuges, a los hijos y a los bienes y son las siguientes: 1.- la persona que tendrá la custodia de los hijos durante el procedimiento como después de ejecutoriada el divorcio; 2.- el modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriada el divorcio; 3.- el domicilio de cada uno de los cónyuges durante

el procedimiento; 4.- los alimentos que un cónyuge dará al otro, de conformidad con lo que establece el artículo 288 del Código Civil del Distrito Federal durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio así como la forma de hacer el pago y la garantía que -- debe otorgarse; 5.- la forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidarse al ejecutar el divorcio.

Hechos los requisitos que marca la ley, el juez dictará el -- auto admisorio en el que señalará día y hora en el que tenga verificativo la primer junta de avenencia que se efectuará después de ocho -- días y antes de los quince. En el mismo auto se le mandará dar vista al C. Agente del Ministerio Público para que quede enterado de tal -- fecha. Llegado el día de la primer junta de avenencia, los cónyuges -- se presentarán ante el juez, con presencia del Ministerio Público. El juez en esta junta procurará que los cónyuges se reconcilien y se desistan del propósito de divorciarse, pero si a pesar de ello no lo -- grare su objetivo, el juez citará nuevamente a las partes para la segunda junta de avenencia que se efectuara en el mismo plazo que la anterior, en la que se procurará nuevamente que los esposos se reconcilien, y si tampoco se logró la reconciliación, y ya una vez que hayan quedado debidamente garantizados los alimentos de los menores, se citará a los cónyuges para dar sentencia. Dictada ésta en los términos que favorezca a los cónyuges divorciados en la cual se señale que se ha disuelto el vínculo conyugal que une a dos personas, las partes -- manifestarán por escrito su más entera conformidad con tal sentencia,

con el objeto de que la misma cause ejecutoria. Una vez que la sentencia se eleva a categoría de cosa juzgada, se mandará girar copia certificada de la resolución al oficial del registro civil, para que levante el acta de divorcio correspondiente.

Divorcio necesario, éste tipo de divorcio encuentra su fundamento en el artículo 267 fracciones de la I a la XVIII a excepción de la fracción XVII que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento el divorcio necesario es aquel que promueve uno de los cónyuges a quien se le denomina actor, fundándose en una o varias de las causales que se encuentran enumeradas en el artículo señalado con anterioridad. En cuanto a la acción de divorcio, el maestro Ignacio Galindo Garfias nos dice "que para que se den los presupuestos de la acción de divorcio, debe de haber un matrimonio válido, y que dicha acción se funde en alguna de las causales señaladas en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal y que además la acción deba hacerse valer ante un tribunal competente por persona capaz y legitimada procesalmente para actuar." (13)

Después de analizar con detenimiento los presupuestos de la acción de divorcio nos damos cuenta que el primer presupuesto es el de la existencia de un matrimonio válido, el cual se cumple con la presentación de la copia certificada del matrimonio, el segundo presupuesto señala que la acción se debe fundar en una de las causas enumeradas en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, ca

(13) Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Editorial Porrúa. -- Primera Edición México 1973. p. 553

de hacer la aclaración que no necesariamente debe de ser única la causa. El siguiente presupuesto habla de un tribunal competente y al respecto el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, nos señala en su fracción XII que en los juicios de divorcio es competente el tribunal del domicilio conyugal y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado - el siguiente presupuesto nos habla de persona capaz y legitimada procesalmente para actuar, es decir el divorcio tiene que ser demandado por el cónyuge inocente, en cuanto a la capacidad del cónyuge menor de edad, éste puede ser dentro del juicio actor o demandado, pero en ambos casos se le nombrará un tutor dativo como lo establece el artículo 643 del Código Civil del Distrito Federal.

Después de haber analizado los presupuestos de la acción de divorcio, estudiaremos la tramitación y el procedimiento del divorcio necesario.

El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda en oficialía de partes común, quien a su vez la turnará al juzgado correspondiente, una vez llegada la demanda al juzgado en turno, el juez la analizará con detenimiento, para admitirla o bien prevenir al promovente, para el efecto de que corrija las omisiones cometidas la demanda deberá de reunir los requisitos que establece el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en la demanda se debe de acompañar copia certificada del acta de matrimonio y acta de nacimiento de los hijos. Llenados los requisitos que establecen nuestras disposiciones legales, el juez dictará el auto -

admisorio de la demanda, ordenando se emplaze al demandado mediante notificación personal a efecto de que comparezca el mismo en el término que señala la ley para deducir y hacer valer sus derechos, así mismo se dictaran las medidas provisionales que fueren necesarias según sea el caso, como por ejemplo, la separación de los cónyuges o el aseguramiento de los alimentos. Una vez emplazado el demandado a través de la respectiva Cédula de Notificación, al contestarse la demanda pueden presentarse cuatro supuestos: 1.- Cuando la demanda es contestada negando todos los hechos; 2.- Cuando la demanda es contestada negando y afirmando los hechos; 3.- Cuando la demanda es contestada afirmando los hechos; y 4.- Cuando la demanda no es contestada, en los dos primeros supuestos, siguiendo la secuela procesal, una vez contestada la demanda, el juez señalara fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación, en la cual se procurara que las partes lleguen a un arreglo, en caso de llegar al arreglo, se dara por terminado el juicio; pero si no llegan al arreglo, el juez en ese instante mandara a abrir el juicio a prueba por el término de diez días para ambas partes, quienes deberán presentar sus respectivas pruebas dentro del plazo concedido. Presentadas las pruebas, el juez decidirá que pruebas se admiten y cuales se desechan, posteriormente se manda a citar a las partes para la audiencia de desahogo de pruebas y alegatos. Una vez concluida ésta y no habiendo prueba pendiente por desahogar, se cita a las partes para oír sentencia.

Si ambas partes manifiestan su conformidad con dicha sentencia - ésta será elevada a categoría de cosa juzgada, la cual no admite ningún otro recurso. Pero si una de las partes está inconforme con tal - sentencia podrá promover el recurso de apelación en contra de la misma, ya que ésta será resuelta en segunda instancia. Puede ser que el Tribunal de alzada revoque, modifique o confirme la sentencia recurrida, en caso de que siga existiendo esa inconformidad por una de las - partes, procede a promover el recurso de amparo, que de igual forma - que el anterior, puede ser que modifique, revoque o confirme la sentencia. Agotado el recurso de amparo en materia procesal ya no existe ningún otro recurso.

Por lo general este tipo de asuntos cuando se llega al amparo, - el procedimiento es largo y complicado.

En el tercer supuesto, cuando la demanda es contestada en sentido afirmativo, el procedimiento es rápido y sencillo ya que ahí interviene la figura jurídica llamada allanamiento, por lo tanto, el procedimiento sólo consta de emplazamiento a juicio, contestación de la demanda y ratificación de la misma ante la presencia judicial. Una vez hecha la ratificación, se manda citar a las partes para oír sentencia definitiva.

En el cuarto supuesto, cuando el demandado no comparece a juicio y por consiguiente, no contesta la demanda, no obstante estar debidamente emplazado, no comparece a la audiencia previa y de conciliación no ofrece pruebas, ni se presenta a la audiencia de desahogo de prue-

bas, una vez concluida la audiencia se cita a las partes para oír sen tencia definitiva. En todo este procedimiento al demandado se le tie ne como rebelde, en estos casos de rebeldía, se concluye el juicio en la primera instancia, ya que si el demandado no ocurrió a esta instancia, menos acudira a la siguiente. Lo que trae como consecuencia que la sen tencia definitiva cause estado de cosa juzgada.

D).- EL DIVORCIO COMO UN MAL NECESARIO

"Todos los argumentos en contra del divorcio pueden sintetizarse así: el divorcio es un mal. Es en sí mismo factor de disolución de -- disgregación familiar. Es inmoral porque fomenta la livinidad e irresponsabilidad de los cónyuges y víctima a inocentes, los hijos.

En este orden de ideas podría señalarse: si el divorcio es el -- causante de la descomposición familiar con todas sus negativas consecuencias, prohíbese el divorcio y veremos un renacimiento de la armonia conyugal y de la integración de la familia ;que lejos de la realidad esta falaz conclusión!

Que el divorcio es un mal es algo indiscutible porque en el mejor de los casos, cuando no hay hijos y los que se divorcian lo hacen de mutuo acuerdo los dos pueden rehacer su vida matrimonial con pareja diferente, el verdadero mal del divorcio lo experimentan los hijos. Pero no es el divorcio como forma legal de ruptura del matrimonio lo que los lesiona tan gravemente. Es el desamor entre los padres es la situación permanente de malestar en el seno familiar, la agresi

sión, los malos ejemplos. El divorcio viene a ser en este aspecto, - la solución a las lamentables condiciones de vida familiar." (14)

En realidad hemos de ver en el divorcio, no una causa sino un efecto y así, no atribuirle el cargo de que a él se deba la destrucción familiar, ya que dicha desintegración ha venido operando en la familia desde tiempos remotos y por causas muy complejas; no es de atacarse al divorcio en sí, sino a los males que verdaderamente deban atribuirse la desintegración familiar, el divorcio en última instancia puede ser bienhechor para muchas situaciones que son nocivas y destructivas para la familia, no puede considerarse que el divorcio por sí mismo sea una acción negativa, lo malo del divorcio es el abuso excesivo de él.

(14) Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 200- 201.

CAPITULO III

EFECTOS DEL DIVORCIO

A).- EFECTOS PROVISIONALES

Los efectos provisionales son las medidas jurídicas precautorias derivadas del ejercicio de la acción de divorcio, dictadas por el -- juzgador al momento de admitir la demanda, las cuales serán única y -- exclusivamente aplicadas durante la tramitación del juicio.

Los efectos provisionales tienen su fundamento en el artículo -- 282 del Código Civil y establece lo siguiente: artículo 282 al admi -- tirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dicta -- rán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposicio -- nes siguientes:

I.- (Derogada)

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe de dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus respectivos bienes ni en los de la -- sociedad en su caso;

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley es -- tablece respecto a la mujer que queda encinta;

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común -- acuerdo hubieren designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos. --

En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

Podemos comentar en relación a la fracción II del artículo 280 del Código Civil, que es una de las medidas más acertadas ya que en caso de que sigan viviendo juntos los cónyuges habiendo una demanda por medio de cualquiera de los dos, ése hogar conyugal sería motivo de múltiples conflictos. Lo que se ve a todas luces que el ánimo del legislador es tratar de evitar males mayores. En la mayoría de los casos esta medida no se lleva a cabo, ya que regularmente al momento de demandarse cualquiera de los cónyuges, éstos normalmente ya se encuentran separados.

En cuanto a la fracción III del mencionado artículo, consideró que esta medida es de carácter asegurativo y fundamental en el ejercicio de la acción de divorcio, ya que el cónyuge demandado (regularmente el hombre) al sentirse ofendido trata de tomar venganza por sí mismo, no proporcionando alimentos a su contraparte, de aquí la importancia que tiene el aseguramiento de los alimentos sobre el deudor alimentario.

En la fracción IV se le dá al juez una facultad amplísima para poder dictar una serie de medidas, con el objeto de que los cónyuges no se

hagan justicia por propia mano en forma indirecta, esto es dañándose uno al otro sus respectivos bienes, así como los de la sociedad conyugal.

La fracción V es una medida bastante delicada, ya que la mujer esta obligada a dar aviso al juez dentro del término de cuarenta días para que el juzgador oportunamente lo haga saber al esposo. El -- aviso es de gran importancia pues de él depende el nacimiento de nuevos derechos y obligaciones del marido. Esta obligación tiene por -- objeto de que el cónyuge este en aptitud de ejercitar oportunamente sus derechos relativos al reconocimiento o desconocimiento de la paternidad del hijo.

La última medida provisional es la que se refiere al cuidado de los hijos, esta medida tiene un carácter convencional, pues los que se divorcian no son los hijos sino los padres, cabe hacer mención de que los hijos sufren cuando se les usa como instrumento para agredir al otro padre o sacar información de él; cuando se les obliga a tomar partido o cuando se utilizan las visitas familiares como campo de batalla. Si los padres usan a sus hijos de esta manera, ponen en peligro su bienestar.

Podemos mencionar que los efectos jurídicos provisionales del -- divorcio voluntario judicial y del divorcio necesario sistemáticamente son los mismos, con excepción del artículo 273 del Código Civil -- que no hace referencia alguna en caso de que la mujer estuviere embarazada a referencia del artículo 282 del Código Civil que en su --

fracción V acertadamente lo establece.

Cabe hacer la aclaración que dentro de los efectos jurídicos provisionales estos no quedan firmes, ya que por su propia naturaleza -- son de carácter precautorio. Así mismo debemos tomar en cuenta lo establecido por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que señala que las resoluciones judiciales de carácter provisional pueden alterarse o modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Por lo que podemos mencionar que los efectos provisionales pueden alterarse o modificarse en cualquier etapa del proceso.

B).- EFECTOS DEFINITIVOS

Los efectos definitivos son las consecuencias jurídicas derivadas de la acción de divorcio y reflejadas a través de la sentencia definitiva debidamente ejecutoriada.

En relación a los efectos definitivos, éstos se aplican tanto en el divorcio voluntario judicial como en el divorcio necesario, por lo que habremos de estudiarlos en forma general.

El maestro Rafael Rojina Villegas nos señala "que los efectos definitivos son desde luego los de mayor trascendencia, porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, los efectos definitivos se van a dividir en:

a).- Efectos en relación a la persona de los cónyuges; quienes a

su vez estos los vamos a dividir en:

- 1.- En cuanto a la capacidad para celebrar nuevo matrimonio.
 - 2.- A la capacidad jurídica de la mujer divorciada.
 - 3.- Al derecho de la divorciada para llevar o no el apellido de su esposo.
 - 4.- Respecto a la capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio; y
 - 5.- A los alimentos que deberá pagar el cónyuge culpable al incidente.
- b).- Efectos en relación a los hijos:
- 1.- En cuanto a la legitimidad o ilegitimidad.
 - 2.- En cuanto a la patria potestad.
 - 3.- en cuanto a alimentos.
- c).- En relación a los bienes de los consortes:
- 1.- En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal.
 - 2.- A la devolución de las donaciones.
 - 3.- Indemnización de daños y perjuicios."(1)

A manera de comentario podemos señalar que los efectos definitivos en materia de divorcio se van a organizar fundamentalmente con base a la inocencia o culpabilidad de los cónyuges, pues el cónyuge que resulte culpable en función a la sentencia definitiva que dicte el juzgador, va a sufrir determinadas repercusiones en su perjuicio, como son el pago de una pensión alimenticia, el pago de gastos y costas etc. es tanto que el cónyuge inocente va a recibir determinados

(1) Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Ed. Porrúa. Tomo II. Sexta Edición. México 1983. p. 163.

beneficios, entre otros, el pago de la pensión alimenticia, el pago de gastos y costas etc.

C).- CAPACIDAD PARA CONTRAER NUEVO MATRIMONIO

La disolución del vínculo matrimonial implica para cada uno de los cónyuges la posibilidad de contraer nuevas nupcias; sin embargo, no pueden hacerlo sino después de cierto tiempo, al respecto, el artículo 289 del Código Civil establece: en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.

Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Por su parte el artículo 158 del Código Civil establece una limitación para la mujer divorciada que resulta inocente en la sentencia definitiva, y señala: la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

El jurista Alberto Pacheco comenta que "en virtud del divorcio,

los cónyuges recobrarán su entera capacidad para un nuevo matrimonio (artículo 289) estableciéndose una serie de limitaciones temporales a esta entera capacidad, sin mucho fundamento, pues si el divorcio ha disuelto el vínculo no hay razón para prohibir un nuevo matrimonio inmediato más que en los casos de posible confusión de la paternidad por el nuevo matrimonio de la divorciada.

Recordando algunas de las razones de Carranza en la exposición de motivos de la ley que introdujo el divorcio en México, resultan también sin objeto las prohibiciones del artículo 289 del Código Civil, pues si el divorcio es un poderoso factor de moralidad que facilita la formación de nuevas uniones legítimas y evita la multiplicidad de los concubinatos, no hay razones para hacer esperar dos años al divorciado para permitirle un nuevo matrimonio, pues con eso sólo se logra prolongar dos años de amasiato preexistente." (2)

No se puede estar de acuerdo con la opinión del jurista Alberto Pacheco, ya que el artículo 289 del Código Civil acertadamente establece el término de dos años para que el cónyuge que resulte culpable pueda volver a contraer nuevo matrimonio, pues de lo contrario, si se quita el plazo establecido por el artículo 289, la institución del matrimonio se convertiría en una anarquía total, ya que cualquier pareja al divorciarse, al tercer día de ocurrir esto, estaría nuevamente contrayendo nupcias, con la posibilidad de volverse a divorciar, lo que traería como consecuencia el abuso de la institución

(2) Pacheco Escobedo, Alberto "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Ed. Panorama Segunda Edición. México 1985. p. 163.

del divorcio. Además de que el espíritu del legislador no es la de retardar un nuevo matrimonio, estableciendo el término de dos años, sino le esta imponiendo una sanción al cónyuge que resulte culpable.

D).- CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LA MUJER DIVORCIADA

Hay que recordar que en nuestro sistema jurídico, los cónyuges como tales tienen ciertas incapacidades; los artículos 174 y 175 del Código Civil establecen:

Artículo 174.- Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración.

Artículo 175.- También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue con él, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad.

La autorización, en los casos a que se refieren éste y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de alguno de los cónyuges.

En virtud de lo anterior, el maestro Rafael Rojina Villegas, -- nos dice que "sólo existe la prohibición de que la mujer contrate con su marido, y únicamente podrá hacerlo mediante autorización judicial, cuando no se perjudiquen sus intereses, y esto como un resabio de aquélla idea de la potestad marital, que toda vía persiste en la legislación vigente, para considerar que el marido pueda en algún --

sentido, durante el matrimonio, al celebrar contratos con su esposa, perjudicarla desde el punto de vista económico. Pero ya la mujer divorciada se encontrará con su exmarido en la misma situación jurídica que cualquier otra persona y, por lo tanto, como desaparece la sociedad conyugal si bajo éste régimen se estableció el matrimonio, los divorciados, al tener separados sus bienes, podrán contratar libremente." (3)

Podemos comentar que la autorización judicial para contratar entre los cónyuges, ésto se solicita por ante el juez de lo familiar correspondiente, en la vía de jurisdicción voluntaria, mencionando el tipo de contrato que pretenden realizar las partes, para que el juez este en posibilidad de dictar la resolución que conforme a derecho proceda. Así mismo queremos señalar que la sentencia definitiva dictada en autos causando esta ejecutoria, en ese momento los cónyuges divorciados recuperan su capacidad de ejercicio para contratar entre ellos.

E).- ALIMENTOS DEL CONYUGE INOCENTE

El derecho de recibir alimentos del cónyuge inocente lo contempla el artículo 288 del Código Civil y señala:

Artículo 288 en los casos de divorcio necesario, 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 alimentos en favor del inocente.

(3) Rojas Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Tomo I. Décima Edición. México 1974. p. 405.

En el caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará sino tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

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.

En opinión del autor Alberto Pacheco, nos señala "estas pensiones derivadas del divorcio; no son realmente pensiones alimenticias, pues se deben independientemente de la necesidad del acreedor o la posibilidad del deudor; se deben por la sentencia y en el caso de divorcios causales más bien parece una indemnización a cargo del culpable. En los casos de divorcios voluntarios no puede decretarse una pensión a favor del esposo, a menos que se encuentre en estado de necesidad, corrigiéndose con esta reforma la anterior redacción del artículo 238 -- que desde 1972, con el criterio falsamente feminista de aquella reforma, dejaba en ocasiones protegida a la divorciada, la cual podría resultar condenando una pensión sin que su cónyuge estuviere en estado de necesidad." (4)

En relación al pago de alimentos del cónyuge culpable en favor -- del inocente dentro del divorcio necesario no es otra cosa más que una sanción que impone el juzgador a quien resulte culpable de la disolución del vínculo matrimonial; en cambio en el divorcio voluntario la -----

(4) Pacheco Escobedo, Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Ed. Panorama. Segunda Edición. México 1985. p. 163

reforma de diciembre de 1983, es fundamentalmente importante para la mujer, el objeto de dicha reforma es la de proteger a la mujer, ya -- que dentro de esta clase de divorcio nadie resulta culpable a diferen-
cia del divorcio necesario.

En el divorcio voluntario con la reforma de 1983, el derecho de -- pensión alimenticia subsiste por el mismo lapso de la duración del -- matrimonio.

F).- LOS TRES EFECTOS PRINCIPALES DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS HIJOS.

Por su trascendencia e importancia podemos señalar de una manera general que los efectos principales del divorcio respecto a los hijos-- son los siguientes:

a).- Los que señalan la legitimidad o ilegitimidad del hijo de -- la mujer divorciada;

b).- Los efectos que comprenden la patria potestad y;

c).- Los que se refieren a alimentos de los hijos.

Unicamente nos limitaremos a mencionarlos ya que dentro de este-- capítulo los estudiaremos ampliamente.

G).- EFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LA PATRIA POTESTAD

Anteriormente a las últimas reformas del artículo 283 del Código Civil, éste establecía las causas por las cuales se podía suspender y perder la patria potestad de los hijos, y al respecto señalaba: la -- sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las

reglas siguientes: I.- cuando las causas de divorcio estuvieren comprendidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hubiere, se nombrará tutor.

Dice así la fracción II cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recobrará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables se suspenderá el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos recobrándola el otro al acaecer ésta. Entretanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza, se designará tutor.

Por último la fracción III del artículo 283, nos dice. En caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos.

Al respecto, el maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice en relación a la fracción I: "Como se ve, no se da la posibilidad de que el cónyuge culpable recobre la patria potestad ante la muerte del cónyuge inocente, como sí lo dice la fracción siguiente de este precepto para otras causas.

Respecto a la fracción II nos señala que no hay congruencia al-

guna en el sistema seguido en nuestra ley para privar definitivamente de la patria potestad del cónyuge culpable. Por esto pensamos que en realidad, fuera de los casos de corrupción de los hijos, de intento de prostituir a los hijos y de los vicios incorregibles, no debe privarse para siempre de la patria potestad al cónyuge culpable sino que debe recobrarla a la muerte del inocente." (5)

Ahora bien el artículo 283 del Código Civil se reformó, siendo su publicación en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de diciembre de 1983 quedando redactado de la siguiente forma:

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

La tratadista Sara Montero Duhalt, nos dice "la derogación del artículo que señalaba la pérdida o la suspensión de la patria potestad derivada de las causas de divorcio nos parece totalmente acertada, pues los efectos del divorcio no deben recaer en las relaciones de padres a hijos.

(5) Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Editorial Porrúa. Tomo I Décima Edición. México 1974. p. 414, 415

Los que se divorcian son los cónyuges, no los padres de sus hijos. Un individuo (a) puede ser mal cónyuge, adúltero, etc. pero puede ser al mismo tiempo un progenitor (a) responsable y amoroso al que no debe privársele de la patria potestad, que implique el interés en todo lo que se refiere a la formación y al contacto con el hijo." (6)

Ahora bien, en la actualidad una de las formas más comunes de compartir la custodia de los menores, es que uno de los padres, (generalmente la madre) se haga cargo de los hijos durante la semana, mientras que el otro se ocupa de los mismos el fin de semana, pero también puede surgir una solución interesante, como por ejemplo, compartir a los hijos entre ambos padres exactamente la mitad del tiempo.

Si alguno de los padres no le interesa en lo absoluto hacerse cargo de los niños, a lo mejor puede hacerse cargo de ellos un fin de semana al mes. Lo importante es que cualquiera de los padres tenga la atención debida con los menores, y si alguno de los progenitores dentro de la sentencia fuere declarado culpable, no tiene porque sentirse de tal forma ya que de quien se divorcia es de su cónyuge y no de sus hijos. Lo fundamental es que a los niños se les dé todo el cariño, atención y todo el cuidado necesario para su formación. Tanto los hijos como los padres van a salir beneficiados.

H).- OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS

Esta obligación encuentra su fundamento en el artículo 287 del

(6) Montero Duhat, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 252, 253.

Código Civil vigente.

En materia de alimentos el jurista Manuel F. Chávez Ascencio nos comenta al respecto "el artículo 287 que regula esta situación fue -- modificado. Originalmente se decía que los consortes divorciados te -- nian la obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la sub -- sistencia de sus hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y -- de las hijas, aun cuando sean mayores de edad hasta que contraigan ma -- trimonio, siempre que vivan honestamente. Este artículo fue modifica -- do y la redacción actual dice: los consortes divorciados tendrán que -- contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos a las necesidades -- de los hijos, a la subsistencia y educación de éstos hasta que lle -- guen a la mayor edad. Es decir, se igualo a los hijos e hijas debido -- a la presión igualitaria ejercida por quienes proponen una igualdad -- absoluta en ambos sexos, sin darse cuenta que en algunos casos se -- causan verdaderos perjuicios a la mujer.

En primer lugar, debemos destacar que no se hace referencia a -- cual clase de divorcio se refiere el legislador, por lo que esta dis -- posición es aplicable, tanto al divorcio voluntario como al divorcio -- necesario. En ambos casos los consortes están obligados a la alimen -- tación de sus hijos.

En segundo lugar, parece injusta esta disposición, la obliga -- ción de los padres divorciados en materia alimenticia se limita hasta -- que los hijos lleguen a la mayor edad, lo cual puede ser injusta, -- pues no siempre a la mayoría de edad están los hijos capacitados para

su propia subsistencia, máxime que actualmente se requieren estudios más prolongados y en la mayor parte de los casos, los hijos no están capacitados para contraer esa educación; esto, sin olvidar los casos de incapacidad de los hijos o hijas por enfermedad, lo que impedirá ser autosuficientes.

Además, esta disposición parece contradictoria comparándola con lo dispuesto por los artículos 320 y 308 fracción II del Código Civil, el primero señala que dentro de los alimentos se comprende la educación primaria del alimentista y para proporcionar algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y a circunstancias personales, y que la obligación de dar alimentos cesa cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos. Parece que el artículo 287 del ordenamiento invocado plantea un caso especial que se aplica sólo a divorciados e hijos de los divorciados y que su obligación se limita hasta que los hijos adquieran la mayoría de edad, lo cual parece totalmente ilógico injusto y contradictorio con las demás disposiciones relativas a alimentos.

Estimo que, independientemente de la referencia a la mayoría de edad, la obligación alimenticia de los padres persiste de ser necesario, con base a las disposiciones generales sobre alimentos que se contienen en el Código." (7)

Estamos de acuerdo en lo que manifiesta el jurista Manuel F. Chávez Ascencio, ya que el artículo 287 del Código Civil va en contra

(7) Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1985. p. 552 - 553.

del principio general que establece que los alimentos surgen en razón a la necesidad del que los recibe y a la capacidad del que debe dar - los. Si no existe límite de la mayoría de edad de los hijos de los -- cónyuges no hay motivo porque limitarlos en los casos de hijos de pa- dres divorciados. Y para fundamentar lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado en tesis que han formado jurisprudencia que "la obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayo- res de edad no desaparece por el sólo hecho de que éstos lleguen a -- esa edad, en virtud de que su necesidad no desaparece automáticamente por la sola realización de esa circunstancia" (apéndice 1917 - 1975, - cuarta parte, Tercera Sala. p. 107).

I).- DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El artículo 287 del Código Civil establece que, ejecutoriado el divorcio se procederá desde luego a la división de bienes comunes y - se tomarán las precauciones necesarias para segurar las obligaciones - que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

Para poder entender la disolución de la sociedad conyugal, debe- mos aclarar que esta surge al momento de contraer matrimonio. Por su- parte el jurista Juan Antonio González nos dice: entre los requisitos que deben satisfacer las personas que desean contraer matrimonio, se- incluye el relativo al otorgamiento del contrato en el que se pacta - el régimen al cual van a quedar afectos los bienes que los cónyuges - aporten al matrimonio o adquieran durante la vigencia de éste. Este -

contrato toma el nombre de capitulaciones matrimoniales.

Dos son los regímenes a que pueden sujetarse los bienes de los--
cónyuges: la sociedad conyugal y la separación de bienes.

Es tal la importancia que la ley le atribuye a este contrato --
que llega al extremo de determinar la nulidad absoluta del matrimo --
nio, para el caso de que éste se hubiere contraído sin pactar capi --
tulaciones. (8)

Así mismo el tratadista Alberto Pacheco E. nos señala que nues --
tro Código Civil vigente, obliga a los cónyuges a hacer capitulacio --
nes matrimoniales al momento de celebrarse el matrimonio, ya que és --
tas son parte de la forma exigida para contraer matrimonio. En nues --
tro sistema, las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes --
de la celebración del matrimonio, pero en este caso sería un negocio --
condicionado, sujeto a la condición suspensiva de que se realizará el
matrimonio, ya que sería inconsecuente que pudieran comenzar a surtir
efecto las capitulaciones matrimoniales antes de que se realizará el
matrimonio.

Las capitulaciones matrimoniales son un convenio accesorio al --
matrimonio, pues sólo pueden existir como consecuencia de éste. Cuan --
do se celebran antes del matrimonio, según lo autoriza el artículo --
180 del Código Civil, deben entenderse que están sujetas a la condi --
ción de que el matrimonio se celebre, de tal forma que si no llega a --
celebrarse, las capitulaciones matrimoniales no pueden surtir ningún--

(8) CFR. González, Juan Antonio. "Elementos de Derecho Civil". Editori --
al Trillas. Octava Reimpresión. México 1985. p. 91.

efecto. (9)

"Cuando las capitulaciones matrimoniales establecen entre los — cónyuges el régimen de separación de bienes, son un mero convenio, — pues en éste caso no podemos hablar de un contrato, ya que no produce o transfieren obligaciones o derechos entre los conyuges, ya que la — situación patrimonial de éstos va a permanecer igual que antes de ce- lebrarse el matrimonio.

En cambio, sí puede hablarse de un contrato cuando las capitula- ciones matrimoniales establecen sociedad conyugal, pues en ese caso — los conyuges acuerdan transferirse bienes o derechos, a futuro." (10)

Ahora bien una vez establecido el origen de la sociedad conyugal el artículo 197 nos establece la forma en que ha de terminar la so — ciedad conyugal, y al caso concreto que nos ocupa, la sociedad conyu- gal termina por el divorcio, y al respecto el jurista Manuel F. Chá — vez Ascencio, nos dice "...debe observarse que la disolución de la so- ciedad conyugal es posterior a la sentencia ejecutoria de divorcio. — Por tratarse de actuaciones judiciales o extrajudiciales que realicen quienes ya no son cónyuges, no requieren aprobación judicial alguna.— Puede acontecer que la disolución de la sociedad conyugal se haga en- forma pacífica mediante convenio entre los que la constituyeron. Por- lo contrario puede acontecer que entre ellos no hubiere acuerdo posi- ble y que tuvieren que someterse a la decisión judicial. En este caso al no haber normas precisas, estimo puede ventilarse dentro del mismo

(9) CFR. Pacheco Escobedo, Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Me- xicano" Ed. Panorama. Segunda Edición. México 1985. p. 129, 130.

(10) Galindo Garfias, Ignacio. citado por Pacheco Escobedo Alberto. — Ob. Cit. p. 130

juicio de divorcio en ejecución de sentencia, o bien en otro nuevo juicio, que inicie alguno de los interesados en base a la sentencia de divorcio." (11)

En base a lo anterior cabe destacar que en la práctica, una vez que es dictada la sentencia, las partes promueven la ejecutorización de la misma en forma incidental. Una vez decretado que la sentencia ha causado ejecutoria, en virtud de esto, las partes pueden iniciar en ese mismo instante dentro del mismo procedimiento la liquidación de la sociedad conyugal.

J).- OBLIGACION DE INDEMNIZAR DE UN CONYUGE RESPECTO AL OTRO

Esta obligación la contempla el último párrafo del artículo 288 del Código Civil, y al respecto, el jurista Rafael Rojina Villegas nos señala: "otro efecto del divorcio consiste en que el cónyuge culpable deberá indemnizar al inocente de todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado por virtud del divorcio. Se comprenden en nuestro derecho los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, en virtud de que se considerará que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito, y como tal obliga no sólo a reparar el daño moral sino también el patrimonial, siempre y cuando aquél no exceda de la tercera parte de éste. Resulta tanto que en los casos de divorcio, el cónyuge culpable tendrá que indemnizar los daños patrimoniales y morales, pero con el límite de que éstos no excedan de la

(11) Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Editorial-Porrúa. Primera Edición. México 1985. p. 555

tercera parte de aquéllos. Dice sobre el particular el artículo 288:-- Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los - intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como - autor de un hecho ilícito. Desde luego aquí se ve como el legislador - emplea correctamente la expresión cónyuge culpable para sancionarlo - con el pago de todos los daños y perjuicios. Por lo tanto, quedan ex - cluidos todos aquéllos cónyuges enfermos que dan causa al divorcio.

Para el divorcio sanción (que procede por las diferentes causas - que se encuentran establecidas en nuestro Código y que por lo tanto - no comprenden las enfermedades), basta con que se causen daños al cón - yuge inocente, exista la intención o no del culpable de causarlos, ha - ya o no culpa, para que según el artículo 288 tenga siempre éste úl - timo la obligación de repararlos. En los casos de divorcio sanción, - siempre se parte de un delito, de un hecho inhumano, de actos contra - rios al estado matrimonial, de ciertos vicios o finalmente, del incum - plimiento de las obligaciones matrimoniales, como causas para decre - tar el divorcio. En consecuencia, si por virtud del divorcio, es de - cir, en atención a esas causas que suponen hecho ilícito, se causaron - daños, ni siquiera podrá el cónyuge culpable sostener que si bien hu - bo conducta ilícita en la causa de divorcio, no hubo el propósito de - que por esa causa se originen daños al cónyuge inocente. La ley de -- plano considerará, haya o no la intención de causar daño, haya o no cul - pa de la sanción del mismo, que siempre que estemos en la causa de -- divorcio sanción, existirá la obligación de reparar el daño causado.--

Esto lo dice claramente el artículo 288 al estatuir: "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". Es decir, este precepto equipara al cónyuge culpable, con el autor de un hecho ilícito.

Así mismo el autor Rafael Rojina Villegas nos dice que el daño moral implica una lesión a los valores espirituales o estéticos de la persona, en sus afectos, en su honor, en su honra, en su prestigio, en su aspecto estético de tal manera aún cuando no trascienda el patrimonio, aún cuando exclusivamente el daño lesione un valor de tipo espiritual, si nace de un hecho ilícito, y además hubo daño patrimonial, el culpable deberá repararlo. Claro es que el daño moral nunca podrá ser reparado en la misma forma que el patrimonial, porque la lesión a los valores espirituales no se repara a través de una suma de dinero, y por consiguiente, es una reparación imperfecta arbitraria, y por lo tanto, no se logre una justicia cabal. Pero como no tiene el sistema jurídico otra forma de reparar el daño, se tiene que aceptar esta. Más sin embargo si no hubiera alguna reparación de cualquier naturaleza, habría sin embargo una verdadera injusticia". (12)

Compartimos la opinión del maestro Rafael Rojina Villegas, al destacar que si dentro del divorcio se han ocasionado daños y perjuicios, éstos se deben reparar, aunque ésta reparación no sea la más -----

(12) Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Tomo II. --- Editorial Porrúa. Sexta edición. México 1983. p.268, 269 y 270

justa que se quisiera; sin embargo sí sería injusto el hecho de que dentro del divorcio se causaran daños y perjuicios a cualquier cónyuge, y al otro no lo condenarán a pagar esos daños y perjuicios sean de cualquier naturaleza.

K).- DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DEL MATRIMONIO Y DISUELTO ESTE.

Los artículos 324 al 339 regulan lo referente a los hijos nacidos dentro de matrimonio y disuelto éste. Así, el jurista Manuel F. Chávez Ascencio, nos señala que "siguiendo a Rafael Rojina Villegas, se pueden distinguir tres períodos: I.- Si el hijo nace dentro de los trescientos días a la separación judicial de los cónyuges; II. si naciere después de los trescientos días a la separación de los cónyuges, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio; y III.- si el hijo naciere después de trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

En relación al primer período, es decir, cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, conforme al artículo 324 fracción II del Código Civil, existe la presunción de legitimidad del hijo y contra esta presunción no se admite prueba en contrario más que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento (Art. 325 del Código Civil).

Además, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el artículo 326-

del Código Civil que previene que el marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

En relación al segundo período, que se refiere al hijo que nace re después de trescientos días de decretada la separación judicial, según el maestro Rojina Villegas, en este período tendremos que distinguir dos posibilidades: pueden transcurrir los trescientos días sin que se pronuncie sentencia de divorcio, o bien, en caso relativamente excepcional, puede haberse pronunciado la sentencia de divorcio antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación judicial. Por lo tanto, cabe la posibilidad de que el hijo nazca después de los trescientos días de la separación judicial pero antes de que se pronuncie la sentencia de divorcio. O bien, que el hijo naciera después de que se dictó la sentencia de divorcio, pero antes de que transcurran trescientos días de que ésta cause ejecutoria. Para todos los efectos legales, lo importante es que en este segundo período no hayan transcurrido en el momento de que el hijo nazca, más de trescientos días de pronunciada la sentencia. Por que la idea fundamental de ésta: aun cuando hubo una separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá relación sexual entre los cónyuges, jurídicamente siguen unidos en matrimonio hasta que no venga la sentencia definitiva y cause ejecutoria, a disolver el vínculo. Por

lo tanto, si el hijo naciere después de trescientos días siguientes a la separación antes de que se pronuncie la sentencia, evidentemente fue hijo nacido durante el matrimonio de sus padres. A su vez, si el hijo naciere después de que se pronunció la sentencia, y ya había transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación, pero no los trescientos siguientes a la disolución, que sólo se operan por sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres.

En esta forma se soluciona la aparente contradicción de la fracción II del artículo 324 del Código Civil, que en la primera parte hace referencia para el cómputo de los trescientos días, a la disolución del matrimonio, provenga esta de nulidad, de muerte del marido o de divorcio, y en la segunda parte, previene que en los casos de divorcio o de nulidad se contará desde que de hecho quedaron judicialmente separados los cónyuges por orden judicial ¿cual es el evento por el que se inicia el cómputo? Por tratarse de hijos del matrimonio debe aceptarse que mientras no se disuelva o se nulifique el matrimonio existe y los hijos habidos serán de matrimonio, lo que concuerda con el artículo 334 fracción I del Código Civil que sólo hace referencia de la disolución. Por lo tanto, el evento consiste en la separación judicial sólo se tomará en cuenta si no existe el matrimonio al vencer los trescientos días contados a partir de la separación.

El tercer período comprende a los hijos que la mujer divorciada tuviere después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

El artículo 327 del Código Civil, previene que el marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente se obtuvo la separación provisional prescripto por los casos de nulidad y de divorcio; pero la mujer, el hijo o tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

En el caso de que el hijo naciere después de trescientos días de muerto el marido de la madre, no habría problema alguno, pero no puede decirse lo mismo en caso de divorcio o de nulidad porque existe -- siempre la posibilidad de haber habido relaciones genético sexuales -- entre ambos, lo que originaría conflictos para poder determinar la -- paternidad del hijo que hubiere nacido después de disuelto el matrimonio.

Por esta razón, las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrá promoverse en cualquier tiempo o por las personas a quienes perjudique la filiación artículo 329 del Código Civil." (13)

A manera de comentario diremos que la vinculación los derechos y las obligaciones surgen en consecuencia del matrimonio, por lo tanto dentro del matrimonio, se establece un principio de certeza, pues los hijos que tiene una mujer casada, en principio son del marido. En este caso, estamos en presencia de hijos del matrimonio. En cambio los hijos de una mujer no casada, no pueden atribuirse a un varón determinado; la paternidad en este caso surgirá del reconocimiento voluntario o bien será resultado del ejercicio de una acción.

(13) Rojina Villegas, Rafael. citada por Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho" Ed. Porrúa. Primera Edición. México 1985. p. 548, 549, 550.

Así mismo diremos que el artículo 324 establece una presunción y señala que son hijos del matrimonio los nacidos dentro de los seis meses después de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del mismo, ya sea de nulidad de matrimonio, de muerte del marido o de divorcio. Lo importante en esta disposición es que marca un periodo de concepción del hijo, para poder partir de esa base y concertar si el hijo nacido es o no del matrimonio.

Por su parte el artículo 325 señala que contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer.... La ley en este caso, establecería una verdadera injusticia, si al marido, pudiendo probar que no tuvo acceso con su esposa, necesariamente se le atribuyera la paternidad del menor.

El artículo 326 establece que el marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los días meses que precedieron al matrimonio no tuvo acceso carnal con su esposa. En este artículo queremos hacer notar que la confesión de adulterio podría ser resultado de una actitud emotiva que perjudicará al menor.

Por otro lado el artículo 327 nos señala que el marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional -

prescrita por los casos de divorcio y de nulidad; pero la mujer, el hijo o tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Por último diremos que aun cuando el artículo 324 del Código Civil extiende la presunción de paternidad a los hijos nacidos dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio, aun cuando haya nacido con posterioridad a los trescientos días, pues el común que aun cuando el marido y la mujer se hayan separado de hecho al grupo social y a consecuencia de orden judicial, sin embargo, podría ser que las relaciones de la pareja continuaran.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN RELACION A LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO --
FAMILIAR

A).- IDEA GENERAL

La desintegración del matrimonio y el divorcio, por consiguiente traen problemas en relación a los cónyuges y graves problemas a los hijos que repercuten en la sociedad.

El divorcio evidentemente tiene efectos en relación a la sociedad. La crisis de la pareja es crisis de los individuos que la integran.

La crisis, el mal, la neurosis, es del individuo incapaz de amor de humanidad, de fé y de confianza en él mismo, en el compañero, o en los hombre y en el mundo. Esta es la pobreza que se ofrecen uno a --- otro, y si los dos son neuróticos, no sabrán aceptar la realidad y am bos caeran en esa locura de dos, conducidos por la proyección de su - fantasía narcisista. Esta locura es la que va a conducir a la guerra- por la conquista de algo que no se tiene y que cree cada uno le está- robando al otro. Por eso es frecuente ver como miembros de la pareja- se reprochan las mismas cosas el uno del otro: tú no me quieres. La - que no me quieres eres tú. Lo que pasa es que tú no confías en mí. El que no confías eres tú, etc. A veces, los términos no sólo son tan -- directos y las formas o los pretextos son tan distintos, pero el con- tenido y la intención son los mismos. La conclusión es sencilla: nin-

gundo de los dos tiene lo que se reprochan (amor, confianza, seguridad etc.); es algo que hace falta en esa pareja y que los dos necesitan.

Si estamos concientes la familia tiene una misión que cumplir en la sociedad, y si esta familia se desintegra la misión no se cumplirá, con los prejuicios consiguientes a la sociedad. Si la familia es el lugar donde se forman nuevos ciudadanos, cualquier desintegración y divorcio que la afecte, afectará a los nuevos ciudadanos en su estabilidad emocional y en su participación social. (1)

En efecto, podemos comentar que al haber crisis en una familia, esta va a ser el fiel reflejo de la sociedad, es decir, tendremos una sociedad inestable, conflictiva y con grandes problemas que si estos no se resuelven a nivel familiar menos aún se van a solucionar a nivel social.

B).- EL PROBLEMA POLITICO RESPECTO AL DIVORCIO

Con respecto a este problema el maestro Rafael Rojina Villegas nos señala "el problema político consiste en determinar si el Estado debe de tener una ingerencia continua en las relaciones del derecho familiar. Se resuelve este problema en sentido afirmativo. Es decir, por estar en juego los intereses de la familia, de la sociedad, y con secuentemente del Estado, éste debe de intervenir en las relaciones familiares, bien en su constitución, modificación y extinción o a tra

(1) CFR. De Yzaguirre Pilar y Sancho Fernando. Citados por Chávez Ascencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho". Editorial Porrúa - Primera Edición. México 1985. p. 558.

vés de una función de supervisión, para restringir, modificar o revocar poderes familiares.

Referido este problema del divorcio, investigaremos si concretamente el Estado debe intervenir, o puede ocurrir como suele pasar en los demás actos jurídicos, que sin la intervención del Estado, se modifiquen extingan o revocuen.

En todos los actos de derecho familiar, generalmente el Estado interviene por su constitución. Desde el matrimonio, como acto fundamental del derecho de familia, no puede celebrarse simplemente entre particulares, sino que debe otorgarse ante un funcionario del Estado quien interviene también como parte y, además declara constituido y celebrado el matrimonio. Además, por su importancia se regula como un acto solemne, de tal manera que ese funcionario u Oficial del Registro Civil, tiene que hacer constar el acto en un libro especial llamado de matrimonios, y, además, redactar el acta, cumpliendo con determinadas solemnidades. Esto nos da una idea del problema político para que no obstante que las relaciones familiares son relaciones entre particulares: cónyuges, parientes e hijos, siempre el Estado está presente en su constitución, modificación, extinción o también desempeñando funciones de supervisión y contralor.

Por lo tanto, nada de extraño tiene que el divorcio, como un acto de disolución del matrimonio, tenga que llevarse a cabo también ante un funcionario del Estado, y que no tenga validez la disolución matrimonial, sino se autoriza mediante una resolución judicial. Sólo-

en el caso de divorcio de tipo administrativo, el Oficial del Registro Civil levanta el acta haciendo constar la voluntad de los consortes para divorciarse, y si ratifican ésta voluntad quedarán divorciados; pero no obstante la intervención mínima que tiene aquí el funcionario del Estado, el divorcio no puede llevarse a cabo sino por el Oficial del Registro Civil, y haciendo constar la disolución en el libro de divorcios, levantando el acta correspondiente con todos los requisitos que como solemnidades exige la ley". (2)

En relación a lo anterior podemos comentar, que dentro del capítulo II de ésta tesis en relación a la naturaleza jurídica del matrimonio señalamos, que éste puede considerarse como un acto jurídico de naturaleza mixta, por lo tanto, si dentro del matrimonio interviene la voluntad de los contrayentes y la del Estado, dentro del divorcio, que en éste momento estamos analizando, al igual que en el matrimonio también intervienen la voluntad de los particulares conjuntamente con la del Estado para darle el carácter de solemnidad que requiere para que el acto jurídico del divorcio tenga validez. Podemos concluir que tanto el divorcio como el matrimonio son actos jurídicos de naturaleza mixta.

C).- EL PROBLEMA ETICO EN EL DIVORCIO

El tratadista Manuel F. Chávez Ascencio, nos indica "en relación al problema ético en el divorcio, conviene precisar si éste puede con-----

(2) Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Tomo II. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México 1983. p. 575, 576.

siderarse como algo moral no obstante que el derecho procura la estabilidad matrimonial y familiar.

Evidentemente la moral y el derecho son distintos, pero hemos observado que en materia familiar existe una gran participación e influencia en esta rama del derecho.

Los principios morales exigen la permanencia del matrimonio y de la familia busca la cohesión de ambas comunidades y buscan la convivencia doméstica para que sea posible que el matrimonio y la familia logren sus fines, de donde aparece que el divorcio, al hacer posible la disolución del vínculo puede presentarse como algo inmoral contrario a la permanencia del matrimonio que procura el derecho de familia.

Pero debemos tomar en cuenta que la estabilidad del matrimonio y la familia no dependen de que se prohíba el divorcio. La convivencia conyugal se logrará por el cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales, en relación a los cuales, los primeros no pueden imponerse en forma coactiva, si acontece que algún miembro de la familia realiza actos graves en contra del otro o sus hijos, que pueden considerarse inmorales o destructores de la convivencia, esta se vuelve imposible y el divorcio viene a constatar, por un lado esa destrucción de la convivencia y a disolver por el otro el vínculo conyugal.

Es decir, si importante es la estabilidad del matrimonio, también lo es el que no se mantengan situaciones de violencia e inmorales en perjuicio de alguno de los cónyuges o de sus hijos.

Aquí es donde tengo que hacer un distingo entre el divorcio ne -

cesario y el voluntario.

No se puede aceptar que el matrimonio se disuelve fácilmente a través del divorcio voluntario, sea éste administrativo o judicial. Tan importante es esta institución, que sólo debe proceder su disolución por causas graves que hagan imposible la convivencia, pero no por mutuo consentimiento que muchas veces facilita el capricho de la deshonestidad de los cónyuges.

Debemos tomar en cuenta que a través del divorcio voluntario muchas veces se evitan tratar en el contencioso problemas graves conyugales que podrían afectar al otro cónyuge y a los hijos; muchas veces se acude al divorcio voluntario para evitar daños mayores. Sin embargo esta razón no es suficiente, a mi juicio, para sostener la convivencia del divorcio voluntario, toda vez que dentro del necesario puede siempre concluirse el juicio mediante convenio entre los cónyuges que litigan, con lo cual se podría satisfacer el deseo de ambos de no exhibir sus problemas conyugales o familiares. Debemos tomar en cuenta, que debe proceder sólo el divorcio sanción o el remedio en los cuales se presenten situaciones que dificulten o imposibiliten la convivencia conyugal." (3)

Por su parte la jurista Sara Montero Duhalt, nos menciona que -- "con independencia del dogma religioso, se aducen argumentos morales en contra del divorcio en el sentido de que el mismo implica una solución contraria a los principios morales que deben regir la consti -

(3) Chávez Ascencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho". Editorial Prrúa. Primera Edición. México 1985 p. 559, 560.

tución de la familia, cual son la estabilidad y permanencia de la misma basada en la comunidad espiritual de los cónyuges. El divorcio fomenta la disgregación de la familia, pues los que se casan saben de antemano que si la unión que inician no da los resultados deseados, pueden darla por terminada mediante el divorcio, lo que les permitiera experimentar con otra pareja cuantas veces les plazca. Propicia la frivolidad de una decisión tan trascendente cual debe ser fundar una familia. Por otro lado contribuye a que los cónyuges no realicen los esfuerzos necesarios para evitar o ajustar sus diferencias, o impedir que las mismas se ahonden, lo que de seguro intentarían si no tuvieran ante sí el espejismo de romper lo que de momento incomoda, ante las ilusorias perspectivas de encontrar compañero más idóneo." (4)

No podemos estar de acuerdo con la idea de la tratadista Sara Montero Duhalt, ya que manifiesta que el divorcio fomenta la disgregación de la familia erróneamente, hemos dicho que la causa no es el divorcio, sino que éste es sólo el efecto, en virtud de esto estamos de acuerdo con la idea del maestro Manuel F. Chávez Ascencio ya que acertadamente manifiesta que la estabilidad del matrimonio no depende del divorcio, sino del cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales.

D). - EL PROBLEMA SOCIOLOGICO DEL DERECHO DE FAMILIA Y SU RELACION CON EL DIVORCIO.

"Notamos como para el concierto de las naciones, la familia si -

(4) Montero Duhalt, Sara "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1965. p. 199.

que siendo la unidad básica de toda la sociedad. Y la familia siempre se ha basado en el matrimonio, que es una institución jurídica; la primera y más importante de las instituciones jurídicas privadas. Su antigüedad y su importancia en la historia de la humanidad la colocan en la cumbre de las instituciones culturales. El matrimonio ha alcanzado esta permanencia, no sólo en algunos pueblos o razas desarrolladas en condiciones especialmente favorables a su evolución, sino en la humanidad entera." (!)

"la familia, institución creada por el amor, y protegida por el matrimonio, mismo que ha quedado regulado por la sociedad y el derecho, a través del matrimonio civil, y por la religión, por medio de la unión eclesiástica.

La familia es el pilar de la sociedad. Del amor que exista en ella, dependerá el bienestar de una nación, porque si queremos buenos gobernantes hemos de procurar buenas familias. La regulación que dé el derecho de familia, se reflejará en el esplendor de una buena sociedad. Pero no sólo hay que conformarse con las normas que se nos dan; hemos de alcanzar una madurez y poder de criterio suficiente, para analizar nuestras propias situaciones, tanto físicas como económicas. Hay que mantener a la familia dentro del fuego de un constante amor, mismo que nos ayudará a una mejor comprensión de nuestros semejantes.

Al unirse un hombre y una mujer, deben hacerlo pensando en la gran

(!) De Ibarra, Antonio "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Tercera Edición, México 1984. p. 11

responsabilidad que adquieren. Por que no sólo son él, o ella sino que son, él y ella, seres que emprenderán una nueva vida, llena de ilusión y de amor. Esto debe de ayudarles para que al formar su familia, piensen que no solamente son ellos la parte fuerte de la misma, ni que todo queda dentro de su hogar. Deben en el futuro pensar las naciones, en que si ellos llevan una vida recta y llena de amor, sus descendientes crecerán en ese ejemplo, y cuando sean adultos podrán aportar grandes beneficios a la patria, misma que está tan necesitada de amor. Desafortunadamente, en la actualidad nos hemos materializado tanto que el amor hacia los demás lo hemos descuidado. Es por ello por lo que no hay comprensión entre los seres humanos; porque egoístamente pensamos en el yo, y alejamos de nuestra mente todo lo que nos rodea, y sobre todo a aquellas personas que no tienen los medios suficientes para llevar una vida más o menos aceptable.

Es por ello que aquellos que tenemos la oportunidad de adentrarnos en el saber y la cultura, debemos meditar que no sólo se trata de formar una familia, sino que hay que estructurar una familia espléndida, recta y moral, para bien propio de la sociedad.

Y ¿por qué se protege a la familia con el matrimonio? por que el amor de los padres se debe reflejar en los hijos y los hijos que han nacido de un hogar lleno de cariño al convertirse en adultos y formar sus propios hogares, enseñarán a sus descendientes lo que de sus padres aprendieron.

Si meditamos esta situación, y la ponemos en práctica, México se-

rá un país prospero. Y no sólo nuestro país, sino el mundo entero, -- entrará en una bella etapa de paz y comprensión porque, parezca mentira, si formamos buenas familias, vamos a formar buenas naciones." (6)

Por su parte el maestro Rafael Rojina Villegas, nos señala que desde el punto de vista general el problema sociológico en el derecho de familia se plantea la cuestión relativa a mantener la cohesión doméstica, es decir, lograr una solidaridad estrecha en las relaciones familiares, según las costumbre, las condiciones de cada pueblo, sus ideas morales y religiosas; debe ser, por consiguiente, el derecho -- familiar, la expresión más correcta desde el punto de vista de la técnica jurídica de la solidaridad doméstica en este aspecto el derecho-familiar es una manifestación concreta del ordenamiento jurídico, co-sistema que tiene por objeto realizar la sinergia social integral. En efecto todo el derecho civil de contenido económico, el mercantil, el agrario y el del trabajo tiene por objeto realizar la solidaridad económica, logrando el equilibrio de los intereses en presencia de las relaciones jurídicas que no implican controversia, principalmente a través de los actos jurídicos en general y de los contratos civiles, mercantiles y del trabajo; o bien, el equilibrio de los intereses en conflicto, ante el incumplimiento de aquellas relaciones de tipo patrimonial que se origina entre los particulares. Todo el derecho público no es más que un sistema jurídico que pretende alcanzar la me--

(6) Cabeza del grupo al servicio de la Patria Ma. Magdalena Quijano - Mendoza. citado por De Ibarrola Antonio. "Derecho de Familia". -- Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 1984. p. 19, 20.

jor forma de organización del Estado, para lograr una solidaridad en -
 el orden público; es decir, en las relaciones entre gobernantes y go-
 bernados, con una adecuada prestación de servicios públicos (derecho
 administrativo) y con una forma de estructuración del Estado (derecho
 constitucional), destacándose la regulación jurídica de la función --
 jurisdiccional, para dar el contenido propio al derecho procesal. Por
 último el derecho internacional busca como finalidad fundamental lo -
 lograr que los estados lleven sus relaciones en forma pacífica y por --
 consiguiente que se obtenga una estrecha solidaridad en todas las ma-
 nifestaciones, principalmente en el orden comercial o económico.

Pues bien, el derecho familiar viene a ser una manifestación con-
 creta de la finalidad general de todo derecho, que es lograr interde-
 pendencia humana, empleando las diferentes técnicas del derecho patri-
 monial, del político, del internacional o de este derecho especiali-
 simo que opera sobre relaciones estrictamente humanas debidas al ma-
 trimonio, al parentesco especialmente a la vinculación patrimonial, o
 en su caso a la relación tutelar, tratándose de menores o incapacita-
 dos que no están sujetos a patria potestad. Dependerá de cada sistema
 jurídico familiar, según las condiciones de cada pueblo, sus costum-
 bres, sus principios jurídicos, religiosos etc., lograr determinada
 forma de solidaridad doméstica.

En el derecho familiar se parte de el principio de que en una --
 verdadera comunidad de fines tendrán, tanto el marido como la mujer -
 una potestad igual, autoridad igual. Estos dos poderes iguales, no -

malmente no entran en conflicto, ya que podrán sobreponerse a las diferencias de carácter o de temperamento, las comunidades supremas a la comunidad familiar. Se considera que es preferible mantener estos dos poderes iguales y no considerar a la esposa como una incapacitada sujeta a la potestad del marido, para dar al juez, en el caso de conflicto, la posibilidad de resolverlos; y como normalmente los poderes familiares se resuelven dentro del seno del hogar, y sólo de manera excepcional trascienden a los tribunales.

Tal parece que el divorcio contradice las finalidades que persigue el derecho familiar, por que en lugar de ser una institución de solidaridad, es un remedio de desunión; en lugar de mantener la cohesión de la familia, viene a romper el vínculo matrimonial y, por consiguiente, a destruir un hogar, a imposibilitar el ejercicio normal de la patria potestad de ambos cónyuges. Introduce la anomalía de que la patria potestad se tenga que ejercer exclusivamente por un cónyuge en el divorcio necesario, y por ambos en el divorcio voluntario, lo que origina indiscutiblemente el problema más serio por lo que se ve al ejercicio de este conjunto de poderes, de derecho y de responsabilidades que implica la patria potestad.

Si juzgamos el divorcio desde el punto de vista superficial, contemplando sólo la apariencia, evidentemente es una institución que tal parece que contradice los fines del derecho familiar; pero no olvidamos que se presenta, bien como sanción o como remedio ante los casos en que ya se ha roto la solidaridad familiar. Es decir, en verdad-

el divorcio no es la causa que motiva el rompimiento de las relaciones familiares. sino al contrario es el efecto. La causa fue el hecho inmoral, el delictuoso, el estado contrario a la vida matrimonial, -- que imposibilitó la vida en común, el divorcio no es sino el medio -- jurídico de legalizar una situación que ya se produjo y no es, como -- indebidamente se le ha criticado, el medio que fomenta la desunión de la familia. Como en todos los problemas jurídicos puede haber un abuso del derecho y éste existe, evidentemente, el abuso del divorcio, -- y entonces, en lugar de presentarse como un efecto real de una situación que desde el punto de vista de las relaciones materiales, ya es irreconciliable, si puede crear o producir una desunión, como sucede -- en el divorcio voluntario, por la posibilidad que existe de disolver -- sin una causa grave el vínculo matrimonial. Psicológicamente si se -- traduce en ese caso, en la causa que incita a los cónyuges a lograr -- su desunión no obstante que no existe previamente esa situación de hecho que implica el rompimiento.

En consecuencia, el divorcio no viene a constituir una forma -- contradictoria con la solidaridad familiar y, por consiguiente, con -- ese fin común de todas las ramas del derecho. Sólo el divorcio voluntario en la forma en que se ha llevado a cabo en México, especialmente como el divorcio de tipo administrativo, o el divorcio simulado, -- ante causas que en verdad no existen, que se aparentan por los consortes, si constituye por desgracia, un medio jurídico para contrariar o traicionar los fines del derecho familiar.

Pero esto es un problema general que existe en el derecho ante --

la posibilidad de los actos simulados.

En sí como entonces el divorcio simulado no es sino una manifestación concreta de los diferentes actos simulados que el derecho tiene que combatir, porque si contradicen sus fines. (7)

En relación a lo anterior expuesto, podemos comentar que el divorcio no es más que la manifestación de la quiebra del matrimonio. La pérdida de la moral ocasiona que pocas parejas actualmente contraigan matrimonio, pero las uniones libres se incrementan. Para la sociedad el matrimonio significa la subordinación de la mujer al hombre, algo incompatible con las nuevas ideas de igualdad y dignidad de la pareja. La incorporación cada vez más novedosa y numerosa de la mujer a los trabajos remunerados y la conciencia cada vez más lúcida de ellas ha hecho que la situación cambie radicalmente. A la mujer el hombre no le permite sobresalir ni ser más que él, ni la mínima distracción fuera de la casa, según él esta hecha para lavar, planchar hacer de comer, tener limpia una casa y procrear hijos. Esto, en algunos casos funciona pero ahora en la sociedad moderna es uno de los principales factores de la separación de una mujer.

Hay que señalar que cuando los recursos para evitar la desintegración familiar han fracasado, el divorcio debe reunir las facilidades y medidas adecuadas para asegurar la salud, la dignidad y libertad de los vastágos.

(7) CFR. Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II-Sexta Edición. Editorial Porrúa. México 1983. p. 584, 585, 586, -587.

En resumen podemos manifestar que el fenómeno de la descomposición familiar es causa y efecto de la caótica organización social del mundo del cual se han enseñoreado el egoísmo y la violencia.

E).- EL PROBLEMA RELIGIOSO REFERIDO AL DIVORCIO

El maestro Antonio De Ibarrola, nos indica que la familia en sí misma lleva algo de divino y, por lo mismo, algo de religioso. Fundándose la familia en la intervención directa del mismo Dios, que quiso plasmar con sus manos omnipotentes la primera pareja humana, y darle con su bendición la maravillosa fuerza de multiplicar la vida humana en el mundo, Jesucristo, al restaurar todo el orden humano, quiso que la familia humana se fundara en un sacramento, símbolo de la divina unión del hijo de Dios con su iglesia. La historia nos dice que en todas partes y bajo todos los cielos se consideró a la familia como obra de divinidad, ningún pueblo ha separado a la familia de la religión. El hecho de que la familia cristiana proclama las virtudes del reino de Dios, y el hecho de que proceda el consorcio matrimonial, -- nacen de ella nuevos ciudadanos y sus miembros, regenerados por el espíritu santo, se hacen hijos de Dios, pues es nada menos que la iglesia doméstica en la que los padres deben de ser para sus hijos los primeros predicadores de la fe, con la palabra y con el ejemplo. No es en vano la familia la célula primaria y vital de la sociedad, la ha recibido directamente de Dios. La familia ha de incorporarse al --

culto litúrgico de la iglesia, practicar el ejercicio de la hospitalidad y promover la justicia y demás obras buenas al servicio de la humanidad. (8)

Por su parte el jurista Manuel P. Chávez Ascencio, nos manifiesta: la iglesia católica considera al matrimonio como indisoluble, por lo que el divorcio, que disuelve el vínculo se encuentra prohibido, salvo los casos excepcionales previstos en el Derecho Canónico.

En México debemos tomar en cuenta que las parejas se casan doblemente, tanto por la ley civil como por la eclesiástica. Se celebra el matrimonio civil y luego el religioso, cada uno según sus reglas y solemnidades. El divorcio civil no tiene efecto jurídico o sacramental sobre el matrimonio eclesiástico, el que permanece indisoluble obligando a los cónyuges a la comunidad de vida, donde se presenta el problema.

En el derecho eclesiástico se permite la separación de cuerpos en determinadas circunstancias. Lo conveniente sería que obteniendo el divorcio civil se logrará la separación de cuerpos autorizado por los tribunales eclesiásticos. Sin embargo, esto no es usual y las parejas, obtenido el divorcio civil, no se preocupan por obtener la aprobación del tribunal eclesiástico para la separación de cuerpos. Esto ha sido tolerado por la iglesia al no haberse exigido en forma alguna a los cónyuges a comparecer ante los tribunales eclesiásticos.

(8) CFR. De Ibarrola, Antonio. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa-Tercera Edición. México 1984. p. 6, 19, 28.

para obtener la separación de cuerpos dando por hecho que el divorcio civil produce esa separación. (9)

Así mismo el maestro Alberto Mayaguita señala que "no hay nada en las leyes de la iglesia católica que prohíba per se a unos de sus miembros a divorciarse. Lo que se prohíbe es volverse a casar durante la vida del esposo. Esta afirmación es válida para cualquier país y se aplica en México también. Otros grupos religiosos tienen diferentes criterios y diferentes puntos de vista. Considero muy aconsejable a las personas contrayentes que tienen un problema conyugal busquen el consejo de un director espiritual. Si hay razones serias éste aceptará o aun puede aconsejar el divorcio." (10)

El maestro Rafael Rojas Villegas nos dice para juzgar el problema religioso referido al divorcio no debe cometerse el error de hacerlo en función a la religión que se profesa, porque entonces dependerá de la misma el condenar o admitir el divorcio, claro si se profesa la religión católica, evidentemente que dentro de los principios que el creyente tendrá que respetar, habrá una contradicción con las normas jurídicas que admitan el divorcio vincular. Por ello tendremos que juzgar el problema desde el punto de vista en que debe de colocarse el jurista, contemplando el panorama general de todas las religiones ahora bien, en este sentido es completamente falso que la religión condene al divorcio. Hay religiones que admiten el divorcio. El mismo

(9) CFR. Chávez Ascencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho". Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1985. p. 560, 561.

(10) Mayaguita, Alberto. "Todo lo que Usted debe saber sobre matrimonio y divorcio". Editorial Panorama. Primera Edición. México 1984. p. 80, 81.

protestantismo fue elaborado justamente a través de ideas, como sos - tuvo Lutero, en las que se pensó que el matrimonio resultaba una cosa profana; que no era verdad que no fuese un sacramento, ni un vínculo establecido por Dios con carácter indisoluble; de tal manera que sólo lo que Dios atase, él podría disolver a través de la muerte de uno de los consortes. La religión mahometana, por ejemplo, en su libro sagra do, el Alcorán, como conjunto de normas jurídico - religiosas que se fundan en la revelación que hizo Alá Mahoma, admite el divorcio y --- se puede mediante el juramento que ante Alá se hace, en ciertas cau-- sas de divorcio, como el adulterio, obtener la disolución, invocando al mismo Dios.

Nuestros Códigos anteriores admitieron el carácter de indisoluble del vínculo, pero en función de un criterio religioso. Por virtud de las leyes de reforma se separó la iglesia del Estado y, justamente; - desde que se legisló sobre el matrimonio en el Código Civil de 1870, - se consideró un acto del estado civil de las personas. Se le dió en - ocasiones, de una manera indebida, el carácter de contrato y toda vía nuestra Constitución vigente, en su artículo 130, nos dice que el matrimonio es un contrato civil, para oponerlo a la idea religiosa del mismo. Es decir, para que desde el punto de vista del derecho laico, - que no debe admitir el criterio de una determinada religión, el matri monio se presenta simplemente como un estado Civil de las personas, y no como un sacramento virtud del cual resulte la indisolubilidad del matrimonio. Es así como desde el Código de 1870 y después en el de --

1884, por consideraciones no religiosas, sino por la idea que la solidaridad familiar mantenía a través de la indiscubilidad del vínculo, se negó el divorcio vincular y sólo se admitió la separación de cuerpos. En el artículo 130 de la Constitución vigente se dice, por lo que toca al 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 tendrá la fuerza y validez que las mismas le atribuyen. (11)

Podemos comentar que el problema religioso referido al divorcio más que un problema relacionado con la sociedad, es un problema de conciencia de cada pareja. Ya que al celebrar matrimonio éstos lo hacen religiosa y civilmente, es decir, al celebrar matrimonio religioso, éste se hace bajo ciertas reglas y costumbres que son distintas a las que establece el matrimonio civil, por lo tanto no podemos mezclar las ideas religiosas con las normas civiles. Ya que nuestra Constitución precisamente en su artículo 130 le niega a la iglesia toda ingerencia en la relación jurídica del matrimonio y como consecuencia dentro del divorcio.

Podemos concluir que en la sociedad moderna la gran mayoría de los matrimonios únicamente se realizan civilmente.

(11) CFR. Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa. Sexta Edición. México 1983. p. 587, 588, 589.

CAPITULO V

CAUSALES DE DIVORCIO EN MEXICO

A).- PRINCIPIO DE LIMITACION DE LAS CAUSAS

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

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

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

También paso por alto el legislador, los casos muy frecuentes - ahora de que el marido sea un invertido de que mantenga relaciones sexuales con otro varón, hecho éste que no constituye un auténtico - adulterio aunque tenga grandes semejanzas con él. Con menos frecuencia acontece que la esposa es la que practique esa degeneración, que no puede ser asimilada al adulterio. Por estas razones pienso que -- debe reformarse el Código en el sentido de incluir estos hechos vergonzosos como causas de divorcio.

Sucede, a veces, que el marido o la mujer, sin llegar a cometer adulterio, o por lo menos sin que exista una prueba digna de crédito de ese delito, mantienen relaciones amorosas públicamente con personas diferentes de su consorte, hecho éste que sólo puede considerarse como injuria grave, dando a estas últimas palabras un amplísimo - sentido que en realidad no tienen, por lo cual no es posible considerar dichas relaciones como causas de divorcio, a pesar del deshonor que producen y de la ofensa que entrañan. Sería más conveniente-hacerlo figurar de manera expresa en el Código como causa de divorcio como lo hacen algunos Códigos de los Estados.

El vicio del juego también lo omitió el legislador, no obstante que en muchos casos produce la ruina económica de la familia y hasta la pérdida de los bienes propios de la esposa." (1)

Podemos comentar que no estamos de acuerdo con el ideal del maestro Eduardo Pallares en el sentido de que señala que el legislador

(1) Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Ed. Porrúa. Quinta - Edición. México 1987. p. 60 - 61.

ha omitido establecer algunos hechos graves que merecen ser considerados como causas de divorcio. Si el legislador no ha establecido algunas causas como las que señala el jurista Eduardo Pallares, no es que no lo haya querido establecer, sino que la intención del legislador, no es más que la de señalar de que en caso de que se dé el divorcio, éste sea únicamente por causas que realmente son consideradas graves, y las que son consideradas causas graves para el legislador son las que se encuentran establecidas en la ley.

B).- PRINCIPIO DE APLICACION RESTRICTIVA DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO

El jurista Eduardo Pallares, al respecto nos señala que la H. - Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que -- las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, completando o combinando lo que unas dicen con lo que otras ordenan. Esta prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas en los casos diferentes de los que de manera expresa su - pone cada norma." (2)

Así mismo el maestro Manuel F. Chávez Ascencio señala que las - causas de divorcio son de aplicación restrictiva y también en este - sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que - siendo el matrimonio la base de la familia que a su vez lo es el de - la institución de la sociedad, el Estado, preocupándose por ello --

(2) Pallares, Eduardo. Ob. Cit. p. 61

mismo, por la estabilidad de la institución, sólo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados en la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquél sólo por las causas específicamente señaladas en la ley. (3)

Podemos comentar que este principio es de gran importancia en materia de divorcio ya que dentro del juicio, obliga al actor a probar plenamente sus hechos expuestos en su demanda, sin que pueda el juez ampliar su criterio sobre las causas que realmente no se expusieron. Así mismo diremos que éste principio, no es otra cosa más -- que una facultad restrictiva impuesta al juzgador.

C).- CLASIFICACION DE LAS CAUSAS

El maestro Eduardo Pallares, señala que las causas de divorcio -- Pueden dividirse en los siguientes grupos:

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

b).- Las contrarias a las anteriores, en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. Ejemplo el adulterio, el --

(3) CFR. Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ed. - Porrúa. Primera Edición. México 1985. p. 460

abandono del hogar por más de un año, la falta de pago de alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.

Respecto a estos dos grupos, hay que aclarar que no cabe identificar la facultad de que se trata, con la relativa al poder de apreciación de que gozan los tribunales en materia de prueba, que en caso de divorcio la tienen dentro de los mismos límites que en los de más 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, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado; tales como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal etc. En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica. Así, por ejemplo padecer algunas de las enfermedades que especifican las fracciones VI y VII del artículo 267.

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

e).- Finalmente, hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cón-

yuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar --
cumpliendo sus obligaciones familiares. Así son las que consignan --
las fracciones XIV y XV." (4)

Podemos comentar y resumir que los criterios de clasificación --
de las causas de divorcio se agrupan de manera general de la siguiente
te manera: las causas que implican delito, aquéllas causas que implican
can hechos inmorales, las que contienen el incumplimiento de las --
obligaciones matrimoniales, así mismo podemos señalar las llamadas --
remedio y; las que implican conducta desleal.

Ahora bien, vamos a estudiar las causas de divorcio en forma --
particular.

El artículo 267 del Código Civil nos señala cuales son las causas
sas de divorcio, y las enumera de la siguiente manera:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

El jurista Rafael Rojina Villegas, nos indica que ...el adulterio
rio es la primer causa de divorcio que implica un delito de un cón -
yuge contra el otro, es el adulterio debidamente probado. Evidente -
mente que en este caso no se requiere que exista sentencia en el orden
den penal para tipificar el delito de adulterio. El juez civil puede
apreciar libremente las pruebas que se le presente para acreditar el
adulterio que se le imputa al demandado, y esto por la razón funda -
mental de que el adulterio es un delito que se persigue a instancia -
o querrela de parte del cónyuge ofendido, que puede simplemente ejercer

(4) Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México" Ed. Porrúa. Quinta --
Edición. México 1987. p. 62 - 63.

citar la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se sancione penalmente ese acto. De otra manera se obligaría al cónyuge -- para obtener su divorcio, a que previamente presentará la querrela -- aun cuando no lo quisiera desde el punto de vista penal; aun cuando su finalidad no fuese la de que se sancionará el cónyuge adúltero -- Además, no se trata de un caso, como otros delitos, en los que si es menester la sentencia penal para determinar, por ejemplo, la penalidad, o para definir, si la acusación es calumniosa, sino que puede -- el juez civil apreciar las pruebas para poder determinar la existencia del adulterio independientemente de la jurisdicción penal.

Como la jurisdicción civil es autónoma, y en el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal, podrá el juez del divorcio considerar probado el adulterio para los efectos de disolver el matrimonio, justamente porque está operando sobre distintas pruebas de aquellas que -- haya tomado en cuenta el juez penal. Cabe incluso la posibilidad de que sean las mismas pruebas, las mismas declaraciones de las partes -- y de los testigos, las mismas cartas en las que se haga alusión al -- adulterio y el juez civil puede dar una interpretación distinta a la del juez penal, siendo posible entonces que la sentencia penal sea -- absolutoria y la del divorcio considere probado el adulterio, por la diferente valorización en función de la distinta finalidad que tiene el juez civil y el juez penal, al estimar las pruebas.

Lógico resulta el incluir el adulterio entre las causas de di --

vorcio, puesto que es de la esencia del matrimonio la fidelidad entre los cónyuges y ¿que forma más grave de violar la fidelidad conyugal, que el hecho de cometer adulterio? En efecto, el adulterio -- además de ir en contra de la fidelidad que se deben los esposos, -- resulta una injuria grave al cónyuge inocente, y un atentado contra la estabilidad y moralidad del hogar. (5)

Podemos comentar que el adulterio en nuestro sistema jurídico-- asume dos situaciones jurídicas distintas, una que se refiere al -- adulterio como causal de divorcio y la otra como delito. Para que -- prospere la acción de divorcio fundamentada en la causal de adulterio, no es necesario que se reunan los requisitos que exige el tipo penal, simplemente el trato carnal del cónyuge con persona distinta a su esposo. Una vez probado el adulterio como causal de divorcio, -- el cónyuge inocente obtendrá la sentencia a su favor, en tanto que -- el adulterio como delito el cónyuge culpable será condenado a la -- sanción penal correspondiente.

II.- La segunda causal de divorcio, es la que se refiere al hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse éste contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

El maestro Manuel F. Chávez Ascencio, nos señala que "Debemos tomar en cuenta que en este caso no se trata de un delito. Evidente

(5) CFR. Rojina Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II-- Ed. Porrúa. Sexta Edición. México 1983. p. 338, 339 y 341.

mente esta presente el dolo de la mujer, quien al ocultar su embarazo induce al error o mantiene en él a su novio para lograr contraer matrimonio. Por lo tanto, se considera como hecho inmoral que de -- muestra una deslealtad de la mujer hacia su futuro cónyuge que --- puede implicar además una injuria.

Como esta causal requiere que sea declarado judicialmente ilegítimo el hijo cuando nace antes de que se cumplan ciento ochenta - días siguientes a la celebración del matrimonio, por que de acuerdo con el artículo 324 del Código Civil, se presumen hijos nacidos de los cónyuges los hijos nacidos después de ciento ochenta días conta dos desde la celebración del matrimonio. Esta presunción es Juris-- tantum, y sólo puede ser destruida con prueba en contrario.

El artículo 325 del Código Civil, nos indica que la presun --- ción a la que nos referimos no admite prueba que la de haber sido - físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que ha procedido al nacimiento.

Ahora bien, no obstante que sólo puede ser declarado ilegítimo el hijo que nació antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el artículo 328 del Código Civil nos -- previene que el marido no podrá desconocer que es el padre del hijo que naciere dentro de ese término, si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito, por que significa que no ha habi-

do deslealtad de la esposa; ni dolo alguno, por que si supo del embarazo previo del matrimonio puede presumirse que el hijo sea suyo - o que no siéndolo, perdona a su novia y acepta contraer el matrimonio. Tampoco puede desconocer al hijo, el marido que concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fuere firmada por él, - o contiene su declaración de no saber firmar; aquí se acepta el reconocimiento tácito por parte del marido del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días; tampoco podrá desconocer si ha reconocido expresamente ser suyo el hijo de su mujer. Por último, no lo podrá desconocer si el hijo no nació capaz de vivir.

Debemos tomar en cuenta que si el hijo no nace viable, no puede invocarse como causal de divorcio la que estudiamos. La última fracción del artículo 328 impide desconocer al marido que es padre del hijo que no nació capaz de vivir, y el artículo 337 del Código Civil nos señala que se reputa nacido el feto, que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre paternidad. Es decir, con que nazca viable para que no pueda plantearse jamás cuestión sobre su legitimidad, y no puede invocarse como causal de divorcio.

Hay que tomar en cuenta que el artículo 330 del Código Civil sólo otorga al marido un término de sesenta días contados desde el nacimiento si esta presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día que descubrió el fraude o se le ocultó el nacimiento para intentar cualquier acción para contradecir --

que el hijo nacido es de matrimonio. Por lo tanto, si transcurre ese término y no intenta esa acción, no podrá ejercer la acción de divorcio con base en esta causa.

También en relación a la caducidad, es interesante señalar que como esta acción sólo se puede ejercer después de haber sido obtenida la sentencia que declare la ilegitimidad del hijo, es muy probable que al obtenerla hubiere transcurrido el plazo de seis meses que el artículo 268 del Código Civil señala para ejercer la acción de divorcio.

Se debe tomar por otro lado en cuenta, que en los términos del artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles, no se pueden intentar esas acciones al mismo tiempo, por que la acción de divorcio se funda en el resultado que se obtenga del proceso que se ventile sobre la legitimidad del nacido en el matrimonio, por lo cual no podrán acumularse.

Es decir, necesariamente se deberá esperar a tener sentencia ejecutoria que declare al hijo ilegítimo para que proceda esta causa de divorcio. Debe tenerse muy en cuenta el amparo que supuestamente pudiera solicitar la mujer, si la sentencia de segunda instancia le es adversa. En ese supuesto, debemos tomar en cuenta que el juicio de amparo no es una instancia, sino un juicio constitucional, y que si no se obtiene la suspensión del acto reclamado se hará necesario que dentro de los seis meses siguientes a la sentencia de segunda instancia se inicie juicio de divorcio, sin esperar la

solución del amparo para evitar la caducidad de la acción de divorcio." (6)

Podemos comentar que en esta causal de divorcio, existe un engaño a la fé del esposo con respecto al ocultamiento al estado de gravidez de la mujer. Así mismo para que se dé esta causal, es necesario primeramente: que el hijo nacido sea declarado ilegítimo para que posteriormente se lleve a cabo el divorcio.

III.- La Tercer causa de divorcio es la que se refiere a la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.

El jurista Eduardo Pallares, nos indica que Esta causa se refiere a los lenones, o sea los maridos que explotan especialmente a su cónyuge, obligandola a tener comercio carnal con otras personas. Siempre han sido odiosos y sancionados severamente por el legislador.

En la actualidad. el Código de la materia, vigente en el Distrito Federal y Territorios Federales, castiga dicho delito de la siguiente manera:

Artículo 206.- El lenocinio se sancionará con prisión de seis meses a ocho años y multa de cincuenta mil pesos.

 (6) Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho" Ed. Porrúa
 Primera Edición. México 1985. p. 476, 477, 478.

Artículo 207 comete el delito de lenocinio:

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

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

III.- Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casa de citas o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, y obtenga cualquier -- beneficio con sus productos.

El lenocinio que considera esta causal de divorcio puede ser -- expreso o tácito, pero debe anotarse en la fracción III del artículo 267 del Código Civil esta mal redactada, porque se inicia con -- las palabras "la propuesta del marido...", y más adelante considera también como causal de divorcio el consentimiento tácito, por decir lo así, pasivo del marido en la prostitución de la mujer, en cuyo -- caso no existe propuesta. En una hipótesis, la ley supone que en el marido existe un acto positivo, el de promover la prostitución de -- su esposa, mientras que en otro admite que basta la actitud pasiva, sin previa propuesta del marido.

Para que el lenocinio sea causa de divorcio, es necesario que -- el marido reciba en cambio de la prostitución de la esposa, una re -- compensa que no es indispensable que se traduzca en dinero. Puede -- haberla de distinta naturaleza, como por ejemplo, obtener el nombra

miento de un cargo público, una concesión administrativa para enriquecerse, y, en general, cualquier otra forma de retribución.

Esto se infiere de la siguiente frase que usa la fracción que se analiza: "cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer".

La ley exige una condición que dificulta mucho se haga efectiva la causal de divorcio que se analiza. Consiste en que exige el consentimiento expreso del marido en la prostitución de su mujer, lo cual no sucede con frecuencia y es muy difícil de probar.

El lenocinio puede llegar hasta el extremo de que por medio de la coacción física o moral, el marido llegue a obligar a la mujer a prostituirse, de tal manera que en muchos casos la mujer la consiente, no por propia voluntad, sino por temor de las represalias del marido de golpearla, e incluso matarla.

¿Será causa de divorcio la prostitución de la mujer cuando se realiza por el mutuo acuerdo de los esposos?

En concepto del autor, militan razones contrarias para opinar en pro o encontra de que en ese caso la prostitución de la mujer sea causa de divorcio. Es evidente que el marido no puede demandarla, porque la fracción III lo considerará culpable y, por tanto, es de aplicarse el artículo 278 del Código Civil que niega la acción de divorcio al cónyuge culpable, pero tampoco podrá solicitarlo la esposa, porque ha consentido la prostitución, o mejor dicho, la in-

juría grave que el marido le hace al utilizarla como instrumento de especulación. Tal consentimiento puede considerarse como un acto de perdón a la injuria que ella recibe, en cuyo caso cabe aplicar el -- artículo 279 del Código Civil, más aún puede sostenerse que la mu - jer no recibe una injuria cuando los dos esposos están de acuerdo - con su prostitución, hay que anotar que la sociedad no debe consen - tir en que la unión conyugal se corrompa y subsista corrompida de - tal manera, por que aún en el supuesto de que se trata, la mujer es titular de la acción de divorcio. Sin embargo, admito que el punto - es dudoso.

La fracción III del artículo 267 del Código Civil, esta rela - cionada con los artículos 206 y 207 del Código Penal, pero cabe ad - vertir que no se identifica la causal con el delito de lenocinio -- que tiene modalidades muy diferentes y que puede ser cometido por - personas que no se encuentran unidas por el vínculo del matrimonio - con la mujer que se entrega a la prostitución. Por otra parte, no - será necesario para la jurisdicción penal declarar la existencia -- del delito de lenocinio para que el marido se considere culpable y - pueda la mujer demandar el divorcio. En el caso de que se demues - tre que el marido ha cometido el delito que tipifican los artícu - los 206 y 207 de la Ley Penal, además de sufrir las penas que és - tas normas determinan, procederá en su contra la acción de divo - r - cio.

El legislador no considero el caso contrario al que especifica

la Fracción III del artículo 263, o sea cuando la mujer incita al marido a que tenga relaciones carnales con otra mujer o consiente en ellas para obtener algún lucro. Esta omisión puede explicarse -- por dos razones: en primer lugar, por tradición que aún sobrevive, -- según la cual el hombre no se prostituye cuando tiene relaciones -- carnales con una mujer diferente a su esposa, y también por que la prostitución de la mujer es más grave, cuenta habida de que pueda -- llevar al matrimonio un hijo que no sea de su esposo.

Soy de opinión de que la prostitución de que se trata, comprende de también las aberraciones de los homosexuales y las lesbianas. (7)

Podemos comentar que esta causal contiene evidentemente una -- conducta inmoral, que trae como consecuencia la destrucción del -- nexo familiar, además de que el matrimonio no cumpla con la función -- de sus finalidades que esta llamado a cumplir, como son la fidelidad y el respeto mutuo.

IV.- La cuarta causal es la que se refiere a la incitación o -- la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.

Al respecto el maestro Manuel F. Chávez Ascencio nos dice que -- ...En este caso se trata de algún cónyuge provoque al otro para que cometa algún delito. Como delito también se encuentra previsto en -- la ley penal dice; el artículo 209 del Código Penal dice: al que -- provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de --

(7) CFR. Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Ed. Porrúa. -- Quinta Edición. México 1987. p. 68, 69, 70 y 71.

éste o de algún vicio, se le aplicará la sanción de este artículo - prevista, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le correspondiera por su participación en el delito cometido.

Lo anterior significa que, necesariamente, se requiera obtener una sentencia penal antes de invocar la causal de divorcio. Son independientes, y pueden haber casos en los que prospere el divorcio y no la acción penal.

Este caso se presenta cuando uno de los cónyuges mueve al otro a cometer un delito contra terceras personas, ya sea de lesiones, homicidio, plagio o también cometer delito sexual como el de violación. Esto es muy común en México cuando, por ejemplo, la mujer le dice al hombre no sea cobarde o no te dejes. Con esto provoca el machismo del mexicano y lo incita a cometer un delito.

Independientemente del divorcio que obtenga el cónyuge provocado, puede haber casos en que ambos sean responsables penalmente y sufran las sanciones que imponga el Código Penal. (8)

Podemos comentar que esta causal, también contradice las finalidades del matrimonio, pues al incitar un cónyuge al otro a realizar o cometer un delito, en ese momento, surge la pérdida del respeto mutuo dentro del matrimonio que trae como consecuencia la desvirtuación de las finalidades del mismo. Resaltando que para el nexo familiar es fundamental que exista el respeto mutuo en el matrimonio, porque en caso contrario el matrimonio se quebranta.

(8) CFR. Chávez Ascencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho" Ed. -- Porrúa. primera Edición. México 1985. p. 480.

V.- La quinta causa de divorcio es la que se refiere a los --
 actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin --
 de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.-

Al respecto el maestro Rafael Rojina Villegas, nos señala la --
 fracción V del artículo 267 comprende como causas de divorcio tanto --
 los delitos como hechos inmorales, por que se refiere a los actos --
 inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de co --
 rromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción. Podrá --
 darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho años --
 pero podrán los hijos ser mayores, y entonces ya no estaremos en --
 ese delito, pero sí indiscutiblemente, ante el acto inmoral del pa --
 dre o de la madre inducen o lleguen a corromper al hijo o la hija --
 mayor de dieciocho años. Además por lo que toca al delito de corrup --
 ción de menores, que podrá realizar un tercero o cualquiera de los --
 padres, se necesitan los requisitos que estatuye el artículo 201 --
 del Código Penal que dice: Se aplicará prisión de seis meses a dos --
 años y multa de cincuenta mil pesos al que procure o facilite la --
 corrupción de un menor de dieciocho años, o lo induzca a la mendici --
 dad. O bien, que se incurra en los casos previstos por el artículo --
 202 al exigir que se empleen a menores de dieciocho años en canti --
 nas, tabernas y centro de vicio. Esta contravención se castigará --
 con prisión de tres días a un año y multa de veinticinco pesos a --
 quinientos y además, con cierre definitivo del establecimiento en --
 caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena, los padres o tu --

tores que acepten que sus hijos o menores respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos.

Es indiscutiblemente más amplia la forma en como el Código Civil caracteriza el hecho inmoral que consiste en que el padre o la madre lleven a cabo actos para corromper al hijo o la tolerancia en su corrupción, siempre y cuando ésta se manifieste en actos positivos y no en simples omisiones, descuidos, o falta de vigilancia del menor. Por otra parte, podrá haber esta causal tanto en cuanto a -- los hijos mayores, en cuyo caso, ya para éstos estaremos en la -- causal de divorcio que implica un hecho inmoral, no delictuoso. Por eso el artículo 270 agrega: 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 lo sean de uno de -- ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones.

Puede no realizarse el resultado de lograr la corrupción del -- hijo, pero la causal de divorcio existirá por el sólo hecho de tratar de corromperlo siempre y cuando se traduzca en actos positivos y no en simples omisiones.

Para los efectos de esta disposición se entiende por corromper inducir a un menor en modos deshonestos de vida, o bien, alterar -- sus normas de conducta de modo que se produzca su perversión, su -- depravación o el relajamiento de su voluntad. También se comprenden los casos especiales de emplear a los menores de dieciocho ---

años en cantina, tabernas, centros de vicio, permitir su acceso a esos lugares y especialmente se sanciona a los padres o tutores que empleen a sus hijos o pupilos en esos lugares que permitan que asistan a ellos.

Nuevamente habrá la posibilidad de que, aun cuando no llegue a constituirse específicamente el delito de corrupción de menores, el juez del divorcio aprecia libremente respecto a los hijos mayores o menores de edad, si el acto que se imputa al cónyuge demandado es de tal gravedad que pueda motivar el divorcio, por lo que a pesar de una sentencia absolutoria en el orden penal, podrá estimar un juez civil que se cometió esta causa, especialmente cuando haya actos que tengan como finalidad la corrupción, aunque posteriormente no se lograren; pero hubiere actos positivos tendientes a realizarla. (9)

Podemos comentar que en esta causal, existe una gran responsabilidad de los padres, puesto que si los hijos realizan actos inmorales o actos de corrupción, esto no es más que el resultado y fiel reflejo de la educación recibida por parte de los padres. Por lo tanto si los hijos se comportan de tal naturaleza, quiere decir que los padres lo hacen de la misma forma.

VI.- La sexta causal de divorcio es la que se refiere a padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa, o hereditaria, y la impotencia

(9) CFR. Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Ed. Porrúa. Sexta Edición. México 1983. p. 446, 448.

incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

La jurista Sara Montero Duhalt, nos señala que esta fracción nombra dos enfermedades, la sífilis y tuberculosis que en la época de redacción del Código (1928), eran terrible por contagiosas, crónicas, incurables y hereditarias. Con los avances de la medicina -- moderna, ambas son pronta y perfectamente curables si se detectan en sus primeras etapas. Más aún puede decirse que en el estado actual de la ciencia médica casi no existe una enfermedad que tenga al mismo tiempo de las cuatro características unidas que pide la ley, a saber crónica, contagiosa; crónica y hereditaria; incurable y contagiosa o incurable y hereditaria.

Se consideran estas dos causas como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley en las causales que se dan en un hecho determinado en el tiempo. El problema consiste saber si el cónyuge sano puede pedir el divorcio en las primeras etapas de estas enfermedades. La respuesta lógica sería no, pues en esas previas etapas la mayor parte de las enfermedades no reúnen las características pedidas por la ley: crónica e incurable que sea al mismo tiempo contagiosa o hereditaria. Cuando estas condiciones se dan en un sujeto, antes de contraer matrimonio, se consideran impedimentos para su celebración. Si se realiza el matrimonio mediando impedimentos, el cónyuge sano tiene a su favor la acción de nulidad que debe pedir dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio (artículo 246). Si se deja pasar ese término de caducidad, la acción que co -

responde es la de divorcio basada en la fracción VI del artículo 267 que se está analizando.

Incluye esta causa la impotencia incurable que sobrevenga después del matrimonio. La impotencia también es un impedimento para contraer matrimonio (artículo 156 fracción VIII). Podrá pedirse nulidad de esa causa, pero dentro de caducidad señalada en el párrafo precedente: sesenta días.

El tratamiento jurídico que se le da a esa particular causa de divorcio la impotencia incurable, que es a su vez impedimento para casarse, puede presentar graves problemas en la práctica si se aplica rigurosamente la interpretación literal. Si se contrae matrimonio con este impedimento se puede pedir la nulidad dentro de los sesenta días siguientes a la realización del matrimonio. Lo más probable es que no se pida la nulidad y se deje de correr el término de caducidad. En este caso ya no se tendría como en las demás enfermedades causa de divorcio, pues como tal se necesita que la impotencia sea sobrevenida después de la celebración del matrimonio, y en el supuesto que analizamos la impotencia existía de origen, antes de contraer matrimonio.

Un segundo problema con respecto a esta situación es determinar si la impotencia sobrevenida después de celebrado el mismo, puede actuar en cualquier momento del matrimonio. Es decir, ¿la impotencia natural derivada de la edad avanzada puede constituir causa de divorcio?

Para aplicar esta causal se requiere una interpretación sistemática del texto legal. El legislador la colocó en la misma fracción de las enfermedades; habrá que considerarla como tal y no como una manifestación natural derivada de la edad avanzada.

Esta causa particular de nulidad y de divorcio, la impotencia debiera regularse con mayor cuidado, primero, permitiendo la nulidad del matrimonio en cualquier momento cuando la impotencia es de origen (así lo considera el derecho canónico cuando permite la nulidad del matrimonio rato y no consumado). Y como causa de divorcio con un amplio criterio judicial.; o mejor aún suprimiéndola como causa de divorcio en vista de que se regula el divorcio por mutuo consentimiento. Es muy fácil suponer que el cónyuge impotente preferiera otorgar su consentimiento para el divorcio antes de ser demandado por una causa que pueda considerarse como humillante." (10)

Podemos comentar que la sífilis y la tuberculosis en la actualidad son enfermedades curables, o por lo menos dejan de ser contagiosas o hereditarias, lo que trae como consecuencia que se dejan de cubrir los requisitos que establece la causal. Por lo tanto se puede señalar que esta causal dentro de nuestro sistema jurídico es una de las menos invocadas para que prospere la acción de divorcio.

En cuanto a la impotencia debemos señalar que existen dos clases: a).- la que se refiere a la imposibilidad de realizar el acto-

(10) Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 228 - 229.

sexual y; b).- la que se refiere a la impotencia para tener hijos y a la impotencia a que se refiere esta causal es a la primera de ellas, ya que la segunda también se le conoce como esterilidad, la cual no es causal de divorcio.

VII.- La séptima causa de divorcio es la que se refiere a padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

La tratadista Sara Montero Duhalt, nos dice, "Encuanto a la -- fracción VII que se refiere a la enajenación mental incurable, en la reforma habida por el decreto de 27 de diciembre de 1983, deroga el artículo 271, que señalaba el plazo de dos años desde que se declarara incurable la enajenación mental para que se diera esa peculiar causa de divorcio. La reforma consiste en que la enajenación mental incurable tendrá que ser declarada en un juicio de interdicción que se le lleve al enfermo, en cuya sentencia declare que el cónyuge queda incapacitado, el cónyuge sano tiene tres opciones, -- ser nombrado tutor legítimo de su consorte, pedir el divorcio basado en esta causal o solicitar simplemente el divorcio separación -- sin extinguir el vínculo matrimonial. Si opta por el divorcio vincular, podrá pedir la separación judicial provisional mientras se sigue el juicio de interdicción y durante el procedimiento de divorcio, de acuerdo con lo prescrito con los artículos 275 y 282 del Código Civil.

Las causas eugenésicas las estableció el legislador en razón del interés privado del cónyuge sano, y en vista del interés superior de la salud pública en cuanto a procurar una descendencia sana y sin tara." (11)

Podemos comentar que para que proceda esta causal, es necesario que exista previamente declaración judicial que establezca el estado de interdicción. Ahora bien, en esta causa existe algo interesante ya que el cónyuge sano puede optar entre el divorcio vincular o la separación de cuerpos. También es importante hacer notar que en esta causal no opera la caducidad puesto que es de las consideradas como de tracto sucesivo.

VIII.- La octava causa de divorcio es la que se refiere a la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

El autor Manuel F. Chávez Ascencio, nos señala que en primer lugar, debemos tomar en cuenta que la separación no es abandono. -- Por lo tanto, la simple separación aunque se estuvieren cumpliendo los otros deberes familiares o conyugales debe producir esta causal de divorcio. Es decir, la separación se considerará suficiente en la legislación actual para que proceda el divorcio, al romperse toda posibilidad de convivencia y unidad del matrimonio, necesarios para que se cumplan los deberes conyugales, esta opinión en cierta forma

(11) Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. p. 229, 230.

es contraria a la expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde como veremos, se requiere para que proceda esta -- causal el que falte también a los deberes y obligaciones conyugales.

La separación debe de ser de la casa conyugal. Por lo tanto, de bemos recordar lo que se entiende por morada o casa conyugal. El ar tículo 163 del Código Civil, nos expresa que los cónyuges vivirán - juntos en el domicilio conyugal, y sólo los Tribunales con conoci - miento de causa podrán eximir de la obligación a alguno de ellos, - cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser -- que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar - insalubre o indecoroso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha preocupado -- por dar elementos necesarios para integrar un concepto de domicilio conyugal, y entre otros señala que deben de tener casa o lugar pro - pio donde habitar los cónyuges y su familia y no estar de arrimados en el domicilio de otros. La Jurisprudencia es la siguiente: "Para - configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del ho - gar conyugal, se precisa desde luego la existencia del hogar, y és - te no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposi - ción en el hogar, por que viven, en casa ajena y carecen del ---

hogar propio".(12)

Para el ejercicio de la acción derivada de esta causal, no se requiere que el cónyuge inocente deba continuar viviendo en el hogar que tenían; puede ser que alguno de ellos éste incapacitado para su sostenimiento y requiera cambiarse a otro, o bien ir a vivir con sus familiares. Esto ha sido tomado en cuenta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en algunas sentencias, dentro de las cuales está la siguiente: " La cónyuge no esta obligada a la subsistencia en la morada. La mujer que se ve abandonada por su cónyuge - y que carece de medios para el sostenimiento del hogar, en ninguna forma está obligada a continuar viviendo en un domicilio alquilado, cuya renta no es posible cubrir." (13)

Sobre el significado del término separación se ha abundado bastante, y existen diversas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se deben tomar en cuenta que muchas se refieren -

(12) Amparo Directo 6798/1957. Juan Francisco Ruiz. Unanimidad de 4 votos. Sexta Epoca Vol. XV, Cuarta Parte, pág. 213. Amparo Directo 3478/1959. Amparo Coutiño de Sánchez. Unanimidad de 4 votos, Sexta Epoca, Vol. XX, Cuarta Parte, pág. 96. Amparo Directo 4141/1958. Pedro Millán González. 5 votos, Sexta Epoca, Vol. XXIV, Cuarta Parte, pág. 148. Amparo Directo 263/1960. Angel Perales Rodriguez. Unanimidad de 4 votos, Sexta Epoca. Vol. XXXIV, Cuarta Parte, pág. 85. Amparo Directo 572/1960. J. Jesús Cornejo. 5 votos, Sexta Epoca. Vol. XLIII. Cuarta Parte. pag. 164, Jurisprudencia 157. (Sexta Epoca) p. 558, Volumen -- 3a. Sala, Cuarta Parte. Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice-1917-1975, Jurisprudencia 150, pág. 484. (Ediciones Mayo, actualización I Civil, tesis 1070, pág. 539 y Actualización IV, No. 970, pág. 496).

(13) Amparo Directo 6060/1976. José Ricardo Santiago Ruiz. Abril 29 de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Raúl Cuevas Mantecón 3a. Sala. Informe 1977, Segunda Parte, Tesis 65, pág. 85.

al abandono y pocas a la separación. No son términos sinónimos.

Hay Tesis en las que se señala que no obstante que el demandado hubiere abandonado el hogar conyugal, sino ha roto totalmente -- los lazos matrimoniales y suministrar ayuda económica, la causa no queda debidamente probada. Es de notarse que en estas Tesis se toma como base la ayuda económica para considerar que no hay el abando-- no, no obstante que, este aspecto queda comprendido en la causal -- XII del artículo 267 del Código Civil. La Tesis en cuestión, que se refiere a la Legislación de Nuevo León, dice: "Habiendo demandado - la esposa a su cónyuge la disolución del vínculo matrimonial, y fun- dada dicha demanda en la fracción VII del artículo 267 del Código - Civil (que habla de la separación y no de abandono) que prevee la - causal de divorcio por abandono del hogar conyugal por más de seis- meses sin causa justificada si se acredita que el demandado no ha - roto totalmente con los lazos matrimoniales, ni se ha despreocupado por completo de su cónyuge, ya que ha estado suministrando la ayuda económica que debe a su familia, es de concluir la causal referida- no queda debidamente probada". (14).

Existen también Tesis ccontrarias a las que señala que aún --- cuando el demandado demuestre que cumplió con sus obligaciones eco- nómicas para con su esposa y para con sus hijos, no puede ser demos

(14) Amparo Directo 1445/1971. Jesús Almaguer Rocha. Marzo 6 de --- 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Ernesto Solís Ló-- pez. 3a. Sala, Séptima Época, Volumen 39; Cuarta Parte, pág.-- 35 (Ediciones Mayo, Actualización IV, No. 951, pág. 486).

trativo, en forma absoluta, que el mismo no abandonó el hogar conyugal, pues la separación (a que se refiere el artículo 141 fracción-VIII del Código Civil del Estado de Veracruz) "no debe entenderse como un abandono absoluto de los deberes conyugales, sino que para que exista dicha causal es suficiente el incumplimiento del cónyuge demandado por más de seis meses injustificadamente de la obligación fundamental que le impone el matrimonio, como es la de hacer vida común bajo el mismo techo; porque aun se demostrará que el demandado no cumplió con sus deberes de ministrar alimentos, de cualquier forma podría existir causal." (15)

Por su parte Rafael Rojina Villegas, tiene una interpretación que comparto y se expresa de la siguiente forma: "Respecto a la separación de la casa conyugal, conviene insistir en su diferencia con el abandono de las obligaciones conyugales, y ello porque ha habido la tendencia, tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia, de confundir en ocasiones esta causal de divorcio que en nuestro derecho sólo se configura al separarse un cónyuge injustificadamente de la casa conyugal por más de seis meses, con el abandono del cónyuge, al grado de que llegó la Suprema Corte de Justicia a considerar algunas ejecutorias, que no se presentaba esta causal cuando se cumplían las otras obligaciones impuestas por el matrimonio, espe-

(15) Amparo Directo 1581/1971. Ana María López Mella de Morales. Junio 2 de 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Rafael Rojina Villegas. 3a. Sala. Séptima Epoca. Volumen 42, Cuarta Parte. pág. 24. Tesis que ha sentado precedente: Amparo Directo - 2594/1963 Martha Sánchez de Duarte. Abril 28 de 1965. 5 votos. Ponente: Mtro. Mariano Ramírez Vazquez. 3a. Sala, Sexta Epoca, Volumen XCIV, Cuarta Parte, pág. 84 (visible en Ediciones Mayo, Actualización IV, pág. 486).

cialmente la de dar alimentos, desatendiéndose en realidad la finalidad del precepto, y también olvidando que tenemos una causa específica de divorcio, la comprendida en la fracción XII consistente en la negativa de los cónyuges de darse alimentos, cuando haya una imposibilidad para poder embargar bienes del cónyuge deudor.

También que la Ley al referirse en la fracción VIII a la separación injustificada de la casa conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio. La obligación que podríamos decir es fundante, por cuanto a que si no hay vida en común, no se puede cumplir los otros fines naturales del matrimonio para constituir la familia, para que si hay hijos, pueda ejercerse convenientemente la patria potestad por ambos padres. Para que exista la ayuda mutua, no sólo en lo que se refiere a alimentos, sino también a la ayuda de carácter moral, espiritual que la Ley supone entre los consortes. A su vez, la obligación de fidelidad y el débito carnal, cuando las condiciones fisiológicas de los consortes lo permitan, necesariamente se basa en la vida en común." (16)

Estimo que si pretende adicionar al hecho de la separación física de la casa conyugal, la ruptura de las relaciones conyugales y el aspecto económico de la pensión alimenticia, se están confundiendo o entremezclando dos de las causales que señala el artículo

(16) Rocina Villegas, Rafael citado por Chávez Ascencio Manuel F. - "La Familia en el Derecho". Ed. Porrúa. Primera Edición. México 1985. p. 492, 493, 494.

267 del Código Civil. Es decir, la que analizamos que es la fracción VIII se involucra con la XII, la cual hace referencia a la obligación alimenticia entre los cónyuges y en relación a sus hijos.

Podría pensarse que la simple separación física no parece suficiente para el rompimiento del matrimonio, pues debe de haber una ruptura conyugal y una despreocupación del cónyuge que se separa, pero también cabe preguntarse sino se comprende todo eso en la separación física. Es decir, estimó que la separación física sin causa justificada, es una presunción suficiente que demuestra que el cónyuge que se separa rompe los lazos matrimoniales y los afectivos, y se preocupa absolutamente respecto al otro cónyuge y sus hijos. ¿Por qué hacer más gravosa la situación al cónyuge inocente y más pesada la carga de la prueba? En definitiva, creo que no deben mezclarse las dos causales (la VIII y la XII), y está causal sólo debe comprender la separación injustificada, que presume el rompimiento de la convivencia conyugal.

Los elementos que hay que tomar en cuenta para que proceda esta causal son: la existencia del matrimonio; la existencia del domicilio; y la separación de alguno.

"La causal de abandono del domicilio conyugal requiere la comprobación plena de los hechos o supuestos que la integran y que son: a).- La existencia del matrimonio; b).- La existencia del domicilio conyugal y; c).- la separación de uno de los cónyuges en la

morada conyugal por más de seis meses sin motivo justificado." (17)

Así mismo hay que señalar que la causa de separación debe de ser grave, toda vez que el interés de la sociedad y el Estado está en que se conserve la permanencia y unidad entre los consortes; que en cierta forma la ley permite hacerse justicia por sí mismo al cónyuge que se separa por causa que estima justificada; y, por último que el tribunal goza de prudente arbitrio para calificar y determinar cuando son justificadas las causas.

Por último, se debe determinar que existen tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que la acción no cada por que se trata de una relación continua y es de tracto sucesivo.(18)

Podemos comentar que estamos de acuerdo con la opinión del maestro Rafael Rojina Villegas, al señalar que no deben mezclarse tanto la causal de divorcio enumerada en la fracción VIII (separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada) -- del artículo 267 como la fracción XII del mismo artículo (la negativa injustificada de proporcionar alimentos), sino que simplemente

(17) Amparo Directo 2378/1975. Guadalupe Martínez Rosas. Junio 4, - 1976 5 votos. Amparo Directo 5164/1975 Antonio Salas Tlacuá -- huac. Unanimidad de 4 votos. Amparo Directo 4590/1974. Clementina Zuñiga López 5 votos. Amparo Directo. Tomás Ramón Mojica. Unanimidad de 4 votos. Amparo Directo 3922/1975. Froylán Martínez Espinosa. 5 votos. Jurisprudencia 3a. Sala. Séptima Época. Volumen 78, Cuarta Parte, pág. 53. Jurisprudencia Boletín No. 30 Semanario Judicial (Ediciones Mayo, Actualización V, No. -- 3005, pág. 177.)

(18) CFR. Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ed. Porrúa. Primera Edición. México 1985. p. 490, 491, 492, 493, - 494, 495 y 496.

debe de comprenderse la separación injustificada que presume el rompimiento de la convivencia conyugal, ya que esto significa el incumplimiento de uno de los deberes del matrimonio que es el de vivir - juntos en el domicilio conyugal. Por lo que la causal que se analiza debe operar aun cuando el cónyuge que se separó siga sosteniendo económicamente el hogar conyugal.

IX.- La novena causa de divorcio, es la que se refiere a 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.

El jurista Eduardo Pallares, nos señala que es erróneo interpretar esta norma en el sentido de que otorga la acción de divorcio al cónyuge que se separó. El texto legal es claro y de él se infiere que el cónyuge abandonado es el titular de dicha acción.

En efecto, la norma supone que uno de los esposos se separó -- por causa bastante para que nazca a su favor el derecho de solicitar el divorcio. Sobre esto no puede haber duda alguna. La fracción IX no debe entenderse en el sentido de otorgarle una acción más a -- la que ya tiene por la conducta ilegal de su cónyuge; el texto dice que la separación justificada se prolonga por más de un año, sin -- que el esposo que se separa demande el divorcio, lo que explica que el legislador cuidadoso de que tanto los cónyuges como los hijos no permanezcan en una situación de incertidumbre sobre la subsistencia

del vínculo matrimonial, concede al cónyuge abandonado el derecho de pedir el divorcio, para que su situación jurídica no quede indefinida por más tiempo, no se olvide que uno de los fines del derecho positivo es el dar seguridad a las personas y que nada hay más nocivo que esa situación indeterminada en la cual quienes están casados legalmente, de hecho viven como si no lo estuvieran.

No se puede argumentar que la norma es injusta respecto al cónyuge que abandono el hogar por una causa grave que de ofendido se convierte en ofensor, al poder ser demandado por su consorte por que la Ley le ha dado oportunidad bastante para pedir el abandono que lo agravió, el divorcio necesario. Tiene tiempo suficiente para hacerlo. Cabe preguntar si en este caso la acción de divorcio en contra del abandonado, caduca en seis meses o en el año que menciona la fracción IX. En opinión del autor, no hay razón alguna para aplicar el artículo 278 del Código Civil que en términos generales y sin permitir ninguna excepción establece el plazo de seis meses, que comenzarán a contarse desde que el cónyuge que abandona el domicilio, haya tenido conocimiento de la causa justificada por la cual se separa su consorte.

También hay que hacer notar que la norma favorece al cónyuge originariamente ofendido, por que solamente concede la acción de divorcio al abandonado, hasta que pase un año desde que se efectuó la separación. Se le ha querido dar la oportunidad de reflexionar y volver al hogar cónyugal.

Por todas estas razones, me parece indiscutible que el titular del derecho que otorga la fracción IX es el cónyuge abandonado aunque haya sido el primero en incurrir en falta. (19)

Podemos comentar que dentro de esta fracción que se analiza, se entiende que la misma se concede en favor del cónyuge abandonado y no al cónyuge que se separó en virtud de que éste último, si tuvo alguna causa suficiente para separarse, debió de haber demandado en el término de un año el divorcio, pues de lo contrario le concede la acción al cónyuge abandonado para demandarle el divorcio.

X.- La Décima causa de divorcio es la que se refiere a la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte en los casos de excepción que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia.

Al respecto el jurista Rafael Rojina Villegas, nos manifiesta que " En la fracción X se dispone que es causa de divorcio la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción que no se necesita para que se haga ésta la declaración de ausencia. Lo que viene a demostrar que aun en los casos en que la ausencia no sea imputable al cónyuge ausente, da causa de divorcio al otro cónyuge, precisamente porque ya no se realizan los fines naturales del matrimonio, por haberse roto la vida

(19) CFR. Pallares Eduardo. "El divorcio en México". Ed. Porrúa. -- Quinta Edición. México 1987. p. 78 y 79.

en común, y porque en la Ley no puede existir un matrimonio en esta situación anómala. Se distingue entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte del ausente. Como sólo en ciertos casos cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, el incendio, no se requiere que se lleve a cabo la declaración de ausente, sino que por el sólo transcurso de dos años se puede declarar la presunción de muerte del ausente, habra causa de divorcio, aún sin necesidad de que se haya declarado la ausencia. En cambio, cuando la ausencia no se deba a esas causas tiene primero que hacerse la declaración de ausencia, y después vendrá la correspondiente de presunción de muerte. Bastará con que se llegue a declarar la ausencia, para que conforme a la fracción X exista ya la causa de divorcio". (20)

Podemos comentar que para que se dé esta causal de divorcio, se debe previamente declarar por ante el juez competente la ausencia legal o la presunción de muerte. Una vez obtenida la declaración a través de la respectiva sentencia, ya sea de presunción de muerte o la declaración de ausencia; con las copias debidamente certificadas de la misma, procede de inmediato el divorcio. Es decir, para que opere esta causal, es necesario llevar un juicio previo y posteriormente el principal.

(20) Rojina Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Ed. Porrúa. Tomo II. Derecho de Familia. Sexta Edición. México 1983. p. 466 y 467.

XI.- La Décima Primera causa de divorcio, es la que se refiere a la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.

Al respecto el maestro Antonio de Ibarrola, nos señala que Las sevicias las constituyen actos vejatorios realizados con crueldad: se trata del propósito de hacer sufrir. La sevicia incluye malos tratamientos crueles o despiadados, y un estado de inferioridad física o jerárquica en la víctima. La parte reclamante debe precisar en su demanda los hechos que integran la sevicia, y los efectos que ésta en el hogar para que el juzgador pueda apreciarlos en su momento y con su respectivo valor verdadero y penetrarse de si la sevicia creó un estado de inseguridad física o mental en el ofendido. Siempre será injusto y antijurídico obligar a una mujer a ir a vivir al lado de un marido que la injuria, la golpea, la amenaza y la corre del hogar.

No pueden juzgarse los hechos acaecidos entre personas de selecto y educado vocabulario, entre quienes a veces las palabras más inofensivas contienen un veneno oculto y mal intencionado, vertido con pérfida intención de ofender y manifestar desprecio en el mismo plano en el que podrían juzgarse las peores expresiones vertidas por otra clase de gentes, cuando van proferidas sin el menor deseo de causar ofensa o de manifestar desprecio, sino como simple forma o método de conversar. Nos consta a menudo existen muchos peores peligros en las expresiones vertidas en alguna reunión de jovenes

casos de las Lomas, que entre sencillos pescadores de Alvarado, Veracruz. (21)

De acuerdo a lo anterior podemos comentar que para que se de esta causal en relación a la sevicia se necesita fundamentalmente detallar en forma precisa el hecho que constituya la sevicia en relación al modo, tiempo y lugar, para dar los elementos necesarios al juez, para que éste juzgue si hay o no causal. Es importante hacer notar que en esta causal al juez se le da una amplia facultad para poder resolver la misma.

Amenazas, es todo aquello que tiende a causar un daño intimidando al cónyuge, en cuanto a sus bienes y su persona, por medio de actos o palabras.

Esta causal se encuentra tipificada en el Código Penal como delito en el artículo 287.

Podemos comentar que para que se de esta causal, en materia familiar no es necesario que haya sentencia penal previa para que pueda proceder.

Por lo que respecta a las injurias, la tratadista Sara Montero Duhal, las define de la siguiente manera ... Injuria es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio.

Para calificar la sevicia, las amenazas o la gravedad de las

(21) CFR. De Ibarrola Antonio. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa. -- Tercera Edición. México 1984. p. 354 y 355.

injurias el juez cuenta con un gran margen de arbitrio. Tiene que tomar en cuenta diversos factores entre ellos la frecuencia y reiteración de la conducta del ofensor, el grado de educación de los cónyuges, la clase social a la que pertenecen y sus particulares formas de convivencia. Así, lo que para un cónyuge sensible y refinado puede significar ciertas expresiones o actos, ofensas imperdonables, en otra pareja, pueden ser trato común, cotidiano y hasta expresiones afectuosas. (22)

Por su parte el jurista Jorge A. Sánchez-Cordero Davila, nos señala que ...por lo que respecta a las injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el derecho civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio, pero lo fundamental en nuestra opinión, es que las injurias produzcan un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que haroto de hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. (23)

Podemos comentar sintetizando esta causal la diferenciación que existe entre sevicias, amenazas e injurias; en la primera de ellas, se hace sufrir al cónyuge, en tanto que en la segunda se in-

(22) Montero Duhalt Sara. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 232, 233.

(23) CFR. Sánchez-Cordero Davila Jorge A. "Introducción al Derecho Mexicano". Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. México 1981. p. 114.

timidad y en la tercera se ofende.

XII.- La Décima segunda causa de divorcio es la que se refiere a la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

En relación a lo anterior la jurista Sara Montero Duhalt, nos dice que "Como esta causal remite a otros artículos, preciso es recordar el contenido de los mismos.

El artículo 164 señala ciertos deberes de los cónyuges principalmente la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a las cargas del mismo en las personas de sus cónyuges y de sus hijos. Estas cargas deberán distribuírselas de común acuerdo y en la forma y proporción convenida en razón de sus posibilidades.

El artículo 168 reitera la igualdad jurídica de los consortes y la obligación de resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la educación de los hijos y a la administración de los bienes. Señala este artículo la intervención del juez de lo familiar en caso de desacuerdo de los cónyuges.

La redacción del artículo 168 es reciente (D.O. 31-XII-74) y la juzgamos un tanto inoperante en nuestro medio. Significa que si los cónyuges no se ponen de acuerdo en todas las cuestiones de su vida en

común, deben de recurrir al juez para que resuelva lo conducente. -- Así, en el hipotético caso en que recurran a un juez y éste resuelva mediante sentencia firme que cause ejecutoria, los cónyuges están -- obligados a cumplir la determinación judicial. El incumplimiento de -- la misma constituye la causa de divorcio señalada en la fracción XII.

Independientemente de que los cónyuges hayan recurrido al juez -- para solicitar su intervención en la forma de cumplir con sus obligaciones de cargas del hogar y que el juez haya otorgado sentencia ejecutoriada, la simple negativa a cumplir con los deberes señalados en el artículo 164 es causa de divorcio". (24)

Podemos comentar que en el medio litigioso la reforma habida dentro de esta fracción publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, es de gran importancia, pues anteriormente a la reforma, se requería primeramente que se llevara un juicio de alimentos, y que el condenado al pago de los mismos no hubiere cumplido con la sentencia definitiva, para que así se pudiese dar esta causal que se analiza, olvidándose en aquel entonces que los alimentos -- son de tracto sucesivo.

XIII.- La Décima Tercera causa de divorcio, es la que se refiere a la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por el delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

(24) Montero Duhalt Sara. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 234.

Al respecto el maestro Manuel F. Chávez Ascencio, manifiesta -- que ...De esta causal también encontramos referencia en el Código -- Penal. El artículo 356 del mismo ordenamiento tipifica el delito de calumnia.

Como este delito se persigue por querrela de parte (artículo -- 360 del Código Penal), Eduardo Pallares se pregunta "si el desisti -- miento de la querrela puede considerarse como perdón en el juicio de divorcio. Manifiesta como una respuesta afirmativa que puede alegar -- se que ese desistimiento constituye un acto de perdón de la calum -- nia, y siendo ésta la causa de divorcio, produce la extinción de la acción de divorcio en términos del artículo 279 del Código Civil. En sentido contrario cabe afirmar que siendo la acción penal diferente a la acción de divorcio civil, el perdón que extingue a aquélla no -- hace caducar a la segunda. Como se ve, el punto es discutible". (25)

Sin embargo, estimo que para que esta causal proceda, basta la acusación calumniosa, que la calumnia se refiera a un delito que se impute al cónyuge inocente y ése delito esté sancionado con una prisión mayor de dos años. Lo que debe probarse en el juicio de divorcio son tanto las imputaciones que hace el cónyuge culpable, como la penalidad prevista del delito en la ley.

Al respecto existe Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: "Para que exista la causal de divorcio --

(25) Pallares Eduardo. citado por Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ed. Porrúa. Primera Edición. México 1985. - p. 511.

por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y por el pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial y sin embargo, puede ser calumnioso para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez civil tomando en cuenta la imputación que hace un cónyuge al otro, de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación de los cónyuges, que hace imposible la vida en común". (26)

Podemos comentar que para que se dé esta causal, no necesariamente tendremos que agotar el procedimiento penal, ya que puede suceder que para el juez penal un determinado hecho no constituya una calumnia, en tanto que para el juez civil, pueda resultar que ese hecho si pueda considerarse como una calumnia.

(26) Quinta Epoca: Tomo CXXVI. Amparo Directo 2338/1945. Margarita López Portillo de Galindo. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXIX. Amparo Directo. 2310/1956. Juan Gutiérrez Welsh. 5 votos. Amparo Directo. 6238/1957. David López Alonso. 5 votos, Sexta Epoca. Volumen XIX, Cuarta Parte, pág. 97. Amparo Directo 7477/1958. Lisandro López Carrascosa. 5 votos. Sexta Epoca. Vol. XXIV, Cuarta Parte, pág. 135. Amparo Directo 11/1961. Francisco Sousa Díaz. 5 votos, Sexta Epoca. Vol. LXVII, Cuarta Parte. pág. 53. Jurisprudencia 158, pág. 492, Volumen 3a. Sala, Cuarta Parte. Apéndice - 1917-1965; Jurisprudencia 151, pág. 487. (Ediciones Mayo, Actualización I Civil, Tesis, pág. 540 y Actualización IV, No. 985, pág. 503.

XIV.- La Décima cuarta causa de divorcio, es la que se refiere - a haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, - pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

El maestro Eduardo Pallares, en relación a esta causal de divorcio nos señala que. Las penas infamantes estan prohibidas por el artículo 22 de la Constitución General de la República, y de estas circunstancias pudiera inferirse que tampoco hay delitos infamantes ante la ley. En el Código Penal no existe ninguna norma de la cual pueda basarse la calificación de esa especie de delitos. Cabe preguntar: -- ¿que debe entenderse por delito infamante?

De acuerdo a los diccionarios, la palabra infamia significa: descrédito, deshonra, vileza en cualquier línea, acción infame, palabra sumamente injuriosa. De atenerse, por tanto, el mero sentido gramatical de las palabras delito infamante, que emplea la fracción XIV que se comenta, deberá considerarse como tal el que tenga alguna de las notas mencionadas o sea el delito que cause deshonra, descrédito, vileza en cualquier línea, etc., pero la ciencia del derecho no se reduce a conocer, interpretar y aplicar gramaticalmente las normas jurídicas, por lo que queda en pie el problema de la debida determinación de las que han de considerarse como delitos infamantes. Por fortuna, el legislador ha realizado esta tarea en el artículo 95 de la Constitución, que considera como tales robo, fraude, falsificación, abuso -

de confianza u otro que lastime la buena fama del concepto público, - inhabilitará para el cargo cualquiera que haya sido la pena.

La Constitución General de la República prohíbe en su artículo - 22 las penas infamantes, o sean aquéllas que causen infamia al que es condenado a sufrirlas. Parece lógico inferir de esta prohibición la - consecuencia de que no existiendo ya penas infamantes que no sólo -- tienen este carácter para el delincuente, sino también trascienden a - los miembros de la familia, por ello doblemente prohibidas en nuestra ley fundamental que no permite castigos trascendentales.

En la legislación mexicana fue la Constitución de 1857 la prime- ra que suprimió las penas de que se vienen hablando, y a excepción -- hecha de la mención que hace el artículo 267 en su fracción XIV del - Código Civil, no hay en el Código Penal y menos en el de Procedimien- tos Penales, norma alguna de la que pueda inferirse que existen toda- vía los llamados delitos infamantes. Por tanto, puede sostenerse que - la referencia a ellos que hace dicha fracción no tiene más razón de - ser que lo prevenido en el artículo 95 de la Constitución, pero cabe - afirmarse que toda vía hay en la conciencia social los sentimientos y la idea de que ciertas acciones o delitos producen la simple deshonra de quienes lo ejecutan. (27)

Podemos comentar que para que se dé esta causal de divorcio, -- primeramente se necesita que haya una sentencia debidamente ejecuto - riada, en la cual se decrete culpable a un cónyuge con respecto a un-

(27) CFR. Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Po -- rruá. Quinta Edición. México 1987. p. 90, 92, 93.

delito que merezca una pena mayor de dos años.

XV.- La Décima quinta causa de divorcio es la que se refiere a los hábitos del juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar ruina de la familia, o constituyen un acto continuo motivo de desavenencia conyugal.

El jurista Manuel F. Chávez Ascencio, nos manifiesta que En esta fracción XV del artículo 267 encontramos seis causas que se pueden invocarse separadamente, o bien, si se presentan dos o las seis, pueden ser todas causas de divorcio. Cada una es suficiente si se prueba debidamente.

Nos encontramos aquí ante vicios que son causal de divorcio, que son evidentemente hechos ilícitos, y hay culpabilidad independiente de que sean o no delitos; se consideran como hechos inmorales y, por lo tanto, están basados en el concepto de divorcio sanción.

Debemos observar que los vicios a que se refiere esta fracción XV por sí mismos no son causales de divorcio, sino cuando amenazan causar ruina de la familia o constituyen un motivo de desavenencia conyugal. Por lo tanto, esta causal comprende dos aspectos: el primero, la existencia del vicio, del juego, embriaguez o drogas enervantes; y el segundo aspecto la amenaza de causar ruina a la familia, o la continua desavenencia conyugal.

Hay que señalar también que los juegos a los que se refiere esta fracción son juegos de azar, con las consiguientes pérdidas económicas

micas que se traduzcan en ruinas de la familia, pero podríamos pensar que también los juegos deportivos podrían causar, bien sea la ruina a la familia, o desavenencias conyugales, al desatenderse uno de los cónyuges sus deberes económicos o conyugales.

En el caso de la embriaguez, es imposible lograr la convivencia conyugal y la comunidad se destruye; además esta el grave ejemplo para los hijos de un padre dipsómano.

En relación a las drogas, se señala como necesario el uso indebido y persistente, lo que excluye el uso de ellas por prescripción médica o en forma aislada. Tanto en la embriaguez como en las drogas puede sentarse como conclusión y presunción, que quien es vicioso en estos aspectos esta imposibilitado a tener una convivencia conyugal. (28)

Podemos comentar que esta fracción en relación a los hábitos o vicios que se señalan no integran la causal; sino que es necesario además, la amenaza de la ruina de la familia o la constitución de continuos motivos de desavenencia.

XVI.- La Décima Sexta causa de divorcio, es la que se refiere a cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Al respecto el maestro Rafael Rojina Villegas, nos manifiesta que...Aquí el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código

(28) CFR. Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho". Ed. - Porrúa. Primera Edición. México 1985. p. 514, 515.

Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo, para -- los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de -- una persona extraña, fuere sancionable con más de un año de prisión, -- si constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba -- demostrando el propio legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, -- fecha en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debe -- ría de apreciarse por el juez civil, para los efectos exclusivamente -- del divorcio, por cuanto que no había conforme al Código Penal el de -- lito de robo entre consortes. En los demás casos, por ejemplo, lesio -- nes entre los cónyuges, si implicaban un delito para los efectos del -- Código Penal y, por consiguiente, ya no estaban regulados por esa --- fracción XVI sino por la XIV. En la actualidad, ya el Código Penal vi -- gente, no exceptúa el caso que sí admitía el de 1871, o sea el de que -- no había robo entre consortes, y como conforme a este Código, si hay -- delito si el ofendido se querrela, ya no es aplicable la fracción XVI -- que en rigor a perdido toda posibilidad de ser aplicada, ya que tene -- mos que referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra el otro, -- en los términos de la fracción XIV, para el caso de que este delito -- tenga una pena superior a dos años de prisión. (29)

Podemos comentar en base a lo anterior, que en esta causal exis -- te por parte del cónyuge culpable una actitud delictiva en contra del -- cónyuge inocente en su persona y en sus bienes, perdiéndose todo res --

(29) CFR. Rojina Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II - Derecho de Familia. Volumen II. Ed. Antigua Librería Robredo. -- Primera Edición. México 1962. p. 101, 102.

peto que se debe de tener dentro del matrimonio, lo que trae como -- consecuencia que sea imposible la vida en común entre los consortes.

XVII.- La Décima Séptima causa de divorcio, es la que se refiere al mutuo consentimiento. Está causal se estudiará en el siguiente capítulo.

XVIII.- La Décima Octava causa de divorcio, es la que se refiere a la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

La tratadista Sara Montero Duhalt, al referirse a esta causal se ñala que ...El divorcio no es más que la forma legal que se da a una situación de hecho. Cuando se demanda el divorcio por cualquier causa significa ello que el matrimonio se ha deteriorado de tal manera que ya no existe entre los cónyuges la tradicional affectio maritalis de que hablan los romanos. Los que estan casados o al menos uno de ellos ya no quiere seguir casado con su cónyuge. En algunas ocasiones la demanda de divorcio no significa más que un deterioro en las relaciones conyugales de gravedad menor que puede ser reparado. Más en la ma yoría de los casos, la petición de divorcio es la declaración ante la autoridad competente de que el matrimonio ha quedado roto de hecho -- con anterioridad.

En estas condiciones, cuando los cónyuges han roto de hecho el -

el vínculo afectivo que los unía y viven separados por un tiempo más o menos largo (Dos años pide la fracción XVIII que se esta comentando) parece que existe causa justa para pedir y obtener la sentencia de divorcio que se dé seguridad a una situación incierta.

Sin embargo, la inclusión de esta causal, sin una correcta reglamentación, nos parece sumamente peligrosa, en cuanto a los efectos que produce la sentencia de divorcio en las personas de los cónyuges. En efecto, en los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellos la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciara al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Y en caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de la duración del matrimonio.

Pues bien, la fracción XVIII no encuadra dentro del mutuo consentimiento, no se tendrá por ello los alimentos en las circunstancias arriba señaladas; será por ello un divorcio necesario, con la particularidad de que no habrá la calificación de cónyuge inocente ni culpable: No se tendrá tampoco derecho a alimentos. De ahí que se califique de peligrosa esta causal, ya que la cónyuge que ha desempeñado algunos o muchos años de su vida en las labores del hogar, tareas no remuneradas, puede sufrir esta clase de divorcio por el marido que simplemente se separa de hecho del domicilio conyugal.

Si durante la separación ha pasado o no la pensión alimenticia al marido al grupo familiar, al cumplirse ese periodo, podrá pedir divorcio

cio basado en la causal XVIII y en la sentencia no se le podrá obligar a pasar alimentos a su esposa que no tenga ingresos suficientes - por no estar preparada para el trabajo fuera de casa, pues su actividad anterior fue exclusiva dentro del hogar dentro del tiempo que duró el matrimonio.

La ley en general, pero muy especialmente el derecho de familia debe establecerse con un sentido profundamente humano y protector de los miembros del grupo familiar que se encuentran más vulnerables a - sufrir a una situación de desventaja y de injusticia: los menores de edad, las mujeres dedicadas al trabajo del hogar, los incapacitados, - los enfermos, los ancianos, etc. (30)

Hay que comentar que esta causal es de nueva creación ya que fue publicada el 27 de diciembre de 1983, en el Diario Oficial de la Federación, entrando en vigor el 27 de marzo de 1984. En cuanto a esta - causal hay que considerar que actualmente un gran número de parejas - decide separarse, tratando de buscar con ella una salida o una solución a los problemas conyugales dando origen a la separación. Actualmente dentro del medio litigioso esta causal es la que se encuentra - de moda, ya que la mayoría de los juicios ventilados en materia de di - vorcio, se fundamenta en esta causal de divorcio.

D).- EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.

(30) CFR. Montero Duhalt Sara. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 236, 237, 238.

A propósito del divorcio por mutuo consentimiento, el maestro - Rafael Rojina Villegas; nos señala que, conviene hacer una breve reseña en el derecho comparado. En las legislaciones europeas, el Código Civil francés o Código Napoleónico, aceptó el divorcio por mutuo consentimiento, y lo siguieron el Código de Bélgica, el de Rumania y el de Luxemburgo.

Rusia ha aceptado con toda libertad no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino el divorcio por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges. Uruguay ha seguido el Código Ruso, para permitir el divorcio por voluntad unilateral sólo de la mujer. En Rusia, - hombre o mujer por su sola voluntad pueden concurrir al juez para que decrete el divorcio y, por consiguiente, no se necesita el mutuo consentimiento, con mayor razón procederá cuando éste no existe.

En Uruguay, sólo la mujer tiene este derecho de disolver su matrimonio por su voluntad, el marido no, pero claro, ambos cónyuges -- por su voluntad y de común acuerdo pueden disolver su matrimonio. En América, además de determinadas restricciones como ocurre en México, - se acepta el divorcio voluntario en Cuba, Guatemala, El Salvador, Panamá, Bolivia, Venezuela y Perú. Sólo que en los nuevos Códigos Civiles de Venezuela y Perú, primero hay una separación de cuerpos, por dos años en Venezuela, y hasta que transcurran, se puede pedir el divorcio por mutuo consentimiento; en Perú hay una separación de cuerpos por un año y una vez transcurrido, se puede pedir el divorcio por mutuo consentimiento.

En Francia, no obstante que se origina el divorcio voluntario y que así se estatuye en el Código Napoleónico, después se suprime, continuando vigente en los países que lo siguieron: Bélgica, Luxemburgo y Rumanía, Suecia, Dinamarca, Letonia, Estonia y Portugal, también lo admiten.

En Europa en realidad las disposiciones del Código Francés inspiraron a los Códigos de Bélgica, Luxemburgo y Rumanía, para admitir el divorcio sanción, es decir, el divorcio ante causas graves, pero países como España e Italia no lo admitieron. Más aún, tuvieron la idea de indisolubilidad del vínculo aún en los casos de adulterio. Siguiéron el Derecho Canónico en cuanto a la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, o en forma temporal por otras causas.

Ha sido posteriormente como ya el Código Civil Ruso ha instituido el divorcio con una libertad absoluta: por declaración unilateral de cualquiera de los consortes para acudir ante el Oficial del Registro Civil y disolver el matrimonio, por mutuo acuerdo o por determinadas causas, es decir, mediante el divorcio necesario. En América, tenemos países católicos que no admiten el divorcio, sino simplemente la separación de cuerpos, como ocurre en Colombia, Argentina, Chile, Brasil y Paraguay; pero también hay países que no obstante de ser católicos, como México, Cuba, Guatemala, Nicaragua y Uruguay, aceptan el divorcio, y en éstos se llega no sólo al divorcio necesario por causas graves, sino también al voluntario, dando éste mayores o meno-

res facilidades para la disolución del vínculo matrimonial. (31)

Podemos comentar que a lo largo de la historia de la humanidad, tanto en Europa como en América y en cualquier otra parte del mundo, el divorcio desde su origen siempre se ha considerado como una de las instituciones jurídicas más controvertidas que ha causado gran polémica, en virtud de los efectos jurídicos que produce, que se traducen en la disgregación de la familia y la ruptura de los lazos conyugales.

(31) C.F.A. Rojas Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia. Volumen II. Ed. Antigua Librería Robredo. --- México 1962. p. 39, 40, 41, 57, 59.

CAPITULO VI

COMENTARIO Y ANALISIS DE LOS ARTICULOS 267 Y 268 DEL
CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.A).- TRANSCRIPCION LITERAL DE LA FRACCION XVII DEL ARTICULO 267 DEL -
CODIGO CIVIL Y COMENTARIO.

Artículo 267.- Son causas de divorcio:

I.-

XVII.- El mutuo consentimiento

Hablando del mutuo consentimiento, podemos señalar que éste consiste en la coincidencia de voluntades libremente expresada por parte de los cónyuges ante la autoridad competente, con el propósito de disolver el vínculo matrimonial que los une, sin invocación de causa es pecífica alguna más que el acuerdo de voluntades.

Hay que manifestar que en la actualidad, muchos matrimonios proceden a divorciarse, por mutuo consentimiento, buscando con ello una salida a los problemas conyugales, trayendo como consecuencia la ines tabilidad matrimonial provocada por las constantes desavenencias entre los esposos.

Al hablar del surgimiento del mutuo consentimiento, haremos una breve reseña de como ha sido regulado; por lo tanto nos trasladaremos a Roma, Francia, el Código Civil de 1870, 1884 y la ley de relaciones familiares.

En el derecho romano, ..."el divorcio podía efectuarse de dos --

maneras: a).- Bona gratia, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; b).- Por re pudiación, es decir, por la voluntad de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitada y casada con su patrono..." (1)

De acuerdo a lo anterior podemos comentar que desde el derecho romano existía ya, lo que en la actualidad llamamos divorcio voluntario y divorcio necesario. Así mismo diremos que en esta época el divorcio dependía únicamente de la voluntad de los consortes.

"En realidad, la idea del divorcio voluntario que parte del Código francés, se debe a Bonaparte, quien logró imponerla, no obstante la opinión contraria de quienes intervinieron en la redacción del Código que lleva su nombre.

Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio voluntario, en parte por la posibilidad de que Josefina no le diese hijos, y también porque pensaba que el divorcio voluntario constituye una forma conveniente de ocultar causas graves; causas que puedan ser muy escandalosas, que puedan originar la deshonra, el desprestigio, el descrédito de uno de los cónyuges. ¿ Para que obligarlos a un divorcio necesario en que se tenga que exhibir ante los tribunales públicamente, por ejemplo: el adulterio de la mujer o del hombre, o la comisión

 (1) Petit, Eugéne. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional. México 1980. p. 110.

de un delito en contra de la mujer o los hijos, o graves hechos inmorales, como prostituir a la mujer, corromper a los hijos?. Mejor que los cónyuge se arreglen solos, oculten la verdadera causa de divorcio y puedan conforme a la ley manifestar que es simplemente que es su -- voluntad divorciarse." (2)

Así mismo Marcel Planiol, señala que "El divorcio por consentimiento mutuo no es necesariamente un divorcio sin causa; pero si por lo menos, un divorcio sin causa determinada en la ley y probada en -- juicio. Justamente era esto que había querido Bonaparte. La necesidad de demandar el divorcio ante los tribunales lo espantaba. Decía que -- era necesario ahogar el escándalo y que recurrir a la justicia sólo -- es útil en los casos graves, por ejemplo, cuando haya adulterio. Más tarde empleaba una argucia para imponer sus sistemas; afirmaba que el consentimiento mutuo es el signo de que el divorcio es necesario y no causa de éste; hace presumir la existencia de una causa real que los esposos desean mantener en secreto y debe dispensárseles el revelar -- la, cubriéndose recíprocamente la vergüenza y ridículo." (3)

En base a lo anterior expuesto, podemos comentar que de acuerdo a la evolución de el divorcio que en este momento estamos desarrollando, sigue habiendo una gran diferencia entre lo que es el divorcio -- voluntario y el divorcio necesario.

En este orden de ideas vamos a ver que el Código Civil de 1870, -

- (2) Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México 1983.p. 408.
- (3) Marcel Planiol, citado por Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1962. p. 41, 42.

únicamente regula el divorcio por separación de cuerpos, estableciendo siete causales; en las cuales no se aceptaba el divorcio vincular. Este Código tuvo únicamente vigencia 14 años, pues en 1884 entró en vigor el segundo Código Civil, quien reprodujo los preceptos del Código anterior en cuanto al divorcio, reduciendo los trámites del mismo considerablemente.

Así fue como la ley de relaciones familiares, estableció el divorcio como disolución del vínculo conyugal, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro nuevo matrimonio, reconociendo numerosas causas de divorcio, incluyendo también el mutuo consentimiento de los cónyuges.

Esto nos da pauta para señalar que a lo largo de la evolución del derecho y más aún en lo que toca al divorcio, éste ha tenido diferentes aspectos, ya que desde principios de la humanidad y a través de la historia, se ha establecido que existen en nuestro sistema jurídico dos tipos distintos de divorcios, que son: el divorcio necesario y el divorcio voluntario (judicial y administrativo), por lo cual considero que tanto uno como el otro no deben mezclarse entre sí, ya que son dos cosas totalmente distintas; en seguida vamos a estudiar en forma comparativa estas diferencias en las dos clases de divorcio.

El mutuo consentimiento lo definimos anteriormente como el acto jurídico del cual existe coincidencia de voluntades libremente expresadas por parte de los cónyuges por ante la autoridad competen-

te, con el propósito de disolver el vínculo matrimonial que los une, sin invocación de causa específica alguna más que el acuerdo de voluntades.

El divorcio necesario es el acto jurídico por virtud del cual uno de los cónyuges reclama del otro, alguna de las causales establecidas por la ley, con el objeto de disolver el vínculo matrimonial.

Dentro de estas dos definiciones vamos a establecer ciertas diferencias: en el mutuo consentimiento, hay acuerdo de voluntades, en tanto que en el divorcio necesario, hay un quebrantamiento de la voluntad, es decir, uno de los cónyuges reclama al otro; en el mutuo consentimiento, se invoca el acuerdo de voluntades, sin especificar causa alguna; en el divorcio necesario es importante fundamentar el mismo con cualquiera de las causales señaladas en la ley.

Bien, una vez indicadas estas diferencias, vamos ahora a manifestar, quienes son parte en los juicios de divorcio, tanto voluntario (judicial) como necesario.

En el divorcio voluntario judicial, son parte en el mismo, los cónyuges y el C. Agente del Ministerio Público..(este se encarga de vigilar los derechos e intereses de los menores de edad e interdictos, independientemente de que se cumplan estrictamente las leyes -- relativas al divorcio).

En el divorcio necesario únicamente son parte en el juicio los cónyuges.

Ahora bien, dentro del medio jurídico hay gente que se pregunta

si el divorcio voluntario judicial es un verdadero juicio.

En razón a esto, el maestro Eduardo Pallares, manifiesta que ---
 "Para demostrar que es un verdadero juicio, parto del principio de --
 que la jurisdicción voluntaria se caracteriza porque en ella no hay -
 cuestión entre partes, según expresamente lo previene el Código. Aho-
 ra bien, en el divorcio no hay cuestión entre partes porque se presu-
 pone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y -
 en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial -
 si no la obtienen, el juez no puede decretar el divorcio, porque es -
 condición de este punto, la validez del propio convenio declarado y -
 reconocido por sentencia firme.

No obstante lo anterior existe una cuestión entre partes porque,
 ordena según la ley, lo es también el Ministerio Público, que debe --
 examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla. Por-
 lo tanto, la cuestión entre partes en el divorcio voluntario judicial
 no es la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del conve--
 nio de los esposos que someten al dictamen del Ministerio Público y -
 a la aprobación del juez. Este punto contencioso, en realidad, es el
 punto de controversia del divorcio, por lo cual el procedimiento no -
 debe de incluirse en la jurisdicción voluntaria, sino en la contencios
 sa. La cuestión entre partes concierne a los intereses económicos, a
 la educación y al ejercicio de la patria potestad respecto a los hi--
 jos, intereses éstos que afectan directa o indirectamente a la socie-
 dad incluso al Estado." (4)

(4) Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa. Mé-
 xico 1987. Quinta Edición. p. 44, 45.

Podemos comentar que estamos de acuerdo con la idea del maestro - Eduardo Pallares, toda vez que en la jurisdicción voluntaria, no se - requiere la decisión del juez, ya que han de resolverse únicamente si- tuaciones jurídicas que ya existen, por lo tanto el juez no resuelve - nada y como consecuencia no se requiere de la autoridad del mismo.

En cambio en el divorcio voluntario, el juez interviene para la - formación o creaciones de nuevas situaciones jurídicas pronunciando la resolución correspondiente. En la jurisdicción voluntaria no hay con- flicto de intereses, en tanto que en el divorcio voluntario hay una -- cuestión entre partes que es el convenio.

Hablando dentro del divorcio voluntario, el convenio, nos dice el maestro Eduardo Pallares "Este es un verdadero contrato de derecho pú- blico, porque tanto el Estado como la sociedad, están interesados en - que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divor- cio, cuenta habida de que existen los intereses de los hijos menores - y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, todo lo cual- concierne a la institución de la familia.

Es un contrato sui géneris, porque la ley obliga a los consortes- a incluir en él diversas estipulaciones sin las cuales carece de vali- dez y eficacia jurídica. En otros términos, los consortes no tienen -- plena libertad para otorgarlo fuera de las prescripciones legales." --

(5)

(5) Pallares, Eduardo. Ob. Cit. p. 48, 49.

Podemos comentar que estamos de acuerdo con la filosofía del jurista Eduardo Pallares, ya que el convenio dentro del divorcio voluntario tiene el carácter de ser de orden público en virtud de que la voluntad de las partes, sólo puede renunciarse siempre y cuando no afecte terceros, y en este caso, si se renuncia al convenio, se estará afectando intereses de terceros como serían los hijos, es por ello que la ley le dá al convenio ese carácter.

En base a lo que se ha expuesto en los capítulos anteriores, así como en el presente capítulo, llegamos a la conclusión de que el divorcio voluntario y el divorcio necesario, son totalmente distintos, desde el momento en que se inicia la acción, porque hay que fundamentar la demanda en cualquier causa establecida en la ley; las partes que intervienen en el divorcio y su procedimiento. Por lo que consideramos que la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil no debería estar incluida dentro de las causales de divorcio, toda vez que para que exista la causa de divorcio se necesita que uno de los cónyuges cometa en contra del otro cónyuge un delito, que exista o se constituya el algún hecho inmoral, que haya incumplimiento en alguna de las obligaciones matrimoniales, cuando exista alguna conducta desleal o que se invoque alguna de las causas denominadas remedio. Pues bien, ninguna de las causas anteriores toca el mutuo consentimiento, lo que trae como consecuencia que las causales de divorcio se caracterizan porque una de las partes esta en desacuerdo con la otra, ya sea por su comportamiento, por su conducta o por que incumpla con

ciertas obligaciones; lo cierto es que para que se dé el divorcio se necesita que cualquiera de los cónyuges caiga dentro de los supuestos que señala el artículo 267 fracción de la I a la XVIII, así como el artículo 268 del Código Civil, y que una vez que se caiga dentro del supuesto, la parte que no dió pauta a ese supuesto, la invoque o las invoque las causas, solicitando de inmediato el divorcio. Caso totalmente contrario en el divorcio por mutuo consentimiento, esta causal se caracteriza, porque ninguno de los cónyuges en forma individual -- esta dando causa para el divorcio, ya que ambos cónyuges por el acuerdo de voluntades deciden disolver el vínculo matrimonial que los une, lo que trae como consecuencia el divorcio por mutuo consentimiento, sin que exista el quebrantamiento de la voluntad de los cónyuges, que es lo que sucede realmente en el divorcio necesario.

Al respecto el jurista Alberto Pacheco Escobedo, nos señala que que ...El último párrafo del artículo 272 orienta a los cónyuges para que si no se encuentran en ninguno de los casos previstos por éste, no pierdan la esperanza del divorcio sino que acudan al poder judicial. El divorcio voluntario judicial puede ser, según anotamos, voluntario o con causa.

El divorcio voluntario necesita del común acuerdo de los divorciantes. El divorcio con causa en cambio, debe fundarse en alguna de las fracciones del artículo 267 (con excepción de la fracción XVII) o en el supuesto del artículo 268. Estas son las llamadas causales de divorcio.

Es de advertir que en el divorcio con causa, sólo uno de los cónyuges quiere divorciarse, pues en otra forma, los divorciantes recurrirían al divorcio por mutuo consentimiento. Sin embargo, la sola voluntad de uno de los cónyuges no es eficaz para producir el divorcio; nuestro derecho no ha llegado aún al repudio unilateral para disolver el matrimonio. Normalmente la voluntad del divorcista es la del cónyuge inocente o sano, pero hay casos en que el solicitante del divorcio es el culpable.

Así complementando lo anterior el citado autor agrega. Preferimos llamar con causa al divorcio que normalmente se llama necesario, porque consideramos como impropia ésta denominación, ya que ningún divorcio es necesario si los cónyuges no lo quieren, no obstante que el texto legal usa en ocasiones esa terminología equivocada. (6)

Podemos comentar que el jurista Alberto Pacheco Escobedo considera que hay divorcio con causa (necesario) y divorcio voluntario (sin causa), y realmente estamos de acuerdo con su ideal, ya que el mutuo consentimiento no es causa de divorcio, en virtud de que el acuerdo de voluntades no da causa a otra cosa; lo que verdaderamente hace el acuerdo de voluntades es crear otro nuevo acto jurídico que es el divorcio, esto es, no se está dando causa, sino que se está creando un nuevo acto de derecho. Toda vez que como lo señalamos anteriormente para que exista causa de divorcio (necesario), se necesita el quebrantamiento de la voluntad de alguno de los cónyuges, y en el divorcio voluntario no hay ninguna causa, es decir, ningún quebrantamiento

(6) CFR. Pacheco Escobedo Alberto. "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Ed. Panorama. Segunda Edición. México 1985. p. 161, 162.

tamiento de la voluntad de alguno de los cónyuges. Por lo que señalamos que la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil vigente, - esta mal encuadrada en ese artículo, esto es, debería esta fracción - estudiarse forma separada en artículo de nueva creación, ya que realmente no sabemos cual fue la idea del legislador en agrupar el divorcio necesario y el divorcio voluntario. Tan es diferente este tipo -- de divorcio, que las partes en ambos son distintas, las acciones son distintas y para no ir más lejos su procedimiento es totalmente dis -- tinto.

Es necesario señalar que el acuerdo de voluntades es factor de -- terminante para que el acto pueda existir, puesto que habiendo ausencia de voluntad es imposible que exista el acto. Así mismo hay que -- manifestar que el papel que juega la voluntad en los actos jurídicos -- es preponderante, y ello se debe, fundamentalmente al reconocimiento -- del legislador.

B).- TRANSCRIPCIÓN LITERAL DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMENTARIO.

Artículo 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nu lidad del matrimonio por causas que no haya justificado o se hubiere -- desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del deman -- dado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no -- podrá hacerlo sino pasados tres meses de la última sentencia o del -- auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cón --

yuges no están obligados a vivir juntos.

Al respecto la tratadista Sara Montero Duhalt, manifiesta que -- "Aunque el legislador reguló esta causal en forma autónoma, es decir, fuera de la enumeración de las dieciocho causales que señala el artículo, la razón de la misma es idéntica a las demás, a sea, la constatación del rompimiento del afecto matrimonial, si un cónyuge ha solicitado el divorcio o la nulidad del matrimonio, significa que ya no quiere seguir casado con su pareja. Si posteriormente no pudo justificar debidamente su demanda, no obtendrá la disolución legal del matrimonio, pero el mismo quedará roto de hecho. En este caso el cónyuge-demandado obtendrá para sí esta especial causa de divorcio.

Esta causal puede prestarse, creemos a serias injusticias en cuanto al cónyuge que demandó primero la nulidad del divorcio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente al tenor del artículo 268. Normalmente el juicio de divorcio se pone en manos de un abogado que es el encargado de presentar a tiempo las pruebas suficientes. Si por negligencia o torpeza se pierde el juicio de nulidad o de divorcio, estas causas no son imputables al que va a sufrir las consecuencias del subsiguiente divorcio y del que pueda resultar cónyuge culpable. Se precisa por lo tanto, norma expresa en el Código en la que se señala que en caso del artículo 268, ambos cónyuges conservarán lo recibido por el otro o por terceros, o el caso contrario, que ambos se devolverán recíprocamente sus donaciones, pues los dos pueden ser recíprocamente causantes del divorcio, para no ha-

blar de culpable y de inocentes. Estas expresiones de culpabilidad o inocencia, por extensión, creemos que debieran desaparecer de todas las causas de divorcio que juzgamos, puedan reducirse a una sola: el matrimonio se ha roto.

El artículo 268 señala que para pedir esta causa de divorcio, -- deben dejarse pasar tres meses de la notificación de la última sen -- tencia. Tal sentencia no puede ser otra que la que en definitiva es -- tablezca la cosa juzgada, o sea la de amparo, cabiendo inclusive, --- con relación a ella, la distinción de que si la misma niega la pro -- tección constitucional, a partir de su notificación será cuando deba -- computarse el término de los tres meses que es a partir de su pro -- nunciamento cuando queda firme la resolución de segunda instancia. -- Tal es el criterio sustentado por la Corte.

En las últimas reformas habidas en esta materia (D.C. de 27 de -- 27 de diciembre de 1983), esta causa fue adicionada con las palabras "o se haya desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado". Consideramos que esta adición va en contra del artículo 281 que prescribe que "el cónyuge que no haya dado causa de divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo..." el desistimiento de una demanda de divorcio lleva implícito, creemos, el perdón de la causa que motivó la demanda." (7)

(7) Montero Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1985. p. 238, 239.

Podemos comentar, al respecto que lo interesante de este artículo es que la ley no determina quien de los cónyuges quedará a cargo -- de la patria potestad de los menores, en este sentido, consideramos -- que el legislador tuvo gran acierto al no señalar quien perdería o -- conservaría la patria potestad de los hijos de los cónyuges.

En cuanto a este artículo, no entendemos cual fue la intención -- del legislador en establecer en forma por separada tal artículo de -- las dieciocho causales, lo cierto es que debería estar éste artículo -- integrado en el artículo 267 del Código Civil como la fracción número XIX, ya que realmente dicho artículo es una verdadera causa de divorcio, toda vez que como lo manifiesta la jurista Sara Montero Duhalt, -- en el cual estamos de acuerdo con su ideal, en que este artículo es -- idéntico a las demás causas de divorcio, es decir existe el quebran -- tamiento del afecto matrimonial de uno de los cónyuges que es el fun -- damento o base del matrimonio. Independientemente de lo anterior, mu -- chos tratadistas entre ellos Rafael Rojina Villegas y Manuel F. Chá -- vez Ascencio, consideran que éste artículo como una causa de divorcio especial; en el sentido práctico vamos a señalar que esta causa no -- tiene nada de especial, tomando en cuenta que son parte en juicio de -- divorcio únicamente los cónyuges, así mismo queremos hacer notar que -- el procedimiento para el divorcio fundándose en el artículo 268, es -- el mismo procedimiento que se aplica a las demás causas de divorcio -- con excepción de la fracción XVII del artículo 267 (el mutuo consen -- timiento, que tiene distintas partes en el juicio y su procedimien --

to es totalmente distinto a las demás causas de divorcio); así mismo --siguiendo el artículo 268, éste produce los mismos efectos que las --demás causas de divorcio, luego entonces no es distinta a las demás --causas de divorcio, mucho menos, no tiene porque estar encuadrado en --artículo por separado. En virtud de lo anterior, dicho artículo (268) --debería de agruparse como la causal XIX del artículo 267 del Código --Civil.

CAPITULO VII

A).- JURISPRUDENCIA

Debido a que toda vía no se han logrado ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que formen jurisprudencia, respecto a la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, hablaremos de una tesis en relación a esta causal, que han resuelto juicios de amparo seguidos sobre esta fracción XVII del citado artículo del ordenamiento legal antes invocado.

"DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, NO PUEDE DECRETARSE DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO NECESARIO. Si el tribunal responsable había llegado a la razonada conclusión de que el actor no había probado las causales de divorcio que esgrimió en su demanda, y que la reo no había exigido en la vía reconvenicional la misma disolución por cualesquiera otras causas, estaba obligado a absolver a la demandada de las prestaciones exigidas por el actor, dejando subsistente el vínculo matrimonial que los une, y debió abstenerse de decretar el divorcio por mutuo consentimiento, vía que las partes no eligieron y que por su misma naturaleza es incompatible con el ejercicio de una acción contradictoria de divorcio necesario, so pena de vulnerar los principios elementales de la congruencia, iniciativa y disposición del proceso, consagrados en el artículo 694 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, consideración aparte de que el divorcio por mutuo consentimiento tiene señalada una tramitación es -

pecial en los artículos 1395 a 1403 del invocado ordenamiento procesal.

Directo, 987/1950. Santiago Plancarte Zamudio. Resuelto el 16 de abril de 1952, por unanimidad de 5 votos. Ponente, el señor Ministro Tena Ramírez." (1)

De acuerdo a la anterior tesis jurisprudencial referida al mutuo consentimiento, en relación a cualquier otra causal que enumera el artículo 267, así como el artículo 268 del Código Civil del Distrito Federal, como se señala acertadamente en dicha tesis, son contradictorias; ya que como lo señalamos en el capítulo anterior, el divorcio voluntario como el divorcio necesario son totalmente distintos, desde la causal que se invoca, las partes que en el intervinen y su procedimiento. Por lo tanto en nuestra opinión vamos a manifestar que el mutuo consentimiento debe de tener una tramitación especial y estudiarse en forma separada de las demás causas de divorcio.

B).- CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Estado debe procurar el sano desarrollo y establecimiento de la familia como célula básica de la sociedad, ya que la solidez del núcleo familiar, constituye sin duda alguna, una garantía para fortaleza de la nación.

SEGUNDA.- La administración de la justicia debe de luchar por -----

(1) Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa. -- Quinta Edición. México 1987. p. 181, 182.

mantener el interés de mejorar el régimen jurídico de la familia, --
asegurando realmente la igualdad entre los cónyuges, favoreciendo y
dando mayor protección a los hijos, garantizado ésto por los medios--
adecuados para la preservación de las relaciones familiares.

TERCERA.- Nuestro sistema jurídico al igual que en otros países
es producto de fenómenos sociológicos, políticos, económicos y an --
tropológicos que se dan en una sociedad. Para que las normas jurídi--
cas funcionen deben adecuarse continuamente a la época y realidad --
social, ya que el factor jurídico debe ser también un factor constan--
te y dinámico.

CUARTA.- El divorcio se presenta como una institución que apa--
rentemente contradice los fines del matrimonio, sobre todo para los--
hijos puede llegar a ser un mal necesario, un mal menor, que puede --
ser utilizado en determinado momento valga la similitud, con un --
miembro que es amputado a un enfermo de gangrena, quien será siempre
un inválido con limitaciones y desventajas en la vida, aunque éste --
haya sido el precio de su propia existencia.

QUINTA.- Nuestro Código Civil adolece de haber establecido como
causal de divorcio la fracción XVII del artículo 267 que se refiere--
al mutuo consentimiento.

SEXTA.- No es causal de divorcio el mutuo consentimiento por ya
prever el Código Civil en el artículo 272 del propio ordenamiento --
la tramitación del divorcio voluntario.

SEPTIMA.- Debe de substituirse la fracción XVII del artículo - 267 del Código Civil por la disposición del artículo 268 del propio ordenamiento.

OCTAVA.- El artículo 268 del Código Civil no debe de ser autónomo en virtud de establecer causal de divorcio, por lo tanto, debe de llenar el espacio de la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil.

NOVENA.- Ordenándose la reglamentación de las causales de divorcio que se propone, agilizaría la tramitación de divorcio sin dar a confusión que el artículo 268 del Código Civil fuera una causal autónoma.

DECIMA.- La propuesta al planteamiento que se hace no es de forma, sino de fondo, pues hablando sólo de causales del artículo 267 - del Código Civil; debe derogarse el artículo 268, formando parte como causal de divorcio, la propuesta de que el cónyuge no pruebe una causal.

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

- 1.- CHAVEZ ASCENCIO MANUEL F. "LA FAMILIA EN EL DERECHO" EDITORIAL--
PORRUA. PRIMERA EDICION. MEXICO 1985.
- 2.- DE IBARROLA ANTONIO. "DERECHO DE FAMILIA". EDITORIAL PORRUA. TER
CERA EDICION. MEXICO 1984.
- 3.- DE PINA RAFAEL. "DERECHO CIVIL MEXICANO". EDITORIAL PORRUA. DE -
CIMA EDICION. MEXICO 1987.
- 4.- FLORESGOMEZ GONZALEZ FERNANDO Y CARBAJAL MORENO GUSTAVO. "NOCIO-
NES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO". EDITORIAL PORRUA. MEXICO ---
1976.
- 5.- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. "INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL -
DERECHO MEXICANO". EDITORIAL TEXTOS UNIVERSITARIOS. MEXICO 1971.
- 6.- GALINDO GARFIAS IGNACIO. "DERECHO CIVIL". EDITORIAL PORRUA ME --
XICO 1973.
- 7.- GONZALEZ JUAN ANTONIO. "ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL". EDITORIAL -
TRILLAS. OCTAVA REIMPRESION. MEXICO 1985.
- 8.- MAYAGOITIA ALBERTO. "TODO LO QUE USTED DEBE SABER SOBRE MATRIMO-
NIO Y DIVORCIO". EDITORIAL PANORAMA. PRIMERA EDICION. MEXICO ---
1984.
- 9.- MAZEAUD HENRI LEON. "LECCIONES DE DERECHO CIVIL". EDICIONES JU -
RIDICAS EUROPA AMERICA Vol. IV BUENOS AIRES 1976.
- 10.- MONTERO DUHALT SARA. "DERECHO DE FAMILIA". EDITORIAL PORRUA SE -
GUNDA EDICION. MEXICO 1985.
- 11.- PACHECO ESCOBEDO ALBERTO. "LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXI -
CANO". EDITORIAL PANORAMA SEGUNDA EDICION. MEXICO 1985.
- 12.- PALLARES EDUARDO "EL DIVORCIO EN MEXICO". EDITORIAL PORRUA. PRI-
MERA EDICION. MEXICO 1968.
- 13.- PALLARES EDUARDO "EL DIVORCIO EN MEXICO". EDITORIAL PORRUA. QUIN
TA EDICION. MEXICO 1987.
- 14.- PETIT EUGENE. "TRATADO DE DERECHO ROMANO". EDITORA NACIONAL. ME-
XICO 1980.

- 15.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. " COMPENDIO DE DERECHO CIVIL". EDITORIAL PORRUA. DECIMA OCTAVA EDICION. MEXICO 1982.
- 16.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "DERECHO CIVIL MEXICANO". EDITORIAL - PORRUA. TOMO II SEXTA EDICION. MEXICO 1983.
- 17.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. "DERECHO CIVIL MEXICANO". TOMO II DE - RECHO DE FAMILIA. VOLUMEN II. EDITORIAL ANTIGUA LIBRERIA RO - BREDO. MEXICO 1962.
- 18.- SANCHEZ CORDERO DAVILA JORGE A. "INTRODUCCION AL DERECHO ME - XICANO". EDITADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE ME - XICO. MEXICO 1981.
- 19.- SOUSTELLE JACQUES. "LA VIDA COTIDIANA DE LOS AZTECAS EN VIS - PERAS DE LA CONQUISTA". EDITORIAL FONDO DE CULTURA ECONOMICA. SEPTIMA REIMPRESION. MEXICO 1984.

L E G I S L A C I O N E S

- 20.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LEYES Y CODIGOS DE ME - XICO. EDITORIAL PORRUA S.A. EDICION 54a. MEXICO 1986.
- 21.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. -- LEYES Y CODIGOS DE MEXICO. EDITORIAL PORRUA S.A. 35a. EDICION. MEXICO 1988.
- 22.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. EDITO - RIAL PORRUA S.A. 82a. EDICION. MEXICO 1987.
- 23.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LEYES Y CODIGOS DE ME - XICO. EDITORIAL PORRUA S.A. EDICION 44a. MEXICO 1988.