

PARA EL DESARROLLO TOTAL



321309  
26.  
22.  
**UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC, A.C.**

ESCUELA DE DERECHO

Estudios Incorporados a la U.N.A.M. Clave 321309

SITUACION JURIDICA DEL MENOR DE  
EDAD EN EL DIVORCIO NECESARIO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A ;

MIGUEL ANGEL LAZCANO CAMPOS

DIRECTOR DE TESIS:

Lic. Mauricio Oseguera Guzmán

Céd. Prof. 1278228

México, D. F.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

1991



## **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   G E N E R A L

	Pág.
Dedicatoria .....	IV
Introducción .....	IX

### C a p í t u l o   I Generalidades del Divorcio

1.1 Generalidades .....	1
1.2 Familia .....	1
1.3 Matrimonio .....	3
1.4 Divorcio .....	5

### C a p í t u l o   I I Antecedentes Históricos

2.1 El Divorcio en Roma .....	6
2.2 Divorcio en la Edad Media .....	9
2.3 El Divorcio en la Teología .....	9
2.4 Derecho Musulmán .....	13
2.5 Divorcio en la Legislación Española .....	16
2.6 Ley Sobre Relaciones Familiares .....	17

### C a p í t u l o   I I I E l   D i v o r c i o

3.1 El Divorcio .....	21
3.1.1 Concepto Propio .....	22
3.1.2 Concepto Etimológico .....	22
3.1.3 Concepto Jurídico de Divorcio .....	22
3.1.4 Concepto de Divorcio de Rojina Villegas .....	22
3.2 Naturaleza Jurídica de la Disolución del Vínculo Matrimonial .....	23

3.3 Divorcio por Separación de Cuerpos .....	23
3.4 Divorcio Vincular .....	25
3.5 Divorcio Voluntario .....	27
3.6 Divorcio ante el Juez del Registro Civil .....	29
3.7 Divorcio Voluntario Judicial .....	32
3.7.1 Competencia .....	34
3.7.2 Procedimiento .....	34
3.8 Divorcio Necesario .....	39
3.8.1 Procedimiento .....	40
3.8.2 Etapas del Procedimiento .....	42

## Capítulo IV

### Causas de Divorcio

4.1 Clasificación de las Causas de Divorcio .....	47
4.2 Causas de Divorcio Contenidas en el Art. 267 .....	49
4.2.1 Primera Causa .....	49
4.2.2 Segunda Causa .....	53
4.2.3 Tercera Causa .....	56
4.2.4 Cuarta Causa .....	61
4.2.5 Quinta Causa .....	63
4.2.6 Causa Sexta y Séptima .....	66
4.2.7 Octava Causa .....	69
4.2.8 Novena Causa .....	72
4.2.9 Décima Causa .....	73
4.2.10 Décima Primera Causa .....	75
4.2.11 Décima Segunda Causa .....	80
4.2.12 Décima Tercera Causa .....	84
4.2.13 Décima Cuarta Causa .....	86
4.2.14 Décima Quinta Causa .....	88
4.2.15 Décima Sexta Causa .....	90
4.2.16 Décima Séptima Causa .....	91
4.2.17 Décima Octava Causa .....	92
4.3 Artículo 268 del Código Civil .....	93
4.3.1 Desistimiento de la Acción o de la Demanda .....	94
4.3.2 Artículo 268; como Injuria .....	95

**C a p í t u l o   V**  
**Efectos del divorcio**

5.1 Efectos del Divorcio Voluntario .....	96
5.2 Efectos Provisionales .....	97
5.2.1 Relativos a los Cónyuges .....	97
5.2.2 La Mujer Embarazada .....	97
5.2.3 Relativos a los Hijos .....	98
5.2.4 Relativos a Alimentos .....	99
5.2.5 En Relación a los Bienes .....	101
5.3 Efectos Definitivos del Divorcio Voluntario .....	101
5.3.1 Alimentos .....	101
5.3.2 Patria Potestad y Derecho de Visistas .....	102
5.4 Efectos del Divorcio Contencioso .....	105
5.5 Efectos Provisionales .....	105
5.5.1 Relativos a los Cónyuges .....	106
5.5.2 En Relación a los Hijos .....	106
5.5.3 La Mujer Embarazada .....	108
5.5.4 Alimentos .....	109
5.5.5 En Relación a los Bienes .....	110
5.6 Efectos Definitivos en el Divorcio Contencioso .....	110
5.6.1 En Relación a los Cónyuges .....	110
5.6.2 Capacidad de la Mujer Divorciada .....	111
5.6.3 Apellido .....	112
5.6.4 Daños y Perjuicios .....	113
5.7 Alimentos .....	114
5.7.1 Alimentos para el Cónyuge Inocente .....	114
5.7.2 Alimentos a los Hijos Habidos en el Matrimonio .....	115
5.8 Seguridad Social .....	118
5.9 Disolución de la Sociedad Conyugal .....	119
5.10 Paternidad de los Subsecuentes Hijos de la Mujer Divorciada .....	120

**C A P I T U L O   V I**  
**TUTELA DE LA NORMA JURIDICA RELATIVA A LOS HIJOS**

6.1 Fundamento Constitucional .....	122
-------------------------------------	-----

6.2 Fundamentación en las Leyes Locales .....	124
6.2.1 Estado de Chihuahua .....	124
6.2.2 Código Civil de Tamaulipas .....	124
6.2.3 Código Civil para el Distrito Federal .....	124
6.3 Código Penal para el Distrito Federal .....	126
6.4 Código de Procedimientos Civiles .....	128

**C A P I T U L O   V I I**  
**C O N C L U S I O N E S**

Conclusiones .....	130
Bibliografía .....	139
Indice .....	141

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

El propósito de la presente obra es exponer la problemática que surge en un divorcio. Para ello se define en el capítulo primero: la familia, el matrimonio y el divorcio.

Se cita en el capítulo segundo los antecedentes históricos relativos a la familia, incluyendo al matrimonio y finalmente se menciona el divorcio.

En los siguientes capítulos se comenta en general las causales de divorcio, la tutela jurídica relativa al menor de edad.

En el último y penúltimo capítulos se comenta la inquietud y motivación que da nacimiento a esta tesis; en el sentido de que en nuestra sociedad, tan compleja en su estructura en condiciones normales, esto es: existiendo papá mamá e hijos, se presentan situaciones y momentos difíciles, los que se agravan más con la problemática económica y social. Aunado a esto, sí se da un divorcio, definitivamente surge el caos en los personajes supuestamente ya formados en cuanto a su personalidad se refiere, que son los padres. Lo peor del caso es que se daña a los infantes, que son el futuro y esperanza de nuestra sociedad, los que tienen tareas muy difíciles como por ejemplo: la paz nacional e internacional mediante la equidad y progreso socioeconómico. Estos personajes tan importantes, tan grandiosos, pero tan minúsculos en tamaño, no están siendo debidamente protegidos por el derecho, se les da equivocadamente una importancia de acuerdo a su tamaño, que por regla general es muy pequeña.

En el capítulo de las conclusiones se abunda lo suficiente respecto a la protección del menor de edad.

## C A P I T U L O I

### GENERALIDADES DEL DIVORCIO

#### 1.1 Generalidades.

El divorcio, según nuestra legislación actual, pone fin al matrimonio. El artículo 266 del Código Civil vigente para el Distrito Federal (C.C.), estipula:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Pero no tan solo termina el matrimonio, termina la integración familiar que debe existir.

Biológicamente hablando no es posible interpretar ni dar tratamiento a seguir de una enfermedad, si no se conoce el estado normal de una persona sana, esto es: no es posible entender la Patología si no se comprende previamente la Fisiología. Así, no es posible hablar de Divorcio si no se sabe que es el Matrimonio y la Familia.

#### 1.2 Familia.

Existen varias acepciones del concepto "Familia", de las cuales me he permitido seleccionar e interpretar las que a mi parecer son más completas:

Familia.- Núcleo Social, unido por vínculo sanguíneo, o bien, a través del vínculo matrimonial. Sus integrantes por lo general cohabitan en forma permanente bajo un mismo techo. (1)

---

1 Arias, José, Derecho de Familia, 2a. edición, Editorial Kraft, Buenos Aires 1952, Págs. 35 y 36.

La definición parece completa y solo me queda comentar que pueden ser ambos supuestos incluidos en la misma: si bien es cierto que los lazos sanguíneos de una familia son fuertes, y también los del matrimonio, aún cuando en este último caso no exista vínculo sanguíneo dando lugar al nacimiento de la familia.

Porque es del matrimonio, de la pareja humana de donde se pretende como finalidad formar a la familia. En este sentido se puede decir, que también es cierto que aún cuando exista el vínculo sanguíneo acompañado del vínculo matrimonial se está hablando de una familia.

Lo ideal es que la familia viva bajo un mismo techo, las razones son obvias, de otra forma serían inadecuadas varias de las finalidades y objetivos como son: la ayuda mutua que deben procurarse los cónyuges, la procreación del ser humano y vigilar la educación de los hijos, entre otras.

Para Cicu, la familia:

"Es un conjunto de personas unidas por un vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad." (2)

Un vínculo consanguíneo, al igual que un vínculo matrimonial, independientemente de que en este último caso haya o no descendientes - consanguíneos; en ambos casos existe el vínculo jurídico de que habla el profesor Cicu y consiste en los derechos y obligaciones de los integrantes de la familia.

De esta definición, al referirse "o de afinidad", trató de decir matrimonio, claro está. Para legalizar la afinidad se celebra dicho contrato y a su vez éste contrato da origen a la familia, aunque no existan hijos y esta situación crea el vínculo jurídico del que habla el autor en referencia.

---

2 Cicu, Antonio El Derecho de Familia, trad. Sentis Melendo, Santiago Editorial Ediar, Buenos Aires. 1947, Pág. 27.

### 1.3 Matrimonio

Es conveniente, para entender el Divorcio, definir el Matrimonio en virtud de que aquel disuelve éste, además de que existe una marcada relación entre Familia, Matrimonio y Divorcio.

Una vez ya comprendido el concepto de Familia y al saber que ésta tiene su estructura legal en la Institución llamada "Matrimonio", es fácil comprender; que si el Divorcio pone fin al Matrimonio, luego entones, la Familia se afecta directamente por estar legalizada con el matrimonio.

En este sentido se define al MATRIMONIO.- del latín matrimonium, el que a su vez es un derivado de las voces matrismunium, lo que se interpreta como gravamen, carga y cuidado de la madre. Lo que resulta real; si tomamos en cuenta que la madre tiene una carga antes de nacer el hijo, durante su nacimiento y después del mismo. (3) Pero no necesariamente en el presupuesto de existir el matrimonio; debemos hacer notar que las circunstancias prenatales, al momento del parto y las post-natales no se relacionan siempre con lo que conocemos como matrimonio, y es que una mujer puede tener descendientes sin que para ello esté casada.

Del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Escribano, se expone que el matrimonio es:

"La sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte."

Este concepto se adecúa mejor al actual. Se habla de una legitimación, siendo lo que justamente sucede al expedir el acta de matrimonio el Juez del Registro Civil, misma que surte sus efectos legales para la pareja humana de un hombre y una mujer.

El concepto en cuestión habla de indisolubilidad, lo que no sucede

---

3 Ibarrola, Antonio de, Derecho de Familia, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 1984, Pág. 155.

de así, siendo la finalidad y el objetivo que persigue el Divorcio al disolver el matrimonio y por consiguiente algunas de las obligaciones, dejando subsistentes otras, como es el caso de ministrar alimentos a los menores de edad después de disuelto el matrimonio. Por lo demás, si se pretende la perpetuación de la especie como finalidad - del matrimonio, así como también la ayuda mutua.

Del Diccionario de Derecho, de Rafael de Pina, Matrimonio:

"Unión legal de dos personas de distinto sexo, - realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida." (4)

La parte que se refiere a "todos los fines de la vida", no se está refiriendo a la exclusividad del matrimonio, en virtud de que no - todos los fines de la vida se dan en el matrimonio.

Concepto propio de Matrimonio.- La unión legalizada de dos seres humanos de distinto sexo, teniendo como finalidad la perpetuación de la especie, como consecuencia de la procreación, a la cual los cónyuges les deben derechos que consisten en educar, alimentar y vestir en tre otras cosas a sus hijos, a estas obligaciones que se le confieren tácita y jurídicamente de padres a hijos, nace de una ayuda mutua, - convivencia y armonía entre los miembros de la familia, pero principalmente es responsabilidad de los cónyuges, mismos que deben transmi tir y proporcionar todos los elementos necesarios, tendientes a la su peración de sus hijos en todos los aspectos para formar de ellos una persona y personalidad de la que estén orgullosos los padres, los pro pios hijos y la sociedad.

Una vez ya tomadas las dos premisas: Matrimonio; que presume familia y familia la cuál puede o no estar acompañada de matrimonio, en focaremos nuestra atención al Divorcio.

---

4 Pina, Rafael de, Diccionario de Derecho, 11ª Edición, Editorial Porrúa, México 1983, Pág. 351.

#### 1.4 Divorcio

No obstante que este concepto se tratará ampliamente en capítulo posterior, me concretaré sin embargo a exponerlo someramente.

Planol y Ripert definen al Divorcio como:

"La ruptura de un matrimonio válido en vida de -  
los esposos."

Aun que es breve y cierto éste concepto, me parece que no es jugtamente adecuado en todos los casos, en virtud de que habla de ruptura de matrimonio. No hay que olvidar que el matrimonio es celebrado entre dos personas y que al separarse las mismas pueden ser más de - dos; con frecuencia existen hijos, mismos que en ningún momento consintieron en el matrimonio y que lo más probable es que no consientan en el divorcio.

El concepto en cita toma muy en cuenta a los esposos, pero como la mayoría de conceptos omite incluir en el mismo a los descendientes en su caso.

## C A P I T U L O   I I

### ANTECEDENTES HISTORICOS

#### 2.1 El divorcio en Roma

Fueron varias las causas de disolución del matrimonio en Roma y se describen a continuación las circunstancias más trascendentes.

**Por voluntad del Pater Familias.**- El jefe de la familia por un tiempo tuvo facultad suficiente para disolver el matrimonio del hijo sometido a su potestad paternal, para lo cual bastaba su voluntad.

Lo que motivó a Antonio el Píadoso a y Marco Aurelio para que cesaran este extremo de autoridad paterna.

**Muerte de alguno de los cónyuges.**- Por lo que respecta al hombre éste podía nuevamente casarse tan pronto como lo deseara, en cambio - la mujer debía guardar el término mínimo de diez meses, con el objeto de evitar en un probable parto la confusión por lo que hace a la paternidad. En caso de inobservancia, incurría en infamia la mujer así como el segundo marido y los familiares que teniendo autoridad para - impedir el segundo matrimonio consintieren en él.

**Extinción de la Libertad.**- Cuando a uno de los cónyuges se le - privaba su libertad, esto es; cuándo se le reducía a esclavo, quedaba disuelto el matrimonio, el cual no podía restablecerse aún cuando se cobrara nuevamente la libertad. Excepción hecha cuando los cónyuges pasaran al mismo tiempo a ser esclavos, y además permanecieran en continua cohabitación, en este caso por no considerarse disuelto el - vínculo matrimonial, a sus descendientes se les reconocía como hijos

---

legítimos.(5)

**Divorcio.**- Desde el inicio de Roma el Divorcio se permitió, pero no fueron muy frecuentes los divorcios, en virtud de que la mujer casi siempre se encontraba sometida a la manus del esposo, en una situación similar a la de un hijo y solo le fue otorgada al esposo la facultad de divorciarse mediante el repudio y por causas graves.

En los matrimonios sin manus, ambos cónyuges ante la Ley fueron iguales, de tal forma que cualquiera de ellos podía divorciarse mediante el repudio, estos casos fueron muy raros.

Las cosas cambiaron al final de la República y sobre todo durante el Imperio, en que la "manus" casi se extinguió, presentándose en raras ocasiones, razón por la que la mujer con mayor frecuencia propiciaba el divorcio, al grado de que fue objeto de críticas el hecho de divorciarse tan fácilmente.(6)

Ante la disolución del matrimonio mediante el divorcio, o bien por la muerte del marido, la dote se le restituía a la esposa y en caso de muerte de ésta, se le restituía al padre o a una tercera persona con derecho.(7)

Haciendo la distinción en Roma, del divorcio; éste tiene ciertas características, según sea consecuencia del Matrimonio Cum Manus o Sine Manus:

**Matrimonio Cum Manus.**- El divorcio; según Cicerón se reglamentó por la Ley de las XII tablas, en donde no cabía la invocación del divorcio por parte de la mujer, en virtud de estar sujeta a la Potestad Mariti, de tal forma que solo el hombre tenía facultad de hacer la invocación del divorcio a través del repudio y por causas graves.

---

5 Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Ed. Epoca 1977, Pág. 109.  
6 Idem, Pág. 110.

7 Bialostosky, Panorama del Derecho Romano Ed. Textos Universitarios. 1982, Pág. 91.

**Matrimonio Sine Manus.**- En virtud de este tipo de divorcio ambos cónyuges tenían por igual derecho y suficiente autoridad para invocar el divorcio, el cuál a su vez fue de dos tipos:

- Bona Gratia o Divorcio Voluntario.- En el cual la voluntad mutua di suelva lo que en una ocasión había unido.
- Repudium.- En un principio se invocaba este tipo de divorcio pese a que no existiera causa legítima para la disolución del vínculo matrimonial. Posteriormente, en atención a la relativa facilidad para divorciarse, los Emperadores Cristianos exigían una causa legítma que motivara una promoción de divorcio.

En la Ley Julia de Adulteris se exigió que el cónyuge, al intentar el divorcio lo notificare al otro cónyuge, en presencia de siete testigos en forma oral o escrita.(8)

En este mismo sentido, por lo que se refiere al Repudium, los Romanos coincidieron que no tenía objeto la existencia del matrimonio - si la Afectio Maritalis se había extinguido.

Augusto no tuvo inconveniente en el divorcio por la vía del Repudium, dada su política de fomentar la fertilidad y por consiguiente - la población, opinando que al desaparecer la Afectio Maritalis la pareja se hacía estéril y al disolverse, daba la posibilidad a que se - formaran otras parejas fértiles. Ante la facilidad del divorcio; deja obvia la poca importancia Augusto, de tal forma que según él, para obstaculizar el Repudium, lo enviste de formalidades como la de los - siete testigos.

En estas circunstancias, la esposa, luego de una fuerte discusión, tenía la incertidumbre, al no saber si estaba o no repudiada.

Así, secuencialmente la sociedad fue siendo indiferente a las di soluciones del Matrimonio y el probable freno consistió en que muchas veces lo único que preocupaba al esposo fue disolver la dote matrimonial que recibía en atención a su esposa al momento de contraer matrimonio.

Al asumir al trono Justiniano, existen para disolver el matrimonio cuatro formas, sin que para ello haya una sentencia judicial y -

fueron como se describe a continuación:

- Por mutuo consentimiento;
- Al promover el cónyuge inocente, cuando existía causa legal;
- Sin mutuo consentimiento y sin causa legal, en este caso, si surtía los efectos el divorcio, pero se castigaba al cónyuge que planteó el divorcio.
- Bona Gratia, que aún no existiendo causales de divorcio se hace con veniente la disolución, Vg.: impotencia, y cautividad prolongada de uno de los cónyuges.

Para Lemus García la figura de "Bona Gratia" la identifica como Divorcio Voluntario, cosa que no sucede con Floris Margadán que es el autor en cita, el cuál identifica al divorcio por mutuo consentimiento (o voluntario) como tal y hace notar claramente la diferencia con el divorcio "Bona Gratia".

Justiniano aporta nuevas modalidades, llegando al extremo de restringir el divorcio voluntario.(9)

## 2.2 Divorcio en la Edad Media

Gracias al Derecho Canónico, se da impulso con buen éxito a la indisolubilidad del matrimonio, reservándose la disolución solo a aquellos casos extremos; en que no se soportasen los cónyuges, pero la disolución solo fue en cuanto a cama y mesa, quedando subsistentes los demás derechos y obligaciones propias del vínculo matrimonial.10)

## 2.3 El Divorcio en la Teología

La fuente de indisolubilidad del matrimonio emana del criterio de Jesús Cristo, se unen a este criterio; San Marcos y San Lucas.

En su matiz contrastante, varios padres de iglesia y entre ellos

---

9 Flores Margadant, Guillermo, El derecho Privado Romano 10ª Ed. Editorial Esfinge, México 1981, Págs. 211 y 212.

10 Idem. Pág. 213.

Tertuliano autorizaron el divorcio conforme el texto de San Mateo.

Pioneros en contra del divorcio, por sus acciones fueron: San Agustín, Graciano y Pedro Lombardo. (11)

San Mateo.- Consiente el divorcio; como repudio mediante el libelo, indicando que en este caso el marido se expone al adulterio, lo mismo, aquel que se casa con la repudiada, a excepción del repudio por fornicación, y a la esposa la expone al adulterio, siendo presumiblemente responsable de este último caso el esposo. (12)

San mateo no hace referencia a la mujer, en el sentido de si comete o no adulterio. Se indican dos casos de adulterio:

- 1.- El del esposo que repudió a su mujer, al quedar expuesto a unirse carnalmente con una segunda mujer y
- 2.- Al adulterio del hombre que fornicó con la esposa repudiada.

Si tomamos como premisas los anteriores puntos; llegamos a la conclusión siguiente:

La esposa es manejada a tal grado que el repudio es completamente ajeno a su voluntad, en consecuencia, queda expuesta al adulterio con un hombre distinto a su marido, se presume pasiva su conducta por lo que se refiere al deseo carnal, por tanto ella no ha cometido adulterio, aún cuando forme parte del mismo.

Analizando el criterio filosófico, al que se concluye, sobre el concepto Teológico del adulterio: presupone una maquinación previa al acto carnal, preve la intención de tal deseo (según San Mateo como en el caso del esposo y el otro hombre que se una a la repudiada) pero el hecho de que la mujer corresponda al deseo, ya, al momento de realizar el acto carnal, no constituye propiamente adulterio. Y no lo constituye, porque no se previó la intención de un placer sexual.

Aún en tiempos de Jesucristo no había uniformidad de criterio en cuanto al divorcio:

"La legislación Mosaica permitía el divorcio en estos términos: Si un hombre toma una mujer y a

11 Planiol y Ripert, Derecho de Familia, 1ª Ed., Editorial Cárdenas Editores, Tratado, Cajica José, Puebla 1983, Pág. 14.

12 Biblia Nuevo testamento, trad. del griego Nacar Fuster, Eloíno, 3ª ed., Ed.

Biblioteca de autores Cristianos, Madrid España 1979, Págs. 42 y 44.

su marido ésta luego no le agrada porque ha notado algo torpe le escribirá el libelo de repudio y poniéndoselo en la mano, la mandará a su casa. (Dt. 24,1)

"La exégesis Rabínica no era unánime respecto al sentido de este privilegio. Así en tiempos de - Jesús había dos interpretaciones: una rigorista la de Samuel, que permitía sólo el repudio de - la mujer en caso de infidelidad conyugal de ésta y otra, la de Hillel, benévola, para el marido, pues bastaba cualquier pretexto para repudiar a la mujer, como haber dejado quemarse un poco la comida."(13)

Otro aspecto que se refiere a un beneficio mayor del esposo, se presenta en el siglo II después de Cristo:

"En el siglo II después de Cristo, Rabí Aquiba - dirá que es la razón suficiente para repudiarla si el marido encuentra otra mujer más hermosa, pues en el Deuteronomio se dice: si no agrada a sus ojos."(14)

Definitivamente siento que el problema está en la interpretación de las palabras de Cristo.

Por lo que se refiere a la frase "excepto en caso de fornicación"; esto tiene muy variadas interpretaciones; San Agustín opinó - que Cristo no tuvo la intención de hablar sobre la mujer adúltera.

San Jerónimo opina que Cristo permite la separación de los cónyuges, pero no la disolución del vínculo matrimonial, lo que significa que los cónyuges solo se casan por única ocasión durante su vida. Algunos autores modernos opinan que la frase en cuestión: "Excepto en caso de fornicación", es un agregado Judáico. En contra de esta opinión está el hecho de que la frase existe en todos los manuscritos antiguos y versiones.(15) Esta evidencia me hace inclinar en la idea - de que, en realidad la frase se debe tener por puesta y no como adjudicación Judáica.

En este supuesto, algunos autores creen que aquí la palabra FORNICACION porneía (en griego) responde a un vocablo arameo ZANUTH, que tiene en la literatura Rabínica el sentido técnico-jurídico de matri-

13 Ob. Cit., La Biblia, Págs. 42 y 43.

14 Idem, Pág. 43.

15 Idem.

monio ilegal o concubinato. En este supuesto, la excepción de Cristo es normal: no está permitido el divorcio excepto en caso de matrimonio ilegal o concubinato.(16)

Lo anterior es acorde con las palabras de Cristo, en el sentido de que el concubinato o matrimonio ilegal, es justamente ILEGAL: por no ser celebrado ante Dios.

A continuación se complementa mejor la idea con el siguiente texto: el Repudio (Mc 10, 1-12) san Mateo-19.:

"Se le acercaron unos fariseos con el propósito de tentarle, y le preguntaron: ¿Es lícito repudiar a la mujer por cualquier causa? El respondió: ¿No habeis leído que al principio el creador hizo varón y hembra? y dijo: por esto dejará el hombre al padre y la madre y se unirá a la mujer y serán los dos una sola carne. Por tanto, lo que Dios unió no lo separe el hombre. Ellos le replicaron: entonces, ¿como es que Moisés ordenó dar libero de divorcio al repudiarla?. Díjole él: por la dureza de vuestro corazón os permitió Moisés repudiar a vuestras mujeres, pero al principio no fue así. Y yo digo que quien repudia a su mujer (salvo caso de adulterio) y se casa con otra, adultera."(17)

En este texto se menciona en paréntesis salvo caso de adulterio y debió haber dicho: "salvo caso o excepto en caso de fornicación", para dar la interpretación, de la traducción ya mencionada; excepto en caso de unión ilícita o concubinato.

Consultando el libro del Génesis, tenemos el texto que dice:

"Entonces Jehová hizo caer en sueño profundo sobre Adán, y mientras éste dormía tomó una de sus costillas y cerró la carne de su lugar;  
 "Y de la costilla que Jehová Dios tomó del hombre, hizo una mujer y la trajo al hombre;  
 "Dijo entonces Adán: esta es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; será llamada Varona porque del varón fue tomada.  
 "Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y serán una sola carne."

---

16 Idem. Págs. 43 y 44.

17 Idem, Págs. 91 y 92.

## 2.4 Derecho Musulmán

El derecho Musulmán considera entre otras causas de divorcio: la impotencia de uno de los cónyuges y las enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación. De este último caso, si se consideraba la enfermedad incurable el Cadí procedía a la disolución del matrimonio.

En caso de existir la posibilidad de curación, el Cadí daba un término prudente con la finalidad de extinción del foco patógeno y si cumplido el término persistía la enfermedad, procedía el Cadí a disolver el matrimonio.

Para el caso de impotencia también si existía la posibilidad de recuperar el estado potencial normal se daba un término y en caso de recuperación, no se disolvía el matrimonio, disolviéndose en caso contrario.

Otras de las causas de divorcio fueron el incumplimiento del contrato por ejemplo, que no se le diera la dote al marido, también se le consideraba como causal la falta de ministración de alimentos a la mujer. En estos dos casos, al igual que los anteriores el Cadí concedió un término prudente para que se cumpliera lo pactado y en caso de no cumplirlo en el término concedido se procedía a la disolución del matrimonio.

No tan solo compete en el derecho Musulmán a uno de los cónyuges, compete a cualquiera de ellos solicitar el divorcio.

Causas peculiares son:

Controversia acerca de la cuantía de la dote, sevicias cometidas por el marido en contra de la mujer, por indocilidad de la mujer, etcétera. Estas causales fueron más frecuentemente invocadas por la mujer, en virtud de que el hombre tuvo a su favor la disolución conyugal por medio del repudium.(18)

Adulterio.- El adulterio se menciona como causa especial en el derecho Mahometano, mejor conocido como derecho Musulmán, siendo el adulterio además de causal de divorcio, un delito penal, castigado por la ley. Cuando el marido hace una acusación directa en contra de

la mujer por adulterio, tenga pruebas o no y se declara; no ser padre del hijo de su esposa, para lo cual, en presencia del Juez lo tiene - que afirmar haciendo tres juramentos y un último juramento en el que se le incluirá la maldición divina en caso de mentira.

A lo que a su vez, la acusada deberá contestar a la imputación - que se le hace, también mediante cuatro juramentos, en el último de - los cuales incluirá la maldición divina en caso de mentira. Teniendo como resultado de la controversia anterior que: la mujer reconoció ha ber cometido el delito de adulterio, caso en el cual se libera del de lito penal, no liberándose así del divorcio, mismo que declarará el - Cadí, además de que el marido no se le atribuye la prole.

De lo anteriorse desprende que: cuando la mujer reconoce el adulterio solo se le sanciona civilmente por lo que hace a la causal de divorcio.(19)

**Repudio.**- En el derecho Musulmánico existió el repudio, que solo lo ejercitó el marido en contra de la mujer. De este repudio, se cuen ta que fue muy desagradable para "Alha".

Desde antes de Mahoma ya se practicaba el repudio y Mahoma, en - atención a "Alha" lo obstaculizó, de tal forma que el marido que repu diaba a su mujer lo tendría que hacer mediante juramento y en tres o - casiones, en un término de tres meses, este tiempo servía para refle - xionar sobre la intención de disolver el matrimonio, además durante - el mismo había que ministrar alimentos el marido a la mujer y si du - rante este lapso de tiempo se reconciliaban, las cosas regresaban al estado anterior. Los esclavos también gozaban de la facultad de repu diar a sus esposas.

El repudio aún cuando se pronunciara en una sola ocasión, pero - haciendo la aclaración; que ese deseo de repudio tiene el valor de - tres repudiaciones, fue suficiente para los efectos del divorcio, en este caso no fue necesaria la ministración de alimentos, pero si el - alojamiento.

Aunque el maestro Rojina Villegas no explica cuanto tiempo co - rresponde al alojamiento del repudio triple de una sola ocasión, se -

desprende que fue por el lapso de tiempo de tres meses.(20)

Además del juamento debía existir una causa que justificara el divorcio, aún que no se probase y podría ser adulterio o indocilidad de la mujer.(21)

**Divorcio Consensual y de Continencia.-** En el derecho Musulmán se dio el divorcio Consensual y de Continencia:

**Consensual.-** Mediante este tipo de divorcio el esposo renuncia - sobre los derechos que tiene sobre su mujer, y a su vez ésta paga una compensación a su esposo por dicha renuncia.

**Continencia.-** En el mismo sentido de la palabra, el marido jura abstención sexual con su mujer (caso en el cual y después de transcurridos cuatro meses el juramento de continencia, la esposa tiene facultad para acudir con el Cadí a efecto de exhortar a su marido para que se desista del referido juramento y de no desistir, que opte por repudiar a su mujer y no haciendo esto último, que el Cadí la repudie en su nombre y representación, del esposo). (22)

Jurar abstinencia sexual a la esposa se le consideraba ilícito, pero el maestro Rojina Villegas, como tampoco López Ortiz explican de la ilicitud si se refiere conforme a la Ley, o a la religión Mahometana.

Se considera para el caso de desistir del juramento de abstinencia que surte dos efectos:

- 1.- Que el esposo queda sometido a la alcafera por la infracción al desistir del juramento (la alcafera consistió en espiar al marido)
- 2.- Y que puede reanudar su vida conyugal.

Un tipo especial de juramento es el Zihar, en virtud del cual el esposo jura continencia sexual con su esposa a tal grado como si se tratara de su propia madre, en este juramento se procede a la disolución del matrimonio..

En el juramento Zihar, aún después de la sentencia que declare - el divorcio cabe la POSIBILIDAD de que el marido reanude su vida con-

20 Rojina Villegas, Ob. Cti., Págs. 414 y 415.

21 Idem. Pág. 415.

22 Idem. Pág. 416.

yugal mediante la alcafara apropiada. (23)

De ambos juramentos se desprende que:

Solo le compete al hombre, además el juramento de continencia - tiene diferencias muy notorias en relación con el juramento Zihar. a saber:

a) En el Juramento Zihar tiene como consecuencia la disolución - del matrimonio, cosa que no acontece en el juramento de abstinencia.

b) En el juramento de abstinencia no se puede decir, que propiamente se trate de un divorcio, en virtud de que únicamente se suspende parte de todos los múltiples derechos y obligaciones de los cónyuges, y en este caso en particular, la mujer tiene derecho de exigir - al marido el débito sexual y este a su vez tiene la obligación de proporcionar la relación carnal a su esposo.

De lo anterior debemos tomar en cuenta que justamente esa es la finalidad que persigue el matrimonio: la perpetuación de la especie - como consecuencia del acto carnal.

c) El juramento de abstinencia a diferencia del Zihar, el primero deja en estado de incertidumbre al matrimonio y da pauta a la mujer para que repudie al marido a través del Cadí, se puede decir que solo en estas circunstancias propiciadas por el esposo, la mujer puede tomar la iniciativa de repudiarlo y solo en este caso se le concedía el repudio a la mujer.

Porque de no ser así y en cualquier otra circunstancia el repudio se consideró exclusivo del hombre.

## 2.5 Divorcio en la Legislación Española

Las siete partidas contienen el divorcio en su título noveno, sobresaliendo como causales las siguientes:

- Por adulterio.- Se estipuló que el marido, al saber del adulterio cometido por su cónyuge debía denunciarlo ante el Obispo, o ante su Oficial, so pena de pácado mortal.

- Por haberse celebrado el matrimonio, no obstante existir impedimento dirimente, o bien, siendo cuñados los esposos, lo que constituyó el derecho a exigir la disolución del vínculo matrimonial por a-

nulación, misma que le compete invocar inclusive a un tercero interesado. Excepción hecha en aquellas personas que supiesen estar en pecado mortal, o que se les probase el mismo, a no ser que les correspondiese solicitar la anulación por parentesco.

En la legislación Española no se habla en un principio del divorcio, en virtud de que éste fue regulado por la jurisdicción eclesiástica, a través del paso de los años se fue contemplando más y mejor - el divorcio por la legislación Española.

En el libro tercero, sexto título del Fuero Juzgo, se estipula:

- "1. Se prohíbe que alguno se case con la mujer - que dejó el marido a no ser que supiese que fue dejado por escrito o por testigos.
- "2. Si violare la prohibición, y las personas unidas en el segundo matrimonio fuese de calidad social, el señor de la ciudad, el vicario o el juez, deben dar conocimiento al Rey de ese hecho. Si no son personas de alcurnia social, - las citadas autoridades deben separarlas inmediatamente y poner a disposición del primer marido, tanto a la mujer como al que se casó con ella, a no ser que el marido estuviese ya casado con otra, para que hiciere con ellos lo que fuere su voluntad.
- "3. Si el marido abandona a la 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, está obligado a devolverlo.
- "4. Si la mujer abandonada injustamente, le hubiera dado a su esposo cualquier bien aunque - fuera por escrito, tal donación no valdría."(24)

Como es de notarse "El Fuero Juzgo" contempló abiertamente la - disolución del vínculo matrimonial.

## 2.6 Ley sobre Relaciones Familiares

La Ley Sobre Relaciones Familiares fue expedida con fecha 9 de - abril de 1917, por el Presidente Constitucional Venustiano Carranza.

En su artículo 75 estipula "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

23 Idem.

24 Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, 4ª Edic., Edit. Porrúa, México 1984, Págs. 15, 16 y 17.

Dicho precepto no ha cambiado, en el sentido de que el actual Código Civil, para el Distrito Federal, en su artículo 266 menciona el mismo texto.

Por lo que se refiere a causales, contempló la Ley Sobre Relaciones Familiares en su artículo 76 el siguiente texto:

"Son causas de divorcio:

"I. El adulterio de uno de los cónyuges;

"II. El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que jurídicamente fuese de claro ilegítimo;

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

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

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

"VI La ausencia del marido por más de un año, - con el abandono de sus obligaciones inherentes al matrimonio;

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

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

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

"X El vicio incorregible de la embriaguez;

"XI Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en - cualquiera otra circunstancia o tratándose de - persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la Ley una pena que

no baje de un año de prisión;  
"El mutuo consentimiento." (25)

Existen en la referida Ley Sobre Relaciones Familiares otros fundamentos legales en sus artículos 77, 78 y 79 referentes a causales de divorcio, los que se interpretan a continuación; en orden progresivo de los mencionados artículos:

La Ley en cita no contempló el concepto Constitucional actual del artículo 4º.(26) En el que se establece: ante la Ley la igualdad de la mujer y del hombre, y es el caso que tratándose de adulterio; siempre fue causal de divorcio, cuando lo cometió la cónyuge, en cambio, cuando el adulterio lo cometía el esposo solo daba lugar al divorcio en las siguientes circunstancias:

- Que el adulterio se hubiere cometido en el hogar conyugal;
- Tratándose de concubinato entre los adúlteros, fuera o dentro del domicilio conyugal;
- En caso de escándalo o insulto ante la sociedad, del esposo en agravio de la mujer legítima, con motivo del adulterio;
- Que haya agredido física o moralmente la adúltera a la esposa, o que le haya agredido de la forma antes descrita a la mujer legítima por culpa de la adúltera.

Otra causal ya contemplada en su artículo 76 de la Ley en cita se mencionó en la fracción III, y se refiere específicamente al siguiente criterio: en aquellos casos en que alguno de los cónyuges corrompa a los hijos, independientemente de que sea o sean de uno u otro cónyuge los pupilos. En esta causa se trata de actos positivos y no de omisiones cuando se considere como causal la tolerancia a la corrupción de menores.

La última causal contemplada en la referida Ley se presenta cuando uno de los cónyuges demanda el divorcio, o la nulidad del matrimonio sin que se haya justificado la pretensión, o bien que la justificación sea insuficiente, el cónyuge que fue demandado por circunstancias antes descritas genera a su vez el derecho de solicitar el divorcio

25 Ley Sobre relaciones Familiares, expedida por el primer jefe del ejército Constitucionalista del nueve de abril de 1917.

26 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 81ª Edic., Edit. Porrúa, México 1986.

cio, pero solo nace este derecho después del lapso de tres meses, con tados a partir de la última notificación de la sentencia, tiempo en - el cual no puede obligarse la mujer a cohabitar con el esposo.

## C A P I T U L O   I I I

### E I   D I V O R C I O

#### 3.1 El Divorcio

No es tan simple el divorcio; la ruptura del matrimonio lleva consigo consecuencias jurídicas, derechos y obligaciones para los divorciados; circunstancias, que no existían antes del matrimonio, un ejemplo de los varios que podrían citarse, es que los divorciados no pueden volver a contraer matrimonio tan pronto como lo deseen.

Al respecto el artículo 289 del C. C. (27), en su parte conducen te establece:

"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. ..."

El divorcio termina en cierto sentido con el hogar y no tan solo se hacen desdichados los cónyuges con la disolución matrimonial, también se afectan los intereses de los hijos al no tener un hogar completo, lleno de afecto y de calor.(28)

En ocasiones los hijos se van con el mejor postor toda vez que - los padres compran el cariño del o los hijos, ofreciendo regalos, paseos y diversiones, entre otras cosas. Conforme pasa el tiempo, el - niño se da cuenta de que él no tiene, y menos tuvo voz ni voto, puesto que lo único que interesó a sus padres para divorciarse fue una de cisión de adultos. Ajena a una simple e "insignificante" opinión o va lorización de un menor de edad. Así al darse cuenta el niño que, casi no vale nada, y eso de casi, si se es optimista, obviamente repercutirá profuendamente en forma negativa en su personalidad.

Los niños van creciendo física y mentalmente; por lo que respec-

---

27 Código civil, para el Distrito Federal, 57ª Edic., Edit. Porrúa, México 1988.

28 De Ibarrola, Ob. Cit., Págs. 257 y 258.

ta al ambiente psicológico se observará inseguridad en la personalidad del pupilo, como consecuencia del poco valor que como persona le dan sus padres al no tomarlo en cuenta en el caso en cuestión, y eso que se supone los padres son los seres que más quieren a sus hijos.

### 3.1.1 Concepto Propio

Divorcio es la ruptura del lazo que existe en el matrimonio, es la cesación de los efectos que lleva consigo el matrimonio respecto a los cónyuges y es a su vez la fuente de derechos y obligaciones de los excónyuges entre sí y de estos con sus hijos.

Divorcio; Divortium, proviene de divertere que significa irse cada quién por su lado; el cuál solo puede decretarse mediante una sentencia dictada por el Juez en la materia, siempre que se adecúe al Código respectivo.

### 3.1.2 Concepto Etimológico

Divorcio viene de la palabra latina divorium; que significa separar lo que está unido; tomar un camino divergente. En tanto que el matrimonio es lo opuesto al significado en cuestión, en el sentido de que éste significa unión, contrastando con lo divergente de la disolución del matrimonio; divorcio significa separar; tomar sendas diferentes de lo que seguía en el mismo camino, y rompimiento del vínculo.<sup>29)</sup>

### 3.1.3 Concepto Jurídico de Divorcio

Es la forma de extinguir legalmente un matrimonio durante el tiempo de vida de los cónyuges, conforme a las causales previstas por el legislador. El cual debe ser decretado por el Juez competente.<sup>30)</sup>

### 3.1.4 Concepto de Divorcio de Rojina Villegas

Divorcio significa: disolución del vínculo matrimonial o la sepa

<sup>29</sup> Montero Duhalt, Sera. Derecho de Familia, 3ª Edic., Edit., Porrúa, México 1987, Págs. 196.

<sup>30</sup> Idem, Págs. 196, 197 y 198.

ración de cuerpos, dejando subsistentes los demás derechos y obligaciones propias del matrimonio. En ambos casos mediante resolución judicial. (31)

### 3.2 Naturaleza Jurídica de la Disolución del Vínculo Matrimonial

En México, el 12 de abril de 1917 se expide la Ley Sobre las Relaciones Familiares, por Venustiano Carranza, siendo ésta el primer antecedente del divorcio en México, por lo que se refiere al divorcio vincular.

Antes de la referida Ley no se daba el divorcio vincular; y existió el divorcio en el que únicamente se disolvía la cohabitación y quedaban subsistentes todas las demás obligaciones. Motivo por el cual los cónyuges a pesar de estar divorciados no podían contraer nuevamente matrimonio. (32)

Opina Eduardo Pallares que a partir de la referida Ley, cobra un nuevo matiz la sociedad, que incluso en este sentido se atenta a la armónica integración del núcleo familiar.

### 3.3 Divorcio por Separación de Cuerpos

Es aquel en virtud del cual ambos cónyuges continúan debiéndose mutuamente derechos y obligaciones de casados, como es guardar la fidelidad, administrar alimentos e imposibilidad para casarse. El objeto de este divorcio fue la separación de los cónyuges, que no vivan en el mismo hogar y no hagan vida marital.

La mujer casada viene a tener su domicilio conyugal con su esposo, eso se debe a que ella esta obligada a vivir con él. Al cesar la obligación de vivir con su esposo como consecuencia del divorcio no vincular; la mujer es libre de tener su domicilio en donde mejor le convenga. (33)

Este divorcio tiene más desventajas que ventajas, a mi parecer -

31 Ob. Cit., Rojina Villegas, Pág. 383.

32 Ob. Cit., Pallares, Pág. 383.

33 Ob. Cit., Rojina V., Págs. 383 y 384.

deja a los cónyuges la carga de las obligaciones, pocos derechos y además suprime toda posibilidad de una probable reconciliación de la esposa. Es muy probable que el origen de este divorcio sea religioso, debido a que tiene como finalidad mantener a los cónyuges en un estado de celibato falso.

En sentido opuesto; no tan solo en el divorcio por separación simple, sin divorcio abre el camino de una probable reconciliación.

Y es mejor un intento de reconciliación de reintegración familiar que no hacer algo.(34)

Nuestro actual Código Civil en su artículo 277 en relación con las fracciones VI y VII del artículo 267 del mismo ordenamiento tiene similitud con el divorcio por separación de cuerpos y en su parte conducente establece:

"El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio."

En este caso el cónyuge sano puede optar por divorciarse, y si lo hace, sufre el referido divorcio todas las consecuencias jurídicas es decir: se está hablando de divorcio vincular, pero si el cónyuge sano no desea divorciarse, tiene el derecho de solicitar al Juez, la separación de cuerpos y se suspende la obligación de cohabitar. En este último supuesto es donde radica la similitud o semejanza con el divorcio por separación de cuerpos, en ambos casos persisten los derechos y obligaciones propios del matrimonio.

Es importante hacer notar que en el caso de solicitar del Juez la suspensión de la cohabitación a que se refiere el artículo 277, no nos estamos refiriendo al divorcio, es decir: los cónyuges continúan casados pero no viven juntos.

En mi concepto no tiene razón de existir la referida separación corporal del artículo 277; o se está casado o no se está, no tiene objeto vivir la ilusión de tener una esposa, o un esposo (según el caso), cuando no se cumple con las obligaciones más importantes y pro

pías del matrimonio; como lo es el contacto sexual.

En un análisis más riguroso, el cónyuge enfermo tiene la posibilidad de invocar la causal de divorcio contemplada en la fracción XI del artículo 267, todo depende de los términos en que el cónyuge sano realice la petición de separación corporal al Juez.

La injuria a que se refiere la citada fracción XI se puede dar por el hecho de que se desprecie totalmente el débito sexual del cónyuge enfermo. Y es justamente en esta circunstancia donde se tipifica la injuria:

Injuria.- Expresión o acción ejecutada por una (s) persona con la finalidad de manifestar desprecio o causar alguna ofensa a otra persona.(35)

Otra característica que destaca es: que cuando el cónyuge tiene relaciones sexuales estando legalmente divorciado por separación de cuerpos comete el delito de adulterio.(36)

### 3.4 Divorcio Vincular

Este tipo de divorcio es el que actualmente reconoce y tutela nuestra legislación. Y es el medio por virtud del cual se disuelve el vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges la libertad de contraer un nuevo matrimonio.

En el divorcio vincular está el divorcio voluntario y el necesario o contencioso, dentro del segundo se encuentra la mayoría de causales comprendidas, las que están contempladas en el artículo 267 en todas sus fracciones excepto en la XVII.

El divorcio necesario puede clasificarse en las siguientes categorías:

- Por delitos;
  - a) De cónyuge a cónyuge;
  - b) De cónyuge a hijos;
  - c) De cónyuge a terceras personas.
- Causas inmorales;

35 Ob. Cit. Rojina V. Pág. 449.

36 Ob. Cit. MOntero D., Pág. 198.

- Incumplimiento de los deberes propios del matrimonio;
- Actos contrarios a los fines del matrimonio;
- Y enfermedades o vicios.

Para que una causal surta sus efectos, se debe hacer valer mediante un procedimiento ante el órgano jurisdiccional, el que promoverá el cónyuge presumiblemente inocente al demandar al cónyuge que se supone culpable.

De las causales a que se refiere el artículo 267 se desprenden dos tipos de divorcio necesario: divorcio sanción y divorcio remedio.(37)

**DIVORCIO NECESARIO POR SANCION.-** En este tipo de divorcio existe un cónyuge inocente y uno culpable, este último ha infringido uno o varios de los deberes que tiene como cónyuge, que justamente nacieron con el matrimonio, o con la calidad de ser padre, aún cuando no se trate de un delito penal, basta con que sea una acción u omisión de carácter puramente civil.

Dentro del divorcio sanción también se comprenden aquellas situaciones que trascienden a la rama penal, que pueden ser:

- a) Delito penal en perjuicio de una persona ajena a la familia;
- b) Delito cometido en perjuicio de la familia y que justamente por haberse cometido en agravio de hijos o esposa queda integrado en los delitos penales y entre otros tenemos al adulterio y al abandono de personas.

**DIVORCIO REMEDIO.-** En este tipo de divorcio no hay cónyuge culpable ni cónyuge inocente, no faltan a sus deberes los cónyuges ni hay delito penal, lo único que pasa es que uno de los cónyuges es presa de una enfermedad. Ante esta situación y para protección de los hijos y del cónyuge sano, el legislador, trata de evitar una situación desfavorable en la salud y desarrollo de los elementos sanos en la familia, autorizando se conceda el divorcio necesario al cónyuge sano.

Nótese, que aquí no hay cónyuge culpable ni cónyuge inocente, solo existe cónyuge sano y cónyuge enfermo.

En la fracción XVII del artículo relativo a las causales de divorcio del C. C. para el Distrito Federal en vigor, contempla el mu-

tuo consentimiento de los cónyuges para divorciarse. Si bien es cierto que se puede disolver el vínculo matrimonial por la voluntad de ambos cónyuges, también lo es que esta fracción debiera ser contemplada en otro artículo especial, en virtud de que el artículo 267 del C. C. ya mencionado se refiere a causales de divorcio necesario, lo que indica que un procedimiento completamente distinto al contencioso.

### 3.5 Divorcio Voluntario

El divorcio voluntario es de dos formas: administrativo y judicial, el primero está a lo dispuesto por el artículo 272.

En caso de no reunir las condiciones que marca el artículo antes citado, es decir; que haya hijos, que no se tenga liquidada la sociedad conyugal, o bien que los cónyuges no tengan la mayoría de edad.

Pero que desee divorciarse en cualquiera de estos casos, se estará a lo dispuesto en el artículo 273 del C. C. para el Distrito Federal en vigor.

Los dos artículos mencionados con antelación se expresarán ampliamente más adelante.

El divorcio administrativo, así como el Judicial Voluntario, solo pueden solicitarse cuando haya transcurrido un lapso mínimo de un año, contado a partir de la fecha en que se celebró el matrimonio.

La tesis de Cicu como partidario del divorcio.- El matrimonio da nacimiento a un compromiso para toda la vida de los cónyuges y esto no quiere decir que no se disuelva el matrimonio. Una cosa es perpetuidad del compromiso de por vida y otra cosa es la disolución matrimonial.

Al surgir de una forma sobresaliente los problemas que hacen la vida en común, derivados de las debilidades y pasiones del hombre, se requiere la intervención del Juzgador para remediar o tratar de solventar el problema.(38) Pero ¿cual es el remedio a seguir?, algunos estudiosos del derecho opinan:

Si el problema se deriva de vivir juntos, lo que resta es

que simplemente se separen legalmente; que no vivan juntos, pero que subsistan las demás características propias del matrimonio entre conyuges y de cónyuges a hijos.

Esto únicamente debilita los lazos del matrimonio, pero resuelve el problema. Si están separados, pero continúan casados de tal forma que si es deseo de alguno de los cónyuges o de ambos casarse, no pueden hacerlo por tener compromiso. Luego entonces: este no es el remedio, si los lazos que vinculan el matrimonio ya no funcionan; lo ideal es romperlos, es decir: disolver el matrimonio y por consiguiente proceder al divorcio y restablecer a los cónyuges la libertad que tenían antes del matrimonio, para obtener otro, si así conviene a sus intereses. Esto presenta inconvenientes en perjuicio de los hijos, pero una separación de cuerpos también afecta y después de un divorcio lo que les espera a los hijos es un padrastro o una madrastra, - eso muchas veces también les sucede al fallecer alguno de los padres.

El divorcio es un mal, pero es el menor de los males. El divorcio es la expresión del fracaso matrimonial, al no encontrar en la pareja lo que se esperaba de ella y del matrimonio. Y lo único que queda es un lazo legal que no es el del matrimonio.

El mayor de los males que daña a los hijos son las constantes eg cenizas de desamor, de riña, injuria y disgustos así como de tensiones, las que al vivirlas los hijos, repercuten y dañan profundamente. Aquí es donde el divorcio evita ese constante malestar en los integrantes de la familia, mediante la separación de los dos sujetos que estando juntos crean un ambiente hostil y desagradable.(39)

En contra del divorcio vincular están los principios religiosos, morales, políticos y psicológicos.

La religión reprueba el divorcio, del cual ya se hizo referencia en el capítulo primero.

Se dice que la disolución del vínculo matrimonial es contraria a los principios morales, además al saber que se tiene la posibilidad de mejorar con otra pareja, no se procura remediarlos en el primer matrimonio.(40)

Lo más injusto es que los hijos sin tener culpa alguna, también se ven afectados y no tan solo moralmente, se afectan psicológi-

39 Ob. Cit., Montero D. Págs. 200 y 201.

40 Idem. Págs. 199 y 200.

camente, en ocasiones económicamente y todo ello repercute en su educación y personalidad inmediata o mediatamente.

En su aspecto psicológico se afecta uno y otro de los ex-cónyuges, en ocasiones en mayor grado uno que el otro. No pasan exentos de esta afectación los hijos, quienes sufren consecuencias psicológicas por no ver unidos a sus padres.(41)

### 3.6 Divorcio ante el Juez del Registro Civil

El divorcio ante el Juez del Registro Civil, es una modalidad del divorcio voluntario, el cual está tutelado por el artículo 272 del C. C. en vigor, mismo que establece:

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

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

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

"Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles."

---

41 Idem.

Los matrimonios deben ser estables y de difícil disolución, pero no por ello es pertinente que continúe un matrimonio cuando en el mismo hay constantes disgustos y desavenencias. Sobre todo si no hay hijos debe procederse al divorcio expedito, en estas circunstancias no se afectan los intereses de la sociedad. En virtud de lo expuesto, de no haber impedimento para realizar el divorcio debe acudirse al Juez del registro civil a efecto de consignar la voluntad de divorciarse - de los consortes. (42)

En sentido opuesto de lo que establece el artículo 272, no se puede comparecer por medio de apoderado, ni de representante legal, - en virtud de que el divorcio en términos del citado precepto legal es un acto personalísimo.

Es diferente el divorcio ante el Juez de primera instancia, éste tiene una función activa; trata de conciliar a los cónyuges, que desistan de su propósito de divorciarse, en tanto que en el divorcio ante el Juez del Registro Civil, tiene esta una conducta pasiva, en el sentido de que no conmina a los cónyuges a que desistan de su propósito de divorciarse. Los cónyuges simplemente comparecen con el Juez - del Registro Civil, de lo cual se hace constar en acta que se levanta a efecto de manifestar la voluntad de divorciarse.

En quince días más se ratifica el acta y finalmente se decreta - el divorcio. Existe semejanza del Juez del Registro Civil con el notario público; al hacer constar y dar fe el Juez de la voluntad de - los cónyuges y su deseo de divorciarse al comparecer, así como en la ratificación. Lo que marca la diferencia es que el Juez del registro Civil declara el divorcio y el notario público no está investido de esa facultad.

Es justificable la actitud pasiva del Juez al valorar que no hay hijos, que está liquidada la sociedad y no existe conflicto de intereses, motivo por el cual la sociedad ni el Estado tienen interés alguno y únicamente procede el divorcio como si se tratara de la rescisión de algún otro contrato. (43)

Se cuestiona la pregunta: ¿que juez es el que deba disolver el - matrimonio?, cuando los cónyuges no tengan el domicilio común a que -

42 Ob. Cit., Rojina V. Pág. 396.

43 Ob. Cit., Pallares, Pág. 40.

aduce el artículo 272.

Por otra parte, dentro de los requisitos que se exigen, no están copias certificadas que acrediten la mayoría de edad y ni siquiera bajo protesta de decir verdad el domicilio, haber liquidado la sociedad conyugal y no tener hijos.(44)

El menor de edad tiene la posibilidad de divorciarse ante el Juez del registro Civil, no obstante el impedimento de divorcio que marca el artículo 272 antes mencionado. La fundamentación está en el propio Código Civil vigente para el Distrito Federal en sus artículos 641 y 643 Del primero de ellos, por una parte indica la emancipación del menor de edad, una vez que ha contraído matrimonio independientemente de la disolución del mismo.

Y el artículo 643 enuncia impedimentos del emancipado, como son: autorización judicial para efecto de enajenación, gravamen o hipoteca de bienes y raíces, así también, requiere de tutor en los negocios judiciales. Y ante la enunciación limitativa, en ningún momento indica que se requiera de tutor para divorciarse ante el Juez del Registro Civil. Por lo que debe interpretarse la facultad que tiene el emancipado; de acudir a solicitar el divorcio ante el juez del Registro civil, en virtud de que no se trata de un asunto judicial. En el artículo en cuestión surgen otras lagunas, luego entonces, se infiere que el divorcio obtenido cuando sean los cónyuges menores de edad, tengan hijo o no hayan liquidado la sociedad conyugal no surtirá efecto legal alguno, en este sentido, se tiene por no otorgado el divorcio. Y eso independientemente de la penalidad a que haya lugar.

Lo anterior parece contradictorio por contravenir a lo dispuesto en el artículo 2224 del Código en cuestión, el cual indica que la inexistencia de un acto jurídico únicamente se dará cuando falte la voluntad de las partes o el objeto, caso en el cual no producirá efecto legal alguno. Pero en el divorcio ante el Juez del Registro Civil - existe la voluntad y por sí fuera poco, dicha voluntad se ratifica ante la propia autoridad. Por lo que se desprende; del penúltimo párrafo del artículo 272, en relación con el artículo 2224 del C. C. no hay inexistencia del divorcio, motivo por el cual debe considerarse válido el divorcio.(45)

44 Idem. Pág. 41.

45 Idem. Pág. 43.

Para Eduardo Pallares el hecho de que no quede asentado el divorcio en el acta de matrimonio correspondiente, no impide que el divorcio sea válido y que surta todos los efectos legales. Pero las demás formalidades a que se refiere el segundo párrafo del artículo 272 sí deben cumplirse para que el divorcio sea legalmente válido.

### 3.7 Divorcio Voluntario Judicial

El divorcio voluntario judicial; es aquel que decreta el juez de primera instancia y específicamente el Juez de lo Familiar a aquellos cónyuges que en forma conjunta deseen divorciarse y se encuentren en el caso previsto por el último párrafo del artículo 272, es decir que tengan hijos, que sean menores de edad y que no hayan liquidado la sociedad conyugal.

El divorcio, en su modalidad de voluntario no tiene razón de ser en virtud de que el matrimonio es una institución de tipo Social y Moral, por lo que está por encima del derecho y las partes no pueden a su libre albedrío rescindir el contrato, como si se tratara de un contrato común. Y no es común el matrimonio por las características antes descritas. (46)

El divorcio por mutuo consentimiento es una forma de exentar a los cónyuges de la carga de la prueba, en el sentido de que no hay - causales de divorcio. (47)

Aunque algunos opinan que el divorcio es una adaptación a la época contemporánea, otros opinan que es una regresión y como tal, demuestra falta de progreso, en virtud de que se pretende llegar a un estado de incivilización y unión meramente instintiva. (48)

El divorcio voluntario es una forma de disgregación de la familia.

En sentido opuesto se dice que el divorcio es procedente, si en ejercicio de la libertad se desean casar los cónyuges, atendiendo a -

46 De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1981, págs. 288 y 289.

47 Idem., págs. 338 y 339.

48 Idem., págs. 347, 348 y 349.

esa misma libertad de decidir pueden disolver el matrimonio. Siendo el matrimonio un contrato, cuando ambas partes convengan en rescindir dicho contrato debe ser procedente, de tal forma que no exista impedimento. (49)

En este sentido, es cierto el criterio, pero no es congruente si existen hijos, no hay que olvidar que ellos tienen derechos, y los cónyuges están en deuda y obligados para con sus descendientes.

El divorcio voluntario judicial es en realidad un verdadero juicio, Eduardo Pallares considera que en la jurisdicción voluntaria no hay litis entre las partes, que simplemente se ponen de acuerdo.

Y tratándose de divorcio voluntario, por lo que se refiere a la disolución del vínculo matrimonial no se presenta cuestión entre las partes, pero no así en relación al convenio que acompaña a la solicitud de divorcio, el cual debe aprobarse judicialmente, previo dictámen que haga el Ministerio Público, a efecto de garantizar principalmente los intereses de los menores de edad, sin el cual no se decretará el divorcio.

De lo anterior se desprende que aún cuando no haya cuestión entre los cónyuges y siendo imprescindible el convenio correspondiente, este puede o no aprobarse y es justamente esta la característica que le da la categoría de un verdadero juicio, motivo por el cual debe incluirse esta modalidad de divorcio en el procedimiento contencioso y no en el voluntario. (50)

El convenio referido está establecido en el artículo 273 del C. C. , mismo que estipula:

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

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

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

"III La casa que servirá de habitación a cada u-

49 Idem., Pág. 450.

50 Ob. Cit., Pallares E., Págs. 44 y 45.

no de los cónyuges durante el procedimiento;  
 "IV En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;  
 "V La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad."

Además de los requisitos que previene este artículo, se requiere que haya transcurrido por lo menos un año, contado a partir de la fecha en que se celebró el matrimonio. Así lo previene el artículo 274 del mismo ordenamiento.

### 3.7.1 Competencia

Por lo que se refiere a divorcio voluntario, es juez competente el del domicilio del promovente; de conformidad con el artículo 156, fracción VIII del Código de Procedimientos Civiles (C.P.C) para el Distrito Federal. Pero si nos remitimos al criterio de Eduardo Pallas, en el sentido de que el divorcio a que se refiere el último párrafo del artículo 272 del C. C. no es divorcio voluntario sino que se trata de divorcio contencioso según ya se explicó, en este caso será juez competente el del domicilio conyugal, de conformidad con la fracción XII del artículo 156 antes citado.

### 3.7.2 Procedimiento

El procedimiento está regulado por los artículos 674 a 682 del C. P. C.. De donde se infiere cumplir con los requisitos que a continuación se mencionan:

- Ocurrir al tribunal competente;
- Presentarán el convenio correspondiente;

- Copia certificada del acta de matrimonio y acta o octas de los hijos menores de edad;
- Primera junta de avenencia y
- Segunda junta de avenencia.

Al ocurrir al tribunal competente, es mediante solicitud, misma que debe acompañarse del convenio a que se refiere el art. 273 del C. C., además, se anexarán copia del acta de matrimonio y copias del acta de nacimiento de cada uno de los hijos menores de edad, las cuales deben ser certificadas.

El juez de lo familiar citará personalmente a los cónyuges a una primera junta dentro del lapso de 8 a 15 días posteriores a la fecha de solicitud de divorcio, en la cual además de asistir los cónyuges; siendo esta asistencia exclusivamente personal y no por conducto de a poderado, se le dará vista al Ministerio Público, por ser este el representante de la Sociedad. La finalidad de dicha junta es de conminar a los cónyuges a efecto de no divorciarse procurando sureconciliación, pero si estos persisten en su propósito, el juez los citará nuevamente y aprobará el convenio relativo a la separación de los cónyuges, a la situación de los hijos, a los alimentos de estos y en su caso, a los alimentos que un cónyuge dé al otro, así como la forma de - garantizar los referidos alimentos durante el procedimiento, para lo cual previamente escuchará al Ministerio Público.

La segunda junta de avenencia se llevará en un lapso de 8 a 15 días después de la primera, a efecto de nuevamente exhortar a los cónyuges de no divorciarse, pero si no lograre conminarlos el juez y si aquellos insiten en su propósito, siempre que queden bien garantizados los derechos de los hijos menores de edad e incapacitados y de - los cónyuges, previa aprobación del representante del Ministerio Público, el Juez procederá a la disolución matrimonial dictando la sentencia de divorcio y en la misma se dejará en definitiva establecidas las cláusulas relativas del convenio.

El representante del Ministerio Público puede no aprobar el convenio cuando considerare que no están a salvo los derechos de los hijos y al respecto propondrá las modificaciones que estime conveniente dando vista a las partes en un término de tres días siguientes, a e-

fecto de que aleguen lo que a su derecho convenga y en caso de no aceptar las modificaciones, el juez resolverá lo conducente con arreglo a la Ley de la materia.

Es conveniente hacer notar que sin la aprobación por parte del Ministerio Público no procederá el Juez a disolver el matrimonio.

En el capítulo relativo a divorcio por mutuo consentimiento, de la Ley procesal, el artículo 676 estipula, que es procedente el divorcio cuando previamente sea aprobado el convenio en el que queden a salvo los derechos de los hijos menores de edad o incapacitados. Yo considero que no tan solo se trata de los menores de edad, los hijos, aún cuando sean mayores de edad merecen ser protegidos y sobre todo en ciertas circunstancias, Vg. cuando continúan estudiando. Si los hijos son protegidos en el matrimonio, sobran razones para protegerse en el divorcio.

El mismo precepto en cita, ni el artículo 680 del mismo ordenamiento consideran que queden a salvo los derechos de los cónyuges como requisito para que sea procedente el divorcio. Y esto es muy importante: también deben quedar a salvo los derechos de los cónyuges. No sería justa la sentencia que disuelve un matrimonio cuando no están a salvo los derechos de ambos cónyuges y sobre todo del cónyuge que conserva la custodia de los hijos, ello repercutiría en afectación a los intereses de los hijos y más si nos referimos a derechos pecuniarios.

Cabe la pregunta: ¿es válida la sentencia de divorcio cuando no están a salvo los derechos de los cónyuges?. Una vez ejecutoriada la sentencia que dicta el divorcio, las cosas no pueden volver al estado que guardaban antes del mismo, en otro orden de ideas; cuando es disuelto el matrimonio mediante sentencia firme no hay recurso alguno y los excónyuges quedan divorciados, esto es independientemente de que en las cláusulas del convenio relativo no queden a salvo los derechos de los cónyuges o de los hijos. Ahora bien, el Ministerio Público puede apelar la sentencia por no estar ajustado el convenio conforme a derecho, pero esto debe ser antes de que la sentencia adquiera el carácter de cosa juzgada.(51)

En el divorcio voluntario judicial y en el voluntario administrativo ambos cónyuges conservarán la patria potestad.

La mujer, en caso de divorcio voluntario tiene derecho a una pensión alimenticia por un lapso igual a aquel que haya durado el matrimonio, esto es en caso de que no tenga ingresos suficientes. Y perderá este derecho si contrae nuevamente matrimonio o se une en concubinato.

Atendiendo al principio tutelado en el artículo cuarto Constitucional, de que el hombre y la mujer tienen igualdad de derechos ante la Ley, los mismos beneficios de que goza la mujer son aplicables para el hombre, según lo tutela el artículo 288 del C. C., mismo que previene:

"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.

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

"El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. ..."

Con bastante frecuencia, en los divorcios voluntarios al acompañarse a la solicitud de divorcio el convenio relativo, en la parte correspondiente, únicamente se mencionan los resultados de la liquidación respecto a la sociedad conyugal, omitiendo la disposición ordenada en la fracción V del artículo 273 del C. C., relativa a liquidador o liquidadores, inventario y avalúo de los bienes que constituyen la sociedad conyugal, y de ellos surge el interrogativo ante la inobservancia de este precepto legal de: ¿si es nulo o no el convenio?. Aquí es aplicable lo estipulado por el artículo 8 del mismo ordenamiento que establece:

Y en el caso en cuestión evidentemente se trata de un interés público, antes de formarnos un criterio es pertinente transcribir el texto:

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la Ley ordene lo contrario."

El criterio del artículo 8 en cuestión, en relación con el párrafo que le antecede nos denota que hay un interés público por ser conserniante a la familia y además no hay disposición legal que indique el sentido contrario, de tal forma que; si es procedente la nulidad - del convenio en el caso analizado.

Es importante destacar que causando estado la sentencia, lo dispuesto en el antes mencionado artículo 8, queda sin efecto, es decir: aunque no reúna los requisitos legales el convenio será plenamente vlido.(52)

Otra consideración más, que invita a la reflexión, consiste en - las diferencias existentes, con bastante frecuencia, entre los cónyuges al no ponerse de acuerdo en el primer punto del artículo 273 del C. C. que se refiere a la custodia de los menores hijos en el procedimiento, así como después de ejecutoriado el divorcio. En este sentido pretende un cónyuge, como condición para otorgar el divorcio, que el otro renuncie a la custodia y no conforme con ello renuncie tácitamente a la patria potestad. Así el abogado, en las cláusulas del convenio, tendrá buen cuidado de no usar la expresión: "renuncia a la patria potestad", impidiendo a uno de los cónyuges visitar a sus hijos, no les permite vacacionar con ellos y no les permite intervenir en su educación entre otras cosas. Esto no es otra cosa que una verdadera - renuncia a la patria potestad, que desgraciadamente no es bien interpretada por el juez de lo familiar, motivo por el cual en estas cirnstancias se da el divorcio.(53)

Al respecto, el artículo 448 de la Ley antes citada estipula:

"La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- "I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- "II Cuando por su mal estado habitual de salud - no puedan atender debidamente a su desempeño."

La peculiaridad de este análisis consiste en que; la mayoría de las veces no ocurren ninguna de las circunstancias a que se refiere - el artículo antes citado.

52 Idem., Págs. 53 y 54.

53 Ob. Cit., Rojina V., págs. 399 y 400.

### 3.8 Divorcio Necesario

El divorcio necesario es la acción ejercitada de un cónyuge en - contra del otro, con la finalidad de disolver el vínculo matrimonial, por considerar que existe un agravio en su persona, sus derechos, sus bienes o en sus menores hijos. En este sentido, para hacer valer la - acción, partimos del supuesto previsto por el legislador mismo que eg tá fundamentado en el C. C. y que además en algunos casos lo contem- pla y sanciona el Código Penal.

Para Chávez Asencio el matrimonio es indisoluble, y el divorcio es la excepción a la característica de indisolubilidad en el vínculo matrimonial, la institución familiar por naturaleza es indisoluble y de orden público, en virtud de que esta es base de la sociedad, y por ello la Ley no permite el divorcio, si no es en casos y excepciones contenidas en la misma.(54)

Los fines del matrimonio son: la perpetuación de la especie, una procuración integral entre los consortes y de estos con sus hijos, pe ro este es el patrón ideal, cuando falla, y ese error está contempla- do en la Ley, estamos frente a una excepción, y si se ejercita la ac- ción, dará como resultado el divorcio necesario.

Atendiendo a lo anterior y dada la naturaleza de que el matrimo- nio es la figura legal de instituir a la familia, en virtud del inte- rés público; el legislador únicamente considera como causas de divor- cio las contenidas específicamente en los artículos 267 y 268 del C. C., motivo por el cual no se adminten causales de divorcio ajenas o - diferentes a las contenidas en los dos artículos antes menciona-- dos.(55)

Existen otras situaciones que van en contra de los fines y prin- cipios fundamentales del matrimonio, ya antes mencionados, que no con sideró el legislador. Y tal es el caso de incompatibilidad de caracte- res, que lejos de crear dentro del seno familiar un ambiente de armo- nía, produce odio y hostilidad.

Con frecuencia se dan casos en los que el cónyuge tiene relacio- nes sexuales con otra persona de su mismo sexo, y no propiamente se -

54 Chávez Asencio, Manuel, La Familia en el Derecho, Ed. Porrúa 1ª E- dición, México 1985, págs. 458 y 459  
55 Ob. Cit., Pallares, Pág. 60.

trata de adulterio, esta figura tampoco la consideró el legislador. Cabe decir lo mismo de la mujer homosexual. (56)

### 3.8.1 Procedimiento

El divorcio necesario no está regulado en el Código Procesal de la materia, no obstante su importancia y dada la frecuencia de divorcios promovidos en la actualidad.

Antes de explicar el procedimiento es conveniente tomar en cuenta los siguientes:

**PRESUPUESTOS DEL DIVORCIO.**- Se requieren presupuestos para ejercitar la acción de divorcio que son:

a) La existencia de un matrimonio legalmente constituido. Si el objeto principal que persigue el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, de ahí se desprende la existencia de éste, de otra forma no puede existir el divorcio.

b) La existencia de una, o en su caso, varias causales de divorcio.

Este es requisito indispensable, no hay otra forma de ejercitar la acción.

c) Que no haya caducidad.- Con fundamento en el artículo 278 del C. C la acción intentada debe demandarse en el lapso de seis meses; contándose este tiempo desde el momento en que se tenía noticia del hecho o circunstancia de la causal de divorcio hasta la fecha en que se presente la demanda en oficialía departes para el juzgado familiar.

Si se presenta fuera de este término no surte efectos la demanda.

d) Capacidad procesal; en su parte conducente el anterior precepto establece: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que haya dado causa a él. ...". Excepción hecha en la fracción IX del Art.

267 del C. C., en donde se le da oportunidad de demandar al cónyuge - que supuestamente es culpable, que por el transcurso del tiempo adquiere este derecho, sin que previamente haya demandado su cónyuge y siendo que en un principio es inocente éste último.

Se ampliará posteriormente esta fracción en el capítulo siguiente. Únicamente puede demandar el divorcio alguno de los cónyuges y - específicamente el que legalmente esté autorizado para ello; en estas circunstancias no hay tercero interesado, no puede demandar el divorcio otra persona a nombre del cónyuge, debe ser justamente él, directamente como interesado.

Por lo que se refiere al menor de edad, se estará a lo previsto en el artículo 643 del C. C. que establece:

- "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:
- "I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
  - "II. De un tutor para negocios judiciales."

De lo anterior se desprende que el menor de edad que desee entablar demanda ante el juez de lo familiar debe ubicarse en la fracción II del artículo anterior.

e) Que no haya mediado perdón expreso o tácito, ésta fundamentación la previene el artículo 279 del C. C. que establece:

- "Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio, - cuando haya mediado perdón expreso o tácito, no se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores."

Es pertinente mencionar si el legislador debió haber considerado no tan solo las causas enumeradas en el artículo 267 del C. C., sino también la causa comprendida en el artículo 268 del mismo ordenamiento. ¿Porque?, en el artículo 279 ya mencionado: ¿no consideró a todas las causas de divorcio.?

Yo creo que fue tan simple como un error, y debe también quedar sin efecto la acción intentada de disolver el vínculo matrimonial - cuando haya mediado perdón expreso o tácito respecto a la causal contenida en el referido artículo 268.

f) Legalidad jurídica.- No tan solo debe apegarse al fundamento legal comprendido en el C. C., también debe apegarse al procedimiento ordinario, aplicado éste según los artículos 255 a 429 del C. P. C. toda vez que éste ordenamiento no indica una tramitación especial para el divorcio necesario, tal y como antes se explicó y ni siquiera lo menciona.

g) Juez Competente.- Es juez competente, aquel del domicilio conyugal independientemente de que dentro de la sociedad conyugal existan bienes inmuebles ubicados en lugar distinto, según lo previene el Art. - 156 fracción XII:

"Es juez competente:

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

Atento al precepto anterior, se desprende que: cuando uno de los cónyuges es abandonado puede demandar, no necesariamente en el juzgado del domicilio conyugal; es decir si después de ser abandonado el cónyuge vive en lugar distinto del domicilio conyugal debe demandar - el divorcio en el lugar de donde tenga su nuevo domicilio.

### 3.8.2 Etapas del Procedimiento

Cada una de las etapas se explican brevemente, y la primera de ellas es la demanda, que para efectos de divorcio necesario se define en los siguientes términos:

DEMANDA.- Acto en virtud del cual una persona física, llamada actor ocurre al Juez de lo Familiar mediante el escrito de demanda ejercitando su acción en contra de su cónyuge demandado, por considerar - que hubo un agravio en su persona, derechos, o en la persona o derechos de sus menores hijos, como consecuencia de faltas imputables al demandado, a las que el actor consideró lo suficientemente graves como para promover la disolución matrimonial.

Quiero destacar que este concepto de demanda solo se ajusta para

el divorcio necesario.

Las causales de la demanda deben quedar comprendidas en una o varias de las que se indican en los Arts. 267 y 268 del C. C..

En este sentido las causales son limitativas y se estará a lo previamente establecido en el ordenamiento legal, motivo por el cual no es aplicable la analogía.

#### CONTESTACION (o reconvencción)

Una vez admitida la demanda, el juez emplazará al demandado, a efecto de que produzca su contestación en un lapso de nueve días. Al efecto, la demanda y la contestación de la misma se sujetará a lo dispuesto en los Arts. del 255 a 261 del C. P. C..

La contestación se referirá a todos y cada uno de los hechos que se imputen al demandado, el cual los podrá negar, afirmar o negar parcialmente y al mismo tiempo hará valer, si es el caso, las excepciones que se consideren pertinentes, o bien, se podrá reconvenir, para lo cual se sujetará a los Arts. 262 a 277 del ordenamiento antes citado.

Al contestar la demanda es pertinente indicar si se ignoran algunos de los hechos por no ser propios.

Con fundamento en el Art. 266 del C. P. C. es importante no omitir en la contestación de la demanda algún hecho imputable al demandado, en virtud de que el silencio y las evasivas presumen confeso al demandado.

No obstante lo anterior, el último párrafo del Art. 271 del ordenamiento procesal en su parte conducente establece:

"Se presumirán confesados los hechos de la demanda que se dejen de contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares. ..."

De lo que se desprende que en materia familiar, es una de las excepciones al referido Art. 266 del ordenamiento en cuestión.

RECONVENCION.- En caso de reconvencción; esta se hará valer justamente al tiempo de contestar la demanda y se correrá traslado de la misma a la contra-parte, a efecto de que a su vez produzca su contes-

tación en el término de seis días, según lo previene el Art. 272 de la Ley procesal de la materia.

#### OFRECIMIENTO Y ADMISION DE PRUEBAS

El ofrecimiento, así como la admisión de pruebas estarán a lo que disponen los Arts. 290 y 298 del ordenamiento legal antes invocado.

El término probatorio es de diez días, contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique el auto que abre el juicio a prueba. Las pruebas deben relacionarse con los puntos relativos a los hechos controvertidos.

En caso de testigos o peritos, se indicará el nombre de los mismos, así como su domicilio.

En cada una de las pruebas debe mencionarse el punto a que se refiere, esto es; a que hecho se refiere.

Tratándose de la confesional, se solicitará se cite al absolvente.

Acompañado al ofrecimiento de la prueba confesional se puede auxiliar, si se desea, el pliego de posiciones. Si éste se presenta cerrado, se guardará el mismo en el secreto del juzgado, lo cual debe quedar acentado.

En caso de no presentar pliego de posiciones, también es admisible la confesional, para lo cual únicamente basta que el oferente de la prueba solicite sea citado el absolvente.

Si se presenta el pliego de posiciones y no comparece el absolvente; se tendrá por confeso, pero además no podrán formularse nuevas posiciones. En caso de que en la misma audiencia no comparezca el absolvente y no haya presentado pliego de posiciones, no se formularán preguntas.

De lo que se infiere, que en ausencia, la diligencia de pruebas del absolvente lo tiene por confeso exclusivamente de las posiciones que se hayan formulado previamente. Así; en estas circunstancias de ausencia, no puede formularse ninguna pregunta más, de las que contenga en su caso el pliego de posiciones.

Al día siguiente en que se cierre el período a prueba, el Juez resolverá que pruebas son admisibles conforme a derecho. Y también -

resolverá lo relativo al número de testigos.

**DESAHOGO DE PRUEBAS.**- Las pruebas admitidas son las únicas que se analizarán y servirán de base para esclarecer la verdad y se estarán a lo dispuesto en los Arts. 308 a 383 del C. P. C..

Existen algunas pruebas en que para su recepción o desahogo se requiere de audiencia de las partes, y tal es el caso de la confesional, testimonial, pericial e inspección judicial.

Hay otro tipo de pruebas en las que no ajustándose al párrafo anterior, se desahogan por su propia y especial naturaleza, como es el caso de la documental pública, documental privada, fotografías y otros tipos de documentos o pruebas.

Primero se desahogarán las pruebas de la parte actora y en segundo término se desahogarán las pruebas de su contraparte.

**ALEGATOS.**- Una vez terminada la etapa anterior, el tribunal dispondrá que las partes formulen sus alegatos por sí mismas o por conducto de abogado, o por conducto de apoderado, para lo cual primero se formularán los de la parte actora y luego los de la demandada.

**SENTENCIA.**- En la sentencia el juez decidirá previa conclusión de las etapas del procedimiento, la resolución de si procede, o no procede el divorcio y en caso de que proceda; entre otras cosas decidirá:

- A que ex-cónyuge se le otorgará la guarda y custodia de los menores de edad;
- Si continúan ambos padres con la patria potestad;
- La situación relativa a alimentos de los menores de edad y en su caso, los que proporcione un ex-cónyuge al otro;
- La situación en que quedarán los bienes y
- Las demás que considere pertinentes el juzgador.

El procedimiento en el juicio de divorcio necesario está explicado muy brevemente, en virtud de que no es tema fundamental de esta tesis y sin embargo es pertinente citarse, así, como quedó escrito.

## C A P I T U L O   I V

### CAUSAS DE DIVORCIO

#### 4.1 Clasificación de las Causas de Divorcio

Existen varios tipos de clasificaciones, me concretaré únicamente a las que me parecen más importantes:

- Las que constituyen un delito. Y están comprendidas en las fracciones: I, IV, V, XI, XIII, XIV y XVI del Art. 267 del C. C.;
- Los hechos inmorales, mismos que están comprendidos en las fracciones II, III y V del artículo en cuestión;
- Aquellas que están en contra del estado matrimonial, establecidas en las fracciones VIII, IX, X y XII del mismo ordenamiento;
- Aquellas que versan sobre una patología, contenidas en las fracciones VI, VII y
- Los vicios, contemplados en la fracción XV que también podría en algunos casos considerarse como enfermedad.(57)

Existen otras causales no contempladas por Rojina Villegas aparte de las mencionadas con antelación y de la que establece el Art. 268 del ordenamiento en cuestión, como por ejemplo la fracción XVII del Art. 267 que bien se puede ubicar en aquellas que están en contra del estado matrimonial y el divorcio sin causa justificada, esto es; al hablar de la fracción en cita nos estamos refiriendo a "El mutuo consentimiento", el que es inconcebible, no tan solo ataca la institu

ción del matrimonio, también ataca a la familia y sobre todo si hay hijos. Es a todas luces ilógico que si no hay causa para disolver - el matrimonio, por mutuo consentimiento se disuelva, todo tiene un - porque y cuando los cónyuges dicen me divorcio "porque quiero", están indicando inmadurez, u ocultan algún otro interés sin decir la realidad y ésta es la actitud idéntica a la de los niños.

El autor en cita también omite la fracción XVIII, la que puede - ubicarse al igual que la fracción anterior en las que atentan contra el estado matrimonial, más adelante explicaré ampliamente estas fracciones. Dentro de la clasificación, hay unas causas de divorcio que son comunes a dos o más clasificaciones, Vg. el adulterio, además de ser un hecho penal, es inmoral y también es contra el estado matrimonial. La fracción V, además de ser inmoral, en su caso, también puede ser penal.

Tal vez lo anterior justifica el porque hay tanta variedad de clasificaciones de las causas de divorcio.

Por lo que se refiere a los delitos, éstos son cometidos por un cónyuge en contra de otro.(58) Se comete en contra del otro cónyuge en las siguientes fracciones: I, III, IV, XI, XIII y XVI.

Los delitos cometidos por un cónyuge, en agravio de sus hijos, está contemplado en la fracción V, la que en su parte conducente establece: (son causas de divorcio Art. 267)

"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;"

Los delitos contra personas distintas a las mencionadas en los dos párrafos anteriores, están previstos en la fracción XIV, que estipula:

"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.;"

Los delitos como causales de divorcio, traen consigo una doble - interpretación:

a) Para que sea procedente la causal, se requiere que previamente a - la demanda, el Juez Penal dicte sentencia condenatoria.

b) No es necesario que exista una sentencia dictada por juez penal, condenando al cónyuge culpable, para que se demande el divorcio por la causal de que se trata.

En el supuesto del inciso "a", se presenta el siguiente problema: el lapso desde la iniciación de la averiguación previa a la fecha en que se dicte sentencia generalmente es mayor a los seis meses, motivo por el cual no es válido ejercitar la acción para efectos de divorcio, esto es lo que opinan varios autores que apoyan el supuesto del inciso "b".

Los partidarios del inciso "a" opinan: que el término para efectos de caducidad a que se refiere el Art. 278, es a partir de la fecha en que se tenga conocimiento de la sentencia.

#### 4.2 Causas de Divorcio Contenidas en el Artículo 267

##### 4.2.1 Primera Causa

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

Atendiendo el principio de igualdad tutelado por el Art. 4º Constitucional, el adulterio en las circunstancias antes descritas es causal de divorcio para cualquiera de los cónyuges. Es notorio el contraste del Código Civil de 1884 y de la Ley de Relaciones Familiares, en que el adulterio como causal de divorcio se aplicaba en determinadas circunstancias para la mujer y distintas circunstancias para el hombre.

El adulterio en la mujer como causal de divorcio en cualquier circunstancia fue procedente. En cambio para que el adulterio del hombre como causal de divorcio fuera procedente, debía reunir circunstancias que son: que por motivo del adulterio se ocasionara escándalo social; la existencia de una concubina, o que se hubiere cometido en el domicilio conyugal.(59)

El adulterio como tal, en el Código Penal (C. P.), así como en la Frac. I del Art. en cuestión únicamente lo consideran como un acto

consumado. Los actos preparativos tendientes a la comisión de este delito, no obstante que producen en el cónyuge inocente una injuria grave, no son considerados como causales de divorcio de la Frac. I.

Cuando uno de los cónyuges tenga relaciones amorosas públicamente, que bien podrían ser actos tendientes a la consumación del adulterio, tampoco puede demandar el divorcio fundándose en la primera causal del Art. antes citado.(60)

El problema que se presenta para acreditar la existencia del adulterio consiste en que si no se acredita a tiempo, posteriormente ya no surtirá ningún efecto. Ya se comentó en líneas anteriores, que el término para efectos de caducidad, empieza a correr, y si no se demanda en tiempo oportuno, no tiene ningún efecto la acción intentada.

Por otra parte, para que penalmente se compruebe el adulterio, es decir; para que un Juez Penal dicte en este sentido una sentencia condenatoria, se requiere, según lo establece el Art. 273 del C. P., que haya habido escándalo, o que el delito en cuestión, se cometa en el domicilio conyugal.

Para el maestro Rojina V., No es necesario que se querelle el cónyuge ofendido, y menos que haya sentencia que determine la culpabilidad de un cónyuge de la causal en cuestión para ejercitar la acción del estado civil, demandando el divorcio. El Juez de lo Familiar puede apreciar otros medios de prueba y determinar si existe, o no la causal.(61)

Siendo el adulterio un delito sancionado por querrela, es procedente el perdón del ofendido, al respecto el Art. 276 del C. P. establece:

"Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. esta disposición favorecerá a todos los responsables."

En aquellos casos en que se desista el cónyuge ofendido, pero la sentencia ya causó estado, cabe la pregunta ¿si este desistimiento es aplicable al Art. 279 del C. C. el que previene:

60 Idem.

61 Ob. Cit., Rojina V., Pág. 438.

"Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito; no se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores."

Reitero, no hay que omitir lo que previene el C. P. en su Art. - 276 ya mencionado, si ya se dictó sentencia no producirá ningún efecto el perdón del ofendido. Esto implica que tampoco surta efecto alguno, que no se tenga por manifestado el perdón para el adulterio a - que se refiere la Frac. I del Art. 267, o bien, está equivocado este criterio. Ante estas dos interpretaciones, mi opinión es que debe entenderse que sí se ha perdonado la causal en cuestión. Y eso independientemente de que se dicte sentencia, cuando existe el ánimo de perdonar la causal de la Frac. I ésta es independientemente de cualquier situación penal. El hecho de que el perdón se presente fuere de término y no se pueda modificar la sentencia por haber causado estado, - no implica que no se desee perdonar al cónyuge.

LA CAUSAL DE ADULTERIO EN EL CONCUBINATO.- Cuando existe concubinato en la causal de adulterio no corre el término de seis meses a - que se refiere el Art. 269 del C. C., en el sentido de que se puede tener conocimiento del adulterio como concubinato y ello no implica - que empiecen a correr los seis meses, toda vez que el adulterio se está cometiendo en forma reiterada. El término empieza a computarse - cuando deje de existir el concubinato. Se considera esta causal de - tracto sucesivo, en virtud de que por un tiempo más o menos duradero se está incurriendo en la causal de adulterio.(62)

El acta de nacimiento de un hijo del otro cónyuge es prueba de - adulterio, aún cuando no sea directamente, se le considera una documental pública que acredita la consecuencia del adulterio, sobre todo si está firmada por el adúltero.

Para Montero Duhalt el adulterio es el ayuntamiento carnal de - dos personas cuando ambas son casadas.(63)

Definitivamente no estoy de acuerdo, el adulterio existe si uno o ambos adúlteros son casados. La figura del adulterio no implica -

62 Ob Cit. Pallares, Pág. 65  
63 Ob. Cit., Montero D., Págs. 223 y 224.

que los dos seres unidos carnalmente sean casados.

En el adulterio, cuando solo uno de los adúlteros es casado y el otro ignora ese casamiento, se presume la inculpabilidad de la persona soltera y la responsabilidad penal solo es para la persona casada.

El adulterio es una traición a los deberes de fidelidad íntima - que se deben mutuamente los cónyuges, en el cual uno de ellos ha sido desleal a su pareja.

La medicina juega un papel muy importante en materia de prueba.

Si un cónyuge del grupo sanguíneo "A" demanda a su esposa por adulterio, y ésta es del mismo grupo sanguíneo que su esposo y como prueba presenta el examen de laboratorio en el que se determina que el hijo de ella es del grupo sanguíneo "B" queda plenamente probado el adulterio, aún cuando no se determine quién es el padre del hijo.

Es importante estacar que el dato de éste párrafo no es tomado de nuestro país. (64)

Como último punto, quiero externar mi opinión relativa al perjuicio que se ocasiona a la familia en el adulterio de uno u otro cónyuge en los siguientes términos:

El perjuicio que ocasiona el adulterio de la mujer, consiste en que, en caso de embarazo lleva al núcleo familiar (entendiéndose como tal un matrimonio e hijos, si es que los hay) un hijo que se integrará a una familia a la que consanguíneamente no pertenece:

Por no ser hijo del esposo de su madre. Aún cuando no siempre en el adulterio de la mujer ocurre el supuesto antes descrito, el riesgo existe, en el sentido de llevar al seno familiar un hijo, esto es: a un hogar al cual no pertenece por las razones antes apuntadas.

En cambio en el adulterio del hombre, no existe el riesgo de que incorpore a su familia un ser humano, motivo por el cual el perjuicio no hace tanta mella como en el caso de la mujer.

¡Claro!, la mujer no es culpable de que la naturaleza la haya condicionado biológicamente para concebir un hijo, pero justamente por eso debe tener más criterio, y tomar más en cuenta las consecuencias y riesgos que ocasiona el adulterio. De ninguna manera estoy exentando de culpa, o aprobando el adulterio del varón, lo único que pretendo es: anotar las diferencias biológicas que existen en uno y

otro caso.

#### 4.2.2 Segunda Causa

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

En esta causa se requieren dos requisitos; el primero de ellos es que el hijo sea declarado judicialmente ilegítimo.

Es pertinente resaltar que varios productos nacen a la edad de ocho y siete meses. Y la mayoría nace a término, es decir: a los nueve meses, que es el tiempo normal que dura una gestación.

Con fundamento en lo dispuesto por el Art. 324 Frac. I, se considera hijo legítimo aquel que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio. De lo que se desprende que es hijo ilegítimo aquel que en el lapso de 180 días contados a partir del día en que se celebró el matrimonio haya nacido.

El problema que se presenta en este caso consiste en que en esta causal no basta que se haya concebido el hijo antes del matrimonio.

De lo que se infiere que: hay hijos concebidos antes del matrimonio que sin embargo nacen después de 180 días y la Ley erróneamente los considera como legítimos, la razón es que 180 días equivale a seis meses, motivo por el cual si es concebido el hijo un mes antes de celebrado el matrimonio, todavía existe error de 60 días, esto, - tomando en cuenta que la mayoría de embarazos son de nueve meses y en este mismo caso bien puede nacer el hijo a los 240 días después de celebrado el matrimonio.

En relación a lo anterior el Art. 328 del mismo ordenamiento preve:

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

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

"II. Si concurrió al levantamiento del acta de -

nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

"III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

"IV. Si el hijo no nació capaz de vivir."

Cuando el marido pretenda desconocer la paternidad, en relación al nacimiento del hijo, deberá ejercitar su acción en el lapso indicado en el Art. 330 del ordenamiento en cuestión que previene:

"En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento."

En la causa analizada, la confesional de la madre asumiendo la responsabilidad de adulterio no hace prueba plena, no obstante que el marido alegue que no es hijo suyo el de su esposa y que ésta es adúltera, al respecto el Art. 326 del mismo ordenamiento previene:

"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."

Previo a la demanda de divorcio, debe existir sentencia ejecutoriada que declare la ilegitimidad del hijo, en el sentido de que el padre del mismo no es el esposo de la cónyuge. Mientras no exista la sentencia que así lo decrete los cónyuges tienen las obligaciones y derechos propios del matrimonio, motivo por el cual el esposo debe vivir con su esposa e hijos y darles alimentos, incluyendo al supuesto hijo ilegítimo. Este juicio dura 24 meses aproximadamente. (65)

Aunque no especifica la Ley si hay o no caducidad para ejercitar la acción de divorcio, del texto de la causal en cuestión al decir: "Y que judicialmente sea declarado ilegítimo" se desprende que la autoridad que hace tal declaración es el Juez; mediante sentencia ejecutoriada, motivo por el cual se entiende que el término para que se -

computen los seis meses relativos a la caducidad, corren a partir del día en que la sentencia adquiriera la autoridad de cosa juzgada y no a partir de cuando se tuvo conocimiento o sospecha de la ilegitimidad del hijo.

Considero que es nula la acción de divorcio intentada por el marido, cuando se presenten las circunstancias a que se refiere el Art. 343 del C. C., que a la letra dice:

"Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

"I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con afluencia de éste;

"II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

"III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361."

De lo anterior se desprende que no es hijo del marido, pero lo reconoce como tal y ante el reconocimiento en términos del Art. en cuestión no es procedente el divorcio. Porque si bien es cierto que lo reconoce como un gesto de humanidad, también lo es que la propia Ley está indicando que no existe vínculo de consanguinidad.

El hijo que nace dentro del lapso de 180 días a partir de celebrado el matrimonio no siempre es del esposo, cuando no lo es; el ocultamiento y la falsa paternidad que pretende hacer creer la esposa es del todo reprobable, pero no se puede decir lo mismo cuando previamente al matrimonio hubo relaciones sexuales entre los consortes.

La deslealtad e inmoralidad en este sentido por parte de la mujer se da antes de celebrado el matrimonio y en el momento de celebrarse el mismo, el criterio que se toma de esta causal es atendiendo a la injuria grave que se ocasiona al esposo por omitir informarle el embarazo.

Laurent (tratadista Frances) opina que el tema en cuestión no debe ser causa de divorcio y para ello toma en cuenta el momento en que fue concebido el hijo, como este momento es anterior a la celebración

del contrato matrimonial y no posterior al mismo, no debe tomarse en cuenta para efectos de divorcio, porque la injuria grave debe ser posterior al matrimonio y no anterior. (66)

Definitivamente creo que lo anterior es un error de interpretación: antes del matrimonio no existe injuria, en virtud de que la mujer no se ha comprometido legalmente con hombre alguno y sí existe injuria grave, no tan solo al momento de celebrarse el matrimonio, sino en forma posterior; cuando después de celebrado dicho contrato la mujer dijera la verdad relativa a que el hijo que nacerá es de otra persona distinta a su esposo. En este caso la injuria se forma a partir del momento en que se celebró el contrato matrimonial como consecuencia de un acto sexual anterior al matrimonio.

#### 4.2.3 Tercera Causa

"III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo 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;"

La causal en cuestión se refiere al delito de LENOCINIO, contemplado y sancionado en el C. P..

Además de ser una causal para ejercitar la acción Civil de divorcio, se puede ejercitar la acción penal de lenocinio y al respecto el Art. 207 del C. P. establece:

"Comete el delito de lenocinio:

- "I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;
- "II. Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución;
- "III. Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostibulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedi-

cados a explotar la prostitución, u obtenga - cualquier beneficio con sus productos."

La causal en cuestión considera el lenocionio de una manera expresa y tácita. Al iniciar el texto de la fracción en cuestión estipula "La propuesta del marido...", en cuyo caso es la forma expresa de conminar, o tal vez obligar a su cónyuge a efecto de que se tipifique el delito a que nos estamos refiriendo, más adelante en la misma fracción considera la actitud pasiva como causal de divorcio, en el sentido de que el cónyuge acepta tácitamente la prostitución de su esposa.

De la parte que establece: "La propuesta del marido para prostituir a su mujer, ...", se desprende que a solicitud del esposo, como sujeto activo prostituye a su mujer sin que haya intermediario, la propuesta es de cónyuge a esposa.

Al continuar el texto: "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; ", en este texto cambia el sentido: el cónyuge no tiene trato directo con su esposa en el sentido de prostituiria, únicamente conciente la prostitución de su mujer a cambio de un beneficio remuneratorio, luego entonces ¿a solicitud o propuesta de quién se prostituye la esposa?, en relación a esta última parte del texto, la propuesta tiene dos opciones: la misma mujer se prostituye u otra persona distinta del cónyuge le propone la prostitución.

La causal en cuestión es muy compleja, creo que el término "propuesta" no es adecuado, imaginemos que el esposo hace la propuesta para prostituir a la mujer, y ésta acepta con gusto, sin ningún reproche, ¿cual de los cónyuges resultaría culpable?, por razones obvias, dicho acto inmoral es imputable al esposo. Y para la esposa es tan irracional, porque impera más el instinto sexual de la mujer que el raciocinio. En mi opinión los dos cónyuges son culpables y entre otras sanciones, definitivamente se les debe condenar a la pérdida de la patria potestad.

En el supuesto de que el esposo obligue a la mujer para prostituir la ejerciendo coercibilidad física o psíquica, definitivamente, -

en este ejemplo si es adecuada la causal de divorcio, en el sentido - de que el esposo es culpable por infringir gravemente a la moral de la pareja que ha legalizado mediante matrimonio, y además es notorio el mal ejemplo y falta de respeto que se comete en agravio de sus hijos, en caso de que los haya, ello independientemente de que exista o no remuneración que beneficie a la cónyuge o al esposo.

Para el caso de que la mujer tome la iniciativa de prostituirse o que la inicie en la prostitución otra persona distinta de su cónyuge y que éste se concrete a consentir tal conducta, independientemente de que reciba un beneficio remuneratorio o no, la sanción, en mi opinión debiera ser pérdida de la patria potestad para ambos cónyuges en atención a la inmoralidad e instinto irracional de la mujer, y por lo que se refiere al esposo como consecuencia de su inmadurez e incapacidad de poner una solución a la anomalía, excepción hecha para el caso de que el esposo sin ningún beneficio remuneratorio y que además reciba amenazas reiteradas con el objeto de permitir que su mujer se prostituya, en este caso solo quién debiera perder la patria potestad es la madre y conservarla el padre.

A propósito del texto analizado de la Frac. III del Art. 267, en en la parte última indica; que cuando el marido consienta la prostitución, además de consentirla debe recibir remuneración. Entonces surge la pregunta, si consintiendo el esposo la prostitución sin que reciba remuneración, ¿se le considera causal de divorcio?, en mi opinión si se le considera causal de divorcio y ambos cónyuges son culpables.

Lo anterior es mi opinión fundada en lo que previene el C. C., y particularmente los Arts. 162 primer párrafo, 164 y 169, éste último establece:

"Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición."

Surge un problema a resolver; ¿quien puede invocar el divorcio?, por la causal analizada; ¿el cónyuge o la esposa?. De acuerdo a lo que expuse y en virtud de que indiqué cual cónyuge es culpable, se egtará a lo que establece el Art. 278 del ordenamiento en cuestión que

previene:

"El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda."

¡Claro!, cuando ambos cónyuges sean culpables, a lo que se procederá es a suspender y en su caso extinguir la patria potestad a los padres de los menores hijos. Y en estas circunstancias ninguno de los cónyuges puede invocar el divorcio, según se desprende del Art. 278 antes citado, ¿esta causal para quien es, para el o para ella?, solo el legislador sabe; al parecer es causal de divorcio a favor de la esposa.

A efecto de que se de el lenocinio se requiere que el esposo reciba dinero u otro beneficio con motivo de la prostitución de su mujer, solo así se le considera causa de divorcio, según lo previene el texto analizado. En algunas ocasiones en la figura de lenocinio el esposo ejerce coacción obligando a la esposa a tener acceso carnal con otro, y ante esta circunstancia la mujer conciente la prostitución, pero no por voluntad, sino por miedo a los golpes y a las amenazas.(67)

Es pertinente apuntar la gran similitud del lenocinio con la Frac. III del Art. 267 y determinar que hay diferencias, el C. P. establece que cualquier persona puede cometer el delito de lenocinio y no únicamente el esposo. Es acertada la aclaración que hace el licenciado Eduardo Pallares y solo cabe aclarar que en algunas circunstancias estaríamos frente al delito de violación que previene el Art. 265 del C. P., él que establece:

"Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años.

"Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de seis a diez años."

Y es el caso de que en ocasiones el esposos ejerce violencia física, violencia moral o ambas, presionando así a su esposa, con la in

tención de que ésta por medio de su cuerpo obtenga algún beneficio. (Lo que la gran mayoría de autores denomina violencia moral, para mí es violencia psíquica, toda vez que en el caso en cuestión se puede decir que es del todo amoral). En relación a lo anterior el Art. 266 Bis del C. P. previene:

"Cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco mil a doce mil pesos. A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este código."

El Art. 13 del C. P. previene:

"Son responsables del delito:  
 "I. Los que acuerden o preparen su realización;  
 "II. Los que lo realicen por sí;  
 "III. Los que lo realicen conjuntamente;  
 "IV Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro  
 "V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;  
 "VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;  
 "VII. Los que con posterioridad a su ejecución - auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito y  
 "VIII. Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado."

El delito de violación entre cónyuges no está previsto por el legislador como causal de divorcio, y menos en las circunstancias antes descritas. Es importante observar que de acuerdo a lo antes apuntado la penalidad en cuanto a prisión es muy alta.

No se requiere que el Juez Penal condene mediante sentencia ejecutoriada al esposo responsable de lenocinio para que demande la mujer el divorcio a su cónyuge.

El legislador no consideró el caso opuesto de esta Frac. III, es decir: cuando la mujer haga la propuesta al marido, para que este tenga relaciones sexuales con otra persona, caso en el cual la mujer obtenga un beneficio, que puede traducirse en dinero u otra remuneración.

ción.

Probablemente la omisión del legislador se debe a que cuando el hombre tiene relaciones carnales con otra mujer, no se prostituye, en cambio la cónyuge sí, por tanto debe ser tomado muy en cuenta y sobre todo al correr el riesgo de llevar al hogar un hijo concebido de diferente persona a su cónyuge.(68)

Es a todas luces reprobable que el esposo induzca a su mujer a la prostitución, cuando aquel le debe respeto y protección a su esposa y lejos de cuidar el honor y pudor propios de una mujer, crea un medio propicio a la deshonra de su propia cónyuge.(69)

#### 4.2.4 Cuarta Causa

"La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;"

En esta causal de divorcio, un cónyuge por algún medio induce al otro a cometer algún delito, independientemente de que la influencia que ejerce un cónyuge contra el otro sea públicamente o en privado.

Las causas de divorcio pueden relacionarse con los delitos penales, pero no es necesario que se esté a la letra de lo que preve el C. P., al respecto el Art. 209 del mismo ordenamiento estipula:

"Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio se le aplicarán prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido."

De lo anterior, se desprende que en la causal de divorcio en comentario, bien se puede identificar con el delito previsto en el Art. 209 antes citado, toda vez que la causal de divorcio del Art. 267 Frac. IV, implica cometer un delito, el que para efecto de que se co-

68 Idem. Págs. 71 y 72.

69 Ob. Cit., Rojina V., Págs. 442 y 443.

meta puede ser incitado por un cónyuge públicamente, para que el otro cónyuge lo realice.

En un sentido diferente y específicamente, para el caso de que - sea en privado la conducta prevista en la Frac. IV antes citada no se puede ejercitar la acción penal, pero sí la acción civil.

En cambio, cuando se identifica la causal de divorcio con un delito, se puede ejercer la acción ante el Juez de lo Familiar y también la acción penal.

La incitación de un cónyuge a otro para cometer un delito, es generalmente del tipo de lesiones, homicidio, o delitos sexuales.

Estos delitos tienen su origen, varias de las ocasiones porque - la mujer usa frases como: "no te dejes", o "no seas cobarde", esto se estila sobre todo en las clases humildes y ello es una incitación, motivo suficiente para demandarle a la cónyuge el divorcio.

Independientemente de que los cónyuges demande el uno al otro, - en caso de que se cometa un delito, el incitador puede incurrir en - responsabilidad penal, por ejemplo como autor intelectual.

Algunas de las ocasiones la incitación es expresa, otras es tácita; de la primera puede ser oralmente, o en forma escrita y de la segunda puede ser; manifestando desprecio, mediante una sonrisa, burla, o negándose al débito conyugal. (70)

La violencia puede ejercerla un cónyuge en contra del otro, con el propósito de que éste otro cometa un delito. Considero que éste - extremo es bastante como para que quede disuelto el vínculo matrimonial, es inconcebible que el propio cónyuge cometa delitos usando de instrumento a su propio esposo, o esposa, según el caso.

La fracción en cuestión es causa de divorcio independientemente de que se cometa el delito o no. En el supuesto de que suceda el delito es cónyuge culpable civil y penalmente, en caso de que no se cometa el delito es cónyuge culpable en la causal de divorcio el que incita o violenta al otro a cometer el delito.

En algunas ocasiones ambos cónyuges son culpables cuando se come

te el delito: para ello se requiere que el delincuente tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años, así lo previene la fracción XIV del artículo en cuestión. A diferencia; cuando por el delito que se cometió tenga que sufrir una pena menor de dos años el delincuente. Esta no será causa de divorcio para el cónyuge que fue obligado a delinquir, pero si es causa para el cónyuge que lo obligó a que cometiera el delito. Y es que la fracción en estudio, no especifica que el delito que se incita tenga marcada una penalidad mayor, o menor de dos años.

El término de seis meses para efectos de caducidad, corre a partir del momento en que se incitó, o se usó la violencia a efecto de cometer un delito, el motivo de ello, es la autonomía que previene la Ley de la materia, en el sentido de que no se identifica con el código penal respecto a los delitos.

#### 4.2.5 Quinta Causa

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

Es muy triste que en una demanda de divorcio se narren estos hechos, y además que se comprueben. Esto demuestra una falta de educación, sobre todo una moral muy distorsionada y raquítica. Es indudable que un padre que corrompe a sus hijos siembra en la vida de los menores de edad una vida de problemas y conflictos que se reflejarán en la sociedad, que por lo menos durante una generación más seguirán haciendo mella y eco, es decir; al tener descendientes esos hijos que han sido distorsionados en su educación transmitirán a sus descendientes la afectación que sembraron sus abuelos.

No obstante ser una causa reprobable, pareciera no serlo en aquellos casos en que el padre, o la cónyuge consienten la prostitución de sus hijos, pero ello de ninguna manera es justificable.(71)

En relación a la fracción en cuestión, el Art. 270 del mismo ordenamiento establece:

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

Este artículo complementa el análisis de nuestra causal al hacer la aclaración de que no se requiere que los hijos sean de ambos cónyuges, pueden ser de uno solo de ellos para que se le considere como - causal de divorcio a la corrupción de los menores de edad.

Cuando los actos inmorales son ejecutados por ambos cónyuges en perjuicio de los hijos, con el fin de corromperlos, surgen dos consecuencias:

a) Con fundamento en la Frac. III del Art. 444 del C. C., ambos cónyuges pierden la patria potestad cuando resulten ser culpables.

b) Al encontrarse los cónyuges culpables por la corrupción de sus hijos, ninguno de ellos puede invocar la causal de divorcio.

Solo puede solicitar la disolución del matrimonio el cónyuge que no haya dado causa a él, pero en el caso en cuestión los dos cónyuges - son culpables, así lo previene el art. 278 del precepto legal antes - citado.

Surge otro problema; que debemos entender por "corrupción", la - corrupción tiene varias acepciones y el común denominador es el -- siguiente: es una alteración de las funciones ordinarias, tendientes a la degradación y destrucción.

Para efectos de la causal en cuestión ¿que debemos entender por corrupción?, el Código Civil no la define. El Código Penal en su artículo 201 la define al siguiente tenor:

"... Comete el delito de corrupción de menores el que procure o facilite su depravación sexual si es púber, la iniciación en la vida sexual o la depravación de un impúber, o los induzca, in cite o auxilie a la práctica de la mendicidad, de hábitos viciosos, a la ebriedad, a formar -

parte de una asociación delictuosa, o a cometer cualquier delito. ..."

Además de los casos previstos en el Código Penal, debe considerarse cualquier otra circunstancia que degrade la salud y educación - del menor de edad, el Art. 203 del mismo ordenamiento penal condena a la pérdida de la patria potestad al responsable de un delito relativo a la corrupción de menores, cuando el ofendido sea su hijo o hijastro

La causal en cuestión no es justamente la misma que el delito penal, éste es más restringido y aquella es más amplia, más genérica, y por ello no se requiere que la corrupción de menores sea justamente - el delito del Código Penal para que surta sus efectos como causal de divorcio.

Se requiere además que uno de los cónyuges realice actos que influyan en el ánimo de sus hijos a la corrupción. No procede el ejercicio de la acción Civil de Divorcio cuando por simple omisión de los padres se tolere la corrupción de sus hijos y aquellos no eduquen debidamente a éstos. A propósito de acción y omisión, el juez de lo Familiar tiene amplias facultades para considerar cuando es acción y cuando se consiente la corrupción indebidamente al no saber educar el cónyuge a sus hijos. Y lo que es peor, que el padre o la cónyuge facilite los medios tendientes a corromper a sus hijos mediante una acción. (72)

Quando la corrupción afecta a los hijos, se dan dos supuestos:

- a) En los menores de edad.- Sí se encuadra el tipo penal, procede el delito penal y la causal de divorcio, y
- b) En los mayores de edad.- En éste caso no se encuentra el tipo penal previsto en el Art. 201 de la Ley de la materia, no obstante, si es causal de divorcio. (73)

Demostrada la causal "V" que nos ocupa, es procedente el divorcio independientemente de que se corrompan o no los hijos.

Lo que es tomado en cuenta por el legislador es: la intención de corromper a los hijos por parte del cónyuge culpable, más no el hecho de que alcancen a corromper a los hijos por la conducta que observen sus padres. (74)

72 Idem. Págs. 74 y 75.  
73 Ob. Cit., Montero D., Pág. 227.

74 Ob. Cit., Rojina V., Pág. 448.

#### 4.2.6 Causa Sexta y Séptima

Previene la Frac. VI:

"VI. Padece sifilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrando el matrimonio;"

El texto de la siguiente fracción establece:

"Padece enajenación mental incurable, previa de claración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;"

La peculiaridad de las causales VI y VII antes citadas, es que: él cónyuge sano puede optar según sus intereses, entre divorciarse, o en su caso, solicitar al Juez de lo Familiar autorice la separación de cuerpos y dejar subsistentes las demás obligaciones propias del matrimonio; así es como lo previene el Art. 277 del ordenamiento en cuestión.

No hay otras causales que tutelen la separación de cuerpos, las causales diferentes a las analizadas son motivo de solicitar el divorcio exclusivamente vincular, estudiado anteriormente, conjuntamente con el divorcio por separación de cuerpos.

Cabe destacar que en la fecha que elebaró el legislador las fracciones del artículo relativo a causas de divorcio, la tuberculosis y la sifilis fueron un serio problema que atentó contra la salud del hombre, y eso ya pasó a la historia. Hoy con los grandes avances que día a día enriquecen nuestra ciencia y gracias a los antibióticos, como son: la penicilina y las vacunas, la sifilis y la tuberculosis son poco frecuentes, puede decirse que son enfermedades ya erradicadas.

En relación a lo anterior el Art. 199 bis del C. P. estipula:

"El que sabiendo que está enfermo de sifilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se acusa el contagio.

"Cuando se trate de cónyuges, solo podrá procederse por querrela del ofendido."

Si bien es cierto que algunas enfermedades venéreas son muy esporádicas, según ya expliqué, también es cierto que en la actualidad - han surgido otras nuevas enfermedades, como lo es el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) En las cuales también es aplicable - el delito; peligro de contagio que previene el Art. 199 bis ya apuntado La enfermedad del SIDA en nuestros tiempos es un gran peligro de contagio internacional.

Es difícil encontrar alguna otra enfermedad que sea crónica o inucurable y además que sea contagiosa, justamente como lo previene el - C. C..

Por lo que respecta a la diabetes, si es una enfermedad crónica e incurable, en virtud de que solo se controla mediante medicamentos y en algunos casos es tan fácil su control, pero el problema es que - si es hereditaria. (75)

El ejemplo de la autora Montero D. es muy respetable, sin embargo en mi opinión no tiene razón de ser su ejemplo, toda vez que la - diabetes no es una enfermedad contagiosa.

Es discutible si padecer diabetes es causa suficiente para solicitar el divorcio, porque siendo ésta una enfermedad crónica e incurable, no contagiosa, pero hereditaria, no se sabe si el hijo heredará o no la enfermedad, dadas las características de que la herencia en - los descendientes se maneja en porcentaje de probabilidades y además la frecuencia de diabetes aumenta con la sobrenutrición.

En mi concepto, atento al alto porcentaje de diabetes en la humanidad, ésta causal de divorcio no tiene razón de ser. Analizando - bien las causales en comento los cónyuges que deseen separarse de su pareja, ya no tienen porque preocuparse, toda vez que la naturaleza y el legislador les ha facilitado la pretensión de divorciarse o bien de suspenderse la obligación de cohabitar según lo prefiera el cónyuge sano.

En estas causales no opera la caducidad, en virtud de ser de - tracto sucesivo la naturaleza de la enfermedad, motivo por el cual se puede demandar en cualquier tiempo el ejercicio de la acción civil de divorcio (76)

Quando existen las enfermedades contenidas en las fracciones que estamos analizando, no se puede celebrar el matrimonio por ser impedimento para celebrarlo y en caso de que se celebre el matrimonio el cónyuge sano puede promover la nulidad de matrimonio dentro de los sesenta días siguientes, contados a partir de la fecha del matrimonio, en caso de que no lo haga en el término antes mencionado operará la caducidad; así lo previenen los Arts. 156 Fracs. VIII y IX y 246. del C. C..

Transcurridos los sesenta días antes mencionados, sin que se promueva la nulidad de matrimonio, estaremos a lo que disponen las fracciones VI y VII que estamos analizando.

En relación a la impotencia incurable para obtener la cópula, también es impedimento para contraer matrimonio, en caso de celebrarse, no obstante ésta enfermedad, se deberá ejercitar la acción de nulidad de matrimonio, el inconveniente de este caso es que los sesenta días de caducidad son insuficientes para determinar que la impotencia es incurable. Pero si no se promueve la nulidad de matrimonio por impotencia incurable dentro de los sesenta días antes mencionados después ya no habrá fundamento legal para demandar el divorcio, porque en su parte conducente la Frac. VI establece: "... la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;" y en el caso en cuestión la enfermedad ya existía antes de celebrarse el matrimonio.(77)

Hay otro punto oscuro para efectos de la interpretación de la impotencia incurable, es el siguiente: la naturaleza biológica ha dispuesto para después de cierta edad avanzada, que sobrevenga la impotencia sin que en estas circunstancias sea una enfermedad y por consiguiente, al no haber enfermedad no hay porque curarla. Justamente esta impotencia natural y no patológica no es causa de divorcio, porque la Frac. VI en comento se refiere a enfermedades, así se desprende al incluir en la causal la palabra "incurable".

Con lo anterior creo que está esclarecido éste punto.

Por lo que se refiere al cónyuge demente, cabe preguntar, si procede el divorcio cuando siendo incurable la demencia solo sea en lapsos cortos y la mayor parte del tiempo se encuentre cuerdo el cónyuge

esto es: en estado mental normal.

El Código Civil no especifica si la demencia debe ser constante, o puedan surgir momentos de demencia en el cónyuge enfermo y si en ambos casos procede el divorcio.

#### 4.2.7 Octava Causa.

"La separación de la casa conyugal por más de -  
seis meses sin causa justificada;"

El término "separar", significa poner a un objeto o persona en lugar alejado de otra persona, objeto, o lugar, desunir, fuera del lugar próximo. Y a propósito de ello, la causal en cuestión no es un acto que se produce y desaparece al momento; es un hecho que subsiste es constante y reiterado mientras no regrese el cónyuge que se separó del domicilio conyugal, motivo por el que no se presenta la caducidad siendo erróneo computar los seis meses para efectos de caducidad, a partir de la fecha en que se separó el cónyuge. Es importante tomar siempre en cuenta que es una causal de tracto sucesivo.

La causal en cita, para que se le considere como tal, requiere - que la separación sea sin causa justificada y esta ausencia de causa será; ¿legal, moral, o social?, no explica el Código Civil, yo creo - que se refiere al concepto: "sin causa legal justificada", toda vez - que el legislador protege a la familia.

La causa justificada es un concepto muy amplio, en cuanto a interpretación se refiere, varía de persona a persona y para ello cuenta mucho la educación, madurez, estado social y temperamento.

Así, para algunas personas es causa justificada emplear un lenguaje grosero, la forma o manera de comer, de conducirse en una reunión etc., mientras que para otras personas es una forma natural y cotidiana de conducirse.

En atención a la pluralidad de interpretaciones, el juez tiene facultad para establecer cuando hay causa justificada y cuando no, para lo cual toma en cuenta las circunstancias del caso en particular.

También toma en cuenta que no sea un pretexto para separarse, -

debe ser una causa grave.(78)al parecer no legal.

La separación del domicilio conyugal, además de consistir en la separación material de la casa, se requiere que se rompan relaciones con el otro cónyuge e hijos y en este sentido se dejen de cumplir las obligaciones inherentes del matrimonio, como sería el caso de dejar - de ministrar alimentos, asistir a los hijos enfermos, educarlos, etcétera.(79)

En otro sentido, un cónyuge puede separarse físicamente de su casa conyugal y continuar con los deberes propios del matrimonio, asistiendo a su otro cónyuge e hijos en alimentos, enfermedad, educación - para sus hijos y continuar con el débito conyugal sin que se incurra en la causal de la Frac. VIII en cuestión.

La Ley de Relaciones Familiares citada en capítulo anterior, expone como causal de divorcio:

"El abandono infundado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante - seis meses consecutivos."

La palabra empleada, "abandono", en la Ley de Relaciones Familiares es un concepto más amplio que el de "separarse", que usa nuestro actual Código Civil. Abandonar tiene el sentido de desamparar, no - procurar y olvidar. Separarse es alejarse o desunirse de una persona lugar, o cosa.

Una persona puede estar con su cónyuge e hijos sin separarse, - y al mismo tiempo abandonarlos; porque físicamente permanece con sus hijos y cónyuge en su domicilio conyugal, pero los ha abandonado porque los ha dejado desamparados y no procura sus deberes como sería el caso de alimentarlos, desentendiéndose de las cargas y obligaciones - que impone el matrimonio.

Como se explicó, la Ley de Relaciones Familiares según mi punto de vista, fue más protectora de la familia legalizada que nuestro actual Código.

La simple separación, independientemente de que se cumplan los - deberes que se deben entre sí los cónyuges, y de éstos para con sus - hijos, es causa de divorcio; así se desprende de la causal que estamos analizando.

---

78 Ob. Cit., Pallares, Págs. 76 y 77.

79 Idem., Págs. 77 y 78.

Esta interpretación, no obstante que es tomada del Código Civil, es contraria al criterio del Tribunal Superior de Justicia, en virtud de que se requiere además de la separación, que se dejen de cumplir - los deberes del cónyuge que se separó del domicilio conyugal para que proceda el divorcio.(80)

Continuando el análisis de la causal contemplada en la Frac VIII misma que se refiere a "la casa conyugal...", pero no la define. Es pertinente destacar que no porque vivan en un determinado domicilio - los cónyuges, ello signifique la existencia de casa o domicilio conyugal, y a propósito de ello el Art. 163 del C. C., en su parte conducente establece:

"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales. ..."

Únicamente podrán eximirse de la obligación de vivir juntos, los cónyuges por circunstancias que la propia Ley determine, siempre que lo autorice la autoridad competente.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación complementa el Art. 163 en cuestión, y establece que la causal de divorcio no existen cuando los cónyuges viven en calidad de "arrimados", careciendo de autoridad propia en casa de familiares, amigos, o terceras personas. Y por "autoridad propia", debemos entender para efectos de la causal en cuestión que los cónyuges decidan libremente, sin influencia de terceras personas y desde luego en una casa en donde no vivan otras personas y que exista privacidad en todos los aspectos. - (81)

Para Rojina Villegas y Chávez Asencio, la separación de la casa conyugal es suficiente para que proceda el divorcio, indican que el "abandono" no debe confundirse con el término "separación". El abandono lo contiene la Frac. XII del artículo en cuestión y el Art. 164 del mismo ordenamiento, y para ello, la Frac. VIII no debe mezclarse, ni hacerse extensiva a la Frac. XII.(82).

80 Ob. Cit., Chávez Asencio, Pág. 489.

81 Idem., Pág. 490.

82 Idem., Págs. 492, 493 y 494.

#### 4.2.8 Novena Causa

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

En esta fracción es titular de la acción de divorcio el cónyuge abandonado, no obstante haber producido éste una causal de divorcio - que bien pudo demandarle el cónyuge que se separó del hogar conyugal.

En este caso previsto, el cónyuge que se separa del domicilio conyugal tiene a su favor una causal de divorcio, al no ejercer la acción después de un año se reinvierten los papeles, siendo en este momento cuando nace una nueva causa de divorcio, pero en perjuicio del cónyuge que abandonó el domicilio, y a favor del cónyuge abandonado.

El motivo de esta causal es en atención a la incertidumbre en - que queda el cónyuge abandonado y los hijos, si es que los hay, otorgándole el legislador la facultad de ejercitar la acción de divorcio, no habiendo ejercitado dicha acción el cónyuge que abandonó el domicilio conyugal, no obstante que tuvo tiempo de sobra.(83)

El hecho de que la causal nazca al año a favor del cónyuge abandonado, no significa que para efectos de caducidad no se esté a lo - dispuesto en el Art. 278 del C. C., en el sentido de que el cónyuge - que abandona la casa conyugal solo tiene seis meses para ejercitar la acción de divorcio a partir del momento en que tuvo conocimiento del hecho que originó la causal.(84)

Del texto de la misma fracción, se infiere que la causa por la que se separa el cónyuge de la casa conyugal es alguna o algunas de las - que contempla el Código Civil relativas a causales de divorcio. Y pa - ra ello, cuando el motivo de la separación es distinto a las causales antes citadas, no debe aplicarse esta Frac. X, en su lugar debe apli - carse la Frac. VIII ya analizada.

La fracción en cuestión presupone casa conyugal en los mismos -

83 Ob. Cit., Pallares, Pág. 79.

84 Idem.

términos que la fracción anterior.

Para Eduardo Pallares además de separarse físicamente de la casa conyugal, el cónyuge debe dejar de cumplir las obligaciones propias - del matrimonio para que se configure la causal de la Frac. IX, y entre otras obligaciones está el ministrar alimentos al cónyuge e hijos.(85)

La explicación a la fracción en cuestión consiste en que al nacer una causal a favor del cónyuge que se separa de la casa conyugal demandando éste el divorcio al cónyuge abandonado, para lo cual tiene seis meses, después de este lapso la causal de divorcio ha caducado y es a partir de ese momento en que de nueva cuenta se empieza a computar otros seis meses para efectos de abandono de hogar y es el motivo por el que el cónyuge que abandonó el hogar, de actor pase a demandado;(86) en el supuesto de completarse un total de doce meses a partir del día de la separación de la casa conyugal.

Es conveniente destacar que en cualquier tiempo anterior a los - doce meses antes mencionados, el cónyuge puede regresar a su domicilio conyugal sin que incurra en responsabilidad exclusivamente respecto a causales de divorcio.

#### 4.2.9 Décima Causa

"La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;"

Por lo que se refiere a la declaración de ausencia son aplicables los Arts. de 669 a 678 del C. C., a efecto de que proceda la declaración de ausencia por el Juez competente.

Por lo que se refiere a la presunción de muerte, procederá a los seis meses, a los dos años, o a los seis años según el caso; a propósito de ello el Art. 705 del C. C., reformado a partir del sismo del 19 de septiembre de 1985, establece:

85 Idem., Pág. 65.

86 Ob. Cit., Rojina V. Pág. 463.

"Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el Juez a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

"Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte sin que en estos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia; pero si se tomarán medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este título.

"Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses, contados a partir del trágico acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte. En estos casos, el Juez acordará la publicación de la solicitud de declaración de presunción de muerte, sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días."

La presunción de muerte, bien justifica la disolución del vínculo matrimonial, en atención al siguiente razonamiento:

a) La persona que ha muerto o que se presume muerta, por razones obvias, no cumple las obligaciones inherentes al matrimonio, luego entonces: la carga del hogar y de los hijos corre a cuenta de un solo cónyuge.

b) En segundo término; el matrimonio es una modalidad específica de contrato en el cual se externa la voluntad de dos personas, y al extinguirse una de ellas se extingue el contrato, en virtud de que este contrato no existe en forma unilateral.

Eduardo Pallares preve y pregunta al respecto, ¿que situación jurídica ocupa el declarado ausente, o el presumido muerto cuando se presenta a hacer valer sus derechos?.

Una vez que la sentencia ha causado estado se estará a lo esta-

blecido por la sentencia.

Tratándose de presunción de muerte o declaración de ausencia; - son causas suficientes para demandar el divorcio, pero respecto al - cuestionamiento de Eduardo Pallares, la Ley omite que debe hacerse - cuando se presenta el supuesto desaparecido, o el supuesto muerto, ¿deberán de volver las cosas al estado que guardaban antes?.(87)

Es muy complejo el cuestionamiento de Eduardo Pallares y al respecto habría que determinar cuales son las circunstancias por las que se ausentó el cónyuge, es decir: que tanta culpa tiene, si se ausentó a propósito, o no. Otro tanto puede decirse de la presunción de muerte. En mi opinión, independientemente de lo anterior, aún cuando regrese el ausente, o el presunto muerto, se aplicará, en su caso, la - Frac. XVIII del artículo en cuestión; él que se estudiará más adelante.

Cuando no ha causado estado la sentencia, y se presenta a hacer valer sus derechos alguna de las personas que menciona la Frac. X, en opinión de Eduardo Pallares el demandado tendrá los mismos derechos - que el rebelde en un juicio.(88)

Los casos previstos por la causal a que se refiere la Frac. X en cuestión, surtirán sus efectos de divorcio independientemente de que la ausencia, o presunción de muerte sean imputables al cónyuge demandado. Este criterio lo establece el legislador en atención al otro - cónyuge, toda vez que el matrimonio no es óptimo si los cónyuges no - viven unidos.

#### 4.2.10 Décima Primera Causa

"La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;"

El texto es claro; y se refiere exclusivamente a las sevicias, - las amenazas o las injurias cometidas de un cónyuge en agravio del

87 Ob. Cti., Pallares, Págs. 81 y 82.

88 Idem., Pág. 82.

otro

Ha sucedido en algunas ocasiones que se entabla una demanda de divorcio porque amenazó, injurió, o golpeó un cónyuge a los padres del otro, siendo que esta circunstancia es muy criticable no fue prevista por el legislador.(89)

Siendo el matrimonio una institución muy protegida por razones ya mencionadas en el capítulo relativo, solo compete al legislador y no al Juez, determinar cuales son las circunstancias, o hechos suficientes para demandar el divorcio.

En virtud de que el texto de nuestro análisis habla de "injurias sevicias y amenazas", es pertinente definir dichos términos al siguiente tenor:

En la injuria se ataca el honor, el buen nombre o el prestigio de la persona.(90)

No obstante que actualmente el Art. 348 del C. P. ya está derogado, lo definía al siguiente tenor:

"Injuria es: toda expresión proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa."

El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el siguiente:

"Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el Juez al dictar la sentencia de divorcio, en la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la Ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profirieron o ejecutaron, para humillar y despreciar al ofendido."(91)

89 Idem., Págs. 82 y 83.

90 Idem..

91 Ob. Cit., Chávez A. Pág. 500.

De lo anterior se desprende que la injuria es un concepto bastante amplio y subjetivo. Lo que para una persona es ofensa, para otro puede no serlo, lo mismo cabe decir del desprestigio y del desprecio, lo cual obedece a la educación, cultura y costumbres entre otras cosas, de los cónyuges.

La jurisprudencia ha aclarado que la injuria a que se refiere esta fracción, no se identifica con el delito previsto y sancionado por algunos códigos de las diferentes entidades federativas, por ello, no es necesario que haya una averiguación previa y menos una sentencia - condenatoria para efectos de entablar una demanda de divorcio por injurias.

Además las injurias deben ser graves, para lo cual el Juez tiene amplia apreciación para determinar la gravedad.(92)

INJURIA EN EL ASPECTO SEXUAL.- La negativa de un cónyuge a proporcionar el débito carnal, es causa de divorcio, excepto cuando esta circunstancia obedezca a higiene o que haya actos de depravación en - agravio del cónyuge que se abstiene sexualmente.

Hay también injuria; cuando una persona tiene relaciones amorosas con otra, diferente a su cónyuge, sin que para ello cometa adult<sup>u</sup>erio y sobre todo, por la notoriedad de ese hecho en la sociedad, motivo por el cual causa ultraje, vejación y humillación en perjuicio del cónyuge pasivo, siendo esta causa suficiente para demandar el divorcio.(93)

INTERDICCION.- Promover interdicción contra un cónyuge, no obstante saber el promovente que el demandado está sano y solo lo hace - para ridiculizarlo ante la sociedad, es causa bastante para que el ofendido promueva el divorcio. Al respecto la Jurisprudencia previene:

"ya que por injuria, de acuerdo con la Ley y la doctrina debe entenderse lo que se dice, o escribe con intención de deshonar, envilecer, de sacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa a una persona o de mofarse de ella o de ponerla en ridículo."(94)

92 Ob. Cit., Pallares, Págs. 83 y 84.

93 Ob. Cit., Chávez A., Pág. 503.

94 Idem., Pág. 504.

De lo anterior se infiere que en éste caso la injuria proviene de cualquier acción u omisión

**GOLPES E INSULTOS.**- Los golpes, y/o insultos constituyen también injurias, sobre todo cuando son proferidos los insultos, o inferidos los golpes al cónyuge en presencia de otras personas, o en público.

Los golpes e insultos en ocasiones suceden en una sola vez, es decir, simultáneamente.

Para que proceda la causa de divorcio el Juez debe estudiar el caso en particular, no basta la interpretación de actor y demandado, ya mencionamos que son varios parámetros que determinan la procedencia o improcedencia de las causales de divorcio, como es: costumbres, educación, época, circunstancias etc..

La fracción en cita es la invocada con más frecuencia, no tan solo en México y Francia, lo es en todo el mundo. Además constituye el delito de injurias y amenazas, aún cuando no necesariamente para efecto de demandar el divorcio se requiere que la conducta reprobable de esta Frac. XI, se identifique con dichos delitos; es suficiente con que civilmente se declare la injuria, la amenaza o ambas.

Solo es procedente el divorcio por injurias cuando los hechos que lo motivaron influyen en el ánimo del juzgador, como para que éste determine que por las circunstancias ocurridas entre los cónyuges surgió un profundo alejamiento entre los cónyuges, toda vez que hace imposible seguir viviendo juntos y cuando se rompe la armonía propia del matrimonio.(95)

Lo mismo cabe decir de las amenazas y de la sevicia, pensar de otra forma es contrario a los fines y estabilidad que debe imperar en el matrimonio.

No es suficiente que en un escrito de demanda el actor manifieste que su cónyuge le injurió, aún cuando el demandado en la confesional reconozca que los hechos que se le imputan son ciertos.

Así no queda probada la injuria, en virtud de que el Juez en esta forma no se percata de si es, o no es injuria, tampoco es posible determinar si es grave la injuria. En este mismo sentido se concluye

que para efectos de que el Juez determine la existencia, o inexistencia de la injuria, el actor debe manifestar en que consiste la injuria y no concretarse a decir: "mi cónyuge me injurió".

Al expresar la injuria debe señalarse día, hora, lugar y como - ocurrieron los hechos.(96)

SEVICIA.- La sevicia se define como la crueldad excesiva y malos tratos, así como los golpes que un cónyuge infiere al otro, lo que constituye la causal de divorcio.

La sevicia puede consistir en hechos repetitivos, o se puede dar en un solo hecho, en éste último caso debe ser de tal forma que se rompa la armonía y afecto permanente entre los cónyuges, a criterio - del Juez. Cabe decir lo mismo cuando la sevicia está integrada por - hechos reiterados, que hagan imposible la vida en común.(97)

La sevicia implica un peligro para la vida, se supone del que - está dañado excesiva y cruelmente.(98)

AMENAZAS.- Se infiere el concepto de amenazas del Art. 282 del - C. P., que en su parte conducente establece:

"Se aplicará sanción de tres días a un año de - prisión y multa de diez a cien pesos:

"I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, - en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, o bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y

"II. Al que por medio de amenazas de cualquier - género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer."

Por lo que las amenazas es; la intimidación de palabra o de - obra que se hace a un sujeto, anunciando que en lo futuro se ocasionará un mal en su persona, bienes o derechos, o en la persona, bienes o derechos de otro sujeto con quien se tenga un nexo civil, consanguíneo o de amistad.

Se ha mencionado que las tres causales contenidas en ésta fracción deben cometerse de un cónyuge al otro, y no de un cónyuge a los familiares del otro. En el agravio de amenazas, cabe preguntar:

96 Idem., Págs. 450, 451 y 452.

97 Ob. Cit., Chávez A. Págs. 505 y 506.

98 Idem.

Sí un cónyuge amenaza al otro en causar un daño en la persona, - bienes, patrimonio o derechos de un familiar, ¿será procedente el divorcio?.

En mi opinión, sí es procedente el divorcio, porque el hecho de que el daño no sea directo, no implica que el cónyuge esté exento de preocupación y aflicción. En estas circunstancias las amenazas consisten en dañar indirectamente un cónyuge al otro, toda vez que se anuncia, que en lo futuro se dañará a los familiares del cónyuge ofendido.

Por lo que expuse anteriormente, considero como justificada la causal de amenazas, a efecto de disolver el matrimonio, independientemente de que las amenazas que hace un cónyuge al otro versen sobre un daño directo al cónyuge ofendido, o a los seres queridos por éste.

#### 4.2.11 Décima Segunda Causa

"La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168:"

No es completa esta fracción sin transcribir el texto del referido Art. 164:

"Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

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

Destacan dos aspectos importantes, que se relacionan con el actual Art. cuarto Constitucional:

1.- Habla de igualdad de derechos en ambos sexos, a efecto de aportar o contribuir económicamente a las necesidades de los integrantes de la familia y gastos de la casa. En criterios no tan recientes se de ta ca ba la prioridad de carga económica por cuenta del cónyuge varón, lo cual simplemente ya quedó archivado en la Historia.

2.- Se destaca principalmente del criterio Constitucional un desarrollo integral por lo que hace a los menores de edad, procurando no tan solo el aspecto económico, sino también el educativo, así como en su salud física y mental.

Es loable la aclaración que pretende el legislador con la reforma del Art. cuarto Constitucional, pero a mi criterio todavía dista mucho de lo ideal; la reforma referida en su parte conducente establece:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. ..."

Realmente el Juez, además de ser un perito en derecho, ¿será capaz de acertar en el aspecto psicológico, relativo a quien de los con y u g e s es más apto para atender a los menores hijos?.

Al final, en la exposición de las conclusiones trataré de abundar al respecto de lo inmediato anterior.

La fracción XII en cuestión es muy clara y pretende en la misma comprender dos causas de divorcio:

1.- Cuando no cumpla uno de los cónyuges con lo que establece el Art. 164 del C. C..

Del texto del artículo antes citado, se infiere que no es causa de divorcio el incumplimiento a las obligaciones de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a los alimentos de un cónyuge para el otro, a los alimentos de los menores hijos, así como a la edu ca ci ó n de éstos, cuando no se tiene medios económicos para tal efecto y en relación a lo anterior el Art. 311 del mismo ordenamiento establece:

"Los alimentos han de ser proporcionados a las - posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. ..."

Y a su vez esta fracción se relaciona con el Art. 320 de igual - ordenamiento que previene:

"Cesa la obligación de dar alimentos:  
"Cuando el que la tiene carece de medios para - cumplirla;"

En mi concepto; siempre se tiene la obligación de ministrar los alimentos y ésta obligación no cesa tan fácilmente, si bien es cierto que la obligación de dar alimentos no cesa por falta de medios económicos, falta de empleo u otras circunstancias análogas, también es - cierto que cuando el estado de insolvencia económica depende de una fuerza ajena al cónyuge obligado, éste está imposibilitado a cumplir con las obligaciones alimentarias y es que "nadie está obligado a lo imposible". Concluyendo mi opinión, la imposibilidad de cumplir lo - ordenado por el referido Art. 164 no es causa de divorcio.

En sentido opuesto, es procedente la causa de divorcio cuando se puede demostrar que el deudor alimentario está en posibilidad de dar alimentos al acreedor alimentario y que éste además tiene esa necesidad, y siendo así el deudor alimentario no cumple ésta obligación.

Cuando hay un sueldo, es fácil demostrar que el deudor tiene posibilidad de alimentar a su cónyuge e hijos. El problema para demostrar lo anterior es cuando no hay sueldo, y los ingresos no son fijos por ejemplo: el pago de honorarios que se perciben en atención a la - prestación de servicios profesionales.(99)

2.- Por lo que se refiere a la segunda causa de divorcio dentro de la misma fracción, el Art. 168 del C. C. establece igualdad de derechos entre los cónyuges para el manejo del hogar, esto es: en relación a - los bienes y de la educación de los hijos, para lo cual deben ponerse de acuerdo los cónyuges.

En caso de desacuerdo, se tiene la alternativa de acudir al Juez de lo Familiar, el que ordenará mediante sentencia ejecutoriada lo -

conducente, y el desacato a lo dispuesto por la sentencia es lo que - constituye la causal de divorcio, en este mismo sentido el art. 168 - del C. C. establece:

"El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos, a la administración de los bienes - que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo el Juez de lo familiar resolverá lo conducente"

¿Cuándo hay negativa justificada para dar alimentos?. En su parte conducente preve el Art. 164 de igual ordenamiento:

"A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá - íntegramente a esos gastos."

De lo anterior se desprende que tienen obligación justificada de administrar alimentos, aquellos cónyuges que estén posibilitados para - trabajar, independientemente de que tengan, o no bienes propios.

Y aquellos que estén imposibilitados para trabajar, tienen justificación para no cumplir con las obligaciones económicas que impone - el Art. 164 en cuestión, excepción hecha en aquellos casos en que el cónyuge imposibilitado para trabajar tenga bienes propios.

En este último caso sí está obligado a contribuir económicamente el cónyuge, toda vez que tiene bienes con que responder, de lo que - principalmente se atiende:.

- a) Al sostenimiento del hogar;
- b) A los alimentos para su cónyuge;
- c) Ministrar alimentos a los hijos habidos en el matrimonio y
- d) A contribuir para la educación de los hijos.

**CADUCIDAD.**- Esta causal, relativa al incumplimiento de lo ordenado en el Art. 164 no caduca, en virtud de que es del orden de tracto sucesivo el hecho de que, permanentemente deban cumplir con las obligaciones que se han mencionado, los cónyuges.

**ABANDONO DE PERSONAS.**- El incumplimiento a lo ordenado por el Art. 164 antes citado, en algunos casos constituye el delito contemplado y sancionado por el Código Penal, de los Arts. 335 a 343, y es

el llamado "Abandono de personas". El Art. 336 del ordenamiento en cuestión estipula:

"Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

En relación a lo anterior, el Art. 336 bis de igual ordenamiento preve:

"Al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la Ley determina, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años. El Juez resolverá la aplicación del producto del trabajo que realice el agente, a la satisfacción de sus obligaciones alimentarias de éste."

El Art. 337 del C. P. dispone que tratándose de abandono del cónyuge el delito se persigue por querrela, en el de abandono de los hijos, el delito se persigue de oficio.

#### 4.2.12 Décima tercera Causa

El texto establece:

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

Para entender mejor el concepto de calumnia es pertinente remitirse al delito del mismo nombre, contemplado y sancionado por el Código Penal, y al respecto el Art. 356 del ordenamiento antes citado establece:

"El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del Juez:

"I. Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la Ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se le imputa;

"II. Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquel no se ha cometido, y

"III. Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar - adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar - indicios o presunciones de responsabilidad.

"En los casos de las dos últimas fracciones, si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable se impondrá al calumniador la misma sanción que a aquel."

De lo anterior se infiere el:

CONCEPTO DE CALUMNIA.- Imputación falsa que se hace a una o más personas, de un delito. Ya sea porque el delito no exista, o bien - porque quien lo cometió no es la persona.

La fracción en cuestión se refiere a que la calumnia tenga señalada una pena de prisión mayor de dos años, para que se le considere como causal de divorcio. A mi parecer, el hecho de que la calumnia - tenga señalada una pena de prisión menor a dos años, no significa que no se ocasione un gran daño moral al cónyuge inocente, además de un - desprestigio ante la familia y la sociedad, sobre todo si se ficha al presunto responsable, aún cuando después se absuelva. Por lo antes - anotado considero que es injusto considerar causa de divorcio las calumnias que exclusivamente tengan señalada una pena de prisión mayor a dos años. está muy claro que una calumnia penal rompe la armonía - propia del matrimonio, independientemente de que el supuesto delito - tenga señalada una pena mayor o menor a dos años.

Cabe preguntar si el desistimiento de la acción penal por el delito de calumnia produce los mismos efectos de desistimiento para promover un divorcio en los términos del Art. 279 del C. C..

A mi parecer el desistimiento de la acción penal se hace extensivo para todos los efectos legales, lo que significa que además de ser un perdón expreso en materia penal, tácitamente se perdona en materia Familiar.

PRUEBA DE LA CAUSAL XIII.- Para el maestro Rojina Villegas es necesario que previamente, para demandar el divorcio por calumnias, se

haga la denuncia ante el Ministerio Público, y más aún, que mediante sentencia ejecutoriada se absuelva al cónyuge calumniado de un delito que merezca pena mayor de dos años. Y así obtener la prueba necesaria para demandar por la causal en cuestión, el divorcio.(100)

**CADUCIDAD.**- Para efectos de caducidad; empesará a correr el término de los seis meses, a partir de que haya causado ejecutoria la sentencia que absuelve al cónyuge calumniado, y ello es independiente de que se promueva un juicio de amparo, en virtud de que éste es autónomo de aquel.(101)

**JUEZ COMPETENTE.**- En razón a lo anterior, se requiere agotar el procedimiento penal, a efecto de demandar el divorcio por la causal en cuestión. Exclusivamente es Juez competente para determinar la calumnia el Juez Penal.

#### 4.2.13 Décima Cuarta Causa

La Frac. XIV del Art. 267 textualmente establece:

"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;"

Para aplicar adecuadamente la fracción hay que determinar que es un "delito infamante", en virtud de que el Código Penal no lo define.

Infamante: de modo infame. Infame.- que carece de honra, censurable.(102)

Del concepto "Infamante", se desprende que son causa de divorcio la gran mayoría de delitos, y ellos significa todos, por ser censurables, a excepción de los delitos políticos, no porque no sean éstos - censurables, sino porque la misma fracción en cuestión los exceptúa.

Mi opinión sobre la fracción en cuestión es la siguiente: la razón que tomó el legislador para considerar al delito infamante como -

100 Ob. Cit. Rojina V., Pág. 455.

101 Idem.

102 Ob. Cit., Diccionario Larousse, Pág. 576.

causal de divorcio es, que como consecuencia del ilícito el delincuente sufre un desprestigio, descrédito y escándalo. Lo que trae como consecuencia un desprestigio al cónyuge inocente y en los hijos de ambos, frente a la sociedad. En éste sentido, el cónyuge inocente no tiene obligación de sufrir la crítica de la sociedad por el delito que cometió su cónyuge, por ejemplo tratándose del delito de violación a que se refieren los Arts. 265, 266 y 266 bis del Código Penal de la materia.

Para que exista la causal en cuestión se requiere sentencia Penal ejecutoriada, que condene al cónyuge a prisión por lo menos dos años.(103)

Además de lo anterior, se requiere que el delito sea infamante, de lo cual el Juez de lo Familiar determinará si el delito que cometió el cónyuge demandado, es o no infamante, y entre otros delitos infamantes están: el homicidio, lesiones, delitos contra la moral pública y contra la propiedad.

En los delitos imprudenciales, aún cuando se condene al delincuente a sufrir una pena mayor de dos años de prisión, son delitos NO infamantes.(104)

La única calificación que se hace de los delitos, como infamantes está contemplada en la Frac. IV del Art. 95 de la Constitución Federal, que en su parte conducente establece como tales:

"... robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, ..."

No obstante lo anterior, se deja a consideración del Juez de lo Familiar, determinar si el delito es infamante, o no, ésto es; por lo que se refiere a los delitos distintos del robo, fraude, falsificación y abuso de confianza, en virtud de que también se consideran como delitos infamantes al "que lastime seriamente la buena fama en el concepto público.

---

103 Ob. Cit., Montero D., Pág. 235.

104 Ob. Cit., Rojina V., Pág. 457.

#### 4.2.14 Décima Quinta Causa

"Los hábitos del juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, - cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal ;"

Esta fracción no tan solo se refiere como "Los hábitos del juego";, a los juegos de azar, en los que por las apuestas causan pérdidas económicas que directamente repercuten en la estabilidad económica familiar. También se refiere a otros hábitos de juego como son - los deportes, mismos que causan molestias en la familia por los disgustos y pérdida de tiempo, ésto puede alterar la actividad laboral - normal de uno de los dos cónyuges, o de ambos, lo que se traduce en - pérdidas económicas.(105)

Respecto a los hábitos de juego en los deportes, es excepción como causal de divorcio, cuando el deporte se practique en calidad de - actividad laboral, por ejemplo; los boxeadores, luchadores y karatecas entre otros.

Considerando que el legislador hizo bastantes omisiones, en el - sentido de que hay hábitos diferentes a los que menciona la fracción en cuestión y que constituyen también una desavenencia conyugal, ejemplo de ellos son las reuniones que hace la cónyuge o el cónyuge con sus amistades, desatendiendo las obligaciones que imponen los Arts. 162 - 163, 164 y 168. Y que como consecuencia de ello ocasionan un quebrantamiento del vínculo matrimonial y deteriora la armonía que debe existir en el matrimonio.

El vicio o hábito a que se refiere la fracción en comento puede o no ocasionar desavenencia conyugal, y como consecuencia puede o no amenazar con la ruina de la familia. De lo que se deduce que sean indispensables dos requisitos para la causal de divorcio y ellos son:

- 1.- El hábito vicioso y
- 2.- La amenaza de la ruina familiar o desavenencia conyugal.(106)

105 Ob. Cit., Pallares, Pag. 93.

106 Ob. Cit., Montero d., Págs. 235 6 236.

La tolerancia o aceptación tácita por parte del cónyuge no vicio so en relación al otro cónyuge, constituye la imprecendencia de la causal de divorcio. A no ser que el hábito vicioso haya llegado a tal grado, que amenace causar la ruina de la familia o la desavenencia conyugal, caso en el cual, no obstante que en un principio el cónyuge actor toleró el vicio del cónyuge demandado, si es procedente la acción de divorcio.(107)

Reiterando sobre el particular, tenemos que la causal de divorcio en cuestión comprende:

a) Los defectos del cónyuge por sus hábitos viciosos y

b) Las consecuencias que producen los defectos viciosos del cónyuge demandado, que son justamente la desavenencia conyugal, o amenaza de la ruina familiar, o ambas consecuencias, que generalmente se dan en forma conjunta y simultánea.

La embriaguez aparte de ser una enfermedad muy perjudicial en varios aspectos, convierte a quien la padece en un ser inepto para cumplir las obligaciones que tiene como cónyuge en el matrimonio.

Además de que es un ejemplo negativo que trastorna a los hijos; porque finalmente éstos, también corren riesgo de ser víctimas de la embriaguez.(108)

Y los hijos que no sufren la influencia de la embriaguez terminando como su padre (o madre), sufrirán trastornos psicológicos muy importantes, como consecuencia de los cuadros de conducta que observa un ebrio, como son: golpes a la cónyuge, a los hijos, pobreza y discusiones entre otras cosas.

En circunstancias análogas del ebrio, lo está el drogadicto consuetudinario, en el sentido de que rompe la armonía del matrimonio, creando trastornos de fondo en el núcleo familiar.(109)

107 Ob. Cit., Rojina V. Págs. 478 y 479.

108 Ob. Cit., Pallares E., Págs. 93 y 94.

109 Idem.

## 4.2.15 Décima Sexta Causa

"Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión;"

La fracción en cuestión contiene dos requisitos que integran la causal de divorcio, y son:

1.- Que un cónyuge cometa un delito en contra del otro y que no siendo punible entre cónyuges, sí lo sea en caso de que lo hubiere cometido una persona diferente de su cónyuge y

2.- Que el delito cometido por su cónyuge, aunque no punible -- por la calidad referida, tenga marcado en el Código Penal una pena - que exeda de un año de prisión.

Con frecuencia sucede que cuando se disgustan los cónyuges son aconsejados éstos por abogados que no tienen ética, que ignoran o que interpretan erróneamente la fracción en comento y atendiendo a la seu doasesoría de sus abogados, roban a su otro cónyuge todos los bienes que entre ambos han adquirirdo. Sin saber el cónyuge activo que su conducta ilícita, de haber defraudado la confianza que depositó el otro cónyuge, por haberle robado aquel a éste, se usará como causal de divorcio en su contra, gracias a la asesoría de su abogado.

El robo existe independientemente de que se hayan casado por el régimen de separación de bienes o sociedad conyugal; si el matrimonio se celebró por separación de bienes, es obvia la deducción de que si hay robo de los bienes que estén facturados a nombre del cónyuge despojado. Tratándose de sociedad conyugal hay que tomar en consideración que el cincuenta por ciento de los bienes le pertenece a cada cónyuge y que ninguno de los dos tiene derecho de apropiarse del otro cincuenta por ciento de su cónyuge.

Los casos en que se priva de la libertad al menor de edad, que si se tratara de persona distinta a sus padres sería robo de infante,

cuando es cometido por un cónyuge en agravio de su hijo y su esposo - (a), es procedente que el agraviado aplique la causal de divorcio en cuestión.(110)

Al respecto la frac. VI del Art. 366 del C. P. previene:

"Art. 366.- Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos - días multa, cuando la privación ilegal de la li bertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

"VI. Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor."

El texto de esta fracción parece inferir que no es procedente el divorcio cuando un cónyuge comete un delito contra el otro, esto es: realizar un acto en agravio de un cónyuge, contra su persona o sus -- bienes es excluyente de responsabilidad cuando se comete de cónyuge a cónyuge.(111)

El Art. 399 bis del C. P., relacionado con la fracción XVI en co miento, previene que es procedente por querrela los delitos previstos en el título vigésimo segundo cuando se cometen entre cónyuges. Lo - que comprende los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, extorción, despojo y daño en propiedad ajena entre otros.

#### 4.2.16 Décima Séptima Causa

##### "El mutuo consentimiento"

El divorcio voluntario ya se analizó en el capítulo anterior y puede tramitarse ante el Juez del Registro Civil, o bien ante el Juez de primera instancia, según lo previenen los Arts. 272 y 273 del C. C..

---

110 Idem. Pág. 94.

111. Ob. Cit., Chávez A., Pág. 516.

#### 4.2.17 Décima Octava Causa

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

La fracción en cuestión está muy ajustada no tan solo a nuestro tiempo, sino a los diversos casos que se han presentado de hecho siempre; en el sentido de que son varios los cónyuges que se dejan, o abandonan uno al otro y ello dura desde unos meses hasta varios años.

De lo anterior se infiere que en esas circunstancias de hecho el divorcio ya está dado, y la sentencia lo que hace es legalizar y darle la formalidad que exige la Ley.

La demanda de divorcio en los términos que establece ésta referida Frac. XVIII, tiene por objeto definir una situación incierta que existe entre los cónyuges. (112)

Del texto de la fracción en comento se infiere que no hay cónyuge culpable, en virtud de que cualquiera de los cónyuges puede demandar el divorcio. De lo que surge un gran problema: ¿cual de los cónyuges? deberá ser condenado como culpable, a pagar la pensión alimenticia, ¿quien será considerado como cónyuge inocente? conservando la custodia de los menores de edad.

Resolver las preguntas anteriores y otras más le compete al Juez de lo Familiar discrecionalmente.

En estas circunstancias: en caso de separación de cónyuges por más de dos años, uno de los cónyuges tiene a su favor lo dispuesto en la Frac. VIII del artículo en cuestión, para aparecer como cónyuge inocente, en el sentido de que es cónyuge abandonado.

Me parece pertinente comentar que, considerar como causal de divorcio en los términos que previene ésta referida Frac. XVIII; la simple "separación de los cónyuges" es un atentado contra la armonía integral de la Familia. Y es un error ésta causal, en virtud de que hay casos en que simplemente están separados los cónyuges y aún así, no hay desavenencia, es decir: los cónyuges continúan procurándose las obligaciones principales como sería el caso de ministrarse alimen

tos, atender la educación de sus menores hijos y velar por la salud - de éstos, entre otras obligaciones.

En relación a lo anterior los Códigos de Sonora y Zacatecas previenen como causal de divorcio: (113)

"La separación del hogar conyugal por desavenencia entre los cónyuges, si se prolonga por más de un año; en este caso, cualquiera de ellos - puede pedir el divorcio" (Arts. 357 Frac. IX y 425 Frac. VIII).

DIVORCIO UNILATERAL.- Según esta fracción el cónyuge que - repudie al otro, tratándose de separación de los mismos, cuando hayan transcurrido más de dos años, puede demandar el divorcio y no habiendo cónyuge culpable el divorcio es procedente. A todas luces, esto - es una arbitrariedad y sobran comentarios, en razón a lo anterior.

Por si fuera poco, el criterio anterior es contrario al precepto Constitucional, que en su Art. cuarto establece:

"El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Es ta protegerá la organización y el desarrollo de la familia."

Queda la pregunta en el aire y sin resolver por el momento de: ¿donde está la Ley que protege "la organización y desarrollo de la Familia"?

#### 4.3 Artículo 268 del Código Civil

Análisis del Art. 268, como causal de divorcio: la que no es incluida entre las que enuncia el Art. 267 del ordenamiento en cuestión

El texto en comento establece:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio, o la nulidad del matrimonio por causa que no haya - justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, 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 cónyuges no están obligados a vivir juntos."

La fuente de esta causal (que es muy criticable) es el no tener éxito en el juicio promovido por él actor, que no sería raro perderlo aunque tuviera el derecho a su favor.(114)

Del texto de la referida fracción se desprende que:

a) Para los efectos de caducidad que establece el Art. 278 del ordenamiento en cuestión el término empezará a computarse después de los tres meses de notificada la sentencia.

b) Fracaso en el juicio; se refiere a que los elementos aportados en el juicio de divorcio, o nulidad de matrimonio resulten insuficientes y por tal motivo el Juez no concede el divorcio a la parte actora, o bien cuando ésta se desista de la demanda de divorcio.

c) Exclusividad.- Para los efectos del presente análisis, relativos - al fracaso o desistimiento únicamente es por lo que hace al juicio de divorcio y el de nulidad de matrimonio.

#### 4.3.1 Desistimiento de la Acción de la Demanda

Quando el actor se desiste de la demanda o de la acción, y el de mandado acepta alguno de los supuestos de que se trate, no operará la causal en comento.

Caso contrario en el que el demandado no aceptare el desistimiento, y por tal motivo es procedente la causal de divorcio en cuestión.

No es procedente la pérdida de la patria potestad en éstos casos respecto al cónyuge culpable, en virtud de que esta causal nace de una situación peculiar ya descrita,(115) y no de un mal ejemplo de de mandado a hijos, ni es un divorcio sanción.

---

114 Ob. Cit., Pallares E., Pág. 95.

115 Idem., Pág. 96.

Al parecer existe contradicción en el Código Civil, porque en sentido opuesto, el Art. 281 del C. C. previene:

"El cónyuge que no haya dado causa al divorcio - puede, antes de que se pronuncie la sentencia - que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio."

Y es el caso de que este precepto legal autoriza al cónyuge actor a desistirse de la demanda de divorcio, no imponiendo sanción alguna.

Del Art. 268 se desprende que no hay cónyuge culpable, luego entonces, ¿deberá estarse a lo que dispone el Art. 281 ya descrito?, o ¿nos debemos remitir a lo establecido por el art. 268?.

#### 4.3 2 Artículo 268; como Injuria

Algunos autores como Couto consideran que existen ciertos casos en que al demandar el divorcio, o en su caso la nulidad de matrimonio se está injuriando gravemente al demandado cuando de esa demanda, en sentencia resulte improcedente, por lo que considerando esta situación, el legislador fundamenta la causal de divorcio en cuestión.(116)

## C A P I T U L O   V

### E F E C T O S   D E L   D I V O R C I O

Es pertinente considerar que hay dos lapsos bien marcados, por lo que se refiere a los efectos del divorcio; el primero es antes de que se pronuncie sentencia ejecutoriada, en el que el Juez de lo Familiar otorga al cónyuge actor en forma provisional algunos beneficios que tutela la norma legal.

El otro lapso es, en el que una vez pronunciada la sentencia debidamente ejecutoriada, el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso, ordena lo conducente. Aparejado a la sentencia ejecutoriada surgen efectos en el divorcio, los que son definitivos.

Independientemente de lo anterior, los efectos del divorcio varían, según se trate de divorcio "voluntario", o bien divorcio "contencioso".(117)

Los efectos provisionales del divorcio que suceden durante la tramitación, pueden modificarse en sentencia definitiva. Y a su vez esta sentencia puede modificarse por lo que hace a las resoluciones judiciales, siempre y cuando cambien las circunstancias en forma suficiente como para motivar la modificación. Lo anterior es con fundamento en lo que dispone el Art. 94 del C. P. C. en vigor.

El ejemplo más común de lo anterior; es la modificación relativa al monto o cuantía de la pensión alimenticia.

#### 5.1 Efectos del Divorcio voluntario

Los efectos provisionales se refieren al divorcio voluntario Ju-

dicial y no al administrativo, en virtud de que en el primero son pertinentes las medidas provisionales como consecuencia de la existencia de hijos.

También en aquellos casos, en que uno o los dos cónyuges son menores de edad, es procedente que el Juez de lo Familiar dicte las medidas provisionales.

En cambio, en el divorcio voluntario administrativo, dada su naturaleza, no hay medidas provisionales y se estará a lo dispuesto por el Art. 272 del C. C..

## 5.2 Efectos Provisionales

### 5.2.1 Relativos a los Cónyuges

En relación al convenio que deben presentar los cónyuges; contendrá entre otras cláusulas, la relativa a la Frac. III del Art. 273 - del Código en cuestión, que previene:

"La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;"

En mi opinión, no es necesario que durante la tramitación del divorcio tengan domicilio distinto los cónyuges, del que tenían hasta antes de presentar el convenio al Juez de lo Familiar, la razón de ello es que se presume la buena fe de los esposos; misma que se ratificará en las audiencias de avenencia.

### 5.2.2 La Mujer Embarazada

El Art. 273 del ordenamiento en cuestión no hace mención de las medidas cautelares pertinentes para la mujer embarazada. Pero debe estarse en el divorcio voluntario judicial a lo dispuesto en el Art. 282 Frac. V del C. C..

Los requisitos que previene el Arts. 272 a efecto de verificar el divorcio administrativo son:

- Que los cónyuges sean mayores de edad;
- Que no tengan hijos,
- Y en caso de que el matrimonio se haya celebrado por sociedad conyugal, que se liquide la misma; pueden en un momento dado no constituir necesariamente un divorcio administrativo, aún cuando se cubran todos los requisitos; y convertirse en divorcio voluntario judicial - en aquellos casos en que la mujer esté embarazada. (118)

Lo anterior es con fundamento en el Art. 22 del ordenamiento en cuestión, que previene:

"La capacidad jurídica de las personas físicas - se adquiere por el nacimiento y se pierde por - la muerte; pero desde el momento en que un individo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se tiene por nacido para los efectos - declarados en el presente código."

### 5.2.3 Relativos a los Hijos

Según previene el Art. en comento:

"Art. 273; Frac. I. designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriada el divorcio;"

Al no haber relativamente litis, los cónyuges se deben poner de acuerdo a quien se le confiarán los hijos durante el procedimiento de divorcio, como después de ejecutoriada el mismo.

A mi parecer deben confiarse antes y después de ejecutoriada la sentencia a alguno de los cónyuges. De otra forma, es decir: que se le confiaran a persona distinta de los progenitores no sería legalmente aceptable, ni moralmente, además de que significa ir en contra de lo que previene el Art. 4º de la Constitución Federal y de los Arts. 412, 414 Frac. I y 418 del C. C..

Si en un divorcio voluntario se autoriza mediante sentencia eje-

cutoriada la guarda y custodia de los menores hijos en persona distinta de los padres, sería un error, en virtud de que es un artificio - por parte de los padres y consentido por el Juez de lo Familiar, para evitar las responsabilidades que implica el ejercicio de la patria potestad y es que ¿como se va a ejercitar la patria potestad, si no se está en la proximidad de los hijos?. Es obvio que para ejercer la patria potestad debe haber convivencia entre padres y descendientes.

Así como el Art. 411 de la Ley en comento ordena que los hijos - deben honrar y respetar a los padres, éstos deben guardar respeto para con sus hijos, soportando las cargas que implica educar convenientemente a un hijo.

#### 5.2.4 Relativas a Alimentos

Con fundamento en el segundo y tercer párrafo del Art. 288 del - C. C., no tan solo los hijos tienen derecho a recibir alimentos, lo - tienen también el cónyuge que no tenga medios suficientes para satisfacer a sus necesidades, derecho que solo durará mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato; el derecho en comento durará un lapso igual a aquel que haya durado el matrimonio.

Antes se pensaba que solo la mujer tenía ciertos derechos como - el recibir alimentos, pero con las nuevas reformas del artículo en - cuestión y el primer párrafo del Art. 4º de la Constitución Federal, se establece que tanto puede recibir pensión alimenticia la mujer como el varón.

Generalmente se garantizan los alimentos en prenda, hipoteca o - en depósito, entre otras garantías.(119)

El monto de la pensión alimenticia deberá ser según los bienes e ingresos del cónyuge deudor y las necesidades y condición social de - los hijos.

---

No es justo que si los padres se divorcian, se cubran los alimentos a los hijos únicamente hasta los 18 años. En este sentido el legislador omitió las excepciones que a mi parecer deben incluirse, a efecto de que se tomen en cuenta a los incapacitados física y psíquicamente mayores, o menores de edad para que se les proporcionen alimentos. Y es el caso de que no tiene que ver nada la edad, cuando una persona tiene algún impedimento para trabajar, por no considerarsele una persona íntegra en su salud mental o física.

Lo anterior tiene apoyo en el Art. 303 del C. C., que previene - en su parte conducente:

"Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. ..."

Este precepto no hace referencia a la edad de los hijos, a efecto de ministrar alimentos. El Art. 311 del mismo ordenamiento previene:

"Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos."

Del texto anterior se infiere que la pensión alimenticia, atendiendo a las necesidades del que deba recibir los alimentos, en caso de incapacitados, puede en ciertas circunstancias ser permanente.

Así también el Art. 320 del ordenamiento en cuestión establece:

"Cesa la obligación de dar alimentos:  
II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;"

De lo que se infiere una vez más, que mientras viva el incapacitado (independientemente de su edad) tendrá derecho a alimentos, como consecuencia de que el alimentista no ha dejado de necesitarlos.

El Ministerio Público deberá oponerse a la aprobación del convenio en donde no se garantizan los alimentos. Particularmente, el Juez tiene obligación de no aprobar un convenio en donde no haya garantía suficiente.

---

### 5.2.5 En Relación a los Bienes

En caso de que no se haya liquidado la sociedad conyugal al momento de presentar la solicitud de divorcio y convenio, al Juez competente, se estará a lo que dispone la Frac. V del Art. 273, que previene:

"La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores.

"A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de los bienes muebles o inmuebles de la sociedad."

### 5.3 Efectos Definitivos del Divorcio Voluntario

Los efectos definitivos en el divorcio voluntario, así como en el contencioso son relativamente iguales y los expondré justamente en el contencioso.

Al no haber litis en el divorcio voluntario dada su naturaleza jurídica, se presentan algunas diferencias con relación al contencioso, mismas que a continuación se mencionan.

#### 5.3.1 Alimentos

La mujer o el varón tendrán derecho a pensión alimenticia por un lapso igual al que haya durado el matrimonio, conforme a lo que dispone el segundo y tercer párrafo del Art. 288 del ordenamiento en cita, a diferencia del divorcio contencioso, en el que algunas de las veces será acreedor alimentario el cónyuge inocente, ello es independientemente del sexo. En su caso, también se demandará en el divorcio contencioso daños y perjuicios conforme lo que dispone el último párrafo del artículo en comento.

### 5.3.2 Patria Potestad y Derecho de Visitas

Es de explorado derecho que la patria potestad es inherente a la formación de los padres e irrenunciable, motivo por el cual ambos padres la conservarán.

Como la finalidad del divorcio es disolver el vínculo matrimonial, luego entonces, los cónyuges se separarán y por tal motivo uno de los padres conservará la guarda y custodia de los descendientes, y es justamente este cónyuge el que ejercerá la patria potestad conforme a derecho.

En cambio, el otro padre, no obstante que legalmente conserva la patria potestad, no podrá de hecho ejercerla, sin embargo tendrá derechos y obligaciones, y previa vigilancia a los menores, tendrá derecho a aprobar u oponerse racionalmente a las disposiciones referentes a la patria potestad.(120)

De acuerdo a lo anterior, es como se le permite al ex-cónyuge la visita a los menores de edad, para que pueda vigilar el mandato relativo a la patria potestad que previene el Art. 414, que a la letra establece:

"La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

"I. Por el padre y la madre;"

Lo de las visitas a los menores de edad tiene su fuente en la costumbre, misma que ratifica el Juez de lo Familiar, en si no existe fundamento legal que especifique al respecto.

En algunas ocasiones uno de los cónyuges debe ser condenado a la pérdida de la patria potestad en los términos del Art. 444 del C. C., que previene:

"La patria potestad se pierde:

"I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

"II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

"III. Cuando por las costumbres depravadas de -

los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal;

"IV. Por la exposición que el padre o la madre - hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses."

En relación a lo anterior está el Art. 283 del mismo ordenamiento que previene:

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

En relación a lo anterior, se requiere prueba plena, a efecto de promover un divorcio o juicio en el que esté en juego la pérdida de la patria potestad, toda vez que hay afectación física y psíquica de los menores de edad, además de la afectación de los progenitores.

En el libro "La Familia en el Derecho", Chávez Ascencio establece en relación al derecho de visitas:

"En relación a este derecho de visitas debemos - tomar en cuenta que no es ajeno a la patria potestad.

"Solo tiene el derecho de visitas quien conserva la patria potestad; por lo tanto quien la pierde perderá, consecuentemente el derecho de visitas. El derecho de visitas trae implícito el cumplimiento de los deberes y obligaciones de quien ejerce la patria potestad, de tal forma que sólo se puede exigir el derecho de visitas para el cumplimiento de su responsabilidad del padre. No se trata de un derecho independiente. Si el progenitor no ejerce el derecho de visitas no está cumpliendo como padre, y como consecuencia, el no ejercicio del derecho de visitas trae implícita su pérdida al no haber cumplido los deberes y obligaciones que le impone la patria potestad."

Pierde el derecho de visitas, aquel que perdió la patria potestad; en mi opinión, no obstante el criterio respetable del autor en cita, es muy criticable que quien pierde la patria potestad pierde el derecho de visitas. Es exacto que quien no tiene derechos sobre los menores, tampoco tiene derecho de visitas, he aquí la interrogante:

¿Los hijos son culpables de la falta que cometió el cónyuge culpable?. Debe suceder con cierta frecuencia, que los hijos deseen ver al cónyuge que no vive con ellos, y ¿que será mejor?, ¿que los menores de edad vean a su padre, (que lo busquen), o que éste los visite?

A mi parecer hay un error cuando el autor en cita establece que: el derecho de visitas de quien ejerce la patria potestad implica deberes y obligaciones, y que las visitas se establecen para cumplir justamente esos deberes y obligaciones.

La patria potestad es independientemente, en algunos casos de los deberes para con los hijos, es decir: siempre que se ejerce la patria potestad, se tienen deberes, obligaciones y derechos en relación a los hijos. Y cuando se pierde la patria potestad se tienen deberes y obligaciones en relación a los hijos, pero no se tienen derechos, - el ejemplo más típico de éste último caso es la condena al pago de alimentos de quien pierde la patria potestad.

Lo anterior encuentra apoyo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece:

"La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativos para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la Ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc.. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ésta pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumben, según se desprende del artículo 378 del código civil de Veracruz; sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la adminis

tración de sus bienes, etc.; esto se desprende, entre otros, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado."

Amparo directo 2078/1974. Victor Manuel Martínez Fernández, agosto 15 de 1975, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Mtro. J. Ramón Palacios - Vargas, Secretario: Jaime M Marroquín Zañeta. 3ª Sala. Boletín N° 20 al Semanario Judicial de la Federación, Pág. 61 3ª Sala Informe 1975. Segunda Parte, Pág. 116.

#### 5.4 Efectos del Divorcio Contencioso

Los efectos que produce el divorcio necesario se dividen al igual que en el divorcio voluntario, en provisionales y definitivos; unos y otros pueden modificarse durante el procedimiento, o después de ejecutoriado el divorcio.

Lo anterior es con fundamento en el Art. 94 del C. P. C.

La modificación de los efectos que produce el divorcio, puede ser a solicitud de parte interesada o de oficio, el Art. 94l de la Ley procesal antes citada previene:

"El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tidan a preservarla y a proteger a sus miembros."

Atendiendo lo establecido por el texto anterior, se infiere que el Juez de lo Familiar suplirá de oficio las deficiencias que pudiera haber en el procedimiento por alguna de las partes.

#### 5.5 Efectos Provisionales

Los efectos provisionales los previene el Art. 282 del C. C. ya planteados en parte, en este mismo capítulo. Por lo que se refiere a los efectos provisionales en el divorcio contencioso a continuación se describen:

### 5.5.1 Relativos a los Cónyuges

El artículo en cuestión y la Frac. II del mismo, previene la separación de los cónyuges al admitirse la demanda, o inclusive antes.

Con fundamento en los Arts. 205 y 211 de la Ley procesal, además de que puede el Juez de lo Familiar ordenar la separación de los cónyuges previamente a la presentación de la demanda, debe presentarse - la misma a los quince días posteriores, contados a partir del siguiente en que se verifica la separación. Solo por única ocasión podrá concederse una prórroga por el mismo término, siendo ésta, facultad discrecional del Juez en cuestión.

Si no se presentare la separación como acto prejudicial, entonces el juez al presentarse la demanda ordenará la separación de los cónyuges. Pero no especifica el ordenamiento en cuestión, que cónyuge es el que deba salir del domicilio conyugal. Esta también es una facultad discrecional del Juez, que atendiendo a las particularidades del caso ordenará lo conducente.(121)

### 5.5.2 En Relación a los Hijos

La guarda o custodia de los menores de edad debe quedar en la - persona que de común acuerdo designen los cónyuges, así es como lo ordena la frac. VI del Art. 282 del C. C., en virtud de lo anterior se presume una audiencia previa ante el Juez de lo Familiar, a efecto de que se verifique que el cónyuge demandado está de acuerdo en que la - guarda y custodia se le confiere a la persona que indica el actor en su demanda, pudiendo ser cualesquiera de los cónyuges o una tercera - persona.

En la práctica, frecuentemente no se cumple este precepto legal y se estila que si el actor solicita la guarda y custodia de los menores de edad, el Juez ordenará entre otras, esa medida provisional para el actor, o para alguna otra persona que designe la parte actora.

121 Ob. Cit., Chávez A., Págs. 533 y 534.

Como se puede analizar no es raro que el Juez de lo Familiar viole las garantías individuales, sobre todo si provisionalmente se ordena que la guarda o custodia quede en persona distinta de los padres - de los menores de edad, al respecto, en su parte conducente ordena el Art. 16 de la Constitución federal:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. ..."

Para continuar analizando esta referida Frac. VI, es pertinente transcribir el texto:

"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 a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente."

Para que el Juez ordene que queden los menores de edad en determinada persona como lo indica la última parte de la fracción en cita, debe haber la secuencia siguiente;

-Que los cónyuges se hayan puesto de acuerdo;

- En caso de desacuerdo de los cónyuges, el actor propondrá al Juez de lo Familiar la persona a la que se le confíen los menores de edad durante el procedimiento y

- Agotado lo establecido en los dos guiones anteriores el Juez resolverá lo conducente.

Unicamente si se observa la secuencia de los tres puntos anteriores se estará a lo que dispone el Art. 16 Constitucional, en el sentido de que el proceder del Juez estará fundado y motivado, razón por la cual agotado este procedimiento no habrá violación a las garantías tuteladas por el artículo en comento. Así mismo, no debe violarse el Art. 14 constitucional, en el sentido de que se deben agotar todas las formalidades del procedimiento.

En relación al último párrafo de la fracción en comento, ésta -  
previene:

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

Es muy criticable que deban quedarse los hijos menores de siete años con la madre, el juez atendiendo las peculiaridades del caso en particular, atenderá a la salud y desarrollo de los hijos ordenando - lo conducente.

Cabe hacer notar, que por la propia naturaleza de la madre existe una identificación e inter-relación recíproca de ella para con los hijos, y generalmente la madre necesita de los hijos, tal vez tanto - como éstos de ella. Sea como sea, cada vez existe un índice más alto de excepciones, en el sentido de que las mamás se desprenden de sus - hijos, sin la más mínima preocupación.

Es interesante observar que el Código Civil de Suiza da notoria importancia a los menores de edad. Al respecto, el Juez tiene amplias facultades para resolver sobre el ejercicio de la patria potestad, aún cuando los cónyuges estén en discrepancia con el Juez; por ejemplo: que la mujer pretendiera obtener la guarda o custodia provisional de los menores de edad, aún con consentimiento del padre, en este caso, si el Juez resuelve disposición en contrario, se estará a lo que ordene la autoridad judicial.(122)

### 5.5.3 La Mujer embarazada

Las medidas provisionales relativas a la mujer embarazada tienen su fundamento legal en los artículos: del 1638 al 1648 del C. C., en relación a la Frac. V. del Art. 282 del mismo ordenamiento.

No obstante que los once artículos antes citados se refieren a la viuda que quede embarazada, los mismos son aplicables para la embarazada que promueva el divorcio.(123)

---

122 Ob. Cit., Rojina v., Págs. 513 y 514.

123 Ob. Cit., Chávez A., Pág. 534.

#### 5.5.4 Alimentos

El fundamento legal para los alimentos como medida provisional, lo tutela la Frac. III del Art. 282 del C. C..

Para que el Juez de lo Familiar decrete una determinada pensión alimenticia en pro o favor del cónyuge acreedor, éste debe acreditar - la necesidad que tiene él y sus hijos menores de edad. En tanto que la pensión debe ser de acuerdo a las posibilidades del deudor alimentario. (124)

No es necesario probar o acreditar, que los hijos, y en algunos casos que el cónyuge, necesitan alimentos, la razón de ello es que no comen, visten ni se educan por obra y gracia del espíritu santo, ¡no! para que se alimenten a los hijos en los términos que previene el - Art. 308 del C. C., no se requiere prueba alguna, simplemente es obvia su necesidad.

Por otra parte, el Juez de lo familiar, con fundamento en el primer párrafo del Art. 943 del C. P. C., puede decretar la pensión alimenticia sin audiencia previa, sin que por ello se viole la garantía contenida en el Art. 14 de la Constitución Federal.

Lo anterior tiene apoyo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en que reiteradamente se hace mención del - apego a la Constitucionalidad de decretar pensión alimenticia, durante el lapso que dure el procedimiento. (125)

Aún en las medidas provisionales, debe observarse lo previsto - por el Art. 311 del C. C., en el sentido de que la pensión alimenticia se fije de acuerdo a las necesidades de los hijos y del acreedor alimentario, y de acuerdo a las posibilidades del deudor, todo ello - en forma equitativa. Desgraciadamente, como lo anterior presupone apenas la presentación de la demanda, no le es posible al Juez de lo - Familiar disponer de elementos suficientes e idóneos como para acertar lo justo del monto de la referida pensión alimenticia.

Para asegurar los alimentos, puede solicitarse al Juez un embargo precautorio, como garantía, en los términos previstos por los Arts

124 Idem., Pág. 536.

125 Idem., Págs. 537 y 538.

235 y 239 del C. P. C..

#### 5.5.5 En Relación a los Bienes

Las medidas relativas a los bienes de la sociedad conyugal o por bienes separados, según el caso, las previene la Frac. IV del artículo en cuestión.

#### 5.6 Efectos Definitivos en el Divorcio Contencioso

Los efectos definitivos son los que guardan mayor relevancia, toda vez que determinan la permanencia en que quedarán los hijos, los cónyuges y los bienes, a excepción de la pensión alimenticia, misma que puede modificarse, dependiendo de que cambien las circunstancias, es decir: de que el deudor alimentario tenga mayor o menor solvencia económica o bien, que haya más o menos necesidad del acreedor alimentario.

##### 5.6.1 En Relación a los Cónyuges

En virtud del divorcio, los cónyuges adquieren nuevamente capacidad para contraer un matrimonio válido, para tal efecto, con fundamento en los Arts. 264 y 158 del C. C. la mujer puede nuevamente unirse en matrimonio 300 días después de que el Juez haya decretado la separación. Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio que no observe lo dispuesto en los artículos anteriores.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio, o cónyuge culpable, no podrá casarse nuevamente, sino transcurridos dos años, los que se computarán a partir del día siguiente en que se haya decretado el divorcio. Lo anterior se fundamenta en el Art. 289 del ordenamiento en

cuestión. Lo que significa que de cualquier forma la mujer, culpable o no, debe guardar un término de 300 días, si es inocente y de dos años si es culpable.

En contraste, el varón si es inocente puede contraer nuevamente matrimonio tan pronto como lo desee, pero si es culpable, (al igual que la mujer, en su caso) deberá esperar dos años para contraer nuevas nupcias en términos del artículo antes citado.

Con fundamento en los Arts. 114, 116 y 291 del C. C., el Juez de lo familiar remitirá copia de la sentencia al Juez del Registro Civil a efecto de que en el acta de matrimonio se hagan las anotaciones correspondientes y se formalice mediante acta de divorcio, del estado familiar de casados al estado de divorciados en los términos de los artículos en cuestión.

#### 5.6.2 Capacidad de la Mujer divorciada

Los códigos de 1870 y de 1884 fueron parciales, en el sentido de que restringían los derechos de la mujer, y no es sino a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, cuando paulatinamente se ha adquirido más conciencia de la equidad que merece el ser humano, sin distinción de sexo. Contemplan el mismo criterio los Códigos vigentes de los diversos estados de la República Mexicana y el Art. 4º de la Constitución Federal. Así por ejemplo el Art. 251 del Código de 1884 establecía:

"Ejecutoriado el divorcio, vuelven a cada consorte los bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos, sin licencia del marido, si no es ella la que dio causa al divorcio."

En sentido opuesto, se desprende que la mujer divorciada, cuando fuere culpable necesitaba autorización del marido para los efectos de celebrar actos jurídicos y comparecer en juicios. En el mismo Código de 1884, el Art. 202 contradice lo anterior, él que establecía que la mujer divorciada mayor de edad no necesitó autorización del marido en

materia jurídica.(126)

El artículo 253 del Código de 1884 establece:

"Cuando la mujer dé causa para el divorcio, conservará el marido la administración de los bienes comunes, y dará alimentos a la mujer si la causa no fuere adulterio de ésta."(127)

Lo peculiar de éste artículo es, que en aquel entonces el legislador no previó que ocurriría con la administración de la sociedad conyugal cuando el cónyuge varón fuere culpable.

### 5.6.3 A p e l l i d o

El apellido de la mujer puede ser como casada, o bien, como soltera.

En la Alemania Occidental se prohíbe a la mujer divorciada utilizar el apellido de su ex-esposo cuando es declarada cónyuge culpable, o cuando no observe buena conducta después de disuelto el matrimonio.

En tanto que en algunos otros países como el de China Continental, China Nacionalista y Japón, Les permiten a la mujer que opte por el uso del apellido de soltera o el de su ex-esposo.(128)

A diferencia de lo anterior, otros países imponen que la mujer divorciada deba definitivamente recobrar los apellidos de soltera, y entre ellos está México, aún cuando al respecto no existe texto legal se infiere, en virtud de que el Código Penal para el Distrito Federal en vigor, se refiere al respecto en los siguientes términos:

#### Capítulo VI

##### Violación del nombre o del domicilio

Art. 249.

"Se castigará con prisión de tres días a seis meses y multa de dos a cincuenta pesos:

"I. Al que oculte su nombre o apellido y tome otro imaginario o el de otra persona, al declarar ante la autoridad judicial;"

Además el art. 247 del mismo ordenamiento contempla la falsedad en declaración. Y una persona que se ostente con el apellido, Vg. De

126 Ob. Cit., Rojina V., Págs. 527, 528 y 529.

127 Idem., Pág. 529.

López, ello tácitamente indica que está casada con el señor López, lo cual es incongruente con la realidad, toda vez que existe la sentencia de divorcio.

#### 5.6.4 Daños y Perjuicios

El último párrafo del Art. 288 del C. C., previene:

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

En las circunstancias antes descritas se puede demandar la indemnización por daños o perjuicios, toda vez que las causas de divorcio son consideradas como hechos ilícitos, excepción hecha en las Frac. - VII y X del Art. 267 del C. C., en virtud de que estas fracciones, - aún cuando pueden ser consideradas como causas de divorcio, no son consideradas como hecho ilícito, por razones obvias. (129)

En relación a lo anterior, el Art. 2108 del C. C., previene:

"Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación."

Cabe como ejemplo: el incumplimiento del mandato contenido en el Art. 164 del ordenamiento antes invocado.

El Art. 2109 del mismo ordenamiento establece:

"Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

Tratándose de aquellas sociedades conyugales, en que se tienen negocios o empresas, se ocasiona perjuicio como consecuencia de que un cónyuge no cumple con lo que está obligado a hacer, ya sea como cónyuge, o como socio. En tal virtud es aplicable el Art. 2109 del ordenamiento en cuestión.

Al entablar una demanda de divorcio, no hay que omitir demandar

128 Plutarco marsá, La Mujer en el Derecho Civil, Eds. Universidad de Navarra, Pamplona 1970, Pág. 118.

129 Ob. Cit., Chávez a., Págs. 545 y 546.

la indemnización a título de daño moral, que a mi parecer es el más - frecuente y es el menos tomado en cuenta al inicio del juicio de divorcio, y en la sentencia. Al respecto el Art. 1916 del C. C., en su parte conducente previene:

"Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

"Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, ..."

Cabe hacer mención de que el daño moral no tan solo se produce - en los cónyuges, sino que en los descendientes de los mismos.

## 5.7 Alimentos

Los alimentos se decretan en una sentencia de divorcio, son: para el cónyuge inocente y para los hijos habidos en el matrimonio.

### 5.7.1 Alimentos para el Cónyuge Inocente

En la sentencia de divorcio se decretan alimentos del cónyuge - culpable por haber disuelto el matrimonio, lo que es el resultado de una sanción que se impone a favor del cónyuge inocente o acreedor alimentario, en contra de su ex-cónyuge.(130)

El artículo 323 del C. C. previene que en aquellos casos en que un cónyuge se separe del otro, se establecerá una pensión alimenticia en favor del que permanezca abandonado; pensión que satisfecerá lo señalado en el Art. 164 del mismo ordenamiento, es decir:

---

- Para el sostenimiento del hogar;
- Para los alimentos del cónyuge y
- Para alimentos de los hijos habidos en el matrimonio.

Lo anterior no necesariamente implica la disolución del matrimonio. En tal virtud, el cónyuge interesado podrá solicitar al Juez - que conforme a derecho sea competente, haga efectivo el antes citado Art. 323.

Definitivamente el cónyuge en el divorcio, sin importar el sexo, será el deudor alimentario; atento a la capacidad para trabajar y las circunstancias del caso en concreto. En tanto que en el divorcio por mutuo consentimiento, tiene prioridad la mujer sobre el hombre, por lo que hace a alimentos. De tal suerte que ella, para recibir alimentos, basta con que no tenga ingresos suficientes, no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

En cambio para que el varón pueda recibir alimentos, se necesita que carezca de ingresos suficientes, además, debe estar imposibilitado para trabajar, y es aquí donde nuestro código hace la diferencia - entre uno y otro sexo.

Ya anteriormente se mencionó que tratándose de alimentos, de acuerdo con el Art. 94 de la Ley procesal de la materia, éstos siempre, aún en sentencia definitiva, serán susceptibles de modificarse, dependiendo de las posibilidades circunstanciales del deudor alimentario en relación con las necesidades del acreedor.

#### 5.7.2 Alimentos a los Hijos Habidos en el Matrimonio

Es indiscutible y de explorado derecho que, independientemente - de que haya cónyuge culpable, o no lo haya, siempre deberán ministrar se alimentos a los menores de edad. Generalmente el cónyuge inocente conserva la guarda y custodia. Pero en el supuesto de que la conservar el cónyuge culpable, ello no implica que deba cubrir todos los - gastos de los menores de edad, ¡no!, es obligación de ambos padres cubrir los alimentos de sus hijos, en los términos del Art. 164 del C.C. Y es el caso de que los cónyuges en virtud del divorcio dejan de

ser cónyuges, motivo por el cual en el ejemplo inmediato anterior el ex-cónyuge inocente no debe dar alimentos al culpable, pero sí a sus descendientes.

Los padres casados, separados o divorciados, tienen obligación de proporcionar alimentos a los que siempre serán sus hijos, así lo previene el Art. 303 del C. C., que establece:

"Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. ..."

Debiera tomar el Juez en cuenta, sobre todo al momento de resolver en definitiva, que el cónyuge que queda a cargo de la guarda o custodia es absorbido en buena parte del tiempo laboral, el cual es dedicado a los hijos habidos en el matrimonio, ello para efectos de que independientemente de los alimentos a los menores de edad, debe compensarse alimentos también, en forma discrecional, al cónyuge que convive con sus descendientes. (131)

Los alimentos para los cónyuges están contemplados en el texto del Art. 308 del C. C., al siguiente tenor:

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. ..."

Los alimentos de los menores de edad, se conforman además de lo indicado en el texto anterior; de lo que se expone en la segunda parte del artículo en cuestión, que a la letra establece:

"Respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales."

La sentencia que decreta alimentos para los menores de edad, no es una sanción, es simplemente una forma de asegurar los alimentos, a efecto de que el cónyuge que no tenga la guarda o custodia de los menores de edad cumpla con los deberes que le imponen los Arts. 303 y 311 del C. C., lo que no implica que el otro cónyuge no deba también de contribuir a los gastos de los hijos.

El Código Civil es muy claro y en los dos artículos antes citados se preve que la obligación de ministrar alimentos recae en ambos progenitores más próximos en grado, de acuerdo a las posibilidades de

éstos y a las necesidades de sus hijos.

El hecho de que los padres no vivan juntos, no implica que no existan padres. Faltarán los mismos solo en aquellos casos en que hayan muerto.

El Art. 287 del C. C., relativo a alimentos, previene en su parte conducente el siguiente texto:

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

El texto en cuestión es criticable, en el sentido de que en la mayoría de ocasiones, sobre todo cuando se cursa una carrera a nivel licenciatura, la misma no se termina sino después de los 18 años, luego entonces; los padres divorciados ¿deberán contribuir, o no a la educación de sus hijos?.

En relación a lo antes anotado, en su parte conducente, el Art. 308 del ordenamiento antes invocado previene:

"... Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales."

Apoyando éste criterio, la Frac. II del Art. 320 del mismo ordenamiento previene:

"Cesa la obligación de dar alimentos:  
"II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;"

De acuerdo a lo anterior, a los principios de equidad y de justicia, en varias ocasiones los hijos, aún cuando sean mayores de edad necesitan de alimentos para concluir una profesión, arte u oficio.

En el divorcio, por razones obvias los hijos debieran estar apoyados, con más afectividad y procurar entre otras cosas, mejor educación. Pero el legislador, de acuerdo al Art. 287, parece que no previó la afectación y desequilibrio que sufren los hijos con la disolución del matrimonio de sus padres.

El Código Penal, en sus Arts. 336 y 336 Bis, previene el abandono de persona al siguiente tenor:

"336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, - privación de los derechos de familia, y pago, - como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

336 bis.- Al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que le Ley determina, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años. El Juez resolverá la aplicación del producto del trabajo que realice el agente, a la satisfacción de las obligaciones alimentarias de éste."

Con fundamento en el Art. 337 del mismo ordenamiento; tratándose de abandono de hijos, el proceso contra el delincuente se persigue de oficio. Cuando es abandono de cónyuge, el delito se persigue a petición de la parte ofendida.

### 5.8 Seguridad Social

Por lo que hace a la Seguridad social, específicamente los servicios de consulta médica y hospitalización, se modificarán en atención al divorcio. Así, la mujer inocente o culpable que fue beneficiaria perderá el derecho a las prestaciones que proporciona el Instituto Mexicano del Seguro Social, entre otras instituciones del Sector Salud.

Por lo que se refiere a los hijos, continuarán con la atención médica, de consulta y hospitalización, siendo que el divorcio no tiene porque interferir con las obligaciones de los padres con relación a los hijos. (132)

A mi parecer el Sector Salud no es acorde con nuestros tiempos - por contravenir con lo dispuesto por el criterio de la Constitución - Federal de igualdad entre el varón y la mujer, y es el caso de que el varón puede asegurar a la mujer como derechohabiente; así lo dispone la Ley del Seguro Social. Pero la mujer no puede asegurar como dere-

chohabiente a su esposo.

Por otra parte, no hay que perder el criterio de que en términos de Ley, los alimentos comprenden: vestido, casa y asistencia médica - en casos de enfermedad entre otras prestaciones, luego entonces, es - obvio que el sector salud adolece de lagunas enormes en su Ley.

### 5.9 Disolución de la Sociedad Conyugal

Una vez que haya causado estado la sentencia de divorcio, se pro - cederá a la división de los bienes comunes, así es como lo previene - el Art. 287 del C. C..

La sociedad conyugal termina, no necesariamente por el divorcio, termina por la presunción de muerte de uno de los cónyuges o inclusi - ve por convenio entre los cónyuges; así lo previene el Art. 197 del - ordenamiento antes citado. En relación a lo anterior el Art. 188 del mismo ordenamiento previene:

"Puede también terminar la sociedad conyugal du - rante el matrimonio, a petición de alguno de - los cónyuges, por los siguientes motivos:

"I. si el socio administrador, por su notoria ne - gligencia o torpe administración, amenaza arru - ñar a su consorcio o disminuir considerablemen - te los bienes comunes;

"II. Cuando el socio administrador, sin el con - sentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, a sus acreedores;

"III. Si el socio administrador es declarado en quiebra, o concurso;

"IV. Por cualquiera otra razón que lo justifique a juicio del órgano jurisdiccional competente."

Tratándose de divorcio por la causal contemplada en la Frac. - VIII del Art. 267 del ordenamiento en cuestión, los beneficios de la sociedad conyugal se adjudicarán al cónyuge inocente. El Art. 196 - del ordenamiento legal en cuestión previene:

"El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto - le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nue - vo sino por convenio expreso."

### 5.10 Paternidad de los Subsecuentes Hijos de la Mujer Divorciada

Se presumen hijos de los cónyuges dentro del matrimonio o del primer matrimonio, según el caso; aquellos nacidos dentro de los trescientos días posteriores a la fecha en que judicialmente se tuvieron por separados los cónyuges. Así es como lo previene el Art. 324 Frac. II, del ordenamiento en cita.

En relación a lo anterior, el texto del Art. 325 de igual ordenamiento estipula:

"contra esta presunción no se admite otra 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 han precedido al nacimiento."

En el mismo sentido, el Art. 326 de igual ordenamiento, previene que no podrá desconocerse al hijo nacido (en los términos de los dos artículos que preceden), alegando adulterio de la mujer, aún cuando ésta manifieste que el hijo nacido no es de su esposo.

En sentido opuesto de lo que previene el Art. 324 Frac. II antes citado, el Art. 327 de igual ordenamiento previene que se podrá desconocer al hijo nacido después de los trescientos días contados a partir de la fecha en que judicialmente se haya ordenado la separación.

Para ejercitar la acción de impugnar la legitimidad del hijo nacido, se tiene el término de sesenta días, al respecto el Art. 330 del ordenamiento antes citado previene:

"En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si estuvo ausente, o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento."

En aquellos casos en que el hijo nazca después de los trescientos días contados a partir de la separación judicial. Puede acontecer que haya pronunciado sentencia firme, o bien, que no obstante transcurridos los trescientos días no se haya pronunciado sentencia.

El primer supuesto, es decir: si el hijo nace después de trescientos días a partir de la separación judicial, y ya se pronunció sentencia, a mi parecer ese hijo no debe considerarse habido en el matrimonio, o dentro del primer matrimonio, en su caso, ésto es con fun

damento en el Art. 94 de la Ley procesal de la materia; independientemente de que haya salido la sentencia en cualquier sentido. Esto es aplicable también en el segundo ejemplo.

En el segundo supuesto: cuando el hijo nace después de que han transcurrido trescientos días a partir de que judicialmente se hayan separado los presuntos padres del hijo, pero no se ha dictado sentencia. Conforme al antes citado Art. 324 Frac. II; no es considerado hijo del esposo. Pero conforme a derecho, al no haberse disuelto el matrimonio se considerará hijo de los cónyuges. Ante esta aparente contradicción considero que debe estarse a lo dispuesto en los Arts. 324, 325 y 326 del C. C., en el sentido de que se aplique la equidad y se agoten todos los elementos necesario de prueba.

Con fundamento en el Art. 329 del ordenamiento antes citado, éste previene las controversias en relación a la filiación de los hijos nacidos después de los trescientos días a partir de la fecha en que se dicte la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.

Conforme a derecho, el hijo nacido después de trescientos días - contados a partir de la disolución del matrimonio no debieran atribuirse al esposo, pero de hecho los cónyuges, aún después de varios años de decretado el divorcio siguen teniendo trato sexual, en algunos casos, y no sería fortuito que engendraran hijos.

## C A P I T U L O   V I

### TUTELA DE LA NORMA JURIDICA RELATIVA A LOS HIJOS

Conforme al Código Civil para el Distrito Federal, así como la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores en el Distrito Federal los menores de edad están muy desprotegidos y se requiere de reformas muy importantes a cargo del Congreso de la Unión.

Del capítulo de conclusiones se infiere algunas de las reformas.

Al respecto, y específicamente en materia Familiar el Doctor Julián Guitrón Fuentesvilla opina:

"El estado, mediante sus órganos, debe proteger los derechos familiares.

"La mejor manera de hacerlo es promulgando un código familiar, con tribunales de familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, médicos, etc., todos para auxiliar al Juez Familiar para solucionar adecuadamente esos problemas ..." (133)

Cabe preguntar; ¿quien es la persona más idónea?, para determinar cual de los dos cónyuges es apto para educar a los hijos (quien les puede y desea dedicarles tiempo y orientarlos para su educación), ¿un perito en derecho?, o tal vez: ¿un médico, psicólogo o un psiquiatra?

Enfoquemos nuestra atención al fundamento legal.

#### 6.1 Fundamento Constitucional

El artículo cuarto de la Constitución Federal, en su parte conducente previene: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud". Atendiendo a esta tutela Constitucional, debe tomarse en cuenta 133 Guitrón Fuentesvilla, Julian, Derecho Familiar, Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XXVIII, enero-abril, 1978 numero 109, Págs. 73 a 94.

ta que la salud es: física y psíquica. Y que en la gran mayoría de - ocasiones, el Juez de lo Familiar hace caso omiso a la salud psíquica en el sentido de que no se auxilia de peritos en la materia, como sería; psicólogos, médicos o psiquiatras, entre otros, a efecto de que se examinara a los padres de los menores de edad, para determinar - quien se encuentra en el perfil deseado para el buen equilibrio de la salud integral de los hijos.

El Juez de lo familiar puede determinar quien es cónyuge inocente, o quien es culpable, y algunas veces sanciona al cónyuge culpable con la pérdida de la patria potestad. Luego entonces surge la pregunta tan obvia: ¿los hijos tiene culpa alguna de que uno de los cónyuges sea o no culpable?.

El Juez determina el derecho. Pero no creo que sea capaz de indicar con que cónyuge gocen de mejor salud psíquica los hijos.

El hecho de que uno de los cónyuges sea culpable en un juicio de divorcio, no necesariamente indica que no sea apto para educar, en el amplio sentido de la palabra, a sus hijos.

En el último párrafo del artículo en cuestión previene:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

Es cierto que existen instituciones públicas como lo es el Instituto Mexicano del Seguro Social, que preservan la salud física de los menores de edad, también es cierto que cuando más necesita un menor de edad de protección, es justamente al momento en que se disuelven - los pilares de su protección, que son sus padres; cuando se ha roto - la solidaridad de sus progenitores, y desafortunadamente es cuando no encuentran los hijos la protección debida. Y es que el Ministerio Público adscrito a los Juzgados Familiares es un abogado, y no un perito en salud, como sería lo ideal según el texto Constitucional.

## 6.2 Fundamentación en Leyes Locales

### 6.2.1 Estado de Chihuahua

La Ley del Estado de Chihuahua, durante el procedimiento, admite el convenio de los padres, relativo a la situación en que habrán de quedar los hijos aún, cuando se trate de divorcio necesario. A falta de convenio, los varones o mujeres mayores de catorce años, podrán decidir con quien de sus padres vivirán, esto último es independientemente del sexo.(134)

### 6.2.2 Código Civil de Tamaulipas

Los padres pueden llegar a un convenio, en el que temporalmente puedan vivir los hijos con cada uno de ellos. En el caso de los hijos que se encuentren en lactancia, permanecerán al lado de la madre, generalmente.

Tendrá preferencia en la custodia y patria potestad el cónyuge inocente.

Podrán los tribunales, atento al deseo y conveniencia de los hijos mayores de nueve años, otorgar la patria potestad al cónyuge que prefieran sus hijos. Esto es, en cualquier momento.(135)

### 6.2.3 Código Civil para el Distrito Federal

Uno de los aspectos más protegidos por el Código Civil, son los alimentos, principalmente de los menores de edad.

El Art. 303, fundamenta la obligación que tienen los padres de dar alimentos a sus hijos, y solo a falta de ellos o por imposibilidad, en forma sucesiva, recae la obligación en los ascendientes más próximos en grado por ambas líneas, en forma conjunta o indistinta.

134 Ob. Cit., Pallares, Págs. 146 y 147.

135 Idem.

Los alimentos comprenden; no tan solo la alimentación o comida, incluyen además la asistencia médica, el vestido, la habitación, los gastos para educación primaria y para proporcionar un oficio, arte, o profesión. Así lo indica el Art. 308.

Preve el Art. 311, que la pensión alimenticia no es fija, por lo que hace a su importe, en ese mismo sentido: se incrementará dicha pensión conforme aumente el salario del deudor alimentista, a favor del acreedor. Este aumento es automático.

Con fundamento en el Art. 317, el juez puede asegurar los alimentos por medio de la hipoteca, depósito, fianza o cualesquiera otra medida a juicio del Juez.

No obstante lo anterior en pro de los alimentos a favor del acreedor alimentario. El Art. 320, en su parte conducente previene:

"Cesa la obligación de dar alimentos:

"I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;"

Por lo anterior, es fácil percibir que el deudor alimentista, para evitar su obligación, puede tener propiedades sin que estén a su nombre, o bien provocar autodespido de empleo, por ejemplo por faltas injustificadas, entre otros pretextos.

**PATRIA POTESTAD.**- Los hijos que están sujetos a la patria potestad tienen derecho a ser educados convenientemente, al respecto el Art. 422 previene:

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

"Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que correspondiera."

En relación al artículo anterior, el Art. 423 de igual ordenamiento previene:

"Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

"Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones

y correctivos que les presenten el apoyo suficiente."

Corregir significa sacar del error y guiar a lo correcto, es un término que va acompañado de la tarea de educación. Y eso es justamente el ideal de ser padre: educar, corregir, y dar un buen ejemplo a los hijos.

Otro aspecto de inquietud es el que dispone el Art. 446 que a la letra establece:

"El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior."

De hecho esto no suele suceder: resulta que en la mayoría de casos después de una separación conyugal o de un divorcio; cuando se unen nuevamente con una persona distinta a la anterior, sea en concubinato o en matrimonio, la nueva pareja ejerce la patria potestad sobre los menores de edad, siendo que solamente es o son hijos de él o ella. Y es que setiene el error de creer que la nueva pareja tendrá amor y atención en relación al menor de edad, como si fuera hijo legítimo.

Aunque hay excepciones en que realmente se le quiere y respeta como se debe a un hijo. Pero desafortunadamente los hijos ilegítimos no son bien atendidos por el padrastro o la madrastra, en su caso, en términos generales.

Del párrafo anterior se infiere que éste es uno de los varios ejemplos en que existen circunstancias de hecho, que no están conforme a derecho.

### 6.3 Código Penal para el Distrito Federal

El código en cuestión menciona algunos aspectos relativos a la protección de los derechos del menor de edad, y se exponen al siguiente tenor:

El Art. 295 previene:

"Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además - de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos

derechos."

Este artículo debiera ser muy bueno que lo conocieran todos los padres de familia. Muchas veces los padres, abusan de su facultad y en ejercicio de la patria potestad, so pretexto de corregir a sus hijos, los golpean salvajemente ocasionando lesiones de las que tardan en sanar menos de quince días y aún, algunas veces ocasionan los golpes lesiones de las que tardan en sanar más de quince días.

El Art. 335 establece: que ninguna persona; independientemente - de que se trate o no de los padres, debe abandonar a "un niño incapaz de cuidarse a sí mismo".

Completando la idea anterior, el Art. 340 previene:

"Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de diez a cincuenta pesos, si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal."

De los artículos 335 a 343, se protege siempre al menor de edad, ya sea porque peligre su vida, se abandone o porque no se le proporcionen los medios necesarios de subsistencia.

En relación al mismo tema, se transcriben dos artículos más, que son el 336 y 336 Bis del mismo ordenamiento:

"Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como - reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado."

Art. 336 Bis:

"Al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la Ley determina, se le impondrá pena de prisión - de seis meses a tres años. El Juez resolverá - la aplicación del producto del trabajo que realice el agente, a la satisfacción de las obligaciones alimentarias de éste."

A mi parecer, en ocasiones es difícil determinar si una persona se colocó en estado de insolvencia con el objeto de eludir la obliga-

ción alimentaria. Pero sin embargo es loable que el legislador haya previsto que existiendo padres irresponsables se coloquen en estado de insolvencia, por lo que es bien justificado el delito de abandono de persona.

#### 6.4 Código de Procedimientos Civiles

Atento a los derechos de los menores de edad, el Art. 94 en su parte conducente previene:

- "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.
- "Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."

De lo anterior se desprende que tratándose de alimentos o de resoluciones relativas a la patria potestad, aún cuando haya causado ejecutoria la sentencia, pueden modificarse dichas resoluciones cuando cambien las circunstancias, por ejemplo: tratándose de alimentos, pudiera ser que el acreedor alimentario necesitare mayor o menor pensión alimenticia, e inclusive el deudor alimentario tener mayor o menor posibilidad de dar alimentos, como sería el caso de quiebra de un negocio o despido de empleo.

El enunciado del párrafo anterior obedece al criterio del Art. 940, en el sentido de que los problemas inherentes a la familia son de orden público. El Art. 941 a su vez se relaciona con el anterior, él que establece:

- "Art. 941. El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, específicamente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros.
- "En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la d

"ficiencia de las partes en sus planteamientos - de derecho.

"En los mismos asuntos, con la salvedad de las - prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la - controversia o darse por terminado el procedimiento."

Es bueno que en 1ª instancia el Juez de lo Familiar supla la deficiencia que se plantee al ejercitar una acción tratándose de la Familia, de otra forma tendría que pasar mucho tiempo; tal vez dos, - tres y hasta cuatro años para que, en un amparo directo se supliera - la deficiencia de la queja.

## C A P I T U L O   V I I

### C O N C L U S I O N E S

Las conclusiones del presente capítulo se desprenden de los anteriores, los que sirven como premisas y antecedente; atento al título "Situación Jurídica del Menor de Edad en el Divorcio Necesario". Y - se describen al siguiente tenor:

PRIMERA.- Es notorio que desde la antigüedad, al menor de edad - se le ha excluido de derechos, por ejemplo en Roma el Pater Familias tenía tantos derechos sobre el menor de edad, al grado de que bastó - su simple voluntad para divorciar al hijo sometido a su potestad pa- ternal.

SEGUNDA: EL FACTOR TIEMPO; NECESIDAD DEL MENOR.- El divorcio termina o disuelve el vínculo matrimonial, llevando consigo la desinte- gración familiar, motivo por el cual carecerán los hijos de algunos - beneficios que podrían proporcionarles entre los dos progenitores, como sería: atención, afecto, amor y educación. Lo anterior obedece a que cuando un cónyuge se encuentra solo con sus hijos, les dedica me- nos tiempo que antes de divorciarse, ¿porque?: es simple, al no con- tar ahora con un compañero o compañera que colabore a atender las ac- tividades del hogar, contribuir con los gastos necesarios para la ca- sa (en forma óptima), y a la educación de los hijos, ¿a quien se le - encomendarán dichas actividades?, solo hay una respuesta; le corres- ponde al cónyuge que tiene la guarda y custodia de los hijos: prepara- r o atender los alimentos para él y sus hijos, cuidar del aseo per- sonal de éstos, atender las necesidades del vestido y calzado, a la - salud física y mental; atender la educación, con todas las implicacio- nes que representa como: llevar a los niños a la escuela, recogerlos,

dedicarles tiempo para revisar sus tareas y coadyuvar con sus profesores, entre otras cosas, también les corresponde al cónyuge en comento: convivir con sus hijos, pasear y jugar con ellos, pero ¿a que hora se va a trabajar?, ¡solo dios sabe!. No obstante las múltiples actividades que implica atender a una familia, el cónyuge en cuestión - tiene que trabajar.

Con lo explicado hasta ahora, se evidencia el porque se les dedica menos tiempo a los hijos después de divorciados los padres, que antes de divorciarse.

**TERCERA: RESPETO A LA AUTONOMIA DEL MENOR.**- Los niños a cierta - edad (de siete o más años) deberían ser tomados en cuenta, a efecto de que opinaran conjuntamente con sus padres, en caso de existir un conflicto conyugal que ponga en peligro la estabilidad familiar y particularmente la estabilidad de los hijos menores de edad. Es decir cuando el pronóstico de un conflicto familiar es el divorcio, cabe tomar en cuenta a los niños, toda vez que los mismos son precisamente descendientes y por lo tanto, son parte de la litis. No es justo que en forma egoísta los padres tomen decisiones tan terminantes como la disolución del vínculo matrimonial sin que para ello sean escuchados y tomados en cuenta a los pupilos.

Debe quedar bien claro que un problema de papá y mamá no es un problema de dos personas, pensar así es un ERROR; un problema de mamá, de papá o de ambos, también lo es de los hijos, así como un problema de los hijos lo es de los padres.

Es más fácil que un menor de edad se de cuenta del razonamiento en cuestión que un adulto, es decir: un menor de edad se percatará rápidamente cuando existe un problema de sus padres, y ello obedece a - que el pupilo siente y sufre por los problemas que afectan a sus progenitores. Tal vez si el adulto realmente percibiera la perspicacia y sensibilidad del menor de edad comprendería mejor a sus hijos.

**CUARTA: LIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.**- Los hijos, en particular los menores de edad, se ven seriamente afectados - al tener un padrastro o una madrastra. en tal virtud el nuevo tutor,

de hecho pero no conforme a derecho ejerce la patria potestad. Esto - no implica problema alguno, el problema consiste en que solo en ocasiones excepcionales se atienden a los hijos del otro compañero como si fueren propios. Lo que significa que desafortunadamente en la mayoría de casos los hijos que no son propios no son atendidos en forma adecuada, es decir: en estas circunstancias a un hijo no propio se le trata como al niño que es muy simpático, siempre y cuando no haga travesuras, no sea inoportuno, no me ensucie mi traje, no me interrumpa cuando estoy hablando; estudiando o leyendo mi periódico favorito, no me pida dinero para la escuela, no me diga que hay que comprarle útiles escolares o que ya no tiene zapatos y que no interrumpa cuando estoy a solas con mi pareja, entre otras muchas cosas.

El querer ver así a un supuesto hijo; tan de lejecitos, obedece a una simple razón que significa; ¡no es mi hijo!. Es obvio que si fuera mi hijo, el simple instinto que proporciona la naturaleza me obligaría a soportar a mi hijo incondicionalmente; con todas sus virtudes y a la vez con todos y cada uno de sus defectos.

En sentido opuesto, y no siendo tan extremistas día a día se hacen varias denuncias penales de padrastros que cometen delitos en agravio de sus hijastros (o hijastras), entre otros se presentan las violaciones a sus hijastras, lo que denota una patética amoralidad e instinto totalmente psicópata.

QUINTA: PROTECCION DE LA NORMA JURIDICA; EXCLUSIVAMENTE EN EL ASPECTO ECONOMICO RELATIVA AL MENOR DE EDAD.- De al simple lectur del artículo 676 de la Ley Precesal Civil se desprende que son protegidos los derechos del menor de edad. Por lo general dicha protección va enfocada al aspecto económico. Luego entonces quedan fuera de la tutela jurídica los hijos mayores de edad que tengan padres divorciados. Este criterio no es acorde con la justicia, ni con los principios generales del derecho. Toda vez que en algunas circunstancias, siendo la más frecuente, cuando los hijos han llegado a la mayoría de edad y continúan estudiando, en estos casos no tienen derecho a pensión alimenticia por disponerlo así el precepto antes citado. Considero que aquí hay una laguna en el derecho, por lo siguiente: si son

protegidos los hijos, aún mayores de edad por sus padres dentro del matrimonio, porque no habrían de protegerse cuando más tienen necesidad; que es justamente cuando sus padres se han divorciado, ésto sin importar si son o no mayores de edad, el fundamento legal de lo anterior se encuentra en el artículo 308 del Código Civil el que establece:

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos - comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión - honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales."

El precepto inmediato anterior indica entre otras cosas:

Que los alimentos comprenden los gastos necesarios para proporcionar una profesión, circunstancia que no ocurre dentro de la menor edad. Por muy estudiosos que sean los hijos, apenas habrán terminado el bachillerato, en promedio a los 18 años, de ahí en adelante; en la facultad son 4 o 5 años más, lapso en que es necesario apoyar económica y moralmente a los hijos, a efecto de que se cumpla lo ordenado del precepto en referencia.

Desafortunadamente la Constitución Federal en su artículo 4º se refiere exclusivamente a los hijos menores de 18 años, toda vez que en su parte conducente previene:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

¿Cual es el criterio que debe adoptarse?, el del artículo 4º - Constitucional acorde con el numeral 676 de la Ley Procesal Civil. ¿O mejor adoptamos? el criterio del artículo 308 del Código Civil. A mi parecer el artículo 4º y el 676 de la Constitución Federal y Ley Procesal respectivamente, debieran reformarse y apoyar el criterio establecido en el artículo 308 del Código Civil.

SEXTA: ESPECIFICACION DEL ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL.- Por lo que hace a la reforma del artículo 4º Constitucional; éste maneja

conceptos muy amplios, pero no especifica, y tal es el caso en donde establece: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental." Las necesidades que tiene un menor de edad pueden ser:

a) Económicas:

Estas son, por cierto, las mejor atendidas por el Juez de lo Familiar, aspecto ya apuntado;

b) De Libertad:

Una cosa es que sean menores de edad los hijos de los padres divorciados y otro aspecto muy delicado es que se les prive de su libertad, es decir: en mi opinión los hijos menores de edad y mayores de siete años debieran decidir con quien de sus padres permanecerán y en éste mismo sentido el Juez de lo familiar en su sentencia, previa audiencia de los menores de edad, debe contemplar la voluntad de los menores a efecto de que se deposite la guarda y custodia de los hijos con el padre que indiquen éstos. Pensar de otra forma (tal y como se hace actualmente), es ir en contra de las garantías consagradas en nuestra Constitución, toda vez que del artículo primero se desprende que todo individuo gozará de las garantías que consagra nuestra Constitución Federal.

El artículo en comento es muy claro y definitivamente no se requiere determinada edad para gozar de las garantías que otorga nuestra Constitución, en su caso, se puede nombrar a un tutor o representante legal con las facultades que conforme a derecho correspondía según las circunstancias.

Por otra parte el artículo 14 de igual ordenamiento previene:

"Nadie podrá ser privado de su vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. ..."

De lo que se infiere que los menores de edad no pueden ser privados de su libertad de decidir con quien deben vivir ni de sus:

c) Derechos:

A efecto de ser felices viviendo con quien más quieren, siempre - debe existir audiencia previa y juicio. Además, conforme al artículo 16 del mismo ordenamiento debe existir motivación y fundamentación.

Cabe mencionarse si a una edad mayor de siete años es muy difícil - una decisión de los menores de edad, definitivamente a una edad todavía menor es sumamente difícil de decidir por parte del juzgador.

d) Educación:

Por lo que se refiere a la educación, está implícita en la "salud mental", por contener éste concepto a aquella. Deberá ajustarse de una manera íntegra, en el sentido de que decir: salud mental, implica: Libertad, educación escolar, modales, juegos, felicidad, bienes necesarios principalmente para la educación, la mejor armonía de amor y afecto que puedan proporcionar su o sus padres en términos generales implica los derechos entre los que también se cuenta la;

e) Salud Física:

Esta se ajusta íntegramente a la salud mental, toda vez - que una depende de la otra.

La Ley de Amparo en su artículo 6º, al hablar de la capacidad y Personalidad se refiere al menor de edad en los siguientes términos:

"El menor de edad podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente o impedido; pero en tal caso, el Juez, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio.

"Si el menor hubiere cumplido ya catorce años, - podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda."

De lo anterior se desprende que la Ley de amparo es más consciente de los derechos del menor de edad, toda vez que les da oportunidad de intervenir en juicio por su propio derecho. Por otra parte la autoridad, en cumplimiento de sus obligaciones nombrará a su representante.

Refiriéndose al precepto en cita a los menores de edad mayores - de catorce años, da oportunidad a éstos de que designen por sí mismos

a su propio representante, sin más requisito que el de manifestarlo - en su escrito de demanda motivo por el cual su representante legal - puede ser una persona distinta a sus padres.

Lo ideal sería que el Código Civil se refiriera al mismo criterio que la Ley de Amparo.

No pensar así: sería tanto como decirle a los niños; de hay en - adelante te vas a vivir con este señor porque así lo dice el perito - en derecho, porque el Juez es un perito en derecho. Desafortunadamente para los menores de edad, única y exclusivamente en derecho

SEPTIMA: DERECHO DE VISITAS.- Si bien es cierto que en algunos - casos se debe condenar a alguno (o ambos) de los cónyuges a la pérdida de la patria potestad, como consecuencia del antecedente que guardan los autos en un determinado Juicio, también lo es que los menores no tienen culpa alguna, es decir: los hijos también se están sancionando indevidamente, por privarles el derecho que tienen a que los vi site el cónyuge culpable, que al fin y al cabo es su padre. De lo - que se concluye que en algunos divorcios necesarios, cuando son invocadas las causales sanción, son justamente "castigo", pero única y - exclusivamente para el cónyuge culpable, ¡por favor!: es alarmante - que el poder judicial no se percate de que a quien se castiga tal vez en mayor grado son precisamente a los menores de edad al sufrir la afectación moral y psicológica; la que tiene su fuente en el frustrado deseo de ver a sus padres.

Las visitas no deben tener como finalidad exclusiva la carga o - cumplimiento de una obligación, no hay que perder el punto de vista - de que, lo que mueve al ser humano son justamente los sentimientos, - luego entonces cuando el padre visita a sus hijos no debe ser exclusivamente para cumplir una obligación, debe ser principalmente para ver a su hijo porque tiene ganas de verlo, de saber como está, de sentir que él también desea ver al padre que no vive con él.

Debemos recordar que presumiblemente el hombre es un ser racional por excelencia y el que guarda más fielmente el instinto de protección con sus familiares por consanguinidad, particularmente con -

sus descendientes.

OCTAVA: EL DERECHO COMO CAMPO EXCLUSIVO DEL JUEZ DE LO FAMILIAR.- Presumiblemente el Juez de lo Familiar es un perito en el derecho y por tal motivo dice el derecho respecto a los asuntos que afectan a la familia.

El inconveniente de lo anterior es que el Juez no se vale de los medios idóneos para decir el derecho consistentes en dictámenes de especialistas en la materia de la Biología. Es que el Juez no puede ser un perito en todos los campos del saber. Así que se requiere la valiosa intervención de especialistas y entre otros están: psicólogos médicos, psiquiatras y trabajadores sociales, principalmente, a efecto de que hicieran estudios minuciosos a los cónyuges para:

a) Estudiar la personalidad de los cónyuges, con el propósito de determinar quien tiene mejor carácter, criterio y aptitud para educar a los hijos;

b) Realizar estudios que indiquen el grado de conocimientos y cociente intelectual óptimo de los cónyuges para proporcionar una buena educación a los hijos;

c) Determinar, de acuerdo a las actividades que realizan los cónyuges, quien les puede dedicar más y mejor tiempo a sus hijos.

d) Observar si existe alguna desviación psicológica; de tal forma que sea indicativo de normalidad, o anormalidad mental de los cónyuges. Todo ello con el propósito de cuidar la salud física y mental de los menores.

e) Saber si los cónyuges sufren alguna enfermedad física o están propensos a sufrirla, de tal forma que pudiera en un momento determinado impedir el ejercicio de la patria potestad.

f) Indicar, previo dictamen de los especialistas, y preguntar a los menores si tienen preferencia por alguno de los cónyuges y cual -

es ese origen; si obedece a un sentimiento, o nace de preferencia por que el cónyuge que se prefiere proporciona satisfactores materiales.

No hay que omitir la frase: "No solo de pan vive el hombre". Lo que se traduce en que el Juez no tan solo debe tomar en cuenta los alimentos al dictar una sentencia, ¡no!, también debiera de apoyarse en el criterio de los especialistas antes mencionados, los que de oficio tendrían que intervenir en todos y cada uno de los casos en que esté en juego la educación de los menores en los términos a que se refiere el multicitado artículo cuarto de la Constitución Federal,

NOVENA: CONVENIO RELATIVO A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS HABIDOS EN EL MATRIMONIO.- Tratándose de divorcio necesario, los cónyuges debieran presentar al Juez de lo Familiar un convenio que verse sobre la Guarda y custodia de los menores hijos, hechos muy positivo para los pupilos, sobre todo porque los padres conocen profundamente la problemática familiar, de lo que difícilmente se puede enterar el juzgador. Además de que del convenio que presenten al juzgador se presume que no hay litis respecto a los hijos de los cónyuges.

El criterio del Estado de Tamaulipas, respecto a la guarda y custodia de los menores de edad debiera extenderse a toda la República Mexicana, toda vez que el Código Civil del Estado del mismo nombre estipula que los hijos mayores de nueve años deciden libremente con quien de sus padres vivirán, y ello es independientemente de quién sea cónyuge culpable.

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

Arias, José, Derecho de Familia, 2ª Edición, Editorial Kraft, Buenos Aires 1952.

Bialostosky, Sara, Panorama del Derecho Romano, 1ª Edición, Editorial Textos Universitarios, México 1982.

Biblia, Nuevo Testamento, Trad. del Griego Nacar Fuster, Eloíno, - 34ª Ed., Edit., Biblioteca de autores Cristianos, Madrid España - 1979.

Cicil-Loeb, Tratado de Medicina Interna; trad. Foch Alberto, 9ª Ed. Editorial Interamericana, México 1977.

Cicu, Antonio, El Derecho de Familia, Trad. Sentis Melendo, Santiago, Editorial Ediar, Buenos Aires 1947.

Chávez Asencio, Manuel, La Familia en el Derecho, Ed. Porrúa 1ª edición, México 1985.

Código Civil, para el Distrito Federal, 56ª Edic., Edit. Porrúa, - México 1988.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 81ª Edic., - Edit. Porrúa, México 1986.

De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1981.

Diccionario Larousse, Ramón García-Pelayo y Gross, Ediciones Larousse, México 1986.

Floris Margadant, Guillermo, El Derecho Privado Romano, 10ª Edición Editorial Esfinge, México 1981.

Guitrón Fuentesvillla, Julián, Derecho Familiar, Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XXVIII, enero-abril, 1978, número: 109.

Ibarrola, Antonio de, Derecho de Familia, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 1984.

Ley Sobre Relaciones Familiares, expedida por el primer jefe del ejército Constitucionalista del 9 de abril de 1917.

Lemus García Raul, Derecho Romano, Editorial Limusa, México 1964.

Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, 3ª Edic., Editorial Porrúa, México 1987.

Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, 4ª Edic., Edit. Porrúa, - México 1984.

Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 9ª Edición, Editorial Epoca, México 1977.

Pina, Rafael de, Diccionario de Derecho, 11ª Edición, Editorial Porrúa, México 1983.

Planio y Ripert, Derecho de Familia, 1ª Edición, editorial Cárdenas Editores, Tratado; Cajica José, Puebla 1983.

Plutarco, Marsá, La mujer en el Derecho Civil Eds. Universidad de - Navarra, Pamplona 1970.

Rojina Villegas, Rafael, Derecho de Familia, 7ª Ed., Edit. Porrúa, México 1987.