

196
227



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA ASISTENTE DE
LOS EJECUTIVOS PROFESIONALES

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JUAN MANUEL CHAO RAMIREZ

FALLA DE ORIGEN

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO D. F. JUNIO 1991



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

INDICE GENERAL.

LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS
JUICIOS DE DIVORCIO.

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

CAPITULO I.- ESPECIES DE DIVORCIO.	PAG. 1 a la 7
a) DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS.	
b) DIVORCIO VINCULAR.	
CAPITULO II.- EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION COMPARADA.	PAG 8 a la 21
a) EN LA LEGISLACION FRANCESA.	
b) EN LA LEGISLACION ITALIANA.	
c) EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.	
d) EN LA LEGISLACION ALEMANA.	
CAPITULO III.- EL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION.	PAG. 22 a la 40
a) DIVORCIO NECESARIO	
b) DIVORCIO VOLUNTARIO.	JUDICIAL ADMINISTRATIVO.
CAPITULO IV.- NECESIDAD DE LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO.	PAG. 41 a la 49
a) A FIN DE VELAR POR LOS INTERESES DE LOS MENORES.	
b) CUIDAR LOS INTERESES DEL CONYUGE ENFERMO.	
c) PROTEGER LOS DERECHOS DEL CONYUGE INOCENTE.	
CONCLUSIONES.	PAG. 50 a la 51
BIBLIOGRAFIA.	PAG. 52

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

El divorcio como disolución del vínculo matrimonial, es de suma importancia su estudio, toda vez que destruye la célula principal de la sociedad que es la familia, sin embargo, en algunas ocasiones es muy necesario el divorcio, para el bienestar de una sociedad sana; en efecto una pareja puede llegar a no estar de acuerdo con la relación que contrajeron, y es terrible que se tengan que soportar cuando ya no hay amor, ni comprensión, ni ningún entendimiento; para esos casos es necesario el divorcio.

Cuando una pareja no tiene hijos, los desastres ocasionados por el divorcio son mínimos, más aún cuando están totalmente de acuerdo por diversas causas, pero qué sucede cuando ya hay hijos, entonces sí hay un grave problema, porque un hijo es una gran responsabilidad para una familia y para la sociedad misma, ya que lo que da vida a esa célula tan importante que es la familia, son precisamente los hijos.

Por estas razones es que desde épocas remotas siempre se ha procurado proteger a los hijos; en el presente tema de tesis "LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO", trataremos de abordar toda la problemática referente a la protección de los menores, así como la protección del cónyuge inocente que queda al desamparo por no poder o no saber trabajar.

Considero que la Institución del Ministerio Público en nuestro país debería ser más eficaz en estos casos, y se tomara más en cuenta su participación para la ayuda y protección que deben tener los menores y el cónyuge inocente en un juicio de divorcio, ya sea voluntario o necesario.

Es decir, son muy comunes los casos en que la cónyuge cuando ya no aguanta al marido y no quiere tener ningún tipo de relaciones con él, demanda el divorcio por las causales procedentes pero sin hacer alusión, ni demandar pensión alimenticia alguna, ni para ella ni para los hijos y tomando en cuenta que en -

nuestros Códigos Civil y Procesal no contienen ningún precepto legal que faculte al Juez o al Ministerio Público a intervenir en cuestiones no planteadas en la - litis no obstante que se estén contraviniendo derechos de familia que son de Interés Social y de Orden Público, el juzgador tendrá que dictar sentencia hacien do caso omiso del aseguramiento de alimentos para la cónyuge e hijos, y por su - parte el Ministerio Público no podrá objetar e impugnar la resolución, toda vez que legalmente está impedido para ello.

En el presente trabajo me permito hacer algunas propuestas a fin de solucio- nar esta laguna de la Ley.

CAPITULO I

ESPECIES DE DIVORCIO.

A) DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS.

B) DIVORCIO VINCULAR.

El divorcio como una de las formas más comunes de disolución del matrimonio surgió desde épocas muy remotas como una necesidad para el buen funcionamiento de la sociedad; así tenemos que en la Legislación Mozaica, el procedimiento era entregar a la esposa del Libelo de Repudio y hacerlo saber a la familia de su cónyuge y esto podía ocurrir con la sola sospecha de adulterio la impudicia, etc. Así mismo, la Ley Talmúdica reconocía como causa de Divorcio la esterilidad y el adulterio.

El Privilegio Paulino, esto es dentro de la Biblia era la facultad de un cónyuge no creyente que se convertía en cristiano, de disolver su matrimonio y contraer uno nuevo, si su consorte se negara a hacerse cristiano o a cohabitar pacíficamente con él.

El Divorcio en Israel era admitido como un deber para el marido y aún contra la voluntad de él mismo, esto es, era obligado en justicia en caso de adulterio, el adulterio en la mujer se pagaba con pena de muerte y para el marido únicamente si era sorprendido con una mujer que fuera casada, en los demás casos que se le sorprendiera quedaba impune.

Igualmente se reconocía el Repudio, así como algunas causales para invocar como la esterilidad de la mujer y la impotencia del hombre a los 10 años de matrimonio, también la enfermedad insoportable (epilepsia o lepra contagiosa), cambio de religión o ausencia.

Eduardo Pallares en su libro el Divorcio en México, nos anota algunas causas de Divorcio que se podían hacer valer tanto por el hombre como la mujer.

Las causales que podía hacer valer el hombre era:

- a) No encontrar en la mujer las cualidades, se pensaba que tenía.
- b) Adulterio cuando no era condenado a muerte.
- c) Negativa de la mujer a consumir el matrimonio.
- d) Pasearse con la cabeza o el brazo descubierto.
- e) Dar al marido comida fermentada.
- f) Permitirse bromas con un joven.
- g) No ser virgen al casarse.

La mujer tenía derecho a invocar las siguientes causas:

- a) Que el marido no cumpliera con sus deberes conyugales.
- b) Que llevara vida desarreglada.
- c) Que maltratara a la mujer. (1)

El Divorcio en Babilonia lo reconocía el Código de Hamurabi, y lo establecía para el hombre por medio del Repudio el Zend-Avesta, señalaba que si la mujer no había tenido hijos a los nueve años de casada, el marido tenía el derecho de repudiarla.

En Persia, el Divorcio se desconocía pero se aceptaba el Repudio, siempre -- que la mujer a los nueve años de casada no hubiere procreado hijos.

En China, reconocían el divorcio y el hombre podía hacer valer las siguientes causas:

- a) Esterilidad.
- b) Impudicia.
- c) Falta de consideración y respeto debido al suegro y suegra.
- d) Charlatanería.
- e) Robo.
- f) Mal carácter.
- g) Enfermedad incurable.

Sin embargo la Repudiación era poco frecuente. (2)

En la India admitían el Repudio, por las siguientes causas:

1.- Eduardo Pallares.- EL DIVORCIO EN MEXICO.- Pág. 102.-Editorial Porrúa 1984.

2.- Idem. Pág. 110

- a) Cuando la mujer era estéril a los 8 años de casada.
- b) Que todos los hijos murieran a la minoría de edad.
- c) Que hubiera engendrado solamente mujeres.
- d) Si bebía licores.
- e) Que padeciera enfermedad incurable.
- f) Que fuera pródiga.
- g) Si le hablaba con dureza al marido.

En cuanto a la mujer, ésta podía abandonar al marido cuando:

- a) Fuera criminal.
- b) Impotente.
- c) Que fuera atacado por lepra.
- d) Que tuviera una ausencia prolongada en naciones extranjeras.

En Grecia cualesquiera de los esposos podía pedir la disolución del matrimonio, el marido por medio del Repudio y la mujer por sentencia del Arconte.

En el Derecho Musulmán el autor nos vuelve a señalar cuales eran las causas por las cuales se podía disolver el matrimonio, eran cuatro:

- a) Repudio del hombre.
- b) Divorcio obligatorio para ambos.
- c) El mutuo consentimiento.
- d) El divorcio Consensual retribuido.

Era obligatorio cuando:

- a) Existía la impotencia.
- b) Enfermedad que hiciera peligrosa la cohabitación.
- c) Incumplimiento en las condiciones del contrato de matrimonio; como no pagar la dote, o no administrar los alimentos a la mujer.
- d) El adulterio.

El mutuo consentimiento era causa de Divorcio, así como el Divorcio Consensual Retribuido, cuando el marido renunciaba a los derechos que tenía sobre su mujer, mediante una compensación que éste le pagaba. (3)

El Divorcio en el Derecho Romano, se justificaba en que el matrimonio era - el hecho de cohabitar, este era el efecto conyugal que se tenía así pues cuando éste desaparecía era procedente el Divorcio; a continuación daremos las causas - legales que introdujo Justiniano para la procedencia del Divorcio:

- a) Que la mujer hubiese encubierto maquinaciones en contra del Estado.
- b) Adulterio probado de la mujer.
- c) Atentar contra la vida del marido.
- d) Trato con otros hombres en contra de la voluntad del marido, o, haberse-bañado con ellos.
- e) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.
- f) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

La mujer tenía la facultad de pedir el Divorcio en los siguientes casos:

- a) La alta traición oculta del marido, en contra del Estado.
- b) Atentar contra la vida de su mujer.
- c) Intento de prostituirla.
- d) Falsa acusación de adulterio.
- d) Que el marido tuviera su propia amante en la misma casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante la acusaciones de la mujer a su familia.

Justiniano restableció el Divorcio por muto consentimiento porque la opinión pública lo exigió.

Como se observa la progresión histórica del Divorcio que aquí hemos analizado en diversas legislaciones, se ha contemplado el Divorcio como disolución - del vínculo, sin embargo, también se ha reglamentado otra clase de Divorcio mediante el cual no se origina el rompimiento del vínculo matrimonial, sino que solamente quedan suspendidos los derechos y obligaciones de cohabitación a este tipo de separación nos avocaremos en el siguiente inciso.

a) DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS.

Como quedó expresado con anterioridad, además del Divorcio vincular, se ha reglamentado en las diversas legislaciones el Divorcio no Vincular, es decir, - el Divorcio Separación de Cuerpos, que es aquél que solamente trae como consecuencia la cesación de la cohabitación de los cónyuges, pero subsistiendo todas

las demás obligaciones y correlativos derechos inherentes del vínculo matrimonial.

La indisolubilidad del matrimonio rigió durante muy largo tiempo, fue resultado esta idea de la influencia de la Legislación Canónica, que a su vez se inspiró en el texto de la Biblia que contiene la célebre frase atribuida a Jesucristo: "quod Deus conjunxit, homo non separet" (pues lo que Dios juntó, no lo aparte el Hombre). (4)

Seguramente que parangonan el matrimonio con la unión de Cristo con la Iglesia, razonándose que así como es imposible la separación de aquél y ésta, así también los cónyuges no pueden disolver su unión matrimonial. Por eso la Legislación Canónica, ante la circunstancia evidente de que algunos matrimonios no podían proseguir, autorizó en ciertas hipótesis la separación de los cónyuges - interrumpiendo su cohabitación, pero quedando subsistentes las demás obligaciones y correlativos Derechos.

Los Códigos Civiles al vigente, o sea, los de 1870 y 1884, influidos por - la Doctrina Canónica no permitieron, la disolución del matrimonio, y a partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 (sin contar la Ley Carranza de 1914, que nunca llegó a tener vigencia real), el matrimonio se convirtió en disoluble. Empero, tanto la Ley Sobre Relaciones Familiares, en su Artículo 87, como el Código Civil actual, en 277, no dejaron de sentir la influencia del Derecho Canónico, y al lado del Divorcio Vincular admitieron una modalidad que consiste en suspender tan solo la cohabitación de los cónyuges, manteniendo indeble el vínculo del matrimonio.

En efecto, la Ley Sobre Relaciones Familiares en su Artículo 87 establecía:

"Art. 87.- Cuando las enfermedades ennumeradas en la fracción IV del Artículo 76, no son utilizadas por un cónyuge como fundamento del Divorcio, podrán -- sin embargo ser motivo para el juez, en conocimiento de causa y a instancia de uno de los cónyuges, pueda suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando no obstante subsistentes las -

demás obligaciones con el cónyuge desgraciado".

Por su parte el Artículo 277 del Código Civil en vigor dispone:

Artículo 277.- El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundando en las - causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá sin embargo solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y que el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esta suspensión; quedando - - subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

Las fracciones VI y VII, que menciona el artículo 267, expresan lo siguiente

" Art. 267.- Son causas de Divorcio:

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

VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente".

Estas dos fracciones conocidas en la Doctrina como "causas eugenésicas", -- otorgan la opción a uno de los cónyuges a pedir el Divorcio Vincular o solamente transcrito.

Dos circunstancias se tuvieron en cuenta para establecer estas dos causales:

- 1) Que la convivencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad descritas, puede ser nociva y hasta peligrosa para cónyuge sano y para los hijos.
- 2) Los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de la culpa en el que da la causa, no se quiere romper el vin culo, sino solo suspender la convivencia sin incurrir el que quiera separarse en la causal de Divorcio señalada en las fracciones VIII y IX - que hablan de la "separacion de la casa conyugal".

El Divorcio Separación solo se puede pedir por las dos causas transcritas anteriormente.

Podemos concluir que el Divorcio Separación consiste en el Derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial -- sin romper el vínculo matrimonial.

Persistiendo en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio tales como fidelidad, alimentos, etc., y como consecuencia de la extinción del deber de cohabitación, termina también la figura del domicilio conyugal, es -- decir, cada cónyuge puede elegir en donde establecer su propio domicilio conyugal, este tipo de Divorcio fue el único conocido en los Códigos mexicanos en el siglo pasado, tal como lo dejamos asentado debido a la influencia del Derecho Canónico que establece la indisolubilidad del matrimonio.

Respecto al Divorcio Separación, Rojina Villegas señala que " En este sig tema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias, -- sus efectos son: la separación marital de los cónyuges quienes ya no están -- obligados a vivir juntos, y, por consiguiente, a hacer vida marital. (5)

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO SEPARACION.

- a) Extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal.
- b) Custodia de los hijos por el cónyuge que el juez, según sea el caso, resuelve que la deba tener (Art. 283)
- c) Paternidad y filiación, el hijo de la mujer casada y separada judicial mente, que nazca dentro de los trescientos días a partir de la orden judicial de separación, se refuta hijo de matrimonio con certeza de pa ternidad, si el hijo nace después de los trescientos días de la orden judicial de separación, nacerá también con paternidad cierta con res- pecto al marido de su madre; pero en este caso la Ley permite al marido

desconocer a este hijo. La presencia de paternidad a que hemos hecho referencia funciona con más firmeza en el caso de la separación judicial - como forma de Divorcio que no extingue el deber de fidelidad que se deben los cónyuges aunque vivan separados.

- d) La ayuda recíproca, el Divorcio separación no extingue el deber de ayuda recíproca como lo expresa el Artículo 323 del Código Civil.

DIVORCIO VINCULAR.

Es aquel que contempla nuestra Legislación como el verdadero Divorcio pues una vez que es decretado, disuelve el vínculo del matrimonio y hace recuperar a los ex-cónyuges su capacidad matrimonial, es decir, los ubica en aptitud jurídica de celebrar una nueva unión lícita. Al divorcio vincular se refiere el artículo 266 del Código Civil vigente, que expresa.

" Art. 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

El carácter vincular del divorcio se encuentra corroborado dentro del propio Código Civil, en su artículo 289, párrafo primero, que textualmente expresa:

" Art. 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio".

Hemos dejado asentado que el divorcio vincular es, el auténtico y único divorcio, que nuestros Códigos de 1870 y 1884 no lo reconocieron sino que fue incorporado a nuestra legislación hasta el año de 1914, con la aparición de la Ley Carranza, y que tiene como característica fundamental disolver el lazo conyugal sea por mutuo consentimiento, o como divorcio necesario, otorgando a los divorciados la capacidad para poder celebrar nuevo matrimonio.

Al respecto nos dice Galindo Garfías que "El Divorcio propiamente dicho, al disolver el vínculo matrimonial, produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, deja de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio, a esa clase de

divorcio se le denomina vincular."

En este orden de ideas podemos definir al divorcio vincular como:

La disolución de vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio establecidas expresamente en la Ley.

C A P I T U L O I I .

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION COMPARADA.

Considero trascendental y hasta necesario analizar detalladamente la Institución del Divorcio en el Derecho Comparado y principalmente realizar el estudio en las legislaciones que tienen su origen en el Derecho Romano como la nuestra, -- parangonándolos con el Derecho Germano, que tuvo sus particulares puntos de origen.

En efecto, del estudio del Derecho Comparado entresacaremos notas muy importantes, toda vez que cada país reglamenta las Instituciones Jurídicas de acuerdo a las costumbres e idiosincracia de sus pueblos, y contemplan peculiarmente, es -- decir basándose en estas circunstancias la regulación de cada figura jurídica, -- adecuándose al pensar y sentir del sujeto del Derecho a quien va dirigida la norma.

Comenzaremos nuestro estudio con la Legislación Francesa, país éste que por su cercanía con el pueblo romano, observó en forma directa e inmediata y en su totalidad las Instituciones Jurídicas del Derecho Romano.

a) En la Legislación Francesa.

El Legislador francés a partir de la revolución instauró el Divorcio Vincular siendo este país el primero que lo haría, suprimiendo a la vez la simple separación de cuerpos que era reconocida por el Derecho Canónico.

En esta Legislación Francesa, se conceptuaba al matrimonio como un contrato civil y como consecuencia de ello se consideraba al Divorcio como una de las formas de extinción del contrato pero solamente se permitía la disolución por causas específicamente determinadas por el Legislador y así al surgir la Ley de 20 de -- septiembre de 1792, la Asamblea Legislativa reglamentó la Institución del Divorcio Vincular, permitiéndolo por demandar causas tales como:

- a) Mala conducta notoria.
- b) Abandono durante dos años.
- c) Adulterio.

- d) Locura.
- e) Estado de Ausencia.
- f) Injurias Graves.
- g) Sevicia.
- h) Emigración en casos prohibidos.

Posteriormente al redactarse el Código Civil Francés de 1804, llamado Código Napoleón, se restringieron las causales de Divorcio que contempla la Ley anterior de 20 de septiembre de 1792, que establecía un sistema libre de Divorcio, - al respecto el jurista Ignacio Galindo Garfias nos comenta: "El Código Civil con servó el Divorcio, pero tomando precauciones para reglamentarlo y detener el torrente de inmoralidad que se desprendía de las Leyes Revolucionarias". (6)

Posteriormente y con motivo del surgimiento de la Carta Constitucional de - 1814, la cual otorgaba al Catolicismo el valor de "Religión Oficial" deja de tener vigencia el Divorcio, suprimiéndose por la Ley de 1816.

En efecto de 1816 hasta 1884, desapareció el Divorcio en Francia, sin embargo a raíz de la campaña de los doctrineros franceses y en especial por Naquet fue restablecida esta forma de disolución del vínculo matrimonial, al surgir un decreto que le negaba al Catolicismo el carácter de "Religión Oficial", por lo que en 1884 se promulga la Ley del Divorcio Vincular.

Esta Ley que reimplantó el divorcio en Francia, no fue tan benévola para la procedencia de la disolución del vínculo matrimonial pues restringió las causales que la Ley anterior contenía de 20 de septiembre de 1792 y solamente contempló -- cuatro causales de divorcio que eran:

- a) Adulterio.
- b) Injurias Graves.
- c) Sevicia.
- d) Condenas Criminales.

Es importante anotar que también el Código Napoleón restringió mucho las causales que contemplaba la Ley del 20 de septiembre de 1792, en efecto el Código Civil Francés, suprimió el divorcio por incompatibilidad de caracteres a petición de uno de los cónyuges; también obstaculizó el divorcio por mutuo consentimiento.

Retomando a la Ley del Divorcio Vincular de 1884 que reimplantó el divorcio en la Legislación Francesa el jurista Planiol nos comenta:

" El Legislador quiso remediar situaciones excepcionales con una Legislación - - excepcional. Ha creído que era razonable entreabrir la puerta de salida del matrimonio, persuadido que después de una liquidación del pasado, el divorcio sería de una práctica rara sin perjudicarse seriamente la dignidad del matrimonio." (7)

Carbonier por su parte, también analiza el divorcio y sus causales de procedencia y nos comenta:

" La declaración de divorcio se condiciona a la concurrencia de ciertos motivos, apellidados causa de divorcio que trataremos de precisar. Estas condiciones-positivas pueden quedar enervadas por obra de las excepciones que se opongan en la contra alegaciones y que vienen a constituir la antítesis de las causas de divorcio. El actor carga con la prueba de dichas causas, el demandado el de demostrar, eventualmente la existencia de las pertinentes excepciones."

Continúa exponiéndonos Carbonier, que hay dos actitudes del Legislador respecto del Divorcio. "La Primera consiste en atribuir al mismo la calidad de una sanción, por entender que todo divorcio comporta la existencia de una falta y, por ende, sólo hay lugar a la disolución vincular cuando existe un cónyuge inocente y uno culpable, víctima de la infracción imputable al segundo. La otra posibilidad reside en la concepción de divorcio a la manera de un remedio que trata de poner fin a una situación cuya continuación se hace imposible y que evidencia la quiebra de la unión matrimonial (imputable tanto a infracciones de los cónyuges -

como acaecimientos fortuitos)". (8)

No obstante que la Ley, que comentamos de 1884, aceptó el divorcio por causas determinadas, no reconoció el mutuo consentimiento, lo que originaba que los cónyuges que iban a divorciarse inventaban una causal, para así obtener la disolución del matrimonio, esto era conocido en Francia como fraude a la Ley.

Por tal motivo el Legislador reformó la Ley, y el 11 de julio de 1975 instauró el divorcio por mutuo consentimiento.

b) En la Legislación Italiana.

En el Estado Italiano, por ser uno de los Estados que tuvo mayor afluencia del Derecho Eclesiástico, se ha considerado al matrimonio con un carácter de permanente e indisoluble durante la vida de los cónyuges. A pesar de que en el Derecho Italiano no existe el Divorcio, existe sin embargo la separación legal corporal personal de los cónyuges. Esta separación es decretada por el juez que conoce de la causa mediante una sentencia, en la que se prevé la suerte de los hijos, declarando cuál de los cónyuges debe de tenerlos bajo su custodia, o sin ninguno de ellos los tendrá, en cuyo caso, el Tribunal ordenará la colocación de los hijos en un Instituto de Protección o en poder de una tercera persona.

En efecto en Italia no se reconocía el divorcio vincular y fue hasta 1970 cuando se introdujo al divorcio como disolución del matrimonio.

La ley que lo estableció originó muchas controversias dividiéndose los doctrinarios unos aceptándolo y otros repudiándolo.

Los que se oponían a su aplicación argumentaban que la Ley de 1970 que instituyó el divorcio, era Inconstitucional en virtud de que el Estado Italiano había suscrito un concordato a través del cual dejaba la competencia a la jurisdicción eclesiástica y de acuerdo al Derecho Canónico de anular los matrimonios cuando las autoridades eclesiásticas consideraran que los actos invocados por

8.- Carbonier Jean Prof.- Derecho Civil Tomo I, Vol. II, Casa Editorial Bosh, Barcelona 1961, Págs. 158 y 159.

cónyuges se adecuaban a la hipótesis en el Código Canónico.

Comentando estas controversias que se suscitaron al surgir la Ley de 1970 el jurista Eduardo Vaz Ferreiro no dice que:

" La ley Italiana de 1970, dió lugar a las más ardientes polémicas.

Fue impugnada de Inconstitucionalidad como contraria a los acuerdos de Letrán, ratificados por la Constitución Republicana. Desechado el Recurso por la Corte Constitucional, los antidivorcistas lograron someterla a Referéndum, quedando la Ley aprobada por 18,460,522 votos contra 12,818,141." (9)

No obstante lo controvertido que fue esta Ley su legalidad Constitucional fue pronunciada por la Corte Constitucional, marcando la independencia de la Ley del divorcio con reacción a la nulidad del matrimonio y diciendo que era competencia del Estado regular los efectos civiles del matrimonio, derecho que debe ejercer a través de sus propios tribunales civiles.

Ya derrotados los antidivorcistas en el aspecto legal, recurrieron a que se organizara un Referéndum, por el que los electores dieran a conocer si querían o no la abrogación de la Ley del Divorcio. El resultado de dicho Referéndum que se llevó a cabo el 12 de mayo de 1974, fue a favor de los partidarios del divorcio.

El jurista español Gabriel García Cantero, comentando las discusiones que provocó la implantación del Divorcio en Italia nos comenta que:

Realizado el Referéndum, con el resultado negativo para la derogación de la Ley del Divorcio. Pablo VI en la Homilía que pronunció el 8 de junio, en la clausura de la conferencia Episcopal Italiana dirigió "un llamamiento paternal a los eclesiásticos religiosos, a los hombres de cultura y acción y a tantos queridísimos fieles y laicos con educación católica, los cuales no han tenido --

en cuenta dicha ocasión (la del referéndum) la fidelidad debida a un explícito-mandamiento evangélico, a un claro principio de Derecho natural, a una respetuosa invitación de disciplina o comunión eclesial, tan sabiamente cursada por esta Conferencia Episcopal y revalidada por Nos mismo". (10)

En virtud de que los opositores del divorcio pedían la inconstitucionalidad de la Ley que lo reglamentó y que por el resultado del Referéndum podían abrogarse, las autoridades judiciales agilizaron los casos de divorcio que ya habían llegado a los Tribunales, a fin de que los que habían solicitado la disolución, obtuvieran la declaración judicial antes de que dicha Ley pudiera dejar de tener vigencia.

Las causales de divorcio que se contemplan en la controvertida Ley de 1970 la primera está prevista en el Artículo 3o. del citado ordenamiento, y es por la realización de un crimen por uno de los esposos. Otra causal que regula es la separación, que puede ser de dos tipos, judicial y de hecho, pero en ambos casos la Ley considera determinado transcurso del tiempo para que opere.

c) La Legislación Española.-

El divorcio en la Legislación Española se encuentra reglamentado desde las Siete Partidas en el Título Noveno, siendo los preceptos legales más importantes los siguientes:

A) La Ley Segunda.- Autorizaba el divorcio por causa de adulterio; y la acusación respectiva debía de hacerse ante el obispo o un oficial suyo ordenando al marido que acuse de inmediato a su mujer, y si no lo hace peca mortalmente.

B) La Ley Tercera.- Autorizaba la separación de los esposos cuando el matrimonio se celebraba, no obstante de existir un impedimento dirimente y también si los esposos eran cuñados, en este caso se trata de pedir más bien la anulación y no el divorcio, y la acción en este caso era pública o sea que la podía ejercitar cualquier personal.

c) La Ley Cuarta.- Prohibía que pidieran la acción mencionada las siguientes personas:

- 1.- El que supiese que estaba en pecado mortal o se le probase estarlo.
- 2.- También el que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna cosa - de aquéllos a quienes acusa.
- 3.- El que hubiere recibido dinero u otra cosa por esa razón, siempre que se pudiera probar.

En las Siete Partidas, trataron al Divorcio muy ampliamente, es decir, des de su definición hasta su procedimiento y justificación del vínculo matrimonial.

En la Partida Cuarta.- Las Leyes relativas son las del Título Décimo, que dicen:

DE LA SEPARACION DE LOS CASAMIENTOS.

Ley I.- Qué cosa es Divorcio y de dónde toma este nombre, DIVORTIUM, en latín y qué quiere decir DE-PARTIMIENTO, es cosa que departa la mujer del marido y del marido a la mujer por embargo que hay entre ellos cuando es probado en juicio derechamente. Tomó este nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron.

Ley II.- Por qué razones se puede hacer esta separación. Hay dos casos y mo dos; una por religión y otra por pecado de fornicación. Cuando es por religión -- cuando uno de los cónyuges después de haberse unido carnalmente, quisiese entrar en orden y se lo concediesen el otro prometiéndole guardar castidad, siempre que fuera tan viejo que no se pudiera sospechar que podía pecar carnalmente, en este otro caso, la mujer que cometiere adulterio, siendo acusada ante juez eclesiástico o si se volviera hereje a otra Ley y no quisiese enmendarse, en el otro modo -- en que ocurre propiamente el divorcio, la diferencia que hay entre separación que se hiciera por otros obstáculos y por el divorcio, es que no se pueden casar ninguno de ellos mientras vivieran y el que se hace por razón de adulterio se puede casar el que quedase.

Ley III.- Porque el que se hace cristiano o cristiana se puede separar de la mujer o marido con quien estaba casado antes, según su Ley. Porque hay moros y judíos casados, injuriesen a Dios y a nuestra Fe o los reconvinieran a dejar la nuestra y siguieran la suya, en estos casos se puede separar sin pedir licencia, pero antes deberá llamar ante hombres buenos y hacerles ver esto manera que lo oigan decir y estén ciertos para que los pueda probar.

Ley IV.- Qué diferencia hay entre los casamientos que hace los cristianos y los que hace los que son de otra Ley; por ha comienzo, la é afirmanza y é acaba miento, en las demás Leyes solo existe la Primera y la Tercera, mientras que en la cristiana existen las tres, es por eso que en otras se pueden volver a casar.

Ley V.- Cuando no se dicen que los casamientos se han comenzado, son firmes y acabados; se principian en las disposiciones de palabras futuras o presentes, el que se hace por palabras de presentes tienen tal fuerza que no se pueden separar después, a menos que antes de unirse carnalmente, entrase en regilión y después queda firme el casamiento aún cuando se tengan que separar por adulterio.

Ley VI.- De los maridos que cometen fornicación después de que han sido sen tenciados a separarse de sus mujeres por razón de adulterio; si se le probase a la mujer el adulterio y decidiéndose el divorcio y el marido después de esto tuviese acto carnal con otra mujer, puede la suya demandarle.

Ley VII.- Quienes pueden sentenciar en caso de separación del matrimonio y de que manera, los Arzobispos u Obispos de la jurisdicción de los esposos y siendo costumbre de 40 años que lo hicieran los arciprestes u otros prelados menores, bien pueden hacerlo si fuesen letrados o aquel a quien el Papa otorgue el privilegio para ello.

Ley VIII.- No pueden ser puestos en manos de árbitros de pleitos de separación de matrimonio; prohíbe esto la iglesia, aunque aquéllos sean clérigos u obispos, por dos razones, una porque puestas en manos de éstos no pueden cabarse sino por miedo de pena y esta no puede ponerse en los matrimonios y segunda razón, por que el matrimonio es espiritual.

Posteriormente el Divorcio en el Derecho Español, al surgir el Concilio de Trento la Institución del matrimonio fue elevada a sacramento, quedando sujeto - en cuanto a su regulación a las normas del Derecho Canónico; siendo una de sus - principales características la indisolubilidad, adoptada además por la Legisla- ción civil, por lo que todas las cuestiones que pudieran derivarse en relación - al matrimonio, estaban a la jurisdicción eclesiástica.

Comentando esa situación Calvo Sánchez nos dice: "Que por tener la facultad el Derecho Canónico de regular la Institución del matrimonio, la Ley Civil se expresaba en estos términos. El conocimiento de las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos... corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica ... y sus sentencias tendrán eficacia en el orden civil...(11)

En 1889 surge en España el Código Civil, en donde ya se contempló el Di-vorcio, sin embargo, no se reglamentó al divorcio como disolución del vínculo - matrimonial, sino solamente fue concebido como separación. Posteriormente en el Código Civil Español de 24 de abril de 1958, en donde se introdujeron varias reformas en materia de familia, sin embargo, conserva la esencia del Código de -- 1889 pues esencialmente no sufrió reformas importantes, al menos en esta mate-ria.

Así tenemos que en relación al divorcio, dice en su Artículo 67: "Los - - efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y so-bre divorcio. Sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios".

En el Artículo 104 se tiene, que la separación produce la suspensión de - la vida en común de los casados y de los demás efectos previstos en el Artículo 73 (conforme a la Ley de 24 de abril de 1958), en tanto que en la redacción originaria, o sea en el Código de 1889, decía: "El Divorcio sólo produce la suspen-sión de la vida en común de los casados", lo que nos lleva a concluir que aunque

11.- Calvo Sánchez Ma. del Carmen.- Revista de Derecho Procesal Iberoamericana Nos. 2-3, Madrid España 1983, Pág. 294.

en los dos Códigos citados se utilicen distintos conceptos, el contenido es el mismo que en España sólo existe la nulidad de matrimonio y la separación. Ya que al decir Divorcio en la Ley de 1889, tenía el mismo significado que separación.

Entre los efectos que produce la ejecución de separación según lo establece el artículo 73 del Código de 1958, que será al que nos referiramos, tenemos:

1°.- La separación de los cónyuges.

2°.- Quedar o ser puestos los hijos bajo la Potestad y Protección del cónyuge inocente. Si ambos fueran culpables, el juez, discrecionalmente, podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si al juzgar sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de siete años..... La privación de la Patria Potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto a los hijos.

3°.- La conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho de los alimentos.

En el artículo 106 se encuentra dispuesto que la separación sólo puede ser pedida por el cónyuge inocente.

En el artículo 68 se encuentran previstas las medidas que adopta el juez durante el proceso de nulidad o de separación de matrimonio, tales como:

1°.- Separar a los cónyuges.

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

3°.- Fijar discrecionalmente en poder de cual de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos, y quien de aquéllos ejercerá la Pa-

tría Potestad. En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a -- otra persona o institución adecuada, que asumirán las funciones tutelares correspondiendo las de protector y consejero de familia a la autoridad -- judicial. El juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge - apartado de los hijos podrá visitarlos y comunicarse con ellos.

Como se ha observado la Legislación Española solamente reconocía el divorcio separación, pero no el divorcio vincular, sin embargo esta concepción, se vió alte rada en la entrada en vigor de la Constitución del 27 de diciembre de 1978, que en su artículo 32 consagra lo siguiente... "La Ley regulará la forma del matrimonio, la edad, la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Con lo que permite a futuras Le-- yes establecer la libertad en cuanto a la forma civil o religiosa de la celebra-- ción del matrimonio y regular su disolución..." (12)

Al respecto Paloma Abarca dice: "... Es evidente que la aprobación de la -- Constitución Española de 1978, dió un nuevo giro a la concepción del orden público tal como hasta ahora venía entendiéndolo la doctrina y la jurisprudencia española, pero sobre todo, en lo que ahora nos interesa, ha dejado obsoleta la distinción en tre previo matrimonio civil o canónico a los efectos de una aplicación o no de la excepción de orden público, con el resultado de que dependiendo de la clase de matrimonio éste era o no indisoluble..." (13)

Otro gran paso dado por la Legislación Española fue el de rescatar la competencia en materia de cuestiones matrimoniales, con el decreto Ley de 29 de diciembre de 1979, mismo que establecía, que la competencia en cuestión de separación matrimonial era atribución de los jueces de primera instancia, cualquiera que fuera - la forma de celebración del matrimonio.

Los dos ordenamientos anteriores dieron las bases para que después de duros debates Parlamentarios en España se aprobara con la Ley 30, 1981 del 7 de julio, -

12.- Suárez Partiera Gustavo, Rev. de Derecho Privado, Madrid, España Nov. 1981 Pág. 1013.

13.- Abarca Paloma, Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXIV, Julio-Sept., Madrid, España, 1981.

la disolución del vínculo matrimonial. Por lo que desde esa fecha el divorcio ya es una realidad jurídica en ese país, a pesar de los intentos que hicieron la -- Iglesia y ciertos sectores para que no se aprobara; argumentando los catastrófi--cos efectos que acarrearía.

En relación a esa situación Gabriel García, dice ... "Resulta indudablemen--te de lo anteriormente expuesto que, partiendo de una posición de fidelidad a la doctrina católica, no es posible introducir el divorcio vincular en nuestra le--gislación ni, eventualmente dar el voto favorable a un Referéndum encaminado a - abolir la indisolubilidad ni propugnar la abstención o el voto negativo en aquel que se planteara la derogación de una Ley ordinaria sobre el divorcio y ello, -- tanto si se trata del matrimonio canónico o del matrimonio civil... (14)

En cuanto a las causales por las que se puede pedir el divorcio Calvo Sán--chez las clasifica en dos grupos de la manera siguiente:

1.- La basada en el cese efectivo de la convivencia conyugal, subdividién--dose a la vez en los siguientes apartados.

- a) Cese efectivo de la convivencia conyugal, durante un año, existiendo previa demanda de separación. Puede ser por mútuo consentimiento o - por causa legal.
- b) Cese efectivo de la convivencia conyugal, durante dos años, igualmen--te ininterrumpidos. Puede ser por mútuo acuerdo, sentencia firme o - la declaración de ausencia legal.
- c) Cese efectivo de la convivencia conyugal, durante cinco años. Se ba--sa en término de separación, porque se considera que el matrimonio - está roto y por eso no se pide ninguno de los requisitos anteriores, además el divorcio puede pedirlo cualquiera de los cónyuges.

2.- De existir una determinada conducta delictiva proveniente de uno de los

cónyuges y que consiste en la condena en sentencia firme por atentar --
contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

d) En la Legislación Alemana.-

La Ley que fundamentalmente regula el Derecho de familia en Alemania, se -
encuentra en el Código Civil Alemán, también llamado y también conocido como - -
B.G.B. que aunque ha sufrido diferentes modificaciones, es en esencia el que si-
gue vigente.

En el Derecho Alemán, "El matrimonio ha de disolverse por sentencia judi-
cial. En los procedimientos matrimoniales interviene el Ministerio Público, que-
representa a los intereses de la sociedad y por ende al Estado, que tiene inte-
rés en la subsistencia del matrimonio... El Ministerio Público está facultado a
intervenir en los juicios o procedimientos que afectan a las relaciones paterno-
filiales y de Derecho de familia, y a poner en ellos de manifiesto los hechos --
que justifiquen la subsistencia de la relación familiar". (15)

En el artículo 1564 del citado Código se dice que el matrimonio puede ser
disuelto por las causas señaladas en los párrafos 1565 a 1569. El divorcio se --
realiza mediante la sentencia, la disolución del matrimonio se produce al adqui-
rir firmeza dicha sentencia.

En el artículo 1635 se establece que si el matrimonio fue disuelto por una
de las causas señaladas en los parágrafos 1565 a 1568. (adulterio, bigamia, des-
honestidades contra natura, atentar contra su vida, abandono malicioso, lesión -
grave a las obligaciones del matrimonio o vejación grave) el cuidado de la perso-
na del hijo, en tanto los cónyuges divorciados vivan; si un cónyuge está declara-
do único culpable corresponde al otro cónyuge; si ambos cónyuges están declara-
dos culpables, el cuidado de un hijo menor de seis años o el cuidado de una hija
corresponda a la madre, el cuidado de un hijo mayor de seis años al padre. El --

15.- Lehman, Heinrich.- "Tratado de Derecho Civil", Vol. 1, Editorial Revista de
Derecho Privado, Madrid 1956, Trad. José Ma. Navas; Págs. 73-74.

Tribunal de tutelas puede establecer una ordenación que se separe de lo dicho, si tal es conveniente por especiales motivos en interés del hijo; puede también su- primir esa ordenación si ya no es necesaria.

El artículo 1578 dice que el marido declarado único culpable ha de prestar a la mujer divorciada los alimentos adecuados en la medida que ella no pueda su- fragarlos a costa de los productos de su patrimonio, y en tanto que según las re- laciones en que han vivido los cónyuges sea conveniente, y en cuanto a la mujer - tampoco puede sufragarlos a costa de los rendimientos de su trabajo.

La mujer declarada única culpable, ha de prestar ali- mentos adecuados al marido divorciado, en tanto que él no esté en condiciones de alimentarse así mismo.

Artículo 1580.- Los alimentos han de prestarse mediante satisfacción de -- una renta en dinero de conformidad con el párrafo 760... En lugar de la renta el titular de los alimentos puede exigir una compensación en capital si se dá un -- motivo importante.

En el parágrafo que alude el artículo citado se establece: "La renta vita- licia ha de satisfacerse por anticipado. Una renta en dinero ha de pagarse anti- cipadamente cada tres meses."

En relación a lo dispuesto en el artículo 1580, el B.G.B. habla en el ar- tículo 1175 de hipoteca solidaria, y en el 232, de las formas de prestar seguri- dad, o sea que se refiere a una serie de medidas que pueden exigirse a una perso- na con objeto de que garantice un comportamiento, o afianzar una conducta seña- lando tres formas de prestar seguridad:

1º.- Mediante pignoración de créditos que estén inscritos en el registro - de deudas del Reich o en el registro de deudas estatales de un Estado federado;- mediante pignoración de cosas muebles.

La obligación de alimentos se encuentra ubicada en el Título Tercero, ar- tículo 1601 al 1615 del Código Civil Alemán.

El deber de mantenimiento está ampliamente formulado en la emmienda del citado Código, por la Ley de 1957, en donde se dice: "El mantenimiento adecuado de la familia comprende todo lo que teniendo en cuenta las circunstancias de los cónyuges, es necesario para cubrir los gastos de la casa y satisfacer las necesidades personales de los cónyuges y las de sus hijos comunes que tienen derecho a ser mantenidos." (16)

"... en la más reciente de las reformas legislativas continentales, el 'GLEICHBERECHTIGUNGSGESTZ' de la Alemania Occidental, de 1957, que emienda el Código Civil de 1900, el deber de cuidar a los niños que formula como parte del nexo general de las relaciones entre padres e hijos..." (17)

En el artículo 1602 del B.G.B. se establece que el titular de alimentos es solamente quien no esté en condiciones de alimentarse así mismo.

En el artículo 1603, que no está obligado a prestar alimentos quien en consideración a sus otras obligaciones no esté en condiciones de prestar alimentos sin riesgo de su sustento adecuado.

Artículo 1610.- La cuantía de los alimentos a prestar se determina según la porción de vida del necesitado (sustento adecuado). Los alimentos comprenden todas las necesidades de la vida y tratándose de una persona necesitada de educación, también comprende los gastos de ésta y la preparación para una profesión.

En el artículo 1612, se estipula que si los padres han de prestar alimentos a un hijo soltero pueden ellos determinar en qué forma y por qué tiempo, por adelantado, deben ser prestados los alimentos. Por motivos especiales, el tribunal de tutelas a petición del hijo puede modificar la determinación de los padres.

16.- Friedmann W., "El Derecho en una Sociedad en Transformación", Fondo de Cultura Económica, México 1966. Trad. de Florentino M. Torner; Pág. 263.

17.- Idem; Pág. 262.

Artículo 1613.- Por el tiempo pasado el titular puede escoger el cumplimiento o la indemnización de daños a causa de no cumplimiento, desde el tiempo que el obligado ha caído en mora.....

Según se encuentra establecido en el artículo 1565, si el marido ha de prestar alimentos a un hijo común, la mujer está obligada a entregarle una suma adecuada para los gastos de los alimentos, a costa de los productos de su patrimonio y -- del rendimiento de su trabajo o de un negocio ejercido independientemente por ella, en la medida que estos gastos no sean cubiertos por los rendimientos del aprovechamiento que corresponde al marido sobre el patrimonio del hijo.

Por lo que respecta a los hijos ilegítimos, el padre está obligado a alimentarlos hasta la edad de 16 años, de acuerdo a la posición social de la madre, pero si el hijo por enfermedad mental o corporal no está en condiciones de sustentarse por sí mismo, el padre está obligado a proporcionarle alimentos aún cuando haya rebasado los 16 años.

Al igual que en otros países, la obligación alimentaria se puede cumplir en dinero o en especie, cuando medien razones especiales que lo justifiquen.

C A P I T U L O I I I

EL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION .

Antes de entrar al estudio del divorcio en nuestra Legislación vigente, analizaremos brevemente el Derecho aplicable en el México anterior a la conquista, -- durante la influencia española y en los primeros Códigos Cíviles de 1820 y 1884.

1.- Epoca Precortesiana.-

Entre los aztecas el vínculo matrimonial era susceptible de disolución -- ya que por tratarse de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a -- la voluntad del hombre, el divorcio requería para su validez, es decir, para que -- se produjera su rompimiento del vínculo, que una autoridad judicial lo autorizara.

Las causas para su procedencia eran variadas, y especiales para cada cónyuge, el hombre podía exigirlo.

a) En caso de que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada o perzosa.

b) Sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

La mujer podía invocar las siguientes causas:

a) Que el marido no pudiera mantener ni a ella y a los hijos.

b) Que la maltratara físicamente.

Realizada la separación los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre, el cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la patria potestad, de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevamente matrimonio, salvo entre ellos mismos.

2.- El Derecho Colonial.

En la época de la Colonia, las costumbres y Derechos de los habitantes, de estas tierras sufrieron un cambio brusco, puesto que por la fuerza les impusieron los conquistadores sus costumbres, su religión, su moral y su Derecho y como consecuencia de ello, los mismos preceptos legales que regían en España eran también -- vigentes en las tierras conquistadas y en el presente caso aplicables en México.

En efecto, en España regía el Derecho Canónico en lo referente al matrimonio y consideraba a esta Institución como indisoluble, y el único divorcio que reconocía éste ordenamiento legal, el divorcio separación que no otorgaba libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vivían los cónyuges.

Los ordenamientos legales españoles que tuvieron aplicación en la Colonia y que contemplaban el divorcio separación, se encuentran:

1.- Las siete Partidas, Leyes éstas que ya comentamos anteriormente.

2.- El fuero Juzgo.- Este ordenamiento legal en el Libro Tercero reglamentaba la separación en la siguiente forma:

- a) Se prohibía que uno de los cónyuges separado se casara con la mujer que dejó el marido, a no ser que supiese que fue dejada o por testigos.
- b) Si violaren la prohibición y las personas unidas en el segundo matrimonio fueran de calidad social, las citadas autoridades debían separarlas de inmediato y poner a la mujer a disposición del primer marido, tanto a la mujer como al que se casó con ella.
- c) Si el marido abandonaba a su mujer sin causa legal perdía éste la dote que había recibido y no tenía ningún derecho a los bienes de la -- mujer y la alguna, estaba obligado a devolver los.

3.- En la Epoca Independiente.-

Aún habiendo logrado México su independencia, se siguió aplicando los ordenamientos legales españoles y no fue sino hasta 1828, que surgió por primera vez un Código Civil en el México independizado, este Código surgió en el Estado de Oaxaca, y fue como lo dice el maestro Ortiz Urquidí, el primer Código de Iberoamérica.

Posteriormente surgieron otros ordenamientos tales, como el proyecto de Código Civil del Estado de Jalisco en 1833, el Código del Estado de Veracruz de 1868, el Código Civil del Estado de México de 1870, la Ley del matrimonio Civil de 1859, expedida por Don Benito Juárez.

En el Distrito Federal surgieron también dos Códigos, el primero de 1870 y el segundo de 1884.

Todos estos Códigos y Leyes citadas, tuvieron una característica similar, que era la reglamentación del divorcio, no como disolución del vínculo, sino como simple separación de cuerpos; al respecto es importante transcribir lo que nos dice la maestra Sara Montero Duhalt:

"Todas las Legislaciones o proyectos legislativos del siglo XIX, en materia de divorcio tienen como semejanza un solo tipo de Divorcio: el divorcio de separación, con ligeras variantes en cuanto a las causales, requisitos formales y consecuencias jurídicas, son fundamentalmente semejantes." (18)

LEY DE CARRANZA DE 1914.-

Este Ordenamiento Legal expedido por Venustiano Carranza, tuvo el mérito de introducir en la Legislación Mexicana el divorcio vincular contemplándolo en sus dos facetas es decir, por mútuo consentimiento y por causa de necesidad o necesario.

El contenido esencial de esta Ley es el siguiente:

Artículo 1º.- "Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de diciembre de 1873, en los términos siguientes:

Fracción IX.- El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mútuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima."

Artículo 2º.- "Entre tanto se establece el orden Constitucional en la - - República, los Gobernadores de los Estados quedan autorizados por hacer en los respectivos Códigos civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta - Ley pueda tener aplicación".

Transitorio.- Esta Ley será publicada por Bando y pregonada comenzará a surtir sus efectos desde esta fecha.

El maestro Rojina Villegas, interpretando su contenido establece que respecto a las primeras causas de esta Ley, esto es, aquéllas que hacen imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, se pueden comprender -- las siguientes:

- a) "Impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie.
- b) Enfermedades crónicas incurables que fuesen contagiosas o hereditarias.
- c) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya - no se podían cumplir los fines matrimoniales". (19)

Dentro del segundo grupo de causas del tal manera graves que hagan irreparable la desaveniencia conyugal, comprende las siguientes:

- A) "Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la -- desaveniencia conyugal, es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas que arrojaran una mancha irreparable.
- B) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos.
- C) El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos." (20)

La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.-

Esta Ley Sobre Relaciones Familiares expedida el 9 de abril de 1917, que recoge las disposiciones de la Ley Carranza de 1914, consolida la figura del divorcio vincular al establecer que el matrimonio es un vínculo disoluble, y por lo -- tanto susceptible de terminar, permitiendo a los divorciados contraer un nuevo -- matrimonio, tal como lo disponían los artículos 13 y 75 que señalaban.

Artículo 13.- "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y -- una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar una especie y -- ayudarse a llevar el peso de la vida."

Artículo 75.- "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cón -- yuges en aptitud de contraer otro".

Por lo que toca al divorcio necesario, las causas para demandarlo se encontraban contenidas en el artículo 76 de la Ley de referencia y enumerabba las siguientes:

Artículo 76.- " Son causas de divorcio:

- I.- El adulterio de uno lo de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente fuese declarado 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 cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;
- 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 las obligaciones inherentes al matrimonio;
- VII.- La sevicia, las amenazas e injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;
- VIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge para 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".

La Ley que comentamos, contiene un artículo de gran importancia para nuestro estudio, pues introdujo un requisito para la procedencia del divorcio, un convenio en el que deberían de determinar la situación de los hijos y la forma de liquidar sus relaciones patrimoniales, este precepto textualmente expresa:

Artículo 81.- "Los cónyuges que pidan de conformidad su divorcio, deberán -- de acompañar en todo caso a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la manera de liquidar sus relaciones en cuanto a sus bienes."

No obstante este artículo que obliga a los divorciantes a anexar un convenio a su escrito de demanda de divorcio, no se establece que dicho convenio sea aprobado por otro funcionario ajeno al juez de la causa, es decir el Ministerio Público como lo ordena el posterior Código civil de 1928, pero ya conforma un gran -- avance en la protección de los hijos y el cónyuge inocente, pues aunque se expresa textualmente la aprobación del convenio por el Ministerio Público, los artículos -- 83 y 104 de esta Ley le da plena y abierta intervención al Ministerio Público diciendo:

Este último artículo es fiel reproducción del artículo 255 del Código Civil de 1884.

Código Civil de 1928, éste Código Civil de 1928, que entró en vigor hasta -- 1932, y que es el que nos rige tuvo como antecedentes los Códigos de 1870 y 1884, -- así como las Leyes que nos hemos referido con antelación, es decir la Ley Carranza y la Ley Sobre Relaciones Familiares.

En general contempló los mismos principios de aquéllos ordenamientos perfeccionándolos y adecuándolos a las necesidades de la realidad de la época presente.

Nuestro Código Civil vigente no obstante, que tuvo poca o ninguna influencia del -- Derecho Canónico no solamente contempló el divorcio vincular que había sido introducido en nuestros ordenamientos jurídicos recientemente a su redacción, si no que también reglamentó el divorcio separación de cuerpos.

En efecto así como nos lo establece el artículo 277 del Código Civil que textualmente expresa: "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 la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, en conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio."

Del análisis de éste precepto legal deducimos que nuestro legislador contempló esta forma de divorcio separación de los casos en que alguno de los consortes padezca alguna enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, así como la impotencia incurable sobrevenida después del matrimonio, y por último, padecer enajenación mental incurable, supuestos a lo que aluden las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente, mismas que en su oportunidad estudiaremos al tratar las causas de divorcio necesario.

La doctrina ha considerado que la reglamentación de este tipo de divorcio separación que faculta a los cónyuges a vivir separados sin quebrantar el vínculo matrimonial, se originó por dos causas primordiales:

- A) Que la convivencia de los consortes en aquellos casos en que alguno padezca una enfermedad contagiosa, crónica o incurable, pueda constituir un riesgo peligroso para la familia.
- B) Que no se extingan las relaciones de índole moral entre los cónyuges ni ante los hijos.

A éste divorcio separación se refiere la maestra Sara Montero quien nos dice que:

" Consiste en el Derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persisten en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio tales como, la fidelidad, los alimentos, etc." (21)

Por otra parte De Pina también comenta este divorcio separación y manifiesta que:

"... no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten con exclusión de la relativa a la vida en común." (22)

Con los criterios anteriores, Planiol comentando también este divorcio separación expresa lo siguiente:

" La separación de Cuerpos es el estado de los esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir juntos. La separación de cuerpos difiere del divorcio en que no disuelve el matrimonio; solo afloja su vínculo. Ambos esposos permanecen casados; pero viven separadamente. Subsisten todas las obligaciones nacidas del matrimonio, excepto las que se refieren a la vida en común." (23)

Del comentario que nos hacen los autores aquí mencionados deducimos que el divorcio separación, es un estado de desunión conyugal decretado por resolución judicial, que extingue para los cónyuges el deber de vivir bajo el mismo techo, sin que se disuelva el vínculo matrimonial y subsistiendo para ambos las demás obligaciones que nacen del matrimonio.

Nuestro Código Civil vigente al reglamentar el divorcio vincular, reconoce dos formas de disolver el matrimonio y son:

- 1.- DIVORCIO NECESARIO.
- 2.- DIVORCIO VOLUNTARIO.

Analizaremos enseguida el primero de los tipos de divorcio:

22.- De Pina, Rafael. Ob. Cit. Pág. 338.

23.- Planiol, Marcel.- Citado por Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. Pág. 11

A) DIVORCIO NECESARIO. -

Iniciaremos este estudio con la definición que expone el maestro José Barroso Figueroa en sus cátedras de Derecho Civil. "Es aquél que disuelve el vínculo matrimonial, y que es decretado por autoridad competente a solicitud de uno solo de los cónyuges y con fundamento en algunas de las causales que limitativamente establece la Ley. " (24)

Por su parte la maestra Sara Montero Duhalt nos define el divorcio necesario o contencioso como "La disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge decretada por autoridad competente, y en base a causa expresamente señalada en la Ley." (25)

El maestro Flores Barroeta, la conceptúa diciendo que:

" Es aquél que se reclama por uno de los cónyuges en contra del otro, por existir e invocándose una de las causales establecidas por la Ley. (26)

De las definiciones expuestas por los autores citados, se deduce que el divorcio necesario es aquél que se disuelve el vínculo matrimonial a instancia de alguno de los cónyuges, que invoca alguna o algunas de las causas establecidas de modo restringido en la Ley.

Como se observa también de los conceptos vertidos las causas de divorcio - plasmadas por el legislador en el Código son limitativas.

Al respecto nos dice Pallares: "De acuerdo con este principio, únicamente -- son causas de divorcio necesario, las que limitativa y numéricamente enuncian los artículos 267 y 268 del Código Civil. Dada la gravedad de la disolución del vínculo conyugal, el legislador no ha querido que los tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas.(27)

24.- Barroso Figueroa, José.- Apuntes de clase, Derecho Civil IV, UNAM, Méx. 1981.

25.- Montero Duhalt, Sara. ob. cit. Pág. 221. "El Derecho de Familia" Porrúa, 1985.

26.- Flores Barroeta, Benjamín, Ob. Cit. Pág. 385.

27.- Pallares, Eduardo. Ob. cit. Pág. 60

Interpretando el comentario de Pallares concluimos, que los supuestos a que aluden los numerales 267 y 268 del ordenamiento civil, revisten un carácter limitativo y no ejemplificativo, es decir fuera de ellos no existen otras causas que permitan declarar el divorcio ni mucho menos fundarlo en hechos análogos.

En cuanto al carácter de las causas de divorcio que establecen los artículos anteriormente invocados De Pina nos dice que son: "... aquéllas circunstancias que permitan obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto." (28)

Algunos autores han dividido doctrinalmente este tipo de divorcio, y sostienen que se divide en divorcio necesidad y divorcio sanción, al respecto Jacobo -- Ramírez Sánchez no dice: " El primero llamado así porque la disolución del matrimonio, se impone como una necesidad, un ejemplo de este tipo de divorcio es el -- caso en que alguno de los cónyuges, padezca una enfermedad de carácter contagioso y hereditario. El Segundo es el que impone como castigo para el cónyuge que ha cometido actos que ameritan la aplicación de esas sanciones." (29)

La doctrina con el fin de comprender y analizar el divorcio con mayor amplitud de criterio jurídico ha contemplado a esta Institución desde muy diversas facetas y hay hasta autores que lo han apellidado como un "mal necesario".

Esta variedad de conceptos que sobre el divorcio han vertido los autores -- no influyen en nada en su reglamentación, es decir, el divorcio necesidad, sanción, o como un mal necesario, solamente disuelve el vínculo matrimonial, cuando se han dado en las relaciones matrimoniales alguna de las causales, a que aluden las dieciocho fracciones del artículo 267 del Código Civil, precepto legal éste -- que estudiaremos enseguida.

Por considerarle de trascendental importancia transcribiremos el artículo --
267 del Código Civil:

28.- De Pina, Rafael, Ob. Cit. Pág. 340.

29.- Ramírez Sánchez, Jacobo.- "Introducción al Estudio del Derecho Civil" UNAM 1976, Pág. 231.

Artículo 267.- " Son causas de divorcio:

- I.- El adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando el 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;
- IV.- La incitación o a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- 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;
- VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;
- XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- XII.- 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;
- XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o -- constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto -- tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII.- El mutuo consentimiento;
- XVIII.- 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."

Para que proceda el divorcio necesario debe seguirse una serie de procedimientos que se inician con la presentación de la demanda, ofrecimiento y desahogo de pruebas, y concluye con la sentencia, en que la autoridad judicial determinará si la hipótesis contenida en la causal invocada se adecúa a la conducta del cónyuge demandado, y en este caso, condenará al cónyuge culpable a las consecuencias -- que origina la disolución del vínculo de acuerdo a lo establecido por los artículos 283, 286, 288, 289 párrafo segundo.

Las sanciones a que se refieren los artículos antes mencionados dos son -- principalmente importantes; la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, la obligación de proporcionar alimentos a la mujer, mientras no contraiga nuevas -- nupcias y viva honestamente, además de la participación de los bienes comunes si existen éstos y no hubieren hecho aún la división.

La autoridad judicial para conocer del divorcio necesario es el juez de lo familiar del domicilio conyugal, o en el caso de abandono de hogar el domicilio--

del cónyuge abandonado.

Del análisis de las dieciocho fracciones del artículo 267 anteriormente -- transcrita, deducimos que el divorcio necesario solo debe ser demandado por el -- cónyuge inocente, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tuvo conoci- miento de los hechos que funden la demanda, de acuerdo al artículo 278 del Código Civil vigente; sin embargo para que esta acción pueda ser intentada se requiere -- que no haya mediado perdón expreso o tácito, por parte del cónyuge que no haya -- dado motivo para originarse e invocar la causal a que hace referencia a su deman- da, atento a lo preceptuado por el artículo 279 del Código Civil.

Es importante patentizar, que en este tipo de divorcio necesario, el legis- lador no le dá ninguna intervención al Ministerio Público, a efecto de salvaguar- dar los intereses de los menores y principalmente de los alimentos, es más, ni al juez le otorga facultades para salvaguardar tales intereses, y solamente en el -- artículo 288 del Código Civil faculta al juez para intervenir en el aseguramiento de una pensión a favor de la cónyuge inocente, en efecto dicho artículo dice:

Artículo 288.- "En los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en -- cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de -- los cónyuges, y su situación económica, sentenciara al culpable al pago de alimen- tos en favor del inocente.

En el caso de divorcio por mútuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a- recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que dis- frutará si no tiene ingresos suficientes y mientras 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, mien- tras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del -

cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito."

Asimismo, en la fracción III del artículo 282, también se faculta al juez - para asegurar intereses del cónyuge y menores, pero solamente durante el juicio, - más no después de concluido. Artículo 282: "Al admitirse la demanda de divorcio - o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

- I.- Se deroga.
- II.- Procede la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de - Procedimientos Civiles;
- III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;
- IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes, ni en los de la sociedad conyugal, en su caso;
- V.- Dictar en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece, res-- pecto a la mujer que quede encinta;
- VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubiere designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En efecto de este - acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona cuyo - poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo procedi miento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

No obstante el contenido de este artículo, si se invoca para la procedencia del divorcio la fracción XVIII del artículo 267, fracción ésta que no contempla circunstancias de cónyuge culpable y de cónyuge inocente, el juez en esta hipóte- sis, no tendrá facultad alguna para intervenir salvaguardando intereses de ningún cónyuge y en especial del sexo "débil".

Otra causal de divorcio que contempla nuestro Código Civil, y reglamenta es la contenida en el Artículo 268, que dice... Artículo 268.- "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 notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Como se observa el análisis de este artículo, el legislador previó que notwithstanding el cónyuge demandado haya resultado inocente, quedan maltruchas las relaciones conyugales y el Código dándole una singular característica a este hecho lo configura como una causal de divorcio; al respecto el maestro Pallares nos dice: "Esta causa tiene fisonomía especial, porque no concierne al incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, sino algo muy diferente, como es el no haber tenido éxito en el juicio promovido por alguno de los cónyuges en contra del otro. Los que conocemos todos los factores que entran en juego para obtener una sentencia favorable en los tribunales mexicanos, no podemos menos que dudar de la justicia intrínseca de la norma que se analiza, porque no es insólito perder un juicio, aunque asista toda la razón al actor." (30)

Medidas Provisionales en el Juicio de Divorcio Necesario.-

Solo mientras dure el juicio son:

- A) Separar a los cónyuges.
- B) Señalar y asegurar los alimentos que se deban tanto a un cónyuge como a los hijos,
- C) Los que el juez estime convenientes para evitar que los cónyuges se causen perjuicios en sus bienes.
- D) Los precautorios en caso de que la mujer esté encinta.

E) Decidir sobre el cuidado de los hijos (Art. 282 C.C.)

El cuidado de los hijos estará a cargo de la persona que de común acuerdo - hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos, en defecto de ese - acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente, salvo peligro grave para el desarrollo normal de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre (Art. 202 Fracc. VI C.C.)

Si bien es cierto que la madre es la persona idónea para el cuidado de los - infantes y pese a la enorme tarea y responsabilidad que ello les exige, siempre - reclaman la custodia de los hijos, y no es menos cierto que también que, en los - casos de divorcio la mujer tendrá una doble tarea, el cuidado de los hijos y el - trabajo remunerado que debe tener para proveer a ella y a sus hijos, de los alimentos necesarios, para ello, éste deber se le impone a la madre al decir "

... Los hijos menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre" (Art. 282 Frac. VI C.C.), debiera acompañarse el deber correlativo al padre de otorgar la pensión alimenticia completa a los hijos, y en su caso, parte de los alimentos a la madre.

Con la redacción actual del citado artículo se le impone a la madre una doble carga y se desobliga al padre de una tarea que debe ser compartida por ambos progenitores la atención y cuidado de sus hijos, y debería decir la fracción VI de - Artículo 282, en su parte final: ... "Salvo peligro grave para el desarrollo normal de los hijos, la madre tendrá el derecho de quedarse con la custodia de - los hijos menores de siete años, en este caso, el padre solventará todas las necesidades pecuniarias de sus hijos."

Consecuencias Jurídicas del Divorcio Necesario.-

En cuanto a los Hijos.- Antes de las últimas reformas del Código Civil - - (D.O. 27/XII/83). La ley imponía como sanción al cónyuge culpable la pérdida de-

la Patria Potestad sobre sus hijos o la suspensión de la misma mientras viviera - el cónyuge inocente en forma enumerativa indicaba el artículo 283 en los casos -- por los cuales se perdía o se suspendía la patria potestad.

La redacción actual del artículo 283 es la siguiente:

Artículo 283.- "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, - para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver 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 al cuidado de los hijos, debiendo obtener 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 un tutor."

La derogación del artículo que señalaba la pérdida o suspensión de la patria potestad derivada de las causas de divorcio es totalmente aceptada, pues los efectos del divorcio o no deben de recaer en las relaciones de padres e hijos, los -- que se divorcian son los cónyuges, no los padres de sus hijos. Un individuo (a) - puede ser mal cónyuge, adúltero, pero puede ser al mismo tiempo un progenitor (a) responsable amorosa (o), al que no debe privársele de la patria potestad, que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación contacto con el hijo.

Por otro lado no es conveniente que se le dé al juez las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, cuando existe todo un capítulo en el Código relativo a estas cuestiones.

El legislador debió de limitar, pensamos, las más amplísimas del juzgador - en razón de las disposiciones del propio Código en materia (Art. 443 y 447 C.C.) no dudamos que existen jueces de lo familiar que al mismo tiempo que sabios 6 pe ritos en materia familiar, sean de gran calidad humana, honestos, buenos psicólogos, pero lamentablemente, esta conjunción de virtudes no es la regla general en

los seres humanos, así sean jueces de lo familiar. Estos funcionarios deben tener indudablemente, un margen de arbitrio discrecional al tener sus decisiones, pero hay norma establecida en la materia, a tenerse al principio de ella.

Por otro lado el artículo 283, si milita al juez a seguir el orden establecido por la Ley, en la designación de la Patria Potestad y paradójicamente la norma a la que remite el artículo 414, es la que señala una discriminación a los abuelos maternos al ponerlos en segundo lugar respecto a los paternos, en el ejercicio de la patria potestad ¿por qué han de ser unos abuelos forzosamente antes -- que otros?, en esta materia sí se debió señalar la discrecionalidad del juez, para decidir cual de los abuelos o de la pareja de los mismos es la más conveniente para el ejercicio de la patria potestad.

El padre o la madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con los hijos, están obligados en proporción a sus bienes e ingresos a contribuir a la subsistencia y la educación de éstos -- hasta que lleguen a la mayoría de edad, artículo 287.

Esta limitación de los alimentos que deben los padres a los hijos en razón de la mayoría de edad parece que consigna una injusticia para los hijos de los divorciados, que ya han sufrido la desintegración de su hogar y que son los que más necesitan del apoyo de sus padres aunque vivan separados de ellos.

El párrafo final del artículo 287, debería de ser derogada, pues va contra el principio general de que los alimentos surgen en razón de la necesidad de -- quien los recibe y de la capacidad del que los debe, y de que los primeros obligados en proporcionarlos son los padres a sus hijos o viceversa. El tribunal máximo así lo interpreta y aplica el principio mencionado con respecto a los hijos de los divorciados, pese a lo expresado en la parte final del artículo 287, que, insistimos debe desaparecer, pues el derecho sustantivo no debe de discriminar -- con consignaciones injustas. Con respecto a la limitación de proporcionar los -- alimentos en razón de edad, el Código tiene norma expresa; el artículo 306 señala el límite de la mayoría de edad en la obligación que tienen los colaterales --

solamente (hermanos, tíos, sobrinos, primos), de alimentar a sus parientes. Y en cuanto a la obligación de ambos progenitores de contribuir a la subsistencia y educación de los hijos, creemos que el cónyuge que tiene la custodia de los menores está cumpliendo en buena parte su carga económica con el tiempo y el esfuerzo que significa la atención y el cuidado de los hijos; de esta manera el progenitor que no tiene otra tarea permanente a su cargo, debería de contribuir con una mayor parte o asignación económica en dinero o su equivalente.

Norma especial debiera consignarse en el Código con respecto a esta manera de distribuirse la carga económica ambos progenitores.

El Divorcio Voluntario.- Esta clase de divorcio también es conocido como divorcio por mutuo consentimiento y se ha definido como:

La disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo por parte de los cónyuges.

El Código regula dos clases o formas de este divorcio, dependiendo ante la autoridad que lo tramite. El divorcio Administrativo que se solicita ante un juez del registro civil; y el Divorcio Judicial, interpuesto ante un juez de lo familiar.

DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.-

Es el solicitado por mutuo acuerdo de los cónyuges ante el juez del Registro Civil del domicilio conyugal (autoridad administrativa).

El artículo 272 señala los requisitos y características de este divorcio, que son:

- A) Que los consortes convengan en divorciarse.
- B) Que ambos sean mayores de edad.
- C) Que no tengan hijos.
- D) Que hayan liquidado la sociedad conyugal.
- E) Que tengan más de un año de casados (art. 274)

Sin cumplen estos requisitos pueden recurrir al juez del registro civil de su domicilio, personalmente y con las copias de las actas certificadas respectivas en que conste que con casados y mayores de edad.

El juez previa identificación de los consortes, levantará el acta en que constará la solicitud del divorcio y citará a los cónyuges dentro de los quince días siguientes para que se presenten a ratificarla, si se presentan a ratificarla el juez los declarará divorciados y hará las anotaciones en la acta de matrimonio anterior.

Si los consortes no llenaren los requisitos anteriormente señalados el divorcio no producirá efectos. Pero el Código establece que sufrirán las penas que establece el Código de la materia, o sea el Código Penal, y el delito equiparable al respecto sería el de falsedad de declaración ante autoridad pública.

DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento tengan hijos, y sean menores de edad, tienen que recurrir ante el juez de lo familiar de su domicilio para solicitar el divorcio.

Con la solicitud del divorcio debe de adjuntarse un convenio en que se fijan los siguientes cinco puntos:

- A) La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como, después de ejecutado el divorcio.
- B) El modo de cubrir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento, como, después de ejecutado el divorcio.
- C) El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- D) Los alimentos que un cónyuge dará al otro, en los términos del artículo 288 del Código Civil, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.

E) La forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y de liquidarla al ejecutarse el divorcio.

Deben comprobar además, que llevan un año o más de casados, pues antes de este término no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento.

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Su regulación está contenida en el Título Décimo Cuarto, artículos 674 a 682 del Código de Procedimientos Civiles en el Distrito Federal.

Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deberán de recurrir al juez de lo familiar de su domicilio, presentando el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil del que se habló anteriormente, deben de adjuntar una copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de sus hijos menores. Recibida la solicitud, el tribunal citará a los cónyuges y al Ministerio Público para una junta de avenencia, después de los ocho días y antes de quince de admitida la solicitud, el juez debe de intentar de conciliar a los cónyuges si no lo logra, aprobará provisionalmente el convenio oyendo primeramente el parecer del Ministerio público.

Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el juez a una segunda junta de avenencia que se efectuará después de los ocho días y antes de los quince días de solicitada, en la misma el juez volverá a exhortar a la conciliación de los cónyuges si esta no se logra, y en el divorcio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores e incapacitados, el juez oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia de divorcio y decidirá sobre el convenio presentado.

Los cónyuges pueden hacerse representar por Procurador, excepto en las juntas de avenencia en las que se requiere su presencia personal.

El cónyuge menor de edad, igual que en el divorcio necesario, necesita de -

tutor especial durante todo el trámite de divorcio voluntario.

En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar de tres meses sin continuar el procedimiento, el juez declara sin efectos la solicitud y mandará archivar el expediente.

De la misma manera la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre si aún no hubiere sentencia ejecutoriada.

En este caso no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sin que haya pasado un año de su reconciliación (art. 276 C.C.)

La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio tanto al solicitado por mutuo consentimiento, como el pedido por uno solo de los cónyuges.

SINTENTISAREMOS EL PROCEDIMIENTO DE LOS TIPOS DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

VIA ADMINISTRATIVA	REQUISITOS	Mayores de edad Sin hijos Liquidación de la sociedad conyugal Un año mínimo de matrimonio
	FORMA	Ante el juez del registro civil Comparecencia personal Constancia de los requisitos ratificada a los quince días Dos testigos de identidad
	CONSECUENCIAS	Libertad para contraer matrimonio después de un año, contado a partir del levantamiento del acta, sin efectos si no se llenan los requisitos.
VIA JUDICIAL	REQUISITOS	Haber transcurrido un año de casados - al menos. Presentar convenio sobre: Custodia de los hijos Habitación de cada cónyuge durante el proceso. Administración y liquidación de la sociedad conyugal.
	PROCEDIMIENTO	Ante el juez de lo familiar Comparecencia personal Dos juntas de avenencia Convenio aceptado por el Juez y por el Ministerio Público, al cónyuge menor - se le nombra tutor dativo.
	CONSECUENCIAS	Libertad para contraer nuevo matrimonio pasado un año del día en que la - sentencia cause ejecutoria. Alimentos al cónyuge que los necesite por un tiempo igual al de la duración del matrimonio.

C A P I T U L O I V .

NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO.

Como se puede observar del análisis que se haga a todos y cada uno de los diversos preceptos legales contenidos, tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles, el Legislador no faculta ni exige la intervención del Ministerio Público en la tramitación y resolución de los juicios de divorcio necesario o contencioso, ni en los de común acuerdo llevados a cabo ante los jueces del Registro Civil.

En los juicios de divorcio voluntario realizados ante el juez de lo familiar, si es claro y tajante al requerir la intervención del Ministerio Público y no como simple sujeto pasivo, sino que lo faculta para intervenir en forma más activa, -- que si no aprueba de absoluta conformidad el convenio que deben presentar los divorciantes, en cumplimiento a lo establecido al artículo 273 del Código Civil el juez en consideración a ello, interrumpe la secuela del proceso hasta en tanto se dé cumplimiento a las objeciones que ponga el Ministerio Público.

Esto lo considero muy atinado y razonable y no significa que la aprobación del convenio de referencia pase a tomar el primer lugar en las cuestiones que se ventan en el juicio, rebasando la voluntad de los divorciantes, sino que debido a la gran trascendencia de las cuestiones de que versa el aludido convenio se esta tratando en él, no solamente relaciones entre los cónyuges futuros divorciados, sino algo en mi concepto, de mayor importancia, que es el aseguramiento de los hijos, tanto en su persona, guarda y custodia, como en sus alimentos y manera de proporcionar estos por las personas obligadas a darlos.

En esta virtud el Legislador debe facultar expresamente al agente del Ministerio Público, para su intervención en todos los juicios de divorcio y no solamente en los realizados de común acuerdo, sino que también en los de naturaleza contenciosa necesarios, y aún en los de orden administrativo, la importancia de esta intervención la analizaremos enseguida.

A) A FIN DE VELAR POR LOS INTERESES DE LOS MENORES.-

El interés particular que tiene el Estado por los asuntos de la familia lo --
vierte en el texto del artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles, al esta-
blecer: "Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran
de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad"

En efecto del contenido del anterior artículo transcrito, deducimos que en --
realidad las relaciones que surgen entre marido y mujer no son cosa que les afec-
te exclusivamente a ellos, sino que afectan profundamente a los hijos. Por esta --
razón el juzgador debe tener en cuenta para negar u otorgar el divorcio, el inte-
rés de los hijos, y por supuesto de los menores; por tanto, considero que antes --
de decretar un divorcio, el juez ha de asegurar ante todo y mediante los medios --
que tenga a su disposición la protección absoluta de los hijos, esta circunstan-
cia el juzgador la cumple fielmente en los casos de divorcio voluntario, pero nun-
ca en los divorcios necesarios.

El divorcio necesario es un juicio mediante el cual se ejercita la acción del
estado civil, y no obstante la trascendencia social de este juicio, la Ley no es-
tablece en mí concepto, reglas especiales y adecuadas para la realización de este
juicio a efecto de proteger debidamente a la familia, al no otorgarle al Ministe-
rio Público una ingerencia decisiva en el procedimiento, pues esta representación
social interviene únicamente cuando hay un delito que perseguir.

Efectivamente el Código Civil no toma en consideración esta circunstancia, --
no obstante que por la calidad del juicio, que es declarativo y condenatorio, po-
dría el juez proceder legalmente en contra del cónyuge culpable, y exigirle me-
diante la intervención del Ministerio Público el pago de una pensión alimenticia,
y con la potestad de que está investido, dictar las medidas necesarias y pertinen-
tes para asegurar con eficacia y dentro del margen legal el cumplimiento de dicha
pensión.

El Legislador con base en nuestra legislación vigente, no pueda evitar elegir

entre las alternativas de juzgar la disolución del matrimonio por los principios de culpa, como si se tratara de un juicio bilateral entre marido y mujer, sin -- considerar en todo caso, los intereses de los hijos como subsidiarios, cuando en realidad, en un juicio de divorcio, en mi opinión, los hijos son el tercero inte-- resado, que no tiene de hecho ni de derecho ni voz ni voto en el mismo, ya que -- por su falta de capacidad legal y su estado de indefensión, no puede intervenir -- en un juicio donde se está resolviendo su presente y su futuro desde todos los -- puntos de vista: su estabilidad emocional, su salud física y mental, su economía -- o la oposición de intereses que se ventilan en el divorcio necesario, no se da -- solamente entre el hombre y la mujer que forman un matrimonio y que entablan un -- juicio de divorcio, sino que en muchas ocasiones existen uno o varios terceros -- que tienen un interés definitivo en el devenir de dicho juicio y su resolución -- definitiva; estos terceros interesados a los que aludimos, son los hijos del ma-- trimonio sujetos a la Patria Potestad de los padres. Y digo que son terceros in-- teresados porque a los hijos va a afectar en gran medida lo que se resuelva en -- el juicio de divorcio entablado entre los dos cónyuges, y éstos, influidos por -- los conflictos, las pasiones y sentimientos que los llevaron a resolver sus con-- troversias mediante un juicio de divorcio necesario, en muchas ocasiones no to-- man en cuenta las necesidades de los hijos, y pasan por alto tomar medidas para -- la seguridad presente y futura de sus hijos.

Podemos poner como ejemplo de lo expuesto, a una pareja de cónyuges que ha -- llegado a tal grado de desavenencia, ya sea por causas imputables a uno de los -- cónyuges o a ambos, que, con tal de terminar con la situación angustiosa o de -- repudio de uno hacia el otro, entablan una demanda de divorcio sin tomar en cues-- ta para nada si los hijos tendrán seguridad económica, si quedarán bajo la custo-- dia de la persona que sea más adecuada para su bienestar económico, social, moral -- educativo, etc. Yo considero, que si en el juicio de divorcio necesario se está -- resolviendo el presente y futuro de los hijos del matrimonio, a éstos debe pro-- veérseles de un representante legal ajeno a las partes del litigio, y este re-- presentante que ha de velar por los intereses de los menores debe ser el Ministe-- rio Público, quien actúa como representante de la sociedad, y quien tiene esa --

función en otros aspectos del derecho familiar, según está previsto en numerosos artículos del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles; como ejemplo citare algunos casos: En el artículo 315 del Código Civil se dice que tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos, entre otros el Ministerio Público; tiene ingerencia asimismo, en los casos de reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio, en los artículos 380 y 381; en el capítulo de adopción, artículos 397, 398, 405 del Código Civil y 925 del Código de Procedimientos Civiles; - en el de patria potestad, artículo 422; en el de tutela, artículos 497, 500, 507 533, etc.

Por otra parte encontramos también el artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles que forma parte del capítulo que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, le da ingerencia al Ministerio público en las juntas de avenencia de los cónyuges y el juez lo oírá en los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, en lo relativo a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar a otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento.

En el artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles se establece que - si los cónyuges no lograren reconciliarse, y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal oyendo - el parecer del Representante del Ministerio Público en este sentido, dictará -- sentencia disolviendo el matrimonio.

De lo estipulado en el artículo 680 del mismo Código se concluye que, si el Ministerio Público no aprobare el convenio, no podrá decretarse la disolución - del matrimonio; aunque este párrafo encierra a mi parecer una contradicción con el párrafo anterior que dice que si las partes no aceptan las modificaciones -- propuestas al convenio por el Ministerio Público, "el tribunal resolverá en la - sentencia lo que proceda con arreglo a la Ley cuidando que en todo caso queden - debidamente garantizados los derechos de los hijos", o sea, que el tribunal pue - de dictar sentencia disolviendo el matrimonio aunque los cónyuges no acepten --

hacer las modificaciones para el aseguramiento de los derechos de los hijos y - que el juzgador dictará sentencia si a su parecer quedan debidamente garantizados los derechos de los hijos aún cuando el Ministerio Público no quede satisfecho".

Analizando ahora el divorcio necesario tenemos que en este tipo de divorcio contencioso, el legislador tutela principalmente los derechos personales de los cónyuges, olvidándose casi por completo de los derechos de los hijos; pues como ya quedó apuntado anteriormente, el cónyuge que demanda casi nunca solicita la pensión alimenticia a que los hijos tienen derecho, y los dos ponen la resolución a sus problemas por encima de los intereses de los menores. Por otra parte está el hecho de que en esta clase de divorcio no está establecida la intervención del Ministerio Público, avocado a velar por la seguridad de los menores según se desprende de lo establecido en el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles que establece: "Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad." De la interpretación de este precepto legal antes transcrito se desprende que el Ministerio Público es la Institución adecuada para defender los derechos de los hijos, ya que su tutela debe considerarse de orden público.

No obstante las circunstancias negativas para los hijos que se dan en el juicio de divorcio necesario, los legisladores han tratado de subsanar esta falla estableciendo mediante la jurisprudencia, que en la sentencia de divorcio necesario, debe decretarse aunque no se haya pedido en la demanda, la condena de alimentos al cónyuge culpable varón. "Divorcio condena de alimentos.- Aunque no se pidieron en la demanda debe decretarse en la sentencia.- El artículo 288 del Código Civil, establece como sanción el hecho de ser culpable el cónyuge varón, la obligación de ministrarle alimentos como una consecuencia legal de la ruptura del vínculo y de la declaración de culpabilidad del mencionado cónyuge independientemente de que la prestación sí está comprendida en la demanda. Aún cuando no lo hubiere sido, el juez obró legalmente, en virtud de que está obli-

gado a establecer en la sentencia, todas las circunstancias legales del divorcio". (31)

Otra tesis jurisprudencial que considera a las cuestiones de familia y los alimentos como materia de orden público es la que dice: "Alimentos, invocación de la Ley, de oficio. Tratándose de cuestiones relativas a la familia y a los alimentos, el juzgador puede invocar de oficio algunos principios, sin cambiar los hechos, acciones, excepciones o defensas, aunque no hayan sido invocados por las partes, pues se trata de una materia de orden público." (32)

B) CUIDAR LOS INTERESES DEL CONYUGE ENFERMO.-

Se ha considerado tanto por la doctrina como por el derecho positivo de casi todos los países, el matrimonio como una de las principales fuentes de la obligación alimentaria, obligación ésta, que en su amplio concepto contiene una gama de satisfactores de que se provee al acreedor alimentista, es decir al necesitado de ellos.

En los capítulos anteriores hemos analizado ampliamente la protección, que se les debe proporcionar a los menores y principalmente en caso de divorcio en donde los divorciantes generalmente solo piensan y proyectan su futuro mirando exclusivamente hacia ellos, y se olvidan de que los hijos que gestaron van a ser los más afectados con la separación de sus padres por lo que propongo que el legislador le dé una mayor intervención al Ministerio Público en los juicios que se ventilen en donde los divorciantes no soliciten una protección jurídica de bienestar presente y futuro para sus menores hijos, y no obstante que el artículo 283 del Código Civil vigente le otorga amplias facultades al juez para resolver en la sentencia todo lo relativo a los derechos, a la custodia y cuidado de los hijos, esa facultad esta limitada por las partes contendientes en atención que primeramente en un divorcio contencioso, las cuestiones litigiosas son-

31.- Anales de Jurisprudencia.- Apéndice al Índice general 1959-1960; Pág. 99

32.- Sexta Epoca, cuarta parte: Vol. XV Pág. 37, 2845/57.-Raymundo Caballos.-
5 Votos.

conductas inherentes a los cónyuges como tales y nunca se vierten hechos entre los divorciantes y los hijos; en segundo término es común que los cónyuges que pretenden su divorcio solamente invoquen como causal de su pretensión hechos propios que, los ligan únicamente a ellos y lo que desean es ya no volverse a ver sin importarle las consecuencias que ello pueda derivar para los hijos.

En esta virtud del juzgador se ve limitado para conocer la situación real que guardan y tendrán los hijos de los divorciantes pues al juez solamente le muestran ciertas conductas. Es por esta razón por la que propongo que sea el Ministerio Público el que tenga una intervención más amplia en los juicios de divorcio.

Tomando en cuenta lo establecido en el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles, en el sentido de que: "Todos los problemas inherentes a la familia se considerarán de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad." Y considerándose que la Institución del Ministerio Público fue creada con el objeto de tutelar los intereses y los derechos de dicha sociedad que se encuentra representada por el Estado, y que por tanto, es interés público la conservación de la familia, por tanto estimo que es de primordial importancia que se amplíe la intervención del Ministerio Público, para velar por sus intereses, por su seguridad, sobre todo de la parte más indefensa de la familia, que son los hijos menores; pues siendo hasta la fecha los padres los únicos que pueden exigir que se otorgue y se asegure la pensión alimenticia para los menores cuando entablan la demanda de divorcio necesario, puede darse el caso que, viéndose impedidos por sus propios conflictos a exigir el cumplimiento de este derecho, pues en muchas ocasiones lo más importante para uno o ambos cónyuges es terminar con un matrimonio molesto e intolerable, que la necesidad de asegurarle a sus hijos su bienestar pasa a segunda parte. Por estos motivos, sería a mi juicio el Ministerio Público el más capacitado para proteger a los hijos menores de los divorciantes, por no estar involucrado en ese conflicto por su desinterés en obtener ningún provecho personal y por los grandes medios que tiene a su alcance.

Otro aspecto importantísimo que se ha olvidado el legislador es el referente a la protección del cónyuge enfermo.

En efecto el legislador solamente se ha ocupado de otorgarle la más amplia protección al cónyuge sano e inocente pero ha descuidado totalmente al cónyuge enfermo, que con su involuntaria enfermedad originó una causal de divorcio, esta circunstancia se deduce de la simple lectura de las fracciones VI y VII del artículo 267 que establecen: Artículo 267.- "Fracc. VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente."

En cuanto a la protección del cónyuge inocente se desprende de la interpretación que se haga a contrario sensu del artículo 288 del Código Civil que expresa: Art. 288.- "En los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

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, así no tiene ingresos suficientes, y mientras 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.

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."

Así como la interpretación del artículo 286 del mismo ordenamiento que a la letra dice: Art. 286.- "El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pagado en su provecho."

Como se observa claramente de la lectura de los preceptos legales transcritos con antelación la culpabilidad de uno de los cónyuges divorciantes, lo toma en cuenta el juzgador en la sentencia para sancionarlo no solamente con la disolución del vínculo matrimonial, sino condenándolo a una posible pérdida de la patria potestad y a un pago de pensión alimenticia a favor del inocente.

Sin embargo el Legislador no ha tomado en cuenta que las causales de divorcio contenidas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, anteriormente comentadas, contienen hechos totalmente involuntarios y hasta accidentales y ajenos al demandado, por lo que considero que en realidad en estas fracciones no debe de considerar culpabilidad alguna en el divorcio, al cónyuge que padece alguna de las enfermedades a que aluden esas normas, sino que todo lo contrario, aquí es donde estimo que debe intervenir el Ministerio Público para velar los intereses del cónyuge enfermo.

Efectivamente hay que tomar en cuenta que si bien es cierto que el matrimonio no origina parentesco alguno, también lo es que el vínculo matrimonial crea relaciones entre ellos tan cercanas, profundas y arraigadas, que el mismo Legislador las asemeja a una relación paterno-filial así nos lo hace patente el artículo 1624 del Código Civil que textualmente expresa; Artículo 1624.- El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia."

Otros artículos que también contemplan una relación íntima entre los cónyuges, que originan una ayuda solo igualable a la que se deben ascendientes y descendientes, son artículo 162, párrafo primero que a la letra dice: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente."

Del análisis de los artículos anteriormente transcritos concluimos que habiendo semejado el legislador un vínculo entre cónyuges tan cercano que le simula al que existe entre padres e hijos, en caso de divorcio debe de dar el Legislador una protección amplia al cónyuge que debido a su enfermedad haya dado origen al divorcio, encomendándole esa labor beneficiaria al Ministerio Público ya que en la actualidad el Código es omiso en ello y abandona por completo a su suerte negra al cónyuge enfermo.

C) PROTEGER LOS DERECHOS DEL CONYUGE INOCENTE.-

Los derechos del cónyuge inocente siempre han estado protegidos por el legislador aunque esa protección es limitada y se le deja a la libre decisión del juzgador, por el que el ponente considera necesario que se le dé intervención al Ministerio Público para que con la representación que le compete vele por la seguridad completa del cónyuge inocente cuando se percate que el actor en el juicio de divorcio, es decir, tomando en cuenta lo preceptuado por el artículo 278 del Código Civil que determina: Art. 278.- El divorcio solo 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 funde la de manda".

Consecuentemente el actor en el divorcio solamente lo será el cónyuge inocente y cuando éste en su demanda no solicita pensión alimenticia, que como ya lo hemos dejado patentizado, en el cuerpo del presente trabajo, es algo común, en virtud de que el cónyuge ofendido lo que desea y pretende es desligarse totalmente de quien le ha hecho la vida imposible, el representante social debe intervenir requiriéndole al demandado cumpla con la obligación de la ayuda mú-

tua y lo contemplado en el artículo 288 del Código Civil.

Ahora bien, si propugno en el presente trabajo por la directa e inmediata intervención del Ministerio Público, en los juicios de divorcio, es porque el Le-
gislador solamente le dá intervención a esta representación social en los divor-
cios por mútuo consentimiento y solo para aprobar el convenio que presentan los
divorciantes en cumplimiento en lo establecido en el artículo 273 del Código Ci-
vil; sin embargo, en los juicios de divorcio necesario ninguna intervención le -
concede el Legislador al Ministerio Público, dejando al juzgador solo en tal ta-
rea, y como también lo hemos dejado asentado con anterioridad, el juez se ve li-
mitado a su actuación a lo invocado por las parte en la controversia.

En tal virtud me permito proponer que se deroguen y adicionen los artículos-
que tratan las controversias de orden familiar, en el Código de Procedimientos -
Civiles, así como los relativos al Código Civil que proveen medidas para prote-
ger al cónyuge inocente, a los hijos, como el cónyuge enfermo, para adicionar una
mayor participación al Ministerio Público en todos los juicios de divorcio ya sea
por mútuo consentimiento o bien necesario-contencioso, tal como lo hemos expues-
to en el presente trabajo.

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA .- El Divorcio Vincular surgió en nuestra Legislación hasta la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

SEGUNDA .- En el Divorcio Voluntario Contencioso, existe intervención del Ministerio Público, únicamente para aprobar un convenio en beneficio de los menores y durante el procedimiento a favor de la cónyuge.

TERCERA .- En el Divorcio Necesario, no existe precepto legal que ordene o contemple la intervención del Ministerio Público, porque los menores y los cónyuges enfermos se quedan al margen de toda protección.

CUARTA .- Propongo se adicione el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, el siguiente texto, estableciendo: El juez de lo familiar " y el Ministerio Público, estarán facultados para... intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, " de cónyuges enfermos ..." .

QUINTA .- Igualmente propongo se modifique el artículo 943 del mismo ordenamiento legal, en los siguientes términos : " Podrá acudir al juez de lo familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes, a los que se refiere el artículo anterior, exponiendo de manera breve y concisa, los hechos de que se trate. Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten, se correrá traslado a la parte demandada, la que deberá comparecer, en la misma forma dentro del término de nueve días, en tales comparecencias las partes deberán de ofrecer las pruebas respectivas. Al ordenarse ese traslado, el juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia respectiva. Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los

que se deban por contrato, por testamento o por disposición de la Ley, - el juez fijará la petición del acreedor, sin audiencia del deudor, y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio, " dándole intervención al Ministerio Público en todos los casos al mismo. "

SEXTA .- Se adicione al artículo 282 del Código Civil vigente, estableciendo: Art. 282.- "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- " Dar vista al Ministerio Público, si el juez se percata que en la demanda no se está solicitando la pensión alimenticia para los hijos menores, o no se aporten datos del deudor alimentario que hagan factible el cumplimiento de esta obligación . "

SEPTIMA .- También propongo se adicione el artículo 288 del citado ordenamiento quedando en la siguiente forma: " En el caso de Divorcio Necesario, el juez oirá al Ministerio Público para dictar las medidas que tiendan asegurar los derechos tanto de los hijos menores como de cónyuge enfermo, esto, en caso de que se invoquen como causales de divorcio las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.