

321309
20
2ej

UNIVERSIDAD del TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO N° 321309 DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

PARA EL DESARROLLO TOTAL



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**" MODIFICACIONES A LA FRACCION XI DEL ARTICULO
267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
Y SU PROCESO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES "**

**TESIS PROFESIONAL QUE PRESENTA
RICARDO TELLEZ SOTO
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**ASESOR DE TESIS:
LIC. SANTIAGO CANO URIBE
CEDULA PROFESIONAL: 970198**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	<u>Página</u>
INTRODUCCION	II
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO	
1.1 Roma	2
1.2 España	14
1.3 México	27
CAPITULO II	
NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	46
2.1 Definición de matrimonio	50
2.2 Elementos del matrimonio	53
2.3 Requisitos del matrimonio	54
2.4 Consecuencias del matrimonio	58
CAPITULO III	
NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO	
3.1 Definición de divorcio	64
3.2 Elementos del divorcio	64
3.3 Clases de divorcio	64
3.4 Consecuencias del divorcio	66

CAPITULO IV

ANALISIS COMPARATIVO DE LAS XVIII CAUSALES
DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 Análisis de la fracción XI del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal	81
4.2 Comparación y diferencia de la fracción XI con las demás causales	83
4.3 Reformas	115
 Tesis jurisprudenciales y ejecutorias de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación	 118
 CONCLUSIONES	 132
 BIBLIOGRAFIA	 138

INTRODUCCION

Con un sincero deseo de contribuir con nuevas modalidades respecto a las causales de divorcio, he realizado el presente trabajo.

El artículo 267 fracción XI del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece como causal de divorcio la sevicia, las amenazas y las injurias.

El objetivo del presente trabajo es la propuesta de que se contemple una causal para la sevicia, otra para las amenazas y una más para las injurias, toda vez, que tanto sevicia, amenazas e injurias tienen distinto significado y esto en un momento dado puede confundir al juzgador al dictar una sentencia basada en dicha causal.

No pretendo descubrir lo que ya se conoce; sino que por el contrario haré hincapié en aspectos y situaciones que considero son trascendentales y por tanto que son importantes en la actualidad que vivimos.

Entre otros aspectos importantes es necesario que la modificación a la Fracción XI del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal sea pensada como una necesidad de ambas partes; por una parte la del litigante ya que de ella depende el que quede bien claro si el juzgador al emitir una sentencia de divorcio se refiere a la sevicia, a las amenazas o a las injurias; y por la otra el hecho de que el juzgador debe considerar a dicha causal no como una causa de divorcio más, sino como una causal que al contemplarse en una para la sevicia, otra para las injurias y una más para las amenazas traerá a corto o largo plazo beneficios para todos.

Como idea de fondo presento la inquietud y el reto para aquellos que intervienen en el proceso civil mexicano respecto a la trascendencia que tiene la modificación de la causal XI. Por lo

tanto si consideramos que la meta es la modificación de la fracción XI para beneficio de todos y que esto sólo podrá lograrse con el apoyo de aquellos que crean y modifican leyes, la solución será concientizar tanto a juzgadores como a legisladores para que dé como resultado el que se modifique dicha causal XI para que exista un beneficio común para todos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

DEL MATRIMONIO Y DEL DIVORCIO

1.1 Roma

"Desde el origen de Roma, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente, a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto.

"El divorcio en Roma podía considerarse en dos formas distintas:

"A. Bona Gratia. En nuestros días es el llamado divorcio voluntario. Los jurisconsultos romanos fundaron esta institución en el siguiente razonamiento: El mutuo disenso (convenio) disolvía lo que el consentimiento había unido. Para este tipo de divorcio no se requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el solo acto de voluntad.

"B) Repudiación. Este divorcio podía ser intentado por uno solo de los cónyuges, aun sin expresión de causa. Para que la mujer pudiera intentar este divorcio, se requería que no se encontrara bajo la manus del marido. La Ley Julia de adulteriis, exigía que el que intentará divorciarse por medio de la repudiación notificaría al otro esposo su voluntad ante siete testigos, mediante un acta, o simplemente por medio de la palabra.

"C. Con la conversión de los Emperadores Romanos al cristianismo, se impusieron una serie de trabas al divorcio, ya que, no era posible suprimirlo por completo por haber arraigado profundamente esta institución en el espíritu del pueblo romano". (1)

(1) Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, Tomo: I, "introducción, personas y familia", pp. 347 y 348.

Las uniones entre parientes estaban reprobadas por todas las legislaciones pues violaban descaradamente la moral y el respeto debidos a los ascendientes; tanto, que aun después de la ruptura de alguna adopción, el adoptante no podía casarse con la que fue su hija adoptiva.

En línea colateral, es decir, entre parientes descendiendo de un mismo autor, el matrimonio estaba prohibido únicamente entre hermano y hermana, y entre personas de las cuales alguna fuera hermano o hermana de un ascendiente del otro; por ejemplo, entre tío y sobrina, tía y sobrino, pues los tíos y las tías tienen en algo la situación de padres y madres. Los primos hermanos podían casarse, y estas uniones desconocidas en un principio, se hicieron después bastante frecuentes; más tarde fueron prohibidas por Teodosio el Grande, siendo finalmente levantada esta prohibición por Arcadio y Honorio.

"En el Derecho Romano el matrimonio, se fundaba en la affectio conjugalis, (afecto entre cónyuges); la disolución de la confarreatio (consistía en una ceremonia que acompañaba el matrimonio y que tenía un carácter religioso) tenía lugar por medio de la difarreatio, (ceremonia contraria a la confarreatio), que como es sabido era la declaración de voluntad de separarse marido y mujer, por medio de la cual cesaba de producir entre los consortes la voluntad declarada en la ceremonia nupcial, de tomarse recíprocamente como marido y mujer". (2)

Las diversas formas que existían en el derecho romano para disolver el matrimonio eran:

"AFINIDAD. Se llamaba así al lazo que unía a cada esposo con los parientes del otro cónyuge. Entre afines, estaba prohibido el matrimonio entre el padre y la viuda del hijo; entre el padrastro

(2) Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Parte General, Personas y Familia, p. 577

viudo o divorciado y la hijastra; entre suegro y nuera y suegra y yerno. Desde Constantino, hubo prohibición entre cuñados, manteniendo Justiniano esta disposición.

"El Adulterio y el rapto. El primero era ya regulado por la Ley Julia. El segundo fue introducido en la época cristiana; se prohibió el matrimonio entre la adúltera y su cómplice, entre el raptor y la raptada.

"Razones del orden político. Cargo Publico y tutela.

"El matrimonio estaba prohibido entre patricios y plebeyos, según disposición expresa de la Ley Decenviral, que fue derogada por la Ley Canuleia del año 455 a. de C.; también estuvo prohibido el matrimonio entre ingenuos y manumitidos. Bajo Augusto, las leyes prohibieron el matrimonio entre senadores y sus descendientes con libertas, así como entre senadores y mujeres de abyecta condición. Justiniano suprimió esta prohibición.

"Un funcionario de una provincia y su hijo, no podrían casarse con una mujer domiciliada en la misma; ni el tutor ni su hijo, con su antigua pupila; ni el curador ni su hijo, con la menor de 25 años sobre la cual tienen la curatela. Ello porque los funcionarios abusan de su autoridad, con objeto de contraer un ventajoso matrimonio; en cuanto a los tutores y curadores, porque con esas uniones buscaban la forma de escapar de la rendición de cuentas de tutela y curatela (administración de actos pertenecientes a personas incapacitadas por estar locas).

"En el derecho clásico la mujer no podía contraer matrimonio antes de los diez meses de la disolución del anterior, por muerte del marido. En la época posclásica este periodo se extiende a un año, y se tuvo en cuenta, también la disolución por divorcio. Tal norma tendió a evitar dudas acerca de la paternidad del concebido en el primer matrimonio.

"Efectos del matrimonio con respecto a los cónyuges. El

matrimonio producía variadas consecuencias, pues, era, ante todo, fuente de derechos y deberes entre los mismos cónyuges.

"Los cónyuges se deben fidelidad. El adulterio de la mujer se castigaba con más severidad que el del marido, (se mandaba azotar a la mujer) ya que podía introducir en la familia hijos de sangre extraña. Constantino la castigó con la muerte. Este rigor se suavizó en el derecho justinianeo. En cuanto a los bienes de los cónyuges cabe decir que como el matrimonio, en los primeros siglos, iba acompañado de la manus, (modo necesario para la formación del matrimonio), el marido se hacía dueño de los bienes de la mujer, quien ocupaba el lugar de su hija. En cambio, en el matrimonio sine manu (sin formalidad alguna para la formación del matrimonio), cada cónyuge conservaba su patrimonio. Por otra parte, como las cargas de la familia únicamente pesaban sobre el marido, se acostumbró que la mujer le diera ciertos bienes con el fin de sostener el matrimonio; es decir, la mujer constituía una dote en favor del marido. (Conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio.)

"Los cónyuges debían darse alimentos, pero no podrían hacerse recíprocamente donaciones. La mujer debía vivir al lado de su esposo. Tenía prohibición de ser fiadora del marido. Les estaba prohibido a los cónyuges entablar entre sí acciones penales o infamantes. Ambos cónyuges disfrutaban recíprocamente del beneficium competentia, o sca, que la condena que obtenía un cónyuge contra el otro, no iba más allá de las posibilidades del vencido (debía dejar un mínimo para subsistir). Si el marido era declarado en quiebra, se presumía que todo cuanto hubiera adquirido la esposa en el matrimonio procedía del fallido y, por ende, entraban a la quiebra.

"Con respecto a los hijos. Los nacidos ex iustis nuptiis (fuera de matrimonio) eran hijos legítimos. Caían en la autoridad de su padre o del abuelo paterno, si el padre era alieni iuris (persona sometida a la autoridad de otro). Integraban la familia civil del

padre, a título de agnados; (parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital) llevaban, además, su nombre, y participaban en su condición social. En cambio, entre los hijos y la madre sólo existía un lazo de parentesco natural, de cognación (parentesco que une a las personas descendientes unas de otras o descendiendo de un tutor común), en el primer grado.

Disolución del matrimonio. Causas. El matrimonio se disolvía por las causas siguientes:

"1a. Muerte de uno de los cónyuges.

"2a. Por incapacidad (locura), sobrevenida a alguno de los consortes: a) Capitis diminutio máxima (causas de reducción o esclavitud que hacen perder a la vez libertad, ciudadanía y familia) y media (causas que hacen perder ciudadanía y familia). b) Incestus superveniens, o sea si el suegro adoptaba como filius (hijo) al yerno, con lo que, desde el punto de vista de la agnación, los dos cónyuges se encontraban en la condición de hermanos. La situación anterior podría evitarse emancipando previamente el padre a su hija. c) En el derecho clásico, al llegar al cargo de senador se disolvía el matrimonio del que estuviere casado con una liberta (mujer libre), (bajo Justiniano desaparece esta causa).

"La pérdida de la libertad o de la ciudadanía disolvía el matrimonio. El cónyuge que caía prisionero del enemigo no recuperaba su anterior matrimonio por el ius postliminii (derecho posterior para disfrutar lo que tenía). Justiniano, sin embargo, dispuso que el cónyuge libre no podría contraer nuevo matrimonio, mientras supiese que el cautivo viviere o hasta que hubieren transcurrido cinco años sin noticias suyas. La pérdida de la ciudadanía fue suprimida por Justiniano como causa de disolución del matrimonio.

"3a. Por voluntad de los cónyuges, de uno solo, o por cesación de la affectio maritalis (afecto de los cónyuges). El matrimonio terminaba en los casos de divorcio y repudio.

"El empleo de estas dos palabras (affectio maritalis) se hace en las fuentes con una ausencia de precisión que da pie a diversas conjeturas entre los intérpretes. Es muy posible, como decía Bonafante, que repudium significase, en el derecho clásico, el acto de manifestación de voluntad contra la continuación del matrimonio, y divortium (divorcio) aludiese al efecto producido por dicho acto: cesación del vínculo de la vida marital; y que, ya en el Derecho cristiano, se aplicase más bien la voz divorcio a la disolución por mutuo disenso, (mutuo consentimiento) y la de repudio a la disolución por voluntad unilateral.

"El divortium no estaba sujeto a formalidad alguna; bastaba un simple aviso, comunicado de palabra, por escrito o por medio de mensajero. La Ley Julia de adulteriis (Ley Julia de adulterio) del año 18 a. de C., estableció que el repudio debía comunicarse por medio de un liberto (hombre libre) en presencia de siete ciudadanos púberes. (jóvenes).

"El divorcio en la legislación romano-cristiana. En esta materia, seguía estas tres direcciones:

- a) Se exigía para el divorcio unilateral causas justas, señalándose las que debían tenerse como tales (adulterio, repudio).
- b) El objeto de pérdidas patrimoniales, que afectaban la dote y la donatio propter nuptias (donación de bienes posteriores al matrimonio) al que se divorciaba sin justa causa.
- c) Imponía, además, penas graves de reclusión en un monasterio.

"El divorcio en el codex Justiniano (código de Justiniano). Distinguía: a) Divortium communi consensu (divorcio por mutuo consentimiento). Se permitía sin ninguna restricción. b) Divorcio por voluntad unilateral (repudium); del cual se distinguieron tres clases:

1. "Divortium ex iusta causa (divorcio con justa causa). Por los motivos señalados en la ley, implicando una falta del otro cónyuge; adulterio de la mujer, atentado contra la vida del marido, etc.

2. "Divortium sine causa (divorcio sin causa justa), es decir, sin justificación legal, que traía consigo pérdidas patrimoniales.

3. "Divortium bona gratia; (patrimonio, riqueza de los cónyuges) se producía sin culpa del cónyuge, pero motivado en causas que impedían realizar los fines del matrimonio: locura, cautividad guerrera, elección de vida claustral, etc.

"Los esponsales. La dote y la donatio propter nuptias. (conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer) y (donación de bienes posteriores al matrimonio). Los esponsales consistían en el acuerdo y promesa mutua de futuro matrimonio. Este compromiso, como es de suponerse, lo celebraban los novios. Primitivamente, los esponsales se efectuaban por medio de contrato verbal.

"En el derecho romano clásico, los esponsales no obligaban a celebrar el matrimonio. El vínculo que nacía era puramente ético, no jurídico. La parte que incumplía la promesa perdía las arras que había entregado a la otra y debía restituir las que tenía recibidas; en un principio, a razón del cuádruplo, y después, al doble.

"La dote (dos, res resusoria) era un conjunto de bienes que la mujer, u otra persona en atención a ella, entregaba al marido para subvenir a las necesidades y gastos que la vida matrimonial supone.

"Si el matrimonio se acompañaba de la manus, (acompañamiento habitual del matrimonio ejercida por el marido hacía la mujer), la mujer iuris, (que no estaba bajo ninguna potestad) si tenía un patrimonio, todos sus bienes pasaban, a la nueva familia (del

marido). En cambio, si no se acompañaba de la manus, se requería la constitución de la dote a favor del esposo por parte de la mujer, o de los parientes de ésta, si era alieni iuris (persona sometida a la autoridad de otro). Dichos bienes estaban destinados para uso del matrimonio.

"La dote podría, a su vez, ser necesaria, si la constituía la mujer, su padre o un ascendiente paterno; y voluntaria si la constituía cualquier otra persona. También se distinguía la dos profecticia, (conjunto de bienes dados por el padre o por una ascendiente paterno), si la constituía el padre o un ascendiente paterno de la mujer; y la dos adventicia si era aportada por otras personas.

"En un principio, los bienes dotales los adquiría, con carácter definitivo, el marido. Lo anterior no resultaba injusto si el matrimonio terminaba con la muerte de uno de los cónyuges. Todo cambió cuando los divorcios abundaron; se consideró injusto que el marido se quedase con los bienes, en el caso que la mujer fuere repudiada. Esta injusticia se remedió al convenirse, mediante contrato verbal, que al disolverse el matrimonio el marido debía devolver la dote." (3)

Los efectos jurídicos de las iustae nuptiae (matrimonio) eran los siguientes: (4)

1. Los cónyuges se debían fidelidad. A este respecto, el derecho romano trataba más severamente a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de aquélla introducía sangre extraña en la familia. Las "aventuras" del marido, siempre que no tubieran lugar en la ciudad del domicilio conyugal, no eran causa de divorcio; en cambio, la mujer adúltera cometía siempre un delito público.

(3) Sabino Ventura Silva. Derecho Romano, pp. 102 a 105

(4) Guillermo F. Margadant S. Derecho Romano, pp. 201 y 211

2. La esposa tenía el derecho -y también el deber- de vivir con el marido. Este podía reclamar la entrega de la esposa, si ésta se quedaba, sin su permiso, en una casa ajena.

3. Los cónyuges se debían mutuamente alimentos, y éstos se determinaban en vista de las posibilidades del que los daba y de las necesidades del que los pedía.

4. Como ya sabemos, los hijos nacidos de tal matrimonio caían automáticamente bajo la patria potestad de su progenitor.

5. Los hijos de justo matrimonio seguían la condición social del padre (por ejemplo, la condición senatorial). Desde que la Revolución francesa acabó con el principio de que cada clase social tiene un propio régimen jurídico, fue difícil, para el estudiante moderno, darse cuenta de la importancia que esta concepción de las iustae nuptiae (matrimonio justo) debe haber tenido en la antigüedad.

6. Los cónyuges no podían hacerse mutuamente donaciones "para que no se privaran recíprocamente de sus bienes por mutuo amor", de acuerdo con la curiosa formulación del digesto 24. 1.1. El derecho moderno amplía y al mismo tiempo, restringe este principio. Lo ha hecho extensivo a todo contrato entre cónyuges, pero ha sustituido la prohibición total por el requisito de una autorización judicial. En cuanto a las donaciones entre cónyuges, actualmente son válidas pero revocables en todo tiempo.

7. Además, desde la época de Augusto, se prohibía a la esposa que saliera fiadora de su marido, disposición que el senado consulto Velejano, de 46 d. de J. C., cumplió considerablemente, quitando los efectos procesales a toda fianza otorgada por una mujer para garantizar obligaciones, no sólo de su marido, sino también de un tercero.

8. Un cónyuge no podía ejercer contra el otro una acción por robo. El derecho moderno ha suavizado esta restricción en

el sentido de que, en este caso, sólo se persigue a petición de la víctima.

9. En materia civil, la condena que obtuviera un cónyuge contra el otro, no podía ir más allá de las posibilidades de la parte vencida, de manera que tal condena pudiera privar al vencido de sus bienes suntuarios, etc., pero debía dejarle un mínimo para poder subsistir de acuerdo con su rango social. Esta idea no ha sido recogida por el derecho moderno; pero si la condena que obtiene la esposa causa la ruina definitiva del marido, la esposa le deberá alimentos, de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil de 1984.

10. En caso de quiebra o concurso del marido, se presumía que cuanto hubiese adquirido la esposa en el matrimonio, procedía del marido y entraba en la masa de la quiebra. Si se trataba de adquisiciones hechas por la esposa con ingresos propios, a ella correspondía comprobar esta circunstancia.

11. La viuda pobre tenía ciertos derechos -bastante limitados-a la sucesión del marido, si éste moría intestado.

12. La afinidad con la suegra, o el suegro, constituía un impedimento para matrimonio con éstos, después de disolverse el matrimonio del que surgió esta forma de parentesco.

La sociedad contemplaba el divorcio con creciente indiferencia, y el principal freno era quizás el miedo del marido a tener que devolver la dote. Los escritos de Roma y otros nos demuestran que los romanos del principado se casaban y divorciaban muy frecuentemente.

Cuando, a partir de Constantino, los emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, no atacan éste cuando se efectúa por mutuo consentimiento. Más bien combaten el repudio, fijando las causas por las cuales un cónyuge puede obtener la disolución del vínculo matrimonial, aunque la otra

parte no consienta en ello. En cambio, se prohibía o, cuando menos, se castigaba el divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprobaba la existencia de una de las causas de divorcio, limitativamente establecidas en la ley.

Cuando Justiniano sube al trono, se encuentra con cuatro clases de divorcio, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

"a) Por mutuo consentimiento.

"b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley.

"c) Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio era válido, pero daba lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio.

"d) Bona gratia, es decir, no basado en la culpa de uno de los cónyuges pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio". (5)

Justiniano aportó nuevas restricciones en esta materia, castigando también el divorcio por mutuo consentimiento; pero con esto va más lejos de lo que le permite su época, de manera que su sucesor tuvo que derogar las normas correspondientes.

Sólo más tarde, en la Edad Media, el derecho canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables el divortium quoad torum, et mensam, non quoad vinculum ("divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo").

(5) Guillermo F. Margadant S, op. cit., p. 213.

La legislación caducaria. No se debe dar por terminado este tema sin mencionar la legislación caducaria, representada por sus principales leyes la Poppia Poppaea y la Julia, en las cuales Augusto trataba de intervenir en el problema demográfico de Roma. Este nacionalista necesita auténticos romanos para la realización de sus proyectos, y le molestaba frecuentemente que sus ciudadanos no quisieran casarse, que ya casados, no tuvieran hijos. Para eso puso en vigor una política de premios y castigos fijados en las citadas leyes que fueron muy impopulares.

1.2 España

Concepto del matrimonio. El matrimonio es el verdadero fundamento de las relaciones jurídico, familiares, tanto en sí mismo, al crear el vínculo matrimonial entre los cónyuges como a través de la procreación en el matrimonio, que extiende el parentesco de consanguinidad entre los hijos y sus padres, y parientes. Es pues, el matrimonio la institución básica del derecho de familia, y por ello se comprende fácilmente, que toda la importancia social que se reconoce a la familia, se concentre especialmente en el mismo matrimonio. Asimismo tiene especial importancia en el matrimonio el aspecto ético propio de todas las relaciones del derecho de familia. Estos diversos aspectos del matrimonio que no cabe separar de su consideración jurídica, han de repercutir necesariamente en el concepto del mismo, desde el punto de vista del derecho. (6)

Fines del matrimonio. Para la más completa comprensión de la noción del matrimonio, conviene examinar sus fines. Desde un punto de vista unilateral, se ha señalado el fin del matrimonio, o bien tan sólo en la procreación, o bien solamente en el complemento de los cónyuges, considerado en diversos aspectos de su vida según varias teorías. Pero a esta consideración unilateral de los fines del matrimonio, que contrapone individuo y especie, se ha sostenido con más acierto la existencia de un fin pluralista del matrimonio, en que entran en juego tanto la especie como el individuo. Esta es la posición de la Iglesia católica, que desde la antigüedad consideraba un triple fin. la generación y educación de la prole y el mutuo auxilio. (7)

(6) Diego Espín Canovas. Derecho Civil Español. Vol. 4 Familia, p. 13.

(7) Ibid., p. 15.

Sistemas matrimoniales en general. Por una parte el matrimonio es regulado por la religión y por la otra por el Estado. De aquí resulta que según sea la posición que el Estado adopte en cada país y momento histórico frente a la religión o religiones practicadas por sus subditos, el matrimonio estará regulado por Estado e Iglesia de un modo armónico o por el contrario discrepante. A esa diversa posición que el Estado puede de hecho frente a la confesión practicada por sus subditos, en orden de la regulación del matrimonio, es a lo que suele llamársele sistemas matrimoniales, que no son otra cosa que el reflejo de la posición de armonía o desarmonía existente entre Estado e Iglesia.

1. De esta manera tenemos los siguientes sistemas:

a) Sistema exclusivamente religioso. Este se da cuando el Estado, por considerar que la Iglesia debe ser la única competente para regular el matrimonio de sus fieles, impone como única forma de celebrar el matrimonio, la forma religiosa, sin que haya posibilidad de celebrarlo de otra. Según este sistema, el matrimonio se ha de celebrar conforme a la religión del Estado, o, en su caso, conforme a alguna otra confesión religiosa reconocida. Este sistema rigió en nuestra patria desde la publicación de la Real Cédula de Felipe II del 12 de julio de 1564, por la que se concedía valor de Ley del Reino a los Sagrados Cánones del Santo Concilio Tridentino, hasta la promulgación de la Ley del matrimonio civil del 18 de junio de 1870.

b) Sistema exclusivamente civil o del matrimonio civil obligatorio. En contraposición al anterior, en este sistema, el Estado parte de la idea de que la competencia para regular al matrimonio es exclusivamente civil, siendo ineficaz civilmente el matrimonio contraído por sus súbditos conforme a su propia confesión religiosa, que es desconocido, como inexistente, por parte del Estado.

c) Sistema del matrimonio civil facultativo o de libre elección. En este sistema el Estado deja en libertad a sus subditos para

escoger la forma que prefieran para la celebración del matrimonio, pudiendo por tanto elegir entre el matrimonio religioso, conforme a sus creencias o el matrimonio civil, conforme a la Ley del Estado, incluso los que profesen creencias religiosas, cuyo culto este admitido por el Estado.

d) Sistema del matrimonio civil subsidiario. Según este sistema, pueden contraer el matrimonio civil tan sólo aquéllos que no pueden contraer el matrimonio religioso, por no pertenecer a ninguna religión o pertenecer a religiones no admitidas por el Estado o distintas de la única religión aceptada como válida a efectos civiles por el Estado.

2. Sistemas matrimoniales en el derecho histórico español.

a) Matrimonio canónico. El sistema tradicional español ha sido el de la forma exclusivamente religiosa, conforme a las disposiciones de la Iglesia católica.

b) Matrimonio civil obligatorio. El sistema tradicional español, de matrimonio religioso, quedó truncado por consecuencia de la declaración de libertad de cultos de la cual se promulgó la ley provisional de matrimonio civil del 18 de junio de 1870, por lo que se estableció, como única forma de matrimonio reconocida por el Estado el matrimonio civil.

Este sistema, tan opuesto al tradicional, procuraba atenuar el contraste, declarando expresamente que los contribuyentes podían celebrar el matrimonio religioso, antes o después o al tiempo del matrimonio civil, y también, en cuanto a la regulación que se establecía del matrimonio civil, se aceptaba el carácter indisoluble del matrimonio religioso, declarando que el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble, considerando como impedimento para el matrimonio civil, los de orden sagrado y profesión religiosa. (8)

(8) Diego Espín Canovas, *op. cit.*, pp. 19, 20 y 21.

c) Matrimonio canónico y civil subsidiario. Este sistema de forma religiosa para los católicos y forma civil para los no católicos, es el que paso al Código Civil Español, pœvias negociaciones officiosas del Gobierno con la Santa Sede. La Ley del 11 de mayo de 1988, en su artículo 42 del Código Civil nos dice lo siguiente: La ley reconoce dos formas de matrimonio: El canónico, que deben contraer todos los que profesan la religión católica, y el civil que se celebrará del modo que determina este código. En otros preceptos complementarios se reconoce la competencia de la Iglesia, tanto para regular el matrimonio canónico, como para resolver jurisdiccionalmente los pleitos de nulidad o divorcio de dicho matrimonio. (9)

d) Matrimonio civil obligatorio. Como consecuencia del principio de separación entre la Iglesia y el Estado, proclamado por la Constitución de la segunda República, el 9 de diciembre de 1931, se implantó por segunda vez el matrimonio civil obligatorio, en virtud de la ley del 25 de junio de 1932, según la cual a partir de su vigencia, sólo se reconocía una forma de matrimonio, el civil, que debería contraerse conforme a las disposiciones del Código Civil respecto al mismo. Pero esta segunda etapa española de matrimonio civil fue mucho más radical que la anterior, pues además de establecerse el matrimonio civil, se declara la jurisdicción civil como única competente para decidir, no sólo las cuestiones matrimoniales a que diere lugar aquél, sino incluso las que se originasen en los matrimonios canónicos contraídos en la época anterior, se suprimieron los impedimentos de orden sagrado y profesión religiosa solemne, y finalmente se estableció ampliamente el divorcio vincular por la Ley del 2 de marzo de 1932. (10)

(9) Ibid., p. 23.

(10) Ibid., p. 25.

Divorcio o separación de vida común en el matrimonio civil. El matrimonio civil regulado por el Código Civil Español, es indisoluble, y por tanto sólo se disuelve por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Expresamente lo reconoce el Código al decir que "el divorcio sólo produce la suspensión de la vida común de los casados" (art. 104) y congruentemente, se declara que "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges" (art. 52), sin mencionar ninguna otra causa disolutoria. Una dificultad surge respecto al caso del declarado fallecido, ya que según el artículo 195 dice "la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer posterior matrimonio".

Por consiguiente, el Código Civil Español acepta tan sólo el divorcio imperfecto o mera separación de vida común, rechazando así el divorcio pleno o vincular. Con el Código Civil sigue la tradición nacional que nunca aceptó el divorcio vincular, pues durante la vigencia de la Ley de matrimonio civil de 1870, tampoco se admitió por ésta el divorcio vincular. Esta tradición jurídica fue quebrantada durante la Segunda República, pues ya la Constitución del 9 de diciembre de 1931 establecía en su artículo 43 que el matrimonio podía disolverse "por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso, de justa causa", y en ejecución de este precepto constitucional, se dictó la Ley de Divorcio del 2 de marzo de 1932, que reguló el divorcio vincular, tanto por mutuo disenso como a instancia de uno de los cónyuges, sin perjuicio de admitir también la mera separación personal, permaneciendo el vínculo matrimonial, pudiendo el cónyuge inocente optar entre el divorcio vincular o la mera separación de personas y bienes.

La Ley de Divorcio de 1932, tan radical y contraria a los precedentes patrios, fue por éstas razones derogada al terminarse la guerra civil por virtud de la ley del 23 de septiembre de 1939, que declaró nuevamente en vigor las disposiciones transitorias para regular las situaciones creadas durante la vigencia de la ley derogada, por virtud de las cuales pueden venir anuladas, a

instancia de parte, las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por tribunales civiles respecto a matrimonios canónicos. Respecto a los matrimonios civiles, que hayan sido disueltos por sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por tribunales civiles respecto a matrimonios canónicos. Respecto a matrimonios civiles, que hayan sido disueltos por sentencia firme de divorcio vincular, conforme a la misma ley de 1932 no se prevé esa posibilidad de anular el divorcio, por lo que con razón tales divorcios conservarán su eficacia, al amparo del principio de irretroactividad de las leyes.

Contrariamente a lo ocurrido en el derecho español, salvo el periodo de vigencia de la Ley de divorcio de 1932 (1932-1939), en otros derechos extranjeros, se admitió desde hace siglos el divorcio vincular, cuya difusión se debió en buena parte a la doctrina protestante, al negar la naturaleza sacramental del matrimonio como contrato civil. El derecho comparado en este punto presenta los más variados sistemas, entre los cuales se destacan los siguientes:

1. Legislaciones que rechazan por completo el divorcio vincular o lo rechazan sólo para los católicos.
2. Legislaciones que admiten el divorcio vincular pero sólo mediante la alegación de causas determinadas que implican una culpabilidad del otro cónyuge.
3. Legislaciones que admiten el divorcio vincular aún por causas que no implican culpabilidad de los cónyuges.
4. Legislaciones que admiten el divorcio, por mutuo disenso e incluso por la mera voluntad unilateral de uno sólo de los cónyuges, sin necesidad de fundamentar su decisión.

Las causas legítimas de divorcio son las siguientes:

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

2. Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.
3. La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.
4. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
5. El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la convivencia en su corrupción o prostitución.
6. La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

La acción para pedir el divorcio compete tan sólo al cónyuge inocente contra el culpable, pues el código dispone que "el divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente". Con razón se censura al código la desigualdad con que considera el adulterio de la mujer y del marido, ya que desde el punto de vista moral no aparece justificada dicha desigualdad.

La separación de vida común producida por la sentencia de divorcio, aun limitada a la mera separación de personas y bienes, puede quedar sin efecto por la común voluntad de los cónyuges, en virtud de su reconciliación, pues dispone el código, que "la reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto posterior la sentencia dictada en él", aunque respecto a los hijos se mantienen los efectos de la sentencia en beneficio de los mismos.

Competencia para conocer los pleitos sobre nulidad y divorcio del matrimonio civil y sus efectos civiles. La competencia para el conocimiento de los pleitos de nulidad o divorcio del matrimonio civil, es desde luego de los tribunales civiles o del Estado, sin que haya aquí que distinguir entre competencia para resolver sobre dicha nulidad o divorcio, y competencia para ejecutar los correspondientes fallos, ya que toda ella se atribuye al tribunal civil. Dispone en efecto el código que "los tribunales civiles

conocerán de los pleitos de nulidad de los matrimonios celebrados, adoptarán las medidas indicadas y fallarán definitivamente" (art. 103). (11)

Ahora bien, según el artículo 68 del Código Civil Español, interpuestas y admitidas las demandas de nulidad de matrimonio y divorcio, se adoptarán mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

1. Separar a los cónyuges.
2. Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
3. Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de los dos, según proceda.
4. Señalar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.
5. Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido, que hubiere dado causa al divorcio o contra quien se dedujere la demamanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes. (12)

Los efectos que producirá la sentencia firme de divorcio canónico o civil serán según el art. 73 del Código Civil Español, los siguientes:

1. La separación de los cónyuges.
2. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

(11) Ibid., pp. 90-94.

(12) Ibid., p. 97.

Si ambos fueron culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos si la causa que dio origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fue distinta, se nombrará tutor a los hijos. 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 de sus hijos.

3. Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiese sido dado o prometido por el inocente, todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo, además, reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

4. La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido, y si fuere quien hubiese dado causa al divorcio. (13)

El divorcio en la legislación española. Las siete partidas se ocupan del divorcio en el título noveno, donde se encuentran, entre las más importantes, las siguientes leyes:

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

La Ley tercera autoriza también la separación de los esposos cuando el matrimonio se celebró; no obstante existir un

(13) Ibid., p. 102.

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

En este caso la acción es pública, porque puede ejercitarse cualquier persona.

La Ley cuarta prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas: el que se supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos, que le correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se deberá oír al que lo hiciere con intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quienes acusa, hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar. (14)

En el fuero juzgo encontramos en el Libro tercero, sexto título, las siguientes disposiciones:

1. Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó el marido a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por testigos.

Si violare la prohibición, y las personas unidas en el segundo matrimonio fuesen de calidad social, el señor de la ciudad, el vicario o el juez, deben dar conocimiento al rey de ese hecho. Si no son personas de alcurnia social, las citadas autoridades deben separarlos inmediatamente y poner a disposición del primer marido, tanto a la mujer como al que se caso con ella, a no ser que el marido estuviese ya casado con otra, para que hiciere con ellos lo que fuere su voluntad.

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

3. Si la mujer abandonada injustamente, le hubiera dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría.

En el fuero real, la Ley 9, título I, Libro II, autoriza el divorcio en cuanto al vínculo cuando alguno de los cónyuges, o los dos, quieran disolver el matrimonio para entrar en una orden monástica, pero siempre que el matrimonio no se hubiese consumado.
(15)

Las Siete Partidas tratan con mayor extensión el divorcio en la Partida Cuarta, las leyes relativas son las del título décimo, que ordenan:

De la separación de los casamientos:

Ley I qué cosa es divorcio y de dónde tomó este nombre:

Divortium, en latín, tanto quiere decir en romance como departamento, y esto es cosa que de parte de la mujer del marido y el marido de la mujer por embargo que hay entre ellos cuando es probado en juicio derechamente. Tomo 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 dos modos de hacer esta separación. La primera es por la religión y la segunda por pecado de fornicación. Por aquélla se hace cuando uno de los cónyuges después de haberse unido carnalmente, quisiere entrar en orden y se lo concediese el otro prometiéndole guardar castidad, siempre que fuera tan viejo que no se pudiera sospechar que pudiera pecar carnalmente, pero deberá

(15) Ibid., p. 17.

hacerlo por mandato de el obispo, u otro prelado de la Iglesia que tenga esta facultad. En el caso de que la mujer cometiera adulterio, siendo acusada ante juez eclesiástico, y probada la acusación o si se volviese hereje, o de otra ley, y no quisiere enmendarse, es el otro modo en que ocurre propiamente el divorcio.

Ley III. Por qué el que se hace cristiano se puede separar de la mujer o marido con quien estaba casado antes, según la ley:

Si algunos moros o judíos casados según su ley, se hicieren cristianos y permaneciendo el otro en la suya no quisiere vivir o si viviesen juntos injuriase a dios, y a nuestra fé, o le reconviniese para que dejase la nuestra y siguiese la suya en este caso se puede separar de él sin pedir licencia a ninguno, y casarse con otro, o con otra, si quiere; pero antes se le deberá llamar ante hombres buenos, y hacerles ver esto, de manera que lo oigan decir y estén ciertos para que después puedan probar, si fuere, necesario, el motivo por que se separaron:

Ley IV. Qué diferencia hay entre los casamientos que hacen los cristianos y los que hacen los que son de otra ley.

Initialum ratum, consummatum, tanto quiere decir en latín cosa que da comienzo, firmeza y acabamento, estas tres cosas hay en los casamientos de los cristianos; en los de los otros, sólo la primera y la última, y por eso dispuso la Iglesia que nunca se destruyese el casamiento y no se pudiese casar ninguno de ellos mientras viviere el otro. En los casamientos de las demás leyes luego que se separan se pueden volver a casar.

Ley V. Cuándo se dice que los casamientos se han comenzado, son firmes y acabados:

Se principian los casamientos en los desposorios que se hacen por palabras de futuro o de presente, consintiendo los desposados; pero el que no se hace por palabras de presente tiene tal fuerza

que se pueden separar después, a no ser que antes de unirse carnalmente entrase alguno de ellos en orden de religión, que después ya queda firme el casamiento aunque se hubiese de separar por razón de adulterio.

Ley VI. De los maridos que cometen fornicación después de que han sido sentenciados a separarse de sus mujeres por razón de adulterio.

Acusando alguno a su mujer de adulterio, probándose y diciéndose el divorcio contra ella, si después de esto el marido tuviese acto carnal con otra mujer, puede la suya demandarlo a que se vuelva con ella, y la Iglesia debe apremiarle a que lo verifique.

Ley VII. Quiénes pueden sentenciar en caso de separación del matrimonio y de qué manera:

Deben hacer esto los arzobispos u obispos de la jurisdicción de los esposos, pero siendo costumbre de cuarenta años que lo hicieren los arcedianos, arciprestes u otros prelados menores, pueden hacerlo si fuesen letrados, o aquél a quien el Papa otorgue privilegio para ello.

Ley VIII. No pueden ser puestos en manos de árbitros de pleitos de separación de matrimonio.

Prohíbe esto la Iglesia, aunque aquellos sean clérigos u obispos, por dos razones, una, porque puestos en manos de éstos no pueden acabarse sino por miedo de pena, y ésta no puede ponerse en los matrimonios, y segunda razón, porque el matrimonio es espiritual.
(16)

1.3 México

Disposiciones del Código Civil de 1884 relativas al divorcio

Art. 226. El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código.

Art. 227. Son causales legítimas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges;

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

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

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

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

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

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

VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro;

IX. La negativa de uno de los cónyuges a administrar al otro alimentos conforme a la ley;

X. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;

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

XIII. El mutuo consentimiento.

Art. 228. El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

II. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o por su causa se haya maltratado de alguno de estos modos a la mujer legítima.

Art. 229. Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos.

Art. 230. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia.

Durante estos cuatro meses, la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido.

Art. 231. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes; en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

Art. 232. Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación, acompañarán a su demandada un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación.

Art. 234. Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se lograre, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, y mandará reducir a escritura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior.

Art. 235. La sentencia que apruebe la separación fijará el plazo que ésta deba durar conforme al convenio de las partes.

Art. 236. Lo dispuesto en los artículos anteriores se observará siempre que al concluir el término de una separación, los cónyuges insistan en el divorcio.

Art. 237. Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

Art. 238. La demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquiera otra calamidad semejante de uno de los cónyuges, no autoriza el divorcio, salvo el caso de la fracción XI del Art. 227, pero el juez, con conocimiento de causa, y sólo a instancia

de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, sin embargo, subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado.

Art. 239. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de un año después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Art. 240. Ninguna de las causas enumeradas en el Art. 227 puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón o remisión, expresa o tácitamente.

Art. 241. La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio.

Pone también término al juicio, si aún se está instruyendo; pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

Art. 242. La ley presume la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella ha habido cohabitación de los cónyuges.

Art. 243. El cónyuge que no ha dado causa al divorcio, puede, aun después de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él, más en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el anterior, aunque sí por otros nuevos, aún de la misma especie.

Art. 244. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras que dure el juicio, las disposiciones siguientes: (Ver art. 93 de la Ley de Relaciones Familiares, P. 37).

Art. 245. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se

pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor.

Art. 246. Sin embargo, de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los hijos menores.

Art. 247. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Art. 248. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto aquél, si el divorcio se ha declarado por las causas 7a., 8a, y 12a. señaladas en el Art. 227.

Art. 249. En los demás casos, y no habiendo ascendientes en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente.

Art. 250. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se hubiese dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste: el cónyuge inocente conservará lo recibido, y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Art. 251. Ejecutoriado el divorcio, vuelven a cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dio causa al divorcio.

Art. 252. Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente.

Art. 253. Cuando la mujer dé causa al divorcio, conservará el marido la administración de los bienes comunes, y dará alimentos a la mujer si la causa no fuere adulterio de ésta.

Art. 254. La muerte de uno de los cónyuges, acaecida durante el pleito de divorcio, pone fin a él en todo caso, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera habido pleito.

Art. 255. En todo juicio de divorcio, las audiencias serán secretas y se tendrá como parte al Ministerio Público.

Art. 256. Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella, al estado civil y éste, al margen del acta del matrimonio, pondrá nota expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el tribunal que lo declaró.

LEY SOBRE LAS RELACIONES FAMILIARES

Art. 75. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Art. 76. Son causas del divorcio:

I. El adulterio 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 sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de

uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el 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 cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

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

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

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

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

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

X. El vicio incorregible de la embriaguez;

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

XII. El mutuo consentimiento.

Art. 77. El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, el del marido se da solamente cuando en él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;
- II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;
- III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.
- IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

Art. 78. Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos o de uno solo de ellos.

La tolerancia debe de consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones.

Art. 79. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses, la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido.

Art. 80. Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes, en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán por unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

Art. 81. Los cónyuges que pidan de conformidad su divorcio, deberán 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 los bienes.

Art. 82. El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Presentan la solicitud, el juez de Primera Instancia del domicilio de los cónyuges remitirá extracto de ella al juez del Estado Civil del mismo lugar, para que éste la haga publicar en la tabla de avisos, y citará a los solicitantes a una junta, en la cual procurará restablecer entre ellos la concordia y cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse. Si no lograre avenirlos, se celebrarán todavía, con el mismo objeto, dos juntas más, que el juez citará a petición de ambos cónyuges.

Esta petición no podrá hacerse sino después de transcurrido un mes desde la última junta celebrada. Entre una y otra junta deberá mediar, cuando menos, un mes.

Art. 83. Si, celebradas las tres juntas mencionadas los cónyuges se mantuvieron firmes en el propósito de divorciarse, el juez aprobará el arreglo con las modificaciones que crea oportunas, oyendo al efecto la del Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de tercera persona.

Art. 84. Mientras se celebran las juntas y se declara el divorcio, aprobando el convenio de los interesados, el juez autorizará la separación de los consortes de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos menores.

Art. 85. Si el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento quedare en suspenso por más de seis meses, no podrá reanudarse sino volviendo a efectuarse las publicaciones en las tablas de aviso de la oficina del Juez del Estado Civil y las juntas de que habla el Art. 82.

Art. 86. Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo; pero en este caso no podrán volver a solicitar su divorcio en la misma forma, sino pasado un año desde su reconciliación.

Art. 87. Cuando las enfermedades enumeradas en la fracción IV del Art. 77 no sean utilizadas por un cónyuge como fundamento de divorcio, podrán, sin embargo, ser motivo para que el juez, con conocimiento de causa y a instancia de uno de los consortes, pueda suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, no obstante, subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado.

Art. 88. El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de seis meses después de que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Art. 89. Ninguna de las causas enumeradas en el Art. 78 puede alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón o remisión expresa o tácita.

Art. 90. La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio o al procedimiento de divorcio voluntario, en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada, pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

Art. 91. La ley presume la reconciliación cuando, después de presentada una demanda de divorcio, ha habido cohabitación entre los cónyuges.

Art. 92. El cónyuge que no ha dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él, más en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que

motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie.

Art. 93. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges en todo caso;

II. Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito.

La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya;

III. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 94, 95 y 96;

IV. Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre;

V. Dictar las medidas conducentes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer;

VI. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a las mujeres que quedan en cinta.

Art. 94. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fueren y no hubiere ascendientes en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a la ley.

Art. 95. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela, podrán acordar los tribunales, a pedimento de los abuelos,

tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores.

Art. 96. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Art. 97. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha decretado por las causas VI, VII, VIII y IX del Art. 76.

La madre que conserve la patria potestad de sus hijos, la perderá si vive en mancebía o tiene un hijo ilegítimo.

Art. 98. En los demás casos, y no habiendo ascendientes en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente.

Art. 99. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste, el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Art. 100. Ejecutoriado el divorcio, se procederá, desde luego a la división de los bienes comunes, si los hubiere, y en todo caso se tomarán todas las precauciones necesarias para asegurar todas las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a sus hijos.

Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a mayor edad, y de las hijas hasta que contraigan matrimonio, aunque sean mayores de edad, siempre que vivan honestamente.

Art. 101. Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga otra vez nupcias y viva honestamente.

El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes propios con que subsistir.

El cónyuge que deba pagar los alimentos podrá liberarse de esa obligación entregando desde luego el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a cinco años.

102. Por virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el Art. 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

Art. 103. La muerte de uno de los cónyuges, acaecida durante el juicio de divorcio, pone fin a él en todo caso, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio.

Art. 104. En todo juicio de divorcio, las audiencias serán secretas, y se tendrá como parte al Ministerio Público.

Art. 105. Ejecutoriada la sentencia sobre divorcio, el Juez de Primera Instancia remitirá copia de ella al del Estado Civil, ante quien se celebró el matrimonio, para que ponga nota al margen del acta respectiva, expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el tribunal que lo declaró, y además haga publicar un extracto de la resolución durante 15 días, en las tablas destinadas a ese efecto. (17)

(17) Ibid., pp. 24-34.

Recordemos que en la época prehispánica, concretamente en la cultura azteca se aceptaba el divorcio en los casos de adulterio o esterilidad de la mujer. Es decir, si tanto el hombre como la mujer caían en adulterio había divorcio, lo mismo ocurría si la mujer estaba incapacitada para tener hijos.

Ahora bien, en la legislación vigente tenemos que la Ley de divorcio en Yucatán consagra en su artículo 5 un procedimiento que no puede estimarse que sea el de un juicio propiamente dicho, ya que para ello es necesario que se oiga en defensa al demandado y que se reciban las pruebas pertinentes dentro del término correspondiente, presentando las partes posteriormente sus alegatos, circunstancias todas ellas que sirven para fundar la sentencia respectiva; pues bien, de acuerdo a dicha ley, basta la manifestación de uno de los cónyuges para poder divorciarse y se omitan los trámites especiales de todo juicio, la sentencia que así se dicte vulnera en perjuicio del demandado las garantías que le otorga el artículo 14 constitucional. Por otra parte el citado artículo 5 está en controversia con las disposiciones del Código Civil de Yucatán, puesto que deja el cumplimiento del contrato matrimonial a la voluntad de una sola de las partes, debiéndose tener en cuenta que para tachar de inconstitucional la sentencia que se basa en el citado artículo 5 de la Ley de divorcio se deben respetar y acatar por encima todas las disposiciones de la Constitución Federal.

Ciertamente, nuestras leyes estatales sobre el divorcio, nos dejan sumidos en la mayor de las desilusiones. Ya no es raro esto en un país como el nuestro. Cuando en mayo de 1979 renunciaron a sus puestos los ministros Jesús Reyes Heróles, Ricardo García Sainz y el secretario de Relaciones Exteriores, el pueblo mexicano se quedó perplejo con ésta decisión.

Por otra parte, también en la legislación actual: "Si el tribunal en la segunda instancia de un juicio de divorcio, abierto de oficio conforme al Art. 524 CPC (Ver.), se concreta en su sentencia a estudiar los agravios expuestos por el apelante y no

examina íntegramente la legalidad de la sentencia remitida a revisión por el juez aquí, conculca las disposiciones del precepto legal invocado y debe dictar nueva sentencia en la que examine exhaustivamente la legalidad de la sentencia de primer grado, analizando y valorizando la sentencia de primer grado, analizando y valorizando libremente los datos en que se fijó la litis, las pruebas aportadas en juicio, las condiciones de admisión de la acción, las presunciones legales y humanas que se deriven de los hechos ya aprobados en juicio, etc.". (18)

En cuanto a los diversos códigos que han existido en México tenemos los siguientes:

"Código Civil de 1870. El capítulo V de dicho ordenamiento regula lo relativo al divorcio. En este código se parte de la noción del matrimonio como unión indisoluble y, como consecuencia lógica, no se admite un divorcio vincular. El citado código señaló seis causas de divorcio (separación de cuerpos), cuatro de las cuales constituían delitos. De las restantes, la sevicia podría constituir delito, pero aún en el supuesto de no llegar a este grado, se le consideró como causa de divorcio. Las causas de divorcio señaladas en dicho ordenamiento, además de inducir sospecha fundada de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal.

Los artículos 239 y 240 del citado código de 1870 disponían: Art. 239: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos de este código.

Art. 240: "Son causas legítimas de divorcio: 1a. -El adulterio de uno de los cónyuges; 2a.- La propuesta del marido para prostituir

(18) Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, p. 310.

a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer: 3a.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal: 4a.- La tolerancia del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la conveniencia en su corrupción; 5a.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6a.- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7a.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

"Ese ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhorta a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva. Asimismo, se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Ahora bien, el Código Civil de 1870 señalaba como condición indispensable para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieren transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

Código Civil de 1884. "De su artículo 226, se desprende que el único divorcio, que admitía, era el de separación matrimonial, suspendiéndose sólo algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

"Como causas de divorcio señalaba dicho código, el adulterio de uno de los cónyuges, el hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato (de matrimonio) y que judicialmente se le declarara ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer, o permitir de alguna manera dicha

prostitución; la violencia hecha por uno de los cónyuges para que el otro cometiera algún delito; la tolerancia de alguno de los cónyuges para permitir o corromper a los hijos; el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada; la sevicia; la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro; el hecho de negarse a administrar alimentos conforme a la ley; la enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria, anterior al matrimonio; la infracción a las capitulaciones matrimoniales; y el mutuo consentimiento.

"En el caso de que ambos consortes de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación, deberían acudir ante el juez para que éste la decretara, no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio, sino que éste debía ser decretado por la autoridad judicial competente.

"Ley sobre Relaciones Familiares. A partir de esta ley, expedida en 1917 por Venustiano Carranza, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por lo tanto, el divorcio si daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados, celebrar nuevas nupcias.

El artículo 75 de aquella ley, instituyó: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Por virtud del divorcio, decía el artículo 102, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en este último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

"Art. 140: La mujer no puede contraer segundo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

Código Civil vigente (1984). "El Código Civil vigente en su artículo 266 reprodujo el artículo 75 de la Ley sobre Relaciones Familiares, que a la letra dice: El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

"En nuestra legislación civil vigente, debemos distinguir cuatro formas distintas de divorcio, tres de las cuales se encontraban ya reglamentadas en la Ley de Relaciones Familiares, consistentes en: a) divorcio necesario; b) divorcio voluntario; c) separación de cuerpos, y la introducción de un nuevo sistema de divorcio que se ha denominado: d) divorcio voluntario de tipo administrativo".

(19)

(19) Rafael Rojina Villegas, op. cit., pp. 348-351.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

"El matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista:

1. Como institución.
2. Como acto jurídico condición.
3. Como acto jurídico mixto.
4. Como contrato ordinario.
5. Como contrato de adhesión.
6. Como estado jurídico.

"Entre las variadísimas posiciones que la doctrina reciente ha adoptado en esta materia y en sustitución de la tesis contractual, tenemos:

"a) La teoría que para matizar las singularidades que separan al matrimonio de los demás actos, habla de un contrato sui generis, personal y social.

"b) La que le da carácter de convención jurídica, pero no de contrato.

"c) La que considera el matrimonio como un acto del Estado.

"d) La que lo constituye como un acto complejo, al que concurren tres voluntades diversas, las de los dos esposos y la del oficial del estado civil.

"e) La que lo califica de negocio bilateral en cuanto procede de la voluntad de los esposos, pero no del contrato, ya que no tiene naturaleza contractual.

"f) La que defiende la tesis del matrimonio institución, respondiendo a la idea de que constituye un conjunto de reglas impuesto por el Estado, que forma un todo y al cual las partes sólo tienen la facultad de prestar su adhesión; una vez que dada ésta, su voluntad es ya impotente, y son los efectos de la institución los que se producen automáticamente.

"g) La teoría mixta que considera el matrimonio a la vez como contrato y como institución natural y de orden público.

1. "El matrimonio como institución. En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. Para el citado autor, el enlace entre las normas es de carácter teológico, es decir, en razón de sus finalidades. Kelsen ha establecido una forma distinta en el encadenamiento normativo a través de su famosa pirámide jurídica, pues distingue diversas capas o estructuras dentro del ámbito general del derecho, tomando en cuenta las relaciones de supraordenación y subordinación que existen entre las normas. Es decir, distingue la norma fundamental, las normas ordinarias o leyes, los reglamentos y las normas individualizadas. Formula una jerarquía entre esas diferentes categorías y un principio de creación en el derecho, según el cual la norma superior rige la creación de la norma inferior.

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

2. "El matrimonio como acto jurídico condición. Se debe a León Douguit haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición. Distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición en su Tratado de Derecho Constitucional. Define el último, como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estado de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua. En el derecho público los actos condición permiten aplicar diferentes estatutos del derecho administrativo a los distintos funcionarios, por el solo hecho de la aceptación y protesta de un cargo. En el derecho privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente.

3. "El matrimonio como acto jurídico mixto. Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares, los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

"El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el oficial del Registro Civil. Este órgano del estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico".

(20)

(20) Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, (Derecho de Familia) pp. 209-213.

4. El matrimonio como contrato ordinario. Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso, pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención de un juez o del oficial del Registro Civil en el caso de que no haya habido hijos y los consortes no tengan bienes o hubieren liquidado la situación respecto a los mismos. Por lo tanto, no basta el mutuo consentimiento de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requiere siempre la intervención de un funcionario del Estado y sobre todo, entre tanto no exista la sentencia del Juez Civil o la declaración del oficial del Registro Civil decretando el divorcio, subsiste el vínculo matrimonial. El artículo 272 del código vigente, que constituye una verdadera novedad en nuestro sistema, es el único precepto que permite la disolución del matrimonio por la declaración del oficial del Registro Civil competente, sin que por lo tanto deba intervenir un juez.

Pero se requiere que ambos consortes sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron. Dispone el precepto que el oficial del Registro Civil levantará acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el oficial los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio. Se previene expresamente por el artículo 272 del Código Civil vigente que el divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tenían hijos, eran menores de edad o no habían liquidado la sociedad conyugal, sufriendo en este caso las penas que establezca el código de la materia.

5. "El matrimonio como contrato de adhesión. Se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieran a ese estatuto fucionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto a sujetos determinados.

6. "El matrimonio como estado jurídico. Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración". (21)

2.1 Definición del matrimonio

La palabra matrimonio proviene del latín matrimonium que significa carga, gravámenes o cuidado de la madre.

"Dos acepciones tiene la palabra matrimonio, pues puede significar ya el vínculo o estado conyugal, ya el acto por el cual se origina y constituye dicha relación.

"Para caracterizar y definir el matrimonio como vínculo se adoptaron por los escritores fórmulas muy diversas de sentido jurídico formal, de sentido sociológico, o bien, de tipo finalista.

(21) Ibid., pp. 222-223.

"Las del primer grupo, o sea, las de sentido jurídico formal, se fijan exclusivamente en la nota de legalidad. El matrimonio es (el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la Ley) (Bandry-Lacantinerie y Hougues-Fourcade).

"Las del segundo grupo, de sentido sociológico, giran alrededor de la nota de permanencia. Así Westerwarck, buscando un concepto de índole histórico sociológico, dice que (es el matrimonio una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitora).

"Entre los del tercer grupo o de tipo finalista, las hay que atienden a la finalidad estrictamente sexual del matrimonio y otras, más aceptables, que atienden a la finalidad espiritual integral.

"Modernamente Ahrens considera al matrimonio como (la unión formada entre dos personas de sexo diferente con el propósito de una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia), Kipp y Wolff, definieron como (la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida)". (22)

Todas estas definiciones recogen la idea moral del matrimonio, propia de la civilización cristiana y moderna y que inspira las legislaciones positivas.

El matrimonio es la base de la familia ya que el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. Del matrimonio derivan todas las relaciones así como derechos y potestades y cuando no existe matrimonio sólo surgen esas

(22) *Ibid.*, pp. 198-199.

relaciones y esos derechos, a través de una benévola concesión. y aun así se consideran a estos derechos y a estas potestades como inferiores a comparación de las que genera el derecho.

Ahora bien, nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 130. tercer párrafo establece que el matrimonio es un contrato civil. Estoy totalmente de acuerdo toda vez que tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato. Por consiguiente en un divorcio voluntario donde no haya habido hijos no bastará el mutuo consentimiento de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requerirá siempre la intervención de un juez que decrete el divorcio, ya que, sin su intervención seguirá subsistiendo el vínculo matrimonial.

2.2 Elementos del matrimonio

Elementos y requisitos del matrimonio. El acto del matrimonio debe revestir una forma solemne prescrita por la Ley. Se han de cumplir también los requisitos necesarios para su validez.

Nos ocuparemos de estudiar:

a) Los elementos esenciales.

b) Los requisitos de validez.

a) Los elementos esenciales del matrimonio son:

1o. El consentimiento.

2o. El objeto.

3o. Las solemnidades requeridas por la Ley.

El consentimiento es la voluntad que se manifiesta a través de la declaración expresa de los contrayentes. Es también la concurrencia de voluntades en el sentido de unirse en matrimonio. Se requiere además la declaración del Juez del Registro Civil, en el sentido de que los cónyuges quedan unidos en nombre de la sociedad y de la ley.

El objeto del acto consiste en que la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer, se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por propia voluntad.

El objeto directo consiste precisamente, en la creación de esos derechos y obligaciones entre los consortes y en relación con los hijos.

El matrimonio es un acto solemne y por lo tanto, las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben revestir la forma ritual que la ley establece, en ausencia de la cual, el acto de celebración del matrimonio, es inexistente.

2.3 Los requisitos del matrimonio son:

a) La capacidad: de goce y de ejercicio.

b) La ausencia de vicios en el consentimiento.

c) La licitud en el objeto.

d) Las formalidades.

a) La capacidad es la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por si mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones; se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación y se pierde junto con las facultades mentales ya sea por locura, idiotismo, imbecilidad o muerte. Los sordomudos que no sepan leer y escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen uso de drogas, enervantes también carecen de capacidad de ejercicio art. 450 c.c.

En cuanto a la capacidad para celebrar el acto del matrimonio (capacidad de ejercicio), los menores de edad requieren el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela (artículo 149 y 150 del Código Civil). Este consentimiento necesario (propiamente es una autorización) puede

ser pulido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo niegan sin causa justa (artículo 151 del Código Civil).

Cuando faltan los padres o tutores, el Juez de lo Familiar de la residencia del menor, podrá prestar el consentimiento para que pueda celebrarse válidamente el acto (artículos 150, y 152 del Código Civil).

b) El consentimiento ha de estar exento de vicios. (Arts. 1812 y 1823 c.c.). El error vicia el consentimiento, si recae sobre la persona del contrayente, cuando entendiéndose celebrar matrimonio con persona determinada, se contrae con otra (artículo 235 fracción I del Código Civil).

La violencia, que consiste en la fuerza o miedo graves, tiene especial importancia en el caso de raptó; porque la voluntad de la raptada no puede expresarse con libertad, hasta que se le restituya a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad (artículo 156 fracción VII del Código Civil).

c) La licitud en el objeto para contraer matrimonio consiste en que no exista parentesco por consanguinidad, por afinidad o por adopción entre los cónyuges.

Que no haya habido adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio.

Art. 156. Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

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

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

III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos o sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

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

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

VII. La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras esta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

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

IX. El idiotismo y la imbecilidad;

X. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual.

d) Las formalidades. Son simples formalidades las siguientes: la solicitud que previamente han de suscribir y presentar los contrayentes la mención del lugar y la fecha del acta de matrimonio, así como la edad, ocupación y domicilio de los contrayentes; la constancia de que son mayores o menores de edad y en este segundo caso, de que se presta el consentimiento de los padres; de que no existe impedimento para celebrar el matrimonio y la mención del régimen patrimonial de los consortes, así como los nombres, apellidos y ocupación de los testigos (artículos 102 y 103 del Código Civil. (23)

(23) Ignacio Galindo Garfias, op. cit., pp. 487-489.

2.4 Consecuencias del matrimonio

Diversidad de efectos o consecuencias. Los efectos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista: a) Entre consortes: b) En relación con los hijos, y c) En relación con los bienes.

a) Consecuencias o efectos entre consortes. Aquí veremos tanto los derechos que se derivan del estado civil que rige el matrimonio, como las obligaciones correlativas a ese estado.

En el matrimonio tales derechos subjetivos principalmente se manifiestan en las facultades siguientes:

1. El derecho a la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación.
2. El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente
3. El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos.
4. El derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

El derecho a exigir una vida en común. La vida en común implica la relación jurídica fundante, por que si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas.

Otro derecho interesante en el matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débito carnal. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad.

Evidentemente que, como en todos los problemas de derecho familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que en este caso se trata no sólo de una

función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto por el artículo 162, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. En algunas definiciones, tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal.

El derecho de exigir fidelidad, y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la Ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio, si implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge.

No sólo existe en relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues podemos encontrar aquí diferentes grados y, por lo tanto, distintas formas de incumplimiento.

"El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento de ilicitud por lo que se refiere a ese deber. Además, no sólo se comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica.

"Otro de los deberes que impone el matrimonio y, por consiguiente, de los derechos que nacen de ese estado civil, es el de socorro y ayuda mutua.

"Se trata como en los casos anteriores, de verdaderos derechos-deberes o estados funcionales que están siempre en la solidaridad

familiar y tienen por objeto realizar los fines superiores de la misma." (24)

"El deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. De esta suerte tenemos un contenido patrimonial en la obligación de alimentos y un contenido moral en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente por el artículo 147, así como por el 162, bajo los términos de 'ayuda mutua', 'socorro mutuo'.

b) "Consecuencias o efectos del matrimonio respecto a los hijos. Las consecuencias del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista: 1) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos; 2) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres y 3) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

"El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 dispone: "Se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio: II. Los hijos nacidos de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de la nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

"Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres. Los artículos 354 y 359 regulan esta importante consecuencia, que en nuestro derecho sólo puede obtenerse por el

(24) Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 319-322.

matrimonio y no por un decreto del Jefe del Estado. Dice el artículo 354: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio los hijos antes de su celebración.

"Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad. En nuestro derecho, a diferencia de otras legislaciones el matrimonio no atribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo, en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales. Por este motivo, nuestro Código Civil al regular la patria potestad no toma en cuenta la calidad de hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, conforme al orden reconocido en el artículo 420, es decir, primero a los padres, a falta de ellos, a los abuelos paternos y en su defecto a los abuelos maternos. En los artículos 415 a 418 expresamente el Código Civil regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio sólo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad, respecto a los hijos legítimos.

"En la mayoría de las legislaciones, el matrimonio si produce efectos; por lo que se refiere al padre, se requiere que se trate de hijos legítimos para que se ejerza la potestad respectiva, con el conjunto de derechos y obligaciones. En cuanto a la madre generalmente se admite que tratándose de hijos naturales a ella le corresponde la patria potestad.

c) "Consecuencias o efectos del matrimonio en cuanto a los bienes. Conforme al sistema regulado por el Código Civil, vigente, existen dos regímenes posibles en cuanto a los bienes al celebrarse un matrimonio: a) El de separación de bienes, y, b) El de sociedad conyugal. El artículo 98, fracción V, del Código Civil exige que con la solicitud de matrimonio se presente al convenio que los

pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran después". (25)

En dicho convenio expresarán con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes, la ley no presume ningún sistema, sino que es obligatorio convenirlo expresamente. El oficial del Registro Civil no deberá proceder a la celebración del matrimonio si no se cumple con este requisito previo de fundamental importancia.

(25) *Ibid.*, pp. 327-328.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

3.1 Definición de divorcio.

"Divorcio proviene del latín divortium, que significa disolución del matrimonio. "Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa: dos sendas que se apartan del camino.

"En un sentido más amplio y moderno divorcio es la separación de cosas que estaban unidas.

"En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo". (26)

3.2 Elementos del divorcio

1. Disolución del vínculo matrimonial.

2. Qué dicha disolución esté basada en alguna de las causales que enumera el artículo 267 del Código Civil, (divorcio necesario), o bien que tanto marido y mujer estén de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio voluntario).

3. Que la disolución sea decretada por autoridad competente (judicial o administrativa).

3.3 Clases de divorcio

1. Divorcio por separación de cuerpos.

(26) Ibid., p. 383.

2. Divorcio vincular: 1. Divorcio necesario; 2. Divorcio voluntario.

3. Divorcio voluntario de tipo administrativo, o judicial.

1. Divorcio por separación de cuerpos. El vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación material de los cónyuges, quienes ya no están obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital.

2. Divorcio vincular. La principal característica de este divorcio consiste en la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias. Dentro de éste sistema podemos hacer una división bipartida, a saber: divorcio necesario y divorcio voluntario. El divorcio vincular necesario se decreta por las causales señaladas en las fracciones I a XVIII del artículo 267 del Código Civil vigente, que podemos clasificar en los siguientes grupos: a) por delitos entre los cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas, b) hechos inmorales, c) incumplimiento y obligaciones fundamentales en el matrimonio; d) actos contrarios al estado matrimonial, y e) enfermedades y vicios.

Estas causas graves dan origen al divorcio vincular, aun en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

Dentro del divorcio vincular necesario, podemos mencionar el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero se motiva por las causas enumeradas, en el artículo 267 del Código Civil vigente.

El divorcio remedio se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro consorte padece una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria.

3. La fracción XVII del artículo 267 del Código vigente señala también como causa de divorcio, el mutuo consentimiento, dando lugar al divorcio voluntario. Este tipo de divorcio puede ser administrativo o judicial. El primero procede, en los términos del artículo 272 del Código Civil que textualmente dice: "cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el oficial del registro civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse".

El divorcio voluntario de tipo judicial. Se da cuando no se llevan los requisitos enunciados en el divorcio de tipo administrativo que son: la disolución de la sociedad conyugal, el que no se tenga hijos, el que se ratifique a los quince días, la voluntad de divorciarse, y el que sean mayores de edad. (27)

3.4 Consecuencias del divorcio

a) Capacidad para celebrar nuevo matrimonio. A partir de la Ley de Relaciones Familiares, y antes, a partir de la Ley de 1914, al disolver el divorcio el vínculo matrimonial, cada cónyuge ya recobraba su capacidad jurídica para celebrar nuevo matrimonio; pero se establecieron ciertas limitaciones en función de la clase de divorcio que se hubiese obtenido; o para sancionar al cónyuge culpable. De esta suerte, el Código Civil vigente (1984), lo mismo que la citada Ley de Relaciones Familiares, para el divorcio voluntario, impiden que los cónyuges puedan celebrar nuevo matrimonio dentro del término de un año.

(27) *Ibid.*, pp. 385 y 396-397.

Ahora bien el matrimonio que se celebre violando la Ley, no está afectado de nulidad, sino que en forma contradictoria el Código Civil, lo considera ilícito, pero no nulo. Expresamente el artículo 264 nos dice: "Es ilícito pero no nulo el matrimonio: II cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159 y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289.

Precisamente este último precepto 289, nos dice: "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio....

Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente, puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio". La única sanción que existe es la de la pena por falso informe al oficial del Registro Civil, lo que constituye un delito. El Código Penal considera que proporcionar un falso informe a la autoridad, constituye un delito. Para que un cónyuge que se ha divorciado voluntariamente, y no ha transcurrido el término de un año, pueda volver a casarse, necesariamente tiene que informar falsamente al oficial del Registro Civil, haciéndose pasar como soltero y no como divorciado.

Porque si quisiera pasar como divorciado, tendrá que exhibir la copia certificada de su sentencia de divorcio y el oficial del Registro Civil no autorizará el matrimonio, si no ha transcurrido el término de un año. (28)

b) Capacidad de ejercicio de la mujer divorciada. Otra de las consecuencias del divorcio se refiere a la capacidad de ejercicio de la mujer divorciada, pues la del hombre ni bajo el sistema

(28) Ibid., pp. 520-521.

vigente se altera por virtud de la disolución del matrimonio. En cambio, la capacidad de ejercicio de la mujer divorciada, si sufrió bajo los códigos civiles de 1870 y 1884 un cambio radical. A partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, en principio se equiparó la capacidad de goce y de ejercicio de la esposa con la del marido, se dispuso que el matrimonio no afectaría la capacidad de ejercicio de la esposa.

Lógicamente entonces, el divorcio ya no puede en la actualidad producir un cambio fundamental en esa posibilidad jurídica de actuar que tenga la divorciada, tanto desde el punto de vista de derecho civil al contratar, al obligarse, al celebrar actos jurídicos de dominio o administración, como del derecho procesal, para poder comparecer directamente en juicio como actora o como demandada.

En realidad, el divorcio produce igual efecto respecto de la capacidad de ambos cónyuges, tanto en la citada ley de Relaciones Familiares como en el Código vigente, sólo existe la prohibición de que la mujer contrate con su marido, y únicamente podrá hacerlo previa autorización judicial cuando no se perjudiquen sus intereses, y esto como un resabio de aquella idea de la potestad marital, que todavía existe en la legislación vigente, para considerar que el marido puede en algún sentido, durante el matrimonio, al celebrar contratos con su esposa, perjudicarla desde el punto de vista económico. Pero ya la mujer divorciada se encontrará frente a su exmarido en la misma situación jurídica que cualquier otra persona y, por lo tanto, como desaparece la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron, los divorciados, al tener separados sus bienes, podrán contratar libremente. (29)

(29) *Ibid.*, pp. 526-527.

c) Uso por la divorciada del apellido de su ex-marido. Otra consecuencia del divorcio se refiere al uso que la divorciada pueda hacer del apellido de su ex-marido. En México no se tiene la costumbre que existe en otros países de que la mujer casada adopte durante su vida matrimonial el apellido de su esposo, de tal manera que para evitar confusiones respecto de sus bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad adquiridos antes de casarse y los que adquiriera durante el matrimonio, así como por lo que se refiere en general a actos jurídicos que lleve a cabo, se hace necesario distinguir en estos países entre el apellido de la mujer antes y después del matrimonio. Nosotros, simplemente, por costumbre, que es en este caso fuente de derecho, agregamos al apellido de la mujer casada el de su marido, después de la partícula "de" por ejemplo, Sra. Martínez de Fernández, lo que evita cualquier confusión en el Registro Público de la Propiedad, en el Registro Civil y en todos los distintos actos y contratos que lleve a cabo. En cambio, en los países en que la mujer casada adopta el nombre de su marido, sin conservar el propio y sin agregar la partícula "de", pueden presentarse serias confusiones al grado de que en un momento dado, por ejemplo, los bienes de una cuñada del mismo nombre, puedan aparecer como bienes de la esposa, dado que tanto ella como su cuñada, llevan el mismo nombre individual o nombre de pila y el mismo apellido, o sea, que la mujer casada suprimió el suyo y adoptó el de su marido, que es el mismo que el de su cuñada. Por esto, el Código francés, prohíbe a la mujer divorciada seguir usando el apellido del marido. En el Código alemán se hace una distinción: Si la mujer no dio causa al divorcio puede conservar el apellido del marido, en cambio, si la mujer dio causa, su marido puede oponerse a que su exesposa siga usando su apellido, pero si no hay oposición, podrá incluso la mujer culpable, seguir ostentándose como si fuera casada.

Entre nosotros, como no hay disposición expresa en el sentido antes indicado y como por otra parte la costumbre ha sido que la mujer casada no pierda su apellido y simplemente agregue al suyo el de su marido, es evidente que en el caso de divorcio, sea culpable o inocente, perderá todo derecho a seguir usando el

apellido de su exesposo, pues ello denotaría que aún continúa casada. En consecuencia, si el matrimonio ya quedó disuelto, no hay razón alguna para que la mujer siga ostentando un apellido que no le pertenece. Sin embargo, como nada legisla el Código Civil al respecto, no habrá sanción en caso contrario. (30)

d) Capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio.

El Código Civil ha pretendido autorizar a la mujer casada en ciertos casos para ejercer el comercio, no obstante la oposición del marido, o bien si el marido no cumple con todas las necesidades de su hogar.

Los preceptos del Código Civil vigente que sobre el particular tenemos dicen así: artículo 168.-"Estará a cargo de la mujer, la dirección y los cuidados del hogar" 169.-"La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior, ni se dañe la moral de la familia o la estructura de ésta". Artículo 170.-"El marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a las actividades a las que se refiere el artículo anterior, siempre que convenga a todas las necesidades del hogar, y funde su oposición en las causas que el mismo señala. En todo caso el juez resolverá lo que sea procedente". Artículo 171.- "En caso de que la mujer insista en usar los derechos que le concede el artículo 169 (por ejemplo ejercer el comercio), no obstante que el marido se los rehuse apoyado en lo dispuesto en el artículo anterior, el juez respectivo resolverá lo que es procedente".

Ahora bien, en la actualidad, si el código vigente admite ya el divorcio vincular, es evidente que, a mayoría de razón, si el de comercio facultaba a la mujer simplemente separada de su marido

(30) *Ibid.*, pp. 534 y 535.

para ejercer el comercio, sin autorización de éste, la mujer ya divorciada, disuelto su matrimonio, podrá ejercer libremente el comercio.

Por lo tanto, una consecuencia del divorcio vincular (necesario o voluntario), será que la mujer, al recobrar su capacidad en el orden mercantil (supuesto que en el orden civil la tiene, no obstante que sea casada), sí podrá ejercer el comercio que no pudo desempeñar durante su vida matrimonial, por oposición del marido. (31)

e) Alimentos del cónyuge inocente. La razón de que el cónyuge culpable pague una pensión alimenticia en cuanto a sus posibilidades económicas es una sanción. Más aún, si durante el matrimonio ambos cónyuges tienen el deber recíproco de darse alimentos, de ayuda mutua, según sus necesidades y de acuerdo con sus posibilidades, en el caso de divorcio, como se sanciona al cónyuge culpable por un hecho que le es directamente imputable, y dado que ya no prestará ese auxilio económico al otro cónyuge, no habrá razón para distinguir entre la mujer y el marido, pues no es en función de la necesidad de los alimentos, sino por una pena que se impone al cónyuge culpable, por haber disuelto el matrimonio. Claro está que priva la idea humana de que es sobre todo la mujer la que considera que a través del matrimonio tendrá el sostén económico del marido, y que si éste por un hecho que le es imputable, ya no podrá seguir dándoselo a través del matrimonio, tendrá que hacerlo no obstante el divorcio. Nadie puede sacar provecho de su propia culpa, y sería premiar al marido que además de ser el causante del divorcio, pudiera obtener una liberación de las obligaciones que fundamentalmente se le habían impuesto en razón de sus posibilidades, de su solvencia económica, de su capacidad para el trabajo, para sostener a la mujer que fue inocente en la disolución del vínculo matrimonial. (32)

(31) Ibid., pp. 536-537.

(32) Ibid., pp. 538-539.

f) Las tres consecuencias principales del divorcio respecto a los hijos. La primera se refiere a los efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, o simplemente separada jurídicamente de su marido. La segunda, comprende las consecuencias en cuanto a la patria potestad, y la tercera las relativas a los alimentos de los hijos. (33)

g) Legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada. Al efecto deben distinguirse tres períodos: 1. Si el hijo naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges. 2. Si naciera después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia o divorcio y 3. Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

1. Primer período. Cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, conforme al artículo 324, fracción II del Código Civil vigente, existe siempre la presunción de legitimidad del hijo, de tal manera que el marido no podrá impugnarla, sino demostrando que fue físicamente imposible que tuviera relación sexual con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento.

Esta legitimidad no podrá ser desconocida aún cuando el marido comprobare el adulterio de la madre, y aun cuando ésta reconociera el adulterio y confesare expresamente que el hijo no es de su marido. En estos casos, la ley exige además que se acredite que el nacimiento se le ocultó al marido o bien, que éste demuestre que dentro de los trescientos días anteriores al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa. En realidad, esta última

(33) *Ibid.*, p. 541.

exigencia del artículo 326, es notoriamente indebida, porque debe estarse a la regla general del artículo 325, de que bastará que el marido demuestre que físicamente fue imposible que tuviese cópula carnal con su mujer sólo en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. (34)

2. Segundo periodo. Este periodo se refiere al hijo que naciere después de los trescientos días de decretada la separación judicial. En este periodo hay dos posibilidades: pueden transcurrir los trescientos días sin que se pronuncie sentencia de divorcio, o bien, en casos relativamente excepcionales, puede haberse pronunciado la sentencia de divorcio judicial. Por lo tanto cabe la posibilidad de que el hijo nazca después de trescientos días de la separación judicial, pero antes de que se pronuncie sentencia de divorcio o bien, que el hijo naciere ya después de que se dictó la sentencia de divorcio, pero antes de que transcurran trescientos días de que causó ejecutoria. Para los efectos legales, lo que importa es que en este segundo periodo no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca, más de trescientos días de pronunciada la sentencia. La idea fundamental es la siguiente: aún cuando hubo separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá la relación sexual entre los esposos, jurídicamente siguen unidos en matrimonio, hasta no tener la sentencia definitiva que cause ejecutoria y disuelva el vínculo. Por lo tanto, si el hijo naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que se pronuncie sentencia, evidentemente fue un hijo nacido durante el matrimonio de sus padres. A su vez, si el hijo naciere después de que se pronunció la sentencia, y ya había transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación pero no el de trescientos días siguientes a la disolución, que sólo se opera por sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres. (35)

(34) Idem.

(35) Ibid., p. 544.

3. Tercer periodo. Este comprende a los hijos que la mujer divorciada tuviese después de los trescientos días siguientes a la disolución de su matrimonio. Aquí se tienen que distinguir los casos en que el hijo naciere después de trescientos días de muerto el marido de su madre, o de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad. En el caso de muerte del marido, ni siquiera hay posibilidad de que el hijo de la viuda pudiese pretender algún derecho en relación a los bienes, al apellido del que fue marido de su madre, por una absoluta imposibilidad física de que éste hubiere engendrado al hijo, ya que nació después de trescientos días siguientes a su muerte. En cambio, el hijo póstumo que es aquel que nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, tiene siempre la presunción de legitimidad, para ser heredero, para llevar el apellido del marido, y para tener todos los derechos de un hijo legítimo. Pero bastará que nazca después de trescientos días de muerto el marido de la madre para que pierda todo derecho, y no pueda haber posibilidad alguna de que se le considere ni en el aspecto hereditario ni en cuanto al uso del apellido paterno, como un hijo legítimo. (36)

h) Consecuencias del divorcio, en cuanto a la patria potestad. Por lo general se consagra en los códigos civiles que se prive al cónyuge culpable de la patria potestad de los hijos y se conceda al inocente. También cuando el divorcio se decreta por alguna enfermedad crónica, que sea además contagiosa o hereditaria coinciden los códigos que reconocen ésta causal, en conceder la custodia de los hijos menores al cónyuge sano, y simplemente restringen el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, solo para evitar que pudiese contagiar a sus hijos a través de la convivencia, del trato continuo y de la posibilidad de intervenir en su educación; pero como la patria potestad no es sólo una suma de derechos, sino también de obligaciones y responsabilidades, se mantienen estas para el

(36) *Ibid.*, p. 547.

cónyuge enfermo, especialmente dentro de su posibilidad de suministrar alimentos a sus hijos, de representar jurídicamente en todos aquellos actos en que se requiera la intervención del padre, o en su caso de la madre, así como cuando se trate de lo que constituye la asistencia que no es una representación sino únicamente una autorización del acto jurídico que lleve a cabo el hijo menor de edad. (37)

1) Consecuencias del divorcio en cuanto a los bienes de los conyuges. Estas consecuencias de carácter patrimonial están divididas en tres aspectos: 1. En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal 2. En cuanto a la devolución de las donaciones y, 3. En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios que el cónyuge culpable causa al inocente, por virtud del divorcio. (38)

1. Disolución de la sociedad conyugal. Si el matrimonio se contrajo en el régimen de sociedad conyugal, el divorcio origina la disolución de ésta, y esta disolución se hace en la forma de una liquidación en el sentido de que primero se tendrán que pagar todas las obligaciones sociales, para cuyo efecto al constituirse la sociedad conyugal, se determinará el activo y el pasivo de la misma.

La sociedad conyugal, constituye una persona moral distinta de las personalidades individuales de los cónyuges, tiene por lo tanto un patrimonio autónomo, integrado por un activo, o sea por el conjunto de bienes que los consortes aporten, y estos bienes pueden comprender tanto los anteriores al matrimonio, como los que se adquieren durante ésta. Puede la sociedad conyugal referirse sólo a determinados bienes, por ejemplo, los que se adquieran a partir de la celebración del matrimonio, practicándose la separación en cuanto a los bienes anteriores, concretándose sólo a los bienes inmuebles de los consortes, para establecer la

(37) Ibid., p. 549.

(38) Ibid., p. 556.

separación respecto de los bienes muebles. Como persona moral la sociedad conyugal, además de tener un activo, tendrá un pasivo. Es decir se tendrá que precisar si están a cargo de la sociedad las deudas personales de los consortes, anteriores al matrimonio y las deudas que contraigan durante el matrimonio. Esto integrará a través del activo y pasivo, el patrimonio que se define como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero y que constituyen una universalidad jurídica. (39)

2. Devolución de las donaciones. El artículo 286 del Código Civil vigente dice: "El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho" la mayoría de los Códigos Civiles hacen perder al cónyuge culpable las donaciones que recibieren del inocente, pero no las donaciones que les hiciere un tercero en consideración al matrimonio.

Se llaman donaciones prenupciales las que haga un tercero o uno de los futuros esposos al otro, en consideración al matrimonio y, donaciones entre consortes las que lleve a cabo durante la vida matrimonial un cónyuge en favor de otro. El mencionado artículo 286 hace perder al cónyuge culpable no sólo las donaciones que le hubiese hecho el inocente, sino también las que recibiere de un tercero.

Se llaman antenupciales las donaciones que antes del matrimonio hace un esposo a otro, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado.

El artículo 233 del Código Civil vigente manifiesta que "las donaciones entre consortes pueden ser revocables libremente y en todo tiempo por los donantes". Habrá que agregar a la disposición

(39) *Ibid.*, p. 557.

del artículo 233, que no sólo las donaciones se volverán irrevocables por la muerte del donante, sino también, cuando se decreta el divorcio en perjuicio del cónyuge donante, por ser el culpable. Esta conclusión se desprende del artículo 286 que dice "el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho". Por consiguiente, no se podrá revocar por el cónyuge culpable la donación que hubiese hecho, alegando que durante su vida puede en todo tiempo revocarla. (40)

2. bis. Ventajas especiales que se hubiesen pactado en las capitulaciones matrimoniales. Además de la sanción respecto a las donaciones que pierde el cónyuge culpable, se presenta el problema de saber si las ventajas que se hubiesen otorgado en las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal, al cónyuge que después resulta causante del divorcio, deberán entrar en esta sanción prevista por el artículo 286, o bien, si esas ventajas las conservará el cónyuge culpable, aun cuando rompan la equivalencia que debe existir en términos generales en éstas capitulaciones matrimoniales.

En este sentido el Código Francés estatuye que estas ventajas patrimoniales, si las pierde el cónyuge culpable; que por lo tanto no podrá tener más utilidades y más participación en los bienes de la sociedad conyugal, que las que le correspondan en función de sus aportaciones respectivas y no en función de lo que se hubiere convenido. Por ejemplo es costumbre que no obstante que las aportaciones de los cónyuges sean distintas y en ocasiones uno de ellos generalmente el marido, aporte todos los bienes, se pacte que las utilidades se repartirán por igual, y que liquidada la sociedad conyugal, también los bienes de la sociedad se dividirán por partes iguales.

(40) Ibid., p. 561.

En los casos de disolución por muerte, evidentemente que se respetan estas capitulaciones matrimoniales, o en los casos de disolución por convenio de los consortes, cuando durante el matrimonio dan término a la sociedad conyugal. (41)

3. Obligación de indemnizar de un cónyuge respecto al otro. Otra consecuencia del divorcio consiste en que el cónyuge culpable deberá indemnizar a la inocente de todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado por virtud del divorcio. Se comprenden en nuestro derecho los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, en virtud de que se considera que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito, y como tal se obliga a reparar no sólo el daño patrimonial sino el moral, siempre y cuando éste no exceda de la tercera parte de aquél. Resulta por tanto que en los casos de divorcio el cónyuge culpable tendrá que indemnizar los daños patrimoniales y morales, pero con el límite de que éstos no excedan de la tercera parte de aquellos.

Dice sobre el particular el artículo 288 del Código Civil vigente. "Además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito". Quedan exceptuados en este artículo todos aquellos cónyuges enfermos que den causa al divorcio.

Por disposición expresa del artículo 288, toda causa de divorcio que implica culpabilidad del cónyuge, se convierte en hecho ilícito. Aquí no tenemos que aplicar estrictamente la teoría del hecho ilícito que existe en general para considerar que es fuente de obligaciones, y que obliga al que se conduzca con dolo o culpa,

(41) *Ibid.*, p. 564.

a indemnizar el daño causado. Bastará que exista cualquier causa de divorcio que implique delito, hecho inmoral, acto contrario al estado matrimonial, vicios o incumplimiento de obligaciones matrimoniales, para que, aunque no encaje estrictamente en el concepto de hechos ilícitos, ejecutados con dolo o con culpa, se tenga que responder de los daños que causó el divorcio, haya o no intención de causarlos, exista o no culpa en su causación. En materia de hechos ilícitos, fuera del divorcio, siempre habrá que acreditar: I. Qué se ejecutó un hecho que causó daño a otro II. Qué ese hecho se ejecutó con la intención de causar el daño, es decir, con dolo; o sin esa intención, pero con imprudencia, falta de previsión, de cuidado o reflexión y III. Que existe una relación de causalidad entre el daño y el hecho doloso o culposos.

El artículo 1915 del Código Civil vigente nos dice: "La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible en el pago de daños y perjuicios".

CAPITULO IV

ANALISIS COMPARATIVO DE LAS XVIII CAUSALES

DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL

DISTRITO FEDERAL

4.1 Análisis de la fracción XI.

Sevicia, amenazas e injurias. La sevicia la constituyen los malos tratos de obra que revelan crueldad en quien los ejecuta, sin que, impliquen un peligro para la vida de las personas.

Amenazas. Son los actos en virtud de los cuales se hace a un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes, o sobre la persona o bienes de seres que le son queridos.

Injurias. Es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de manifestar al otro desprecio, o con el fin de hacerle una ofensa.

Para la sevicia discuten los autores y la jurisprudencia se requiere un mal trato continuo, aún cuando no sea grave, pero que haga imposible la vida conyugal; o que haya sevicia a pesar de que el mal trato no sea continuo, pero sea grave, y el cual sea de palabra o de obra.

La finalidad de la sevicia es hacer imposible la vida conyugal, así se le debe entender, que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen den como resultado que se rompa la armonía entre los cónyuges. Los malos tratos podrán realizarse cuando, sin ser graves, sean continuos, revelen lo que en el derecho norteamericano se llama crueldad y, especialmente cierto tipo de crueldad mental, para llegar a formar complejos en el cónyuge inocente, hacerlo llegar a la desesperación, a un estado que le sea insoportable cuando sean hábilmente ejecutados por el cónyuge culpable.

Puede llegar a ser el mal trato tan grave, tan intenso, que una vez llevado a cabo, aún cuando jamás se repita, constituya la sevicia una causal para divorciarse. Por ejemplo golpes intensos que impliquen, además, injurias graves.

Lo que normalmente ocurre en ciertos matrimonios, es que la sevicia sea a través de un mal trato continuo, por lo general de palabras, por lo que aquí el juez tendrá que apreciar la cultura, la educación y las condiciones sociales de los consortes, para saber si hay verdaderamente un mal trato de palabra que haga imposible la vida conyugal o si se trata de la forma común de vida que priva no sólo entre los consortes sino también entre las personas de la misma clase social.

Cuando el juez haga conclusiones de que es en función de la continuidad de los malos tratos como resulta imposible la vida conyugal, decretará el divorcio.

Poco importa que los actos de sevicia, amenazas o injurias hayan sido aislados o continuos. Si su gravedad es tal que haga considerar que todo afecto ha acabado entre los consortes y que por consiguiente es imposible la vida en común; el divorcio se impondrá pues, por más que la causa que lo motive, llámese sevicia, amenazas o injurias no haya tenido verificativo más que una sola vez. Por el contrario si los hechos que se alegan son considerados de poca importancia, si no revelan odio ni falta de consideración de un esposo para el otro, si son producto de un arranque de enojo, no serán suficientes para llevar a cabo la separación de los cónyuges, aún cuando se pruebe que son continuos estos enojos.

Este mismo criterio regirá para la injuria grave, pero esta gravedad debe ser analizada por el juez y no por la parte actora en el juicio de divorcio a efecto de saber si hace imposible la vida en común entre los consortes. (42)

Divorcio, injurias graves como causa de "tratándose de juicios de divorcio, por causa de injurias graves que hacen imposible la vida

(42) *Ibid.*, pp. 449-450.

conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos que ha roto, de hecho, el vínculo de mutua consideración indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador". (43)

4.2 Comparación y diferencia de la fracción XI con las demás causales:

1. Adulterio. La primera causal que contempla el Código Civil vigente en su artículo 267 es el adulterio, esta causal implica un delito de un cónyuge en contra del otro. Evidentemente aquí no se necesita que exista sentencia en materia penal para que se tipifique el adulterio. El juez de lo civil puede apreciar con toda libertad las pruebas que se le han presentado para aclarar el adulterio que se le imputa al demandado. Esto en razón de que el adulterio es un delito que se persigue a instancia de parte o querrela del esposo ofendido, que puede hacer valer la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se castigue penalmente ese acto.

"Adulterio de la mujer o del marido. Esta causal es universal. Es a la vez falta de obligación de fidelidad que se deben mutuamente los esposos. Del mismo modo que representa una injuria grave para el cónyuge ofendido.

"El adulterio a que se refiere la ley para efectos de divorcio es el adulterio civil, no el delito que trata el Código Penal, en

(43) Tesis 380, Ultima Compilación de Jurisprudencia publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación del año de 1955. p. 705.

donde la tipicidad cambia según se refiera a la esposa o al esposo. Hay adulterio civil si la mujer casada yace con varón que no es su esposo o si el marido yace con mujer que no es su esposa.

"Los hechos para tener validez deben probarse, y a la vez ser precisos y concretos. No vagos como por ejemplo cuando se les pregunta a los testigos y éstos dicen que el esposo hace vida marital con otra mujer desde hace tiempo.

"Existe por consiguiente que sólo haya acción de divorcio sin querrela en el orden penal, o podrá existir la acción de divorcio y, además, la querrela. En este sentido el juez de lo civil no necesita esperar a que se dicte sentencia en el proceso penal. Con las pruebas que se le ofrezcan podrá precisar libremente si existe adulterio para decretar el divorcio, con la posibilidad de que se haya resuelto la causa penal, en el sentido de que no se probó el adulterio. (44)

"No hay derecho al divorcio si el otro cónyuge asiente al adulterio o al acto punible o es copartícipe culpable del mismo, como coautor, inductor o cómplice.

"Así pues, el divorcio no puede tener lugar especialmente cuando la mujer, a ciencia o con la voluntad del marido, ha hecho comercio de su cuerpo o cuando el marido comete adulterio con una detective contratada a este efecto por la mujer. Sobra decir que el consentimiento puede revocarse en todo momento aunque uno de los cónyuges se hubiera obligado a tolerar el adulterio". (45)

(44) Rafel Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 438-439.

(45) Fhecdor Kipp, Ludwig Enneccerus y Martín Wolf. Derecho de Familia, p. 216.

Ahora bien, el adulterio tanto en materia penal como en materia civil tiene igual significado. El adulterio supone un elemento material que consiste en tener relaciones sexuales con persona distinta al conyuge, tiene también el adulterio un elemento intencional que consiste en llevar a cabo el acto en cuestión. Cuando se da el caso que falta alguno de los elementos no puede haber ni penalidad ni divorcio.

Así tenemos que una intimidad poco honesta no puede invocarse como adulterio que acarrearía lógicamente el divorcio, lo mismo ocurre con la simple tentativa de adulterio. Estos casos pueden ser admitidos en un momento dado como injurias graves, pero entonces surge la apreciación del Juez.

Así tenemos que hay adulterio cuando el acercamiento sexual ha sido consecuencia de un acto de violencia, de hipnotismo, etc.
(46)

2. El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo. Esta causal es bastante clara al señalar que si la mujer tiene un hijo durante el matrimonio se presumirá que no es del esposo con el que se está contrayendo el matrimonio ya que ha sido concebido antes de celebrado el contrato matrimonial, y dicho hijo es declarado ilegítimo, por lo que es causa suficiente para que se disuelva el matrimonio.

Art. 328, que dice: "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

Primero: Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte.

Segundo: Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar;

Tercero: Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;

La acción de desconocimiento de la paternidad sólo puede ser integrada por el marido dentro del término que señala el Art. 330 del Código Civil, o sea el de "60 días contados desde el nacimiento, si está presente el marido; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento".

La acción de divorcio en este caso, únicamente puede ser intentada después de que se obtenga por el marido sentencia ejecutoria que declare la ilegitimidad del hijo, lo que en la práctica da lugar a un juicio que dura aproximadamente dos años, dada la lentitud de nuestros tribunales. Como la acción de divorcio no es acumulable a la de ilegitimidad del hijo, porque lo prohíbe el Art. 31 del Código de Procedimientos Civiles, según el que, no deben acumularse dos acciones de las cuales el éxito de una de ellas dependa del resultado que se obtenga en la otra que ha de iniciarse en primer término, sucede que el marido no podrá promover el divorcio sino después de que con la autoridad de la cosa juzgada se declare que el hijo no es suyo. Entre tanto estará obligado a considerarse subsistente el vínculo matrimonial, y por ende, las obligaciones que del mismo derivan a su cargo, como son las de alimentar a su esposa, e incluso vivir con ella, pero esta última la puede eludir pidiendo el depósito de la mujer como acto preparatorio, ya sea del juicio de desconocimiento de la paternidad, y con mayor razón, el del de divorcio que precisamente se inicia con un auto del juez en el cual se ordena la inmediata separación de los cónyuges. Respecto de los hijos seguirá en pie la obligación de alimentarlos, incluyendo en ellos al ilegítimo.

Cuarto: Aunque la ley no lo dice, es conforme a la lógica y a la justicia, que el término de seis meses dentro del cual debe integrarse la acción de divorcio para evitar su caducidad, no comienza a correr, tratándose de esta causal, sino a partir de la fecha en que cause ejecutoria la sentencia que declarase al hijo ilegítimo.

Por principio de prueba por escrito que exige el Código para la eficacia de la acción de desconocimiento de la paternidad, se entiende un documento emanado de la persona obligada, en este caso del marido, mediante el cual se pueda presumir o demostrar el hecho que se trata de probar. Por ejemplo, una carta del esposo dirigida al presunto hijo, en la cual le da el trato que los padres dan a los hijos.

También es aplicable el Art. 359 del propio código, que dice "Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre, al casarse, declara que reconoce al hijo de quien la mujer está en cinta, o que lo reconoce, si aquélla estuviera en cinta".

Con relación a esta causa de divorcio, puede presentarse el siguiente problema: Supóngase que en el juicio intentado contra la mujer para declarar ilegítimo al hijo concebido antes de la celebración del matrimonio, el marido obtiene sentencia favorable contra la cual interpone juicio de amparo su esposa. En este caso, cabe preguntar si corre el término de 6 meses que fija la ley para iniciar el juicio de divorcio, bajo la sanción que de no hacerlo, caducará la acción respectiva. Si al presentar su demanda de amparo, la mujer obtiene la suspensión del acto reclamado, o sea de sentencia que declara ilegítimo a su hijo, es incuestionable que no corre el término de 6 meses; pero en caso contrario, esto es, cuando no obtiene dicha suspensión, el término corre respecto del marido. Sin embargo, cabe suponer que la Suprema Corte de Justicia niegue a la esposa el amparo solicitado por ella, en cuyo caso queda firme la ejecutoria de segunda instancia, cuyos efectos no fueron suspendidos por no haberse decretado la suspensión definitiva. En tal caso, no obstante que

existe una sentencia con la autoridad de la cosa juzgada que declara que el hijo fue concebido antes del matrimonio y que no es del marido, éste no podrá ya ejercitar la acción de divorcio por haber transcurrido los seis meses de caducidad. (47)

Por otra parte esta causal a diferencia de la sevicia, las amenazas y las injurias no contiene malos tratos ni humillaciones sino únicamente el que la cónyuge de a luz un hijo antes de que se celebre el matrimonio, por lo que son causales distintas en su contenido, pero a la vez, cualquiera de ellas se puede invocar para disolver el matrimonio.

3. Actos del marido para prostituir a su esposa. Esta causal se hace consistir en el hecho de que el marido prostituya a su mujer directamente o acepte dinero o cualquier otra cosa para que su mujer tenga relaciones sexuales con otro hombre; así pues no se requerirá que se declare penalmente al marido del delito de lenocinio, pues dada la amplitud con que está expresada esta causal en el artículo 267 fracción III del Código vigente puede ir más allá del delito de lenocinio que castiga el Código Penal, cuando alguien obtenga de otro un lucro a través del comercio carnal haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o discontinua.

Por otra parte, haciendo una comparación entre el artículo 267 fracción III del Código Civil vigente y el artículo 207 del Código Penal vigente en el Distrito y territorios, para el lenocinio, nos hará ver la diferencia que existe entre lo que es una causa de divorcio ante este hecho ilícito, y los elementos que constituyen desde el punto de vista penal, el delito de lenocinio. Dice el artículo 267 fracción III del Código Civil. "Es causa de divorcio la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer".

(47) Eduardo Pallares, *op. cit.*, p. 75.

A su vez, el artículo 207 del Código Penal expresa lo siguiente: "comete el delito de lenocinio: I. toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de éste, u obtenga de él un lucro cualquiera. II. Al que induzca o solicite una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución".

La idea de ilicitud que existe en ambos preceptos coincide en su esencia, pero para que se pruebe la causa de divorcio no exigirá el juez de lo civil que se acrediten todos los elementos que para el lenocinio requiere el juez de lo penal cuyos elementos deben justificarse para probar la existencia del cuerpo del delito.

Mientras el Código Penal entiende este comercio carnal como indevido por la explotación que se hace del cuerpo de otra persona, que podrá llevar a cabo un tercero, el Código Civil se refiere sólo al marido frente a la esposa, pero no sólo cuando lo haga directamente, sino también cuando le proponga prostituirla.

El legislador al considerar esta causal como suficiente para producir el divorcio, tomó en cuenta la inmoralidad existente en el individuo al proponer prostituirla, ya que este hecho repugna en la vida conyugal, es contrario a la fidelidad que se deben los esposos y es una forma de depravación. Se entiende, que el simple hecho de que el marido reciba retribución por permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer, es causa de divorcio, aún cuando no lleguen a existir esas relaciones. (48)

Esta causal al igual que todas las que contempla el Código Civil en su artículo 267 disuelven el matrimonio, además de que tanto la propuesta del marido de prostituir a su mujer como el injuriarla y amenazarla la humillan moralmente.

(48) Rafael Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 442-443.

4. Incitación o violencia hechas por un cónyuge al otro para cometer algún delito.

En la fracción IV del artículo 267 del Código Civil se declara como causa de divorcio la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

Encontramos que esta incitación puede tipificar el delito previsto por el artículo 209 del Código Penal, que a la letra dice: "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido".

Conforme al artículo 209 del Código Penal, se requiere que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o bien, que haga la apología de éste o de un vicio; en cambio, la fracción IV del artículo 267 del Código Civil, no requiere que esa provocación sea pública, basta con que un cónyuge incite al otro a cometer un delito aun cuando no sea de incontinencia carnal, o bien, que lleve a cabo una violencia física o moral para que cometa el delito. Podrá haber tanto causa de divorcio como delito, cuando públicamente un cónyuge incite o provoque al otro para que cometa el delito, o lo que es más grave, cuando lleve a cabo la violencia física a través de fuerza, tortura, dolor, privación de la libertad o fuerza moral mediante amenazas para que se cometa el delito. Penalmente no se necesita que el delito se realice; pero si se realizara, entonces habrá una coparticipación, serán responsables del delito, el que indujo, incitó o provocó para que se cometiera, y el que lo realizó.

Esta causal al igual que la sevicia, las amenazas y las injurias dan a entender que si el cónyuge que está siendo obligado a violentarse para cometer un delito no accede a cometerlo provocaría que por consecuencia se sucedieran constantemente la sevicia, las amenazas y las injurias.

5. Actos inmorales de un cónyuge para corromper a sus hijos o a los del otro cónyuge.

La fracción V del citado artículo 267 comprende como causales de divorcio tanto delitos como actos inmorales, llevados a cabo por el esposo o por la esposa con la finalidad de corromper a los hijos, así como tolerar su corrupción.

Podrá darse por ejemplo el caso de corrupción de menores de dieciocho años de edad; pero también podrá darse el caso de que los hijos sean mayores de edad y, ya no estaremos ante ese delito, pero si ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o hija mayor de dieciocho años de edad.

Por lo que corresponde al delito de corrupción de menores que podría llevar a cabo un tercero o cualquiera de los padres se necesitan cubrir los requisitos que estatuye el artículo 201 del Código Penal que a la letra dice: "Se aplicará prisión de seis meses a dos años y multa de cincuenta a mil pesos al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años, o lo induzca a la mendicidad", o que se incurra en los casos previstos por el artículo 202 del Código Penal al exigir: "que se empleen a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. "Esta contravención se castigará con prisión de tres días a un año y multa de veinticinco a quinientos pesos, y además, con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena, los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos".

No existe deber más bonito, que aquel que tienen los padres de dar a sus hijos una educación correcta, lógico es que, al no llevar a cabo esta educación, revele en los padres una total degeneración de los más tiernos sentimientos con que la madre naturaleza ha

dotado a los hombres y por consiguiente sea causa suficiente para promover el divorcio. (49)

6. 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. Esta causal reúne tres elementos: enfermedad que sea crónica, incurable y contagiosa o hereditaria. Remontándonos al pasado tenemos que en el año 1928, se aceptó que en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, y en el Código Civil de 1884, se consagrarán ciertas enfermedades crónicas, contagiosas o hereditarias, y se mencionaban como tales la sífilis y la tuberculosis. Esto se hizo por considerarlas incurables. En la actualidad ya no se considera que por sí solas éstas enfermedades sean causas de divorcio.

Por lo que respecta a la impotencia incurable se necesita que ésta sobrevenga después de celebrado el matrimonio. Por el contrario la impotencia incurable que exista antes de celebrado el matrimonio es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo, la cual debe pedirse dentro del término de sesenta días antes de llevado a cabo el matrimonio y que si no se pide, ya no podrá pedirse después ni como nulidad, ni tampoco como causa de divorcio, ya que por no ejercitarse a tiempo, trae como consecuencia que el matrimonio sea válido y por consiguiente no sea causal de divorcio. Para este efecto el artículo 156 fracción VIII del Código Civil vigente nos dice lo siguiente. "Son impedimentos para celebrar el matrimonio, la embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteronomía, y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes, la impotencia incurable, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas, e incurables que sean además contagiosas o hereditarias".

(49) Ibid., pp. 446-448.

Estas enfermedades que se mencionan son impedimentos para la celebración del matrimonio que si se ha llevado a cabo está afectado de nulidad relativa y esta nulidad debe hacerse valer dentro de sesenta días siguientes a la celebración del contrato matrimonial. Pero si no se hace valer esta nulidad, después se pueden hacer valer como causa de divorcio dichas enfermedades. No así la impotencia que se requiere sobrevenga después de llevado a cabo el matrimonio para que proceda el divorcio. (50)

Las enfermedades consagradas en el artículo 156 fracción VIII del Código Civil son impedimentos para celebrar el matrimonio y en el artículo 267 fracción VI están consagradas como causas de divorcio. Dichas enfermedades si no se hacen valer en su oportunidad para anular el matrimonio, se puede hacer valer después para solicitar el divorcio.

Por otra parte la impotencia incurable percibida antes de celebrado el matrimonio es motivo suficiente para que dicho matrimonio sea nulo relativamente ya que ésta (la impotencia incurable), debe sobrevenir después de celebrado el contrato matrimonial para poder alegarse como causa de divorcio.

7. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente. El artículo 261 del Código Civil vigente dice al respecto: "Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad".

Esta causal si no hay constancia del cónyuge sano hacia el enfermo de que este último padece enajenación mental puede acarrear el que se dé la sevicia, las amenazas y las injurias del cónyuge enfermo hacia el cónyuge sano, por lo que estas causales están relacionadas entre sí. (Causal VII y causal XI del artículo 267 del Código Civil vigente).

(50) Ibid., pp. 471-472.

8. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada. La separación de que habla la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil vigente no quiere decir que se abandonen todas las obligaciones conyugales. Sucede con frecuencia que el marido se ausente de la casa conyugal sin justa causa y cumpla con la obligación alimentaria.

No hay pues, abandono del cónyuge en el sentido de cometer el delito específico de dejarlo sin medios para subsistir.

La fracción octava que se comenta, exige que no haya causa justificada que explique la separación, lo cual da lugar a los siguientes problemas:

- a) ¿Qué debe entenderse por causa justificada?
- b) ¿La justificación será naturaleza legal o incluso moral y social?
- c) ¿Ha de ser una causa grave?
- d) ¿Autoriza la fracción octava que el cónyuge que se separa se haga justicia por si mismo?
- e) ¿Los jueces gozan de prudente arbitrio judicial para considerar los hechos alegados por el cónyuge que se separa como causa justificada?

a) El concepto de causa justificada es demasiado amplio y elástico para poder precisarlo, porque depende en gran parte de varios factores que cambian mucho según el temperamento, la educación y las costumbres de los cónyuges. Para las personas delicadas será causa justificada determinados hechos, que para otras carecerán de importancia. Por ejemplo el lenguaje grosero que emplee uno de los cónyuges en sus relaciones con el otro, será intolerable a personas de educación refinada, y otro tanto cabe decir de la manera de comer, de vestir y de conducirse en la vida íntima. En

vista de esto, los tribunales deberán tener en cuenta numerosos factores que influyen en la vida común a fin de resolver si el hecho alegado por el cónyuge que se separó debe considerarse como causa justificada.

b) No cabe la menor duda de que la ley no exige que la causa justificada tenga carácter legal. Precisamente porque concierne a la vida en común de los esposos, puede tener naturaleza diferente, ya sea moral o de carácter social;

c) La causa ha de ser grave y no consistir en un mero pretexto para separarse. La institución de la familia así lo exige, porque de otra manera esta celdilla social, perdería toda estabilidad y firmeza. Los tribunales de los Estados Unidos tienen una manga muy ancha en lo relativo a la causal que se examina. Consideran como actos de crueldad mental cosas insignificantes o en todo caso no graves y fundándose en ellas otorgan el divorcio, lo cual se explica porque en la nación vecina rige un estado matriarcal;

d) En realidad, en cierto modo el cónyuge que se separa viola el contrato matrimonial porque la ley lo faculta para no cumplir con el deber de cohabitación que dicho contrato deriva, y por eso cabe afirmar que en cierto grado lo faculta para hacerse justicia por sí mismo, sin esperarla de los tribunales;

e) Ya queda dicho que éstos gozan de prudente arbitrio judicial para determinar, en cada caso, si la causa que se alega es justificada.

La H. Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que, por separación del hogar conyugal, no ha de entenderse el hecho material de salir de ella y no volver a la vida en común. Afirma que consiste en que uno de los conyuges rompa sus relaciones matrimoniales con el otro y deje de cumplir las obligaciones que derivan del vínculo matrimonial, sea porque no suministre alimentos, no cuide de sus hijos, ni los asista en casos de enfermedad y se desatienda por completo de sus deberes familiares.

Esta interpretación tiene dos defectos: En primer lugar, es contraria al sentido gramatical y lógico de la palabra separación porque no se justifica en forma alguna que signifique incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, sobre todo, cuando se refiere al abandono de la casa conyugal. Es indudable que en este caso dicho vocablo quiere decir salir de la casa y no volver a ella. En segundo lugar, el incumplimiento de una obligación tan importante como es la de dar alimentos al otro cónyuge y a los hijos está enunciada en la fracción XII, por lo cual, al fusionar las dos fracciones de que se trata, la H. Suprema Corte viola el principio de la autonomía de las causales, que según afirma el alto Tribunal, no deben involucrarse las unas con las otras como se hace en este caso. (51)

(51) Eduardo Pallares, *op. cit.*, pp. 77-78.

Novena causa de divorcio

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".

Comentario

1. Es erróneo interpretar esta norma en el sentido de que otorga la acción de divorcio al cónyuge que se separó. El texto legal es claro y de él se infiere que el cónyuge abandonado es el titular de dicha acción.

En efecto:

a) La norma supone que uno de los esposos se separó por causa bastante para que nazca a su favor el derecho de solicitar el divorcio. Sobre esto no puede haber duda alguna. La fracción IX no debe entenderse en el sentido de otorgarle una acción más de la que ya tiene por la conducta ilegal de su cónyuge;

b) El texto dice que la separación justificada se prolonge por más de un año, sin que el esposo que se separa demande el divorcio, lo que explica que el legislador cuidadoso de que tanto los cónyuges como los hijos no permanezcan en una situación de incertidumbre sobre la subsistencia del vínculo matrimonial, concede al cónyuge abandonado el derecho de pedir el divorcio, para que su situación jurídica no quede indefinida por más tiempo.

No se olvide que uno de los fines del derecho positivo es el dar seguridad a las personas y que nada hay más nocivo que esa situación indeterminada en la cual quienes están casados legalmente, de hecho viven como si no lo estuvieran;

c) No se puede argumentar que la norma es injusta respecto del cónyuge que abandonó el hogar por una causa grave que de ofendido se convierta en ofensor, al poder ser demandado por su consorte, porque la ley le ha dado oportunidad bastante para pedir al abandonado que lo agravio, el divorcio necesario, teniendo tiempo suficiente para hacerlo.

d) Cabe preguntar si en este caso la acción de divorcio en contra del abandonado, caduca en seis meses o en el año que menciona la fracción IX. En mi opinión no hay razón alguna para dejar de aplicar el Art. 278 que en términos generales y sin permitir ninguna excepción, establece el dicho plazo de seis meses que comenzarán a contarse desde que el cónyuge que abandona el domicilio, haya tenido conocimiento de la causa justificada por la cual se separa de su consorte;

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

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

2. ¿Cuál es la causa justificada que hace legítima la separación?

La fracción IX nos ayuda a contestar esta pregunta, porque considera como tal a los hechos que dan nacimiento a la acción de divorcio, o serán causas que son bastantes para pedirlo. Los hechos que no puedan servir de base a la promoción del juicio, no deben, por tanto, estimarse causas justificadas.

3. Lógicamente, debe deducirse que cuando los cónyuges no tienen morada conyugal por cualquier circunstancia, no puede actuar esta

causal que presupone lo que tiene lugar comunmente, esto es, que los esposos se hayan establecido en determinada casa a la cual atribuyan el caracter de morada conyugal, aunque se trate de una vivienda pequeña, de un departamento o de una residencia lujosa.

4. La H. Suprema Corte ha resuelto que si el marido obliga a su esposa a vivir al lado de los padres de él no hay morada conyugal propiamente dicha, y por tal razón no existe el presupuesto de la causal que se analiza.

5. Lo mismo procede resolver en cualquier otro caso análogo en que los cónyuges vivan en el domicilio de otra persona.

6. También han resuelto los tribunales que si los cónyuges se han separado de común acuerdo, o el marido ha autorizado a la mujer a vivir en lugar diferente de la morada conyugal, no procede la acción de divorcio.

7. Por separación de la morada conyugal, no sólo se entiende, según se ha dicho, el hecho material de salir de ella y no volver a la misma, sino también, y muy principalmente, el no cumplir las obligaciones que derivan del matrimonio, o sea las relativas a suministrar alimentos y en el hecho de abandonar a su propia suerte a los hijos y al otro cónyuge. Para aplicar, en justicia, la fracción IX del artículo 267 del Código Civil, hay que tener en cuenta que los cónyuges están obligados con ésta, que pesa por igual, respecto de amigos, y otro tanto puede decirse de la favorable a la mujer en esta materia que sólo excepcionalmente está obligada a alimentar a su esposo.

8. El cumplimiento de la obligación de dar alimentos da nacimiento a una causal diferente de la que se examina, o sea la prevista en la fracción XII, por lo cual no debe ser identificada con la que se viene analizando, aunque en muchos casos constituya uno de los elementos o hechos del abandono que la jurisprudencia equipara a la separación de la morada conyugal, según se ha explicado.

Décima causa de divorcio.

La precisa la fracción X en los siguientes términos:

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

Glosa:

1. La declaración de ausencia es una de las modalidades del estado civil de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla las obligaciones que derivan del matrimonio. Por esta razón, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge la acción de divorcio.

2. Dicha declaración está regida por los artículos 669 y 678 del Código Civil y únicamente procede cuando han pasado dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante interino del ausente.

3. En cuanto a la presunción de muerte, está regida por el artículo 705 del Código Civil, que previene "cuando hayan transcurrido seis años de la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte".

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia.

4. Puede censurarse al legislador que otorgue la acción de divorcio contra una persona que se presume ya muerta. En efecto,

por una parte la muerte disuelve el vínculo matrimonial por lo que no hay necesidad del juicio de divorcio, para obtener la ruptura de dicho vínculo; por otra parte, el juicio de divorcio concluye igualmente por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, todo lo cual demuestra que es antijurídico el sistema establecido por el legislador en esta materia.

5. ¿Qué efectos producirá sobre la sentencia ejecutoria que declare el divorcio sea por ausencia o por presunción de muerte, en los casos en que el cónyuge declarado ausente o presumido muerto, se presente y haga valer sus derechos?

La ley es omisa sobre este problema, que no es solamente imaginario, ya que se han dado casos en que el esposo se creía muerto o legalmente declarado ausente, retorna y pretende tener derechos conyugales respecto al otro cónyuge.

Si la sentencia de divorcio ha causado la autoridad de la cosa juzgada material, no hay razón alguna para que se desconozca su obligatoriedad, en el caso supuesto. La presunción de muerte o la declaración de ausencia son considerados como causas suficientes para demandar el divorcio, si bien la declaración establece una simple presunción de muerte, el Código Civil ha creado un sistema que a dicha presunción da el carácter de absoluta, es decir, que contra ella no cabe prueba alguna en contrario.

Aunque esto parezca injusto e irracional, en el caso de que la persona a quien se supone muerta, demuestre que no lo está con su sola presencia, lo cierto es que en el código no existe ningún precepto por virtud del cual pueda pedir el supuesto muerto la nulidad o revocación de la presunción de que se trata, ni tampoco que las cosas vuelvan al estado jurídico anterior a su declaración de muerte. Una vez más, predomina el principio de la seguridad jurídica sobre los derechos del resucitado.

Undécima causa de divorcio.

La enuncia la fracción XI del Art. 267, en los siguientes términos: "La sevicia, las amenazas, las injurias graves de un cónyuge al otro".

Comentario:

1. La sevicia, las amenazas o las injurias han de ser cometidas por un cónyuge al otro, y no a los miembros de su familia como se ha pretendido en determinados litigios. El legislador no consideró causas de divorcio dichos actos, cuando se injuria, amenaza o se da de golpes a los padres del otro cónyuge, no obstante la gravedad de esas acciones e incluso su naturaleza salvaje e inhumana.

2. ¿Podrán los tribunales corregir esta omisión de la ley, aplicando por analogía e incluso por mayoría de razón lo prevenido en la fracción XI del artículo que se comenta? No procede la aplicación analógica, porque cuando una ley enumera los casos en que debe ser aplicada, se impone una interpretación restrictiva de la norma jurídica. Por otra parte, como tiene gran importancia para la sociedad y el Estado la subsistencia del matrimonio y la determinación específica de las causas de divorcio, sólo compete al legislador precisarlas y no a los tribunales.

3. En el derecho romano las injurias entonces no constituían un delito contra el honor como acontece en la actualidad, sino una lesión jurídica que produjera daños materiales o morales muy diferentes. La Ley de las Doce Tablas castigaba las injurias, con la pena del talión o mediante la composición, esto es, obligando a la persona que injuriaba a pagar una cantidad de dinero al injuriado. Era entonces injuria cualquier ataque a la persona física o moral. El fuero juzgo castigaba las injurias con la pena de azotes.

Es nota esencial del delito de injurias que con ella se ataque el honor, el prestigio o el buen nombre de la persona contra quien se dirigen.

4. Respecto de esta causal se presentan los siguientes problemas:

a) Las injurias que considera el Art. 267 como causa de divorcio, se identifican con el delito previsto en el Art. 348 del Código Penal, que dice: "Injurias es toda expresión proferida o toda acción ejercitada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa". La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha orientado en el sentido de que la injuria que es causa de divorcio no se identifica como el delito que castiga el Código Penal, de tal manera que no es necesario para que proceda la acción de divorcio, que previamente a ella se haga la averiguación penal correspondiente, y en el debido proceso se declare responsable de ese delito al cónyuge que va a ser demandado en el juicio de divorcio. Por tanto, pueden constituir causas de divorcio actos que no sean propiamente el delito de que se trata.

5. Con base en esto, y según queda dicho anteriormente, se estiman como causas de divorcio actos que no son idénticos a los constitutivos del delito del mismo nombre. Por ejemplo, el hecho de que un cónyuge tenga relaciones amorosas con otra persona distinta de su consorte, y que no lleguen a constituir el delito de adulterio, pueden ser considerados como una injuria aunque falte en ellos la intención dolosa de ofender al otro cónyuge o de herirlo en su honor, elementos esenciales para que exista el delito de injuria.

6. Las injurias deben ser graves para que generen la acción de divorcio, y es lógico que en este particular, los tribunales tengan un amplio poder de apreciación respecto de la gravedad del hecho injurioso.

7. Como queda dicho, la injuria puede consistir tanto en palabras como en hechos, y en mi concepto en omisiones, aunque sea discutible esta última afirmación. Cuando la injuria se hace

verbalmente, hay que tener en cuenta para determinar su gravedad e incluso su existencia la clase social de las personas de que se trate, sus costumbres y el lenguaje habitual que usen, ya que este último cambia mucho de acuerdo con la educación y el medio en que se vive. Determinadas palabras en personas de refinada educación pueden constituir una injuria, pero no tienen tal naturaleza en los medios sociales inferiores, donde con demasiada frecuencia el lenguaje se caracteriza por su procacidad. En el libro que causó tanta sensación, "Los hijos de Sánchez", el idioma empleado por ellos es demasiado grosero, y sin embargo no lo usaban con el propósito de ofender, sino como el producto de su poca educación y cultura.

¿Deberá considerarse como injuria grave, la negativa de uno de los cónyuges a prestar el débito conyugal, como una demostración de desprecio o de ofensa al otro cónyuge? En mi concepto, tiene ese carácter y conviene admitirla como causa de divorcio, porque el código no considera dicha negativa como incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, resultando de ello que no se cumple uno de los fines esenciales del matrimonio, al dejar sin sanción esa omisión tan importante. Solamente en el caso de que se niegue el débito por razones de higiene o de enfermedad, no será causa de divorcio.

8. Respecto de la sevicia, cabe decir que en los diccionarios la definen en los siguientes términos: "crueldad excesiva, malos tratos, golpes". Lo mismo que las injurias, la sevicia puede constituir un delito en determinados casos, tales como los previstos en el Art. 344 del Código Penal, que ordena. "Se aplicarán de tres días a 5 años de prisión y multas de \$5,00 a \$300,00.

1. "Al que, públicamente fuera de riña, diere a otro una bofetada, un puñetazo, un latigazo o cualquier otro golpe en la cara;

2. "Al que azotara a otro por injuriarle, y

3. "Al que infiera cualquier otro golpe simple,

"Son simples los golpes y violencias físicas que no causen lesión alguna y sólo se castigarán cuando se infieran con intención de ofender a quien los recibió".

Los jueces podrán, además, declarar a los reos de golpes sujetos a la vigilancia de la autoridad, prohibirles ir a determinado lugar y obligarlos a otorgar la caución de no ofender, siempre que lo crean conveniente.

9. Para que haya sevicia, según la definen los diccionarios, es necesario que se trate de un acto de crueldad excesiva, pero nuestra ley no exige este requisito al considerar como delitos los ya mencionados, y, sobre todo, los golpes que no siempre implican la crueldad excesiva. Por lo contrario, muchas veces constituyen la reacción casi involuntaria de una persona contra algo que le molesta mucho o le ofende. Cabe recordar a este respecto que en las clases inferiores de la sociedad mexicana, existe la costumbre muy generalizada de que los hombres golpean a sus mujeres hasta por causas insignificantes, y que ellas frecuentemente estiman los golpes como una demostración de cariño y aun reaccionan contra las terceras personas que intervienen para defenderlas.

10. Aunque el delito de golpes simples es elemento constitutivo, el que se ejecuten para ofender o injuriar a la persona que los recibe, tratándose de la sevicia que el Código considera como causa de divorcio, no es necesario que exista ese elemento. Los actos de crueldad o de golpes pueden ejecutarse con el propósito de hacer sufrir a quien los recibe y no con el de ofenderlo. Así acontece en nuestros medios sociales inferiores, donde la sevicia puede llegar hasta los extremos de convertirse en un acto de sadismo.

11. Es discutible si bastará un solo acto de sevicia para que se produzca la causal de divorcio que se analiza. En mi concepto, si se tiene en cuenta lo que tradicionalmente se ha considerado como

tal, la sevicia existe cuando haya malos tratos o diferentes actos de crueldad, pero bastará, uno solo si es de tal gravedad que revela en la persona que lo ejecuta una perversión moral indudable. La H. Suprema Corte de Justicia ha resuelto lo contrario. En este caso, como cuando se trata de las injurias. Los tribunales tienen un amplio poder de apreciación.

12. La acción de divorcio deberá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes al último acto de sevicia para evitar la caducidad.

13. En cuanto a las amenazas, los diccionarios definen la amenaza como "la intimidación de un mal futuro que depende de la voluntad del que amenaza y para producir temor en la persona a quien se intimida". A su vez, la intimidación consiste en causar o producir miedo. El Código Penal castiga el delito de amenaza en su Art. 282 en los siguientes términos: "Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos:

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

2. "Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ajequite lo que tiene derecho a hacer".

14. Respecto de esta causa de divorcio, puede afirmarse lo mismo de lo ya expuesto en relación con la injuria y la sevicia, o sea: que no es necesario que las amenazas constituyan el delito previsto por el Código Penal; que deben ser graves; que no bastará por regla general, un solo acto de amenaza para que se produzca la acción de divorcio; que los tribunales tienen amplias facultades de apreciación con el objeto de resolver si las amenazas alegadas por la parte actora son de tal naturaleza, que ameritan la disolución del vínculo conyugal. Ya queda dicho que las injurias para ser causas de divorcio, deben proferirse contra el otro

cónyuge y no hacerse a sus parientes. Los mismo puede afirmarse de las amenazas, pero el mal futuro que con ellas se anuncia, es posible que recaiga tanto sobre la persona y el patrimonio del otro cónyuge como sobre las personas y el patrimonio de sus parientes o de quienes estén vinculados con él por la amistad, el amor u otros sentimientos análogos.

Décimosegunda causa de divorcio.

La enuncia la fracción del mismo número del Art. 267, como sigue: "La negativa de los cónyuges a darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 164 del C.C., siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que le conceden los Arts. 165 y 166 del mismo Código.

Estos últimos prescriben: Art. 165: "La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos, por las cantidades que corresponden para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrán derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de bienes para hacer efectivos estos derechos".

Art. 166. "El marido tendrá el derecho que a la mujer concede el Art. anterior, en los casos en que ésta tenga obligación de contribuir en todo, o en parte, para los gastos de la familia y del hogar".

Comentario:

1. No obstante que la ley declara la igualdad jurídica de los sexos, no pudo menos de seguir en parte, la tradición en lo relativo a la obligación de sostener económicamente a la familia, porque impone esta obligación en primer término al marido, según lo prescribe el Art. 164. Sólo en casos excepcionales la carga pesa sobre la mujer.

2. La negativa de dar alimentos a la familia cuando hay posibilidades de hacerlo, es un delito en los casos previstos por los Arts. 335, 336 y 337 del Código Penal.

3. El sistema establecido por el Código es digno de censura, porque sólo otorga la acción de divorcio cuando haya sido imposible obtener el pago de los alimentos mediante un procedimiento judicial. Como éste puede durar en nuestros tribunales varios meses, aún varios años, el cónyuge inocente se ve privado de ejercitar la acción de divorcio durante todo ese tiempo y de obtener mediante ella el pago de los alimentos provisionales tan sólo con presentar la demanda de divorcio. Este inconveniente es, además, contrario a los principios jurídicos, porque equivale a establecer, respecto a todos los contratos en general, que únicamente se podrá solicitar la rescisión de los mismos cuando haya sido por la vía judicial que la otra parte cumpla a su vez las obligaciones correlativas. Nada más absurdo sería establecer una norma que, con el carácter de general, ordenara lo mismo que previene la fracción XII que se comenta.

4. En lugar del sistema que censuramos, el código pudo haber autorizado que la acción de divorcio, en el caso que se examina, proceda si el otro cónyuge se niega a suministrar alimentos, después de que haya sido requerido en la vía judicial por medio de un notario público para suministrarlos.

5. El juicio relativo al pago de los alimentos debe considerarse como perjudicial al de divorcio, y no podrá acumularse a éste, porque de acuerdo con lo que ordena el Art. 40 del Código de Procedimientos C., no procede la conexidad y, por tanto, la acumulación, que tratándose de juicios sumarios, como lo es el de pago de alimentos, sean éstos definitivos o provisionales, hace imposible la acumulación de los dos juicios. Además, la acumulación está prohibida por el Art. 31. c.p.c.

Décimotercera causa de divorcio

Consiste en la acusación calumniosa hecha por un cónyuge al otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

Comentario:

I. "El Código Penal tipifica el delito de calumnia en el Art. 356 minado y calificado de delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa.

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

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

IV. Como el delito de calumnia, en términos generales, sólo se persigue por querrela de parte, según lo previene el Art. 360 del Código Penal, cabe preguntar si el desistimiento de dicha querrela por parte del cónyuge ofendido produce la extinción del derecho de pedir el divorcio. En pro de una solución afirmativa, puede alegarse que ese desistimiento constituye un acto de perdón tácito de la calumnia, y siendo ésta la causal de divorcio, produce la extinción de la acción de divorcio en los términos del Art. 279 del C. C. En sentido contrario, cabe afirmar que siendo la acción penal diferente de la acción civil y de divorcio, el perdón que extingue a aquella no hace caducar a la segunda. Como se ve, el punto es discutible.

Décimocuarta causa de divorcio.

La especifica la fracción del mismo número en los siguientes términos: "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".

Comentario:

I. Las penas infamantes están prohibidas por el Art. 22 de la Constitución General de la República, y de esta circunstancia pudiera inferirse que tampoco hay delitos infamantes ante la ley. En el Código Penal no existe ninguna norma de la cual pueda basarse la calificación de esa especie de delitos. Cabe preguntar: Qué debe entenderse por delito infamante?

De acuerdo con los diccionarios, la palabra infamia significa: descrédito, deshonra, vileza en cualquier línea, acción infame, palabra sumamente injuriosa. De atenderse, por tanto, al mero sentido gramatical de las palabras "delito infamante", que emplea la fracción XIV que se comenta, deberá considerarse como tal el que tenga algunas de las notas mencionadas o sea el delito que causa deshonra, descrédito, vileza en cualquier línea, etc., pero la ciencia del derecho no se reduce a conocer, interpretar y aplicar gramaticalmente las normas jurídicas, por lo que queda en pie el problema de la debida determinación de las que han de considerarse como delitos infamantes. Por fortuna, el legislador ha realizado esta tarea en el artículo 95 de la Constitución General de la República, que considera como tales, "robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fortuna en el concepto público, inhabilitará para el cargo cualquiera que haya sido la pena".

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

Desde Las Doce Tablas del derecho romano, la historia registra la existencia de delitos infamantes y el concepto jurídico de infamia análogo al concepto social, pero no obstante diferente de él. Dicho derecho concedió mucha importancia a la fama, porque la "ciudad antigua" estaba organizada social, jurídica y políticamente sobre los sentimientos de honor, honra y probidad, por lo cual el estado civil de las personas e incluso sus derechos políticos dependían en cierto modo de la fama de que disfrutaban. Los jurisconsultos clásicos distinguieron dos clases de infamia, la propiamente jurídica y la de simple hecho.

Respecto de la infamia de derecho, los historiadores de la legislación romana distinguieron tres periodos: el derecho primitivo, a partir de la mencionada Ley de las Doce Tablas, que consideraba como persona infame al testigo que declaraba falsamente. Aunque la mencionada ley cayó en desuso, las sanciones con que se castigaba a las personas infamadas, las aplicaba el magistado romano.

En el segundo periodo, apareció la infamia censoria, declarada por el funcionario llamado censor, o sea el que practicaba el censo. Tenía facultades para degradar a una persona, suprimiéndola de la clase superior en que aparecía en el propio censo, y bajándola a otra inferior. Al efectuar tal cambio, el infame quedaba privado de sus derechos políticos.

La tercera especie de infamia consistía en privar del derecho de acción procesal a determinada persona, privación efectuada por pretor o magistrado judicial. Se hacía sufrir esta pena: a quien había sido expulsado ignominiosamente del ejército, al militar condenado por la ley Julia por el delito de adulterio; "el dedicado a la escena (arte lúdrico), con tal que realmente salga a ella por precio o premio (pero no los atletas, luchadores, músicos y conductores de carros en el circo)".

Al lenon, el que cometía determinados delitos que no viene al caso enunciar, a la viuda y al que se casaba con ella antes de que

transcurriera el año de luto, a no ser que lo hiciese por mandato; y finalmente, a quiénes contraían nuevos esponsales antes de que fuera disuelto el vínculo anterior, a no ser que lo hiciese por mandato del paterfamilia. Todas estas infamias fueron recopiladas en el delito perpetuo del pretor y reproducidas más tarde por la legislación de Justiniano.

La infamia jurídica subsistió en la legislación española, y de ella se ocupa la Séptima Partida, que distingue entre la infamia propiamente dicha, y el menos valer. A la primera se le debe el nombre de infamamiento. Se consideraban como infames y en determinados casos eran castigados por serlo, a las siguientes personas: al nacido fuera del matrimonio, al que el rey o el juzgador públicamente aconsejaban que hiciese mejor vida y que no calumniare a ninguno, "a aquél cuyos hierros hubiesen sido propalados por personas que merecieren crédito", al ladrón con violencia, a los alcahuetes, los juglares, los cómicos, los toreros, si lidiaban por precio, el militar privado de la orden de la caballería "cortándoles las espuelas o la cinta de la espada" y a otras personas, tales como ciertos criminales y a los homosexuales.

Por fortuna, la evolución jurídica y el espíritu de igualdad entre los hombres que viven en un estado político, produjo necesariamente la desaparición de las penas infamantes y el concepto mismo de personas infamadas. Si bien es cierto que el Código Francés de 1832, continuó sancionando ciertos delitos con penas infamantes y considerando como personas infamadas a quienes las cometían, contra esta tendencia tradicionalista, triunfó el espíritu moderno. Según parece, el primer Código que abolió dichas penas lo fue el Napolitano, que sirvió de modelo al español de 1843, que proclama el siguiente principio: "la ley no reconoce pena alguna infamante".

En la legislación mexicana fue la constitución de 1857 la primera que suprimió las penas de que se viene hablando, y excepción hecha de la mención que hace el Art. 267, en su fracción XIV del C. C.,

no hay en el Código Penal y menos en el de Procedimientos Penales, norma alguna de la que pueda inferirse que existen todavía los llamados delitos infamantes. Por tanto, puede sostenerse que la referencia a ellos que hace dicha fracción no tiene más razón de ser que lo prevenido en el art. 95 de la Constitución, pero puede afirmarse que todavía hay en la conciencia social los sentimientos y la idea de que ciertas acciones o delitos producen la simple deshonra de quien los ejecuta.

Décimoquinta causa de divorcio

Consiste en "los hábitos de juego o 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".

Comentario:

1. El juego que menciona esta norma ha de ser los llamados juegos de azar, porque son los que, por las pérdidas económicas que produce, causan la ruina de la familia. Tal era por lo menos la interpretación que durante muchos años se dió a ese vocablo, pero cabe observar que también los deportes, cuando dan nacimiento a un verdadero vicio, pueden ser causa tanto de los disgustos conyugales como de la ruina de la familia.

2. El vicio de la embriaguez degenera de tal modo al que lo tiene, que por sí solo convierte a su víctima en un ser inepto para cumplir sus obligaciones familiares. Además, el ejemplo que da el dipsómano a sus hijos, es funesto, porque con frecuencia se entregan también a dicho vicio.

3. Otro tanto puede decirse del uso indebido de las drogas enervantes, pero cabe censurar al legislador en la limitación formulada respecto de ellas que consiste en que dicho uso únicamente será causa de divorcio cuando amenace producir la ruina de la familia u origine frecuentes disgustos conyugales. Yo

pienso que el drogadicto no puede cumplir ni como esposo ni como padre, por lo cual debería suprimirse la mencionada condición.
(52)

16. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible (castigado), si se trata de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalado en la Ley una pena que pase de un año de prisión. La fracción XVI puede tener semejanza con las amenazas e injurias de que habla la fracción XI siempre y cuando éstas amenazas y éstas injurias estén relacionadas con esta persona extraña que de alguna manera tenga que ver con el cónyuge víctima.

Es decir, si por ejemplo el esposo le roba al jefe (patrón), de su esposa, dinero u objetos, dicho delito será castigado por las leyes penales y de acuerdo a la fracción XVI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal será causa más que suficiente para divorciarse, ya que la cónyuge inocente además de obtener el no deseado divorcio, también conseguirá el que se le despida de su empleo.

17. El mutuo consentimiento. Hablar de esta fracción es hablar de un divorcio voluntario que como puede tener relación con la fracción XI (sevicia, amenazas, injurias), la puede no tener, es decir, que la sevicia, las amenazas y las injurias pudieron ser motivos (más que suficientes), para que se llegara a ese mutuo consentimiento.

18. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos. Esta causal como la anterior no se sabe con precisión si tiene semejanza o no con

(52) Ibid., pp. 78-94.

la fracción XI del citado artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que dicha separación por más de dos años de que habla la fracción XVIII se puede deber a la sevicia, a las amenazas, o a las injurias graves de que habla la fracción XI o por otro lado se puede deber dicha separación por más de dos años a cualquier causal de las dieciocho que contempla el artículo 267 del Código Civil. (53)

4.3 Reformas.

Consistentes en reformar la fracción XI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que en las demás causales que contempla dicho artículo (18 causales), se da una sola definición de cada causal, encontrando la excepción en la causal XI, motivo de ésta tesis, al contemplar dicha fracción tres causales distintas que son: sevicia, amenazas e injurias, para lo cual el diccionario jurídico de derecho del Maestro Rafael de Pina Vara manifiesta lo siguiente:

Sevicia. Acto de crueldad extrema, realizado con refinamiento por una persona contra otra, pudiendo consistir en obras o en palabras.

Amenazas. Anuncio, traducción en palabras o actos, de un mal que ha de recaer sobre persona o personas determinadas, formulado directa o indirectamente contra ellas.

Asimismo, el artículo 282 del Código Penal para el Distrito Federal contempla a las amenazas de la siguiente manera:

Artículo 282. Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos.

(53) Rafael Rojina Villegas, op. cit., p. 478.

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

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

Por su parte el artículo 284 del mismo ordenamiento manifiesta lo siguiente:

Artículo 284. Si el amenazador cumple su amenaza se acumularán la sanción de ésta y la del delito que resulte.

Si el amenazador consigue lo que se propone, se observarán las reglas siguientes:

1a. Si lo que exigió y recibió fué dinero o algún documento o cosa estimable en dinero, se le aplicará la sanción de robo con violencia, y

2a. Si exigió que el amenazado cometiera un delito, se acumulará a la sanción de la amenaza, la que le corresponda por su participación en el delito que resulte.

Lo anterior ha sido manifestado con el objeto de que efectivamente son causales distintas ya que las amenazas no sólo se contemplan en un diccionario jurídico sino también en la legislación penal.

Por último el diccionario jurídico del Maestro Rafael de Pina Vara nos dice acerca de las injurias lo siguiente:

Injurias. Expresión proferida o acción ejecutada por una persona como manifestación de desprecio contra otra, con el fin de causarle una ofensa. (Art. 348 C. Penal). Nuevamente el Código Penal para el Distrito Federal hace su aparición para regular esta causal y nos dice en su artículo 348 lo siguiente:

Artículo 348. El delito de injurias se castigará con tres días a un año de prisión o multa de dos o doscientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

También el artículo 349 del mismo código nos dice lo siguiente:

Artículo 349. Cuando las injurias fueren recíprocas, el juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o algunas de ellas, o exigirles la causión de no ofender.

Contemplando la fracción XI del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal desde un punto de vista no jurídico tenemos que el diccionario de la Real Academia Española nos dice acerca de éstas causales (sevicia, amenazas, injurias), lo siguiente:

Sevicia. Del latín sevitia crueldad excesiva, malos tratos.

Amenazas. De amenazar: Acción de amenazar. Dicho o hecho con que se amenaza. Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro. Dar indicios de estar inminente alguna cosa mala o desagradable: anunciarla, presagiarla. Más son los amenazados que los acuchillados. Refrán que da a entender que es más fácil amenazar que ejecutar o castigar.

Injurias. Del latín injuria, agravio, ultraje de obra o de palabra. Hecho o dicho contra razón y justicia. Daño o incomodidad que causa una cosa.

Como conclusión a todo lo anterior y en base a todo lo manifestado en esta tesis considero que la fracción XI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal se debe reformar en dicha fracción (XI), por contemplarse no sólo en el Código Civil sino también en otros textos (Diccionario Jurídico, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que tanto la sevicia, las amenazas, así como las injurias tienen distinto significado y no uno sólo como nos lo hace ver el Código Civil para el Distrito Federal en su fracción XI. (Art. 267).

TESIS JURISPRUDENCIALES Y EJECUTORIAS
DE LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

Divorcio, injurias graves como causal de "es inexacto que la disposición contenida en el artículo 88 de la Ley de Relaciones Familiares no sea aplicable en el caso en que el actor sufra directamente las injurias, sino solamente en aquellos en que se trata de hechos que llegan a noticia del ofendido. Desde el momento en que uno de los cónyuges da motivo para que el otro solicite la disolución del vínculo, empieza a contarse el término para ejercer la acción, y pasados los seis meses desde que los hechos hayan llegado al conocimiento del ofendido ya no puede ejercerse la acción por esa causa. Cometida la injuria, solamente cabe hacer la distinción entre los casos que se refieren a hechos de carácter continuo y en los que no puede contarse el término de seis meses, como requisito para intentar la acción y aquellos en que la "repetida injuria se refiere a hechos concretos y determinados, ejecutados en un solo acto o en actos diferentes, pero cuyas fechas de ejecución sea dable determinar. En los primeros, subsistiendo constantemente la causa, como cuando se trata del abandono del domicilio conyugal, el derecho a ejercer la acción también subsiste y en los últimos sí cabe presumir el perdón, por el transcurso del término fijado por la ley en su artículo 88". (1)

(1) Quinta Epoca. Suplemento de 1956, pág. 273. A. D. 6345/50.
 Laura Bandera Araiza de Arce. 5 votos.

T. CXXVII, pág. 410. A. D. 1868/55 Amalia de la cerda de De la Garza. 5 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte.

Vol. XX, Pág. 120. A. D. 6655/27, Guillermo Ortega Becerra 5 votos.

Vol. XX, Pág. 96 A. D. 1319/58, Moisés González de Navarro. 5 votos.

Vol. LXX, Pág. 117. A. D. 1851/61, Pedro A. Velázquez. 4 votos.

Divorcio, injurias graves como causal de. No basta citar en la demanda de divorcio, la fracción XI del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales para que se entienda invocada la causal de injurias graves, contenida en dicha fracción, aunque se aduzca la genérica de malos tratamientos, porque a pesar de que dentro de éstos, estén comprendidas las injurias, no todo mal tratamiento es una injuria, ni menos una injuria grave, que es de las que pueden dar causa al divorcio, según la disposición citada" (2).

Divorcio, injurias graves como causal de. "La gravedad de las injurias, como causal de divorcio, establecida por la fracción XI del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, debe ser calificada por el juzgador, pues sería contraria a los más elementales principios de la técnica, que quedará a la apreciación de los interesados" (3).

Divorcio, injurias graves como causal de. "Deben expresarse en la demanda los hechos en que consisten y el lugar y tiempo en que acontecieron. Para que proceda la causal de divorcio por injurias graves, es indispensable que se expongan en la demanda los hechos en que consisten y el lugar y tiempo en que acontecieron para que el demandado pueda defenderse y el juzgador pueda hacer la calificación de su gravedad, la que deberá ser de tal naturaleza que hagan imposible la vida conyugal" (4).

(2) Ejecutoria relacionada con la tesis jurisprudencial 380, T. XXXVIII, Sandoval Vicente S., Pág. 2114.

(3) Ejecutoria relacionada con tesis jurisprudencial 381, T. LXXIII, Días Escalante, Adela. Pág. 1429.

(4) Quinta Epoca.

T. LXIII, Pág. 4237, Quintero Efraín. T. LXVII, Pág. 1044.

Casarin W. Alfredo. T. LXVII, Pág. 2089 Torres Crescencio. T. LXXIII. Pág. 3609.

López Portilla de Lazcano Felisa. T. LXXV, Pág. 1548, Voigt Martha.

Divorcio. "Deben relatarse los hechos que constituyen el motivo de la acción pormenorizada y concretamente. El hecho en que se funda la acción debe precisarse con toda claridad, ya que constituye la premisa de la que ha de deducirse la existencia o inexistencia de la tutela jurídica, y en los casos de divorcio resulta particularmente indispensable que el actor refiera en qué consisten los hechos concretos que constituyen el motivo de la acción, tanto para que la parte contraria pueda contestarlos, como para que el juzgador esté en posibilidad de encuadrarlos dentro de la norma general y hacer la deducción lógica correspondiente" (5).

Divorcio, injurias como causal de, apreciación de las. "El juez de primera instancia se encuentra facultado para hacer la clasificación de si las injurias proferidas por uno de los cónyuges contra el otro, son de tal naturaleza graves, que puedan servir de fundamento para decretar el divorcio y, como dicho funcionario es el único que ha estado en situación de conocer la condición social de los cónyuges y las circunstancias en que fueron proferidas las palabras injuriosas, debe concluirse que ni el tribunal de alzada, ni la Suprema Corte de Justicia, se encuentran capacitados para sobreponer su criterio al del Juez de primera instancia en lo que respecta a la clasificación de la gravedad de las injurias" (6).

Divorcio, injurias como causal de. "Si al entablar una demanda de divorcio por injurias, el actor plantea dos diversas épocas en que éstas fueron proferidas, la autoridad responsable está obligada a considerar separadamente cada una de ellas, a fin de ver si con respecto a las dos o a una sola se opera o no la excepción de caducidad que con relación a ellas se hace valer" (7).

(5) Sexta Epoca. Cuarta Parte.

Vol. V, Pág. 71. A. D. 4672/57, Swain Gamíz Sara. 4 v.
 Vol. XIII, pág. 200, A. D. 4445/57, Robles Garrido. 4 v.
 Vol. XIII, pág. 200, A. D. 5655/56, Delius Acuña C. 4 v.
 Vol. XXIII, Pág. 38, A. D. 435/58 Rosas Flores G. 4 v.
 Vol. XV, Pág. 118, A. D. 3359/58, Sánchez Alvarez 5 v.

(6) Tesis 381. Tomo LXXXIV, Pág. 2404.

(7) Ejecutoria relacionada con le tesis de Jurisprudencia 381, tomo LXXXIV, Grajales Elpidio, pág. 2404.

Divorcio, injurias graves como causal de. "Si la acusación de divorcio se funda, en general, en malos tratamientos, consistentes en las manifestaciones hechas por el marido a diversas personas, de estimar deshonesto a su cónyuge, es indudable que éstas constituyen injurias graves consideradas en su acepción usual, que es indudablemente a las que se refiere el legislador, aún cuando no en la definición técnica de las mismas injurias, como delito" (8).

Injurias, como causa de divorcio. "Si bien en las actas que levantan los jueces calificadores sólo se asienta el resultado de la averiguación practicada con motivo de las denuncias presentadas en la demarcación de la policía, el hecho de que no se asienten las declaraciones de los testigos que se examinan y el dictamen del médico de la comisaría, cuando éste interviene, no significa que no se examinó a los testigos y que tampoco intervino el médico, sobre todo tratándose de los casos en los que se hace constar en el acta, que los golpes propinados a una mujer por su esposo, fueron reconocidos por la sección médica y calificados de acuerdo con la ley y, además la propia oficina impuso una sanción al golpeador, lo que da al acta un valor probatorio pleno de las injurias proferidas a la mujer, ya que el juez calificador para imponer la sanción tuvo que tomar en cuenta el resultado de la averiguación practicada, por más que no haya consignado detalles de la misma, en el acta respectiva" (9).

Divorcio causal de injurias en él. "A efecto de que la parte demandada esté en aptitud de poderse defender de las imputaciones que al respecto se le hagan, es absolutamente indispensable, tratándose de la causal de injurias graves, que se fijen en la demanda de divorcio los hechos en que tales injurias consisten y las circunstancias de lugar y tiempo en que hayan sido proferidas" (10).

(8) Directo 8590/1950, Pedro Cárdenas. Resuelto el 23 de julio de 1951, 5 v. Ponente Sr. Mtro. García Rojas. Quinta Epoca. Tomo XLVI. Pág. 554.

(9) Ejecutoria relacionada con la Tesis de Jurisprudencia, 380, tomo XLVI, Pimentel de Meléndez Marthas, pág. 554.

(10) Idem. Tomo LVI, Rodríguez Buentello Eduwiges, pág. 2371.

Divorcio, injurias como causal de. "No constituye injuria, como causal de divorcio, el hecho de que la cónyuge haya pedido la nulidad de matrimonio, por causa que no justificó, en virtud de que la causal señalada en el Artículo 42 del Código Civil de Veracruz (correlativo del 268 del Código del Distrito Federal), es una causa precisa, especial de divorcio y por lo mismo no cabe la aplicación por analogía o por materia de razón de que habla el Artículo 141 fracción X del Código Civil de Veracruz (correspondiente al 267 fracción XI del Ordenamiento del Distrito Federal)" (11).

Injurias graves como causal de divorcio. "Para que las injurias graves sean causa de divorcio, deben demostrar que a causa de ellas han hecho imposible la vida conyugal y un estado profundo de alejamiento de los cónyuges, causado por las injurias" (12).

Injurias graves como causal de divorcio.

1. "La Suprema Corte sostiene que dicha causal no se identifica con el delito de injuria, castigado por el Código Penal".
2. "En los juicios de divorcio debe resolverse si ha habido injurias graves, considerándolas desde el punto de vista civil".
3. "Las define de la siguiente manera: pueden constituir injuria, la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que implique la vejación, menosprecio, ultraje u ofensa al injuriado".
4. "El concepto de injuria es variable y cambia según las circunstancias y las condiciones sociales de las personas" (13).

(11) Directo 3215/1952. Samuel Moisés Servirnskiy, resuelto el 20 de febrero de 1953. 3 votos, en contra del voto del Sr. Mtro. Rojina Villegas, ausente el Sr. Mtro. Santos Guajardo, ponente el Sr. Mtro. García Rojas. Quinta Epoca, Tomo CXXIV, pág. 289.

(12) Tesis relacionada con la anterior.

(13) Tesis 161, Quinta Epoca, T. LII, pág. 1373.

Tesis relacionadas con la anterior

1D. "Ratifica la Corte la tesis de que las injurias graves no se identifican con el delito, ni lleve su nombre".

2. "Considera como injurias graves, como tales, el hecho de que el marido diga a terceras personas que su mujer es deshonesto" (14).

1D. "La Corte considera por injuria grave, el hecho de que el marido pida judicialmente que se declare el estado de interdicción de su esposa, por causa de locura y lo haga para vilipendiar a su cónyuge".

"Admite como definición de injuria, la siguiente:

1. "De acuerdo con la ley y la Doctrina, debe entenderse por injuria, lo que se hace, se dice, o se escribe con intención de deshonrar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa a una persona o de mofarse de ella o ponerla en ridículo (15).

1D. De acuerdo con la cultura de las personas, las mismas palabras pueden ser consideradas en círculos sociales refinados como injurias, cuando se dicen con la danada intención de ofender, de intentar desprecio; en cambio no lo son en las capas sociales inferiores, donde se acostumbra usar vocablos procaces, pero sin el ánimo de ofender" (16).

(14) Tesis 156, Quinta Epoca, Suplemento de 1956, pág. 273.

(15) Tesis relacionada con la anterior, Quinta Epoca, T. XLVI pág. 554.

(16) Tesis relacionada con la anterior, Quinta Epoca, T. LXI pág. 3542.

Divorcio, injurias graves como causal de. "Si en la demanda iniciada no se precisaron las injurias graves, ni las amenazas que la actora dijo haber recibido de su esposo, el reo quedó sin defensa y el juzgador imposibilitado para apreciar la gravedad de tales injurias y amenazas; por lo tanto, no es admisible que cuando la parte actora tenga determinada posición social, esté exenta de la obligación legal de precisar en juicio las causales de divorcio que demanda y los hechos en que esas causas se hagan consistir" (17).

Divorcio, injurias graves como causal de. "Tratándose de juicios de divorcio por causas de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba, es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto de hecho el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador" (18).

Divorcio, injurias graves como causal de. "Si los testigos presentados por el actor en el juicio de divorcio no expresaron las palabras constitutivas de las injurias imputadas a la demanda, la autoridad sentenciadora estará imposibilitada para juzgar de la gravedad de tales injurias y, por ende, para considerar justificada la causal de divorcio de la que se trata (19).

Divorcio, injurias graves como causal de. "Si la autoridad responsable, para negar valor probatorio a la prueba testimonial rendida por el actor, en un juicio de divorcio se fundo en que los testigos no expresaron las frases o hechos imputables a la demanda, constitutivos de las injurias invocadas como causal de la acción, debe estimarse que dicha autoridad obró legalmente, ya que al juez corresponde calificar la gravedad de las injurias y no puede hacerlo cuando no las conoce" (20).

(17) Ejecutoria relacionada con la Tesis de Jurisprudencia 380. T. LXI. Pág. 3542.

(18) Quinta Epoca. Tomo XLII. Pág. 1373.

(19) Quinta Epoca. Tomo XLIII. Pág. 2462.

(20) Tesis 381. pág. 710, de la última Compilación de Jurisprudencia publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación del año de 1955.

Divorcio, injurias como causal de, casos en que las expresiones groseras no constituyen causal de. "Entre las personas de selecto y educado vocabulario, algunas veces las palabras aparentemente más inofensivas, si se penetra en el oculto y mal intencionado sentido, si se atiende a la dañada intención con que se profieren, constituyen verdaderas injurias porque van dichas con la intención de ofender, de manifestar desprecio. En cambio, entre otras gentes, es notorio que no constituyen injurias las peores expresiones que se aplican entre sí, cuando van proferidas desprovistas de todo deseo de causar ofensa, ni de manifestar desprecio, sino como simple forma o método de conversar (21).

Divorcio, la mala fe al pedir la interdicción de la esposa, es causa de. "Es indudable que la mala fe por parte del marido, al pedir la interdicción de la esposa, sabiendo que está sana, con el único objeto de repudiarla ante la sociedad, en un acto injurioso que da motivo al divorcio, por parte de aquella, ya por injuria, de acuerdo con la Ley y la Doctrina, debe entenderse lo que se dice, hace o escribe con intención de deshonrar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa a una persona, o de mofarse de ella o ponerla en ridículo" (22).

Divorcio, injurias, malos tratos y amenazas, como causal de. "Deben precisarse las injurias, las amenazas y los hechos en que se hagan consistir los malos tratos, para dar al juzgador la posibilidad, si verdaderamente se está en presencia de hechos de tal manera graves que hagan imposible la vida en común de los consortes. Hechos que deben precisarse no sólo en cuanto a su materia, sino también respecto a la fecha en que hayan tenido verificativo, elemento este último que es indispensable para que el juez del conocimiento pueda definir si la caducidad de la acción ha operado o no, puesto que, como es sabido, la acción debe entablarse dentro de los seis meses en que el cónyuge no culpable ha tenido conocimiento de la causa del divorcio" (23).

(21) Ejecutoria relacionada con la Tesis de Jurisprudencia 381, Tomo XCIV, FLORES DE TORRES MARGARITA, PAG. 500.

(22) Tesis 156, Quinta Epoca. Suplemento de 1956. Pág. 273.

(23) Citada de PALLARES EDUARDO. El Divorcio en México. Pág. 190.

Divorcio, injurias graves y amenazas como causal del. "Si la parte actora refirió en su demanda determinados hechos en que hizo consistir las injurias graves y amenazas en que apoyó su acción de divorcio y los testigos presentados por dicha parte, declararon sobre hechos enteramente distintos, como constitutivos de esas injurias y amenazas, la autoridad responsable no pudo, sin incurrir en incongruencia, fundarse en la prueba testimonial para tener por demostrada la causal de divorcio que se trata y decretar la disolución del vínculo matrimonial, ya que los hechos sobre los que depusieron los testigos, no fueron materia, del debate, además de que, por no haber sido precisados tales hechos en la demanda, quedó imposibilitado el demandado para defenderse, rindiendo las pruebas necesarias para desvirtuarlos" (24).

Amenazas como causal de divorcio. "El Juez debe conocer perfectamente los hechos que la constituyan, para poder determinar si son de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común, como lo exige el espíritu de nuestra Legislación. Los hechos en que se hagan consistir las amenazas a que se refiere la fracción XI, del artículo 267 del Código Civil, como causal de divorcio, deben ser perfectamente conocidos por el juzgador para saber si son ellos de tal naturaleza que han hecho imposible la vida en común. Aunque esta exigencia no está señalada expresamente en el Código Civil como estaba en la Ley de Relaciones Familiares, donde se reglamentó el divorcio, ya con el efecto de disolver el vínculo matrimonial, sin embargo prevalece, por derivar del espíritu de nuestra legislación que atiende a la protección de la familia como soporte indispensable de toda sociedad humana, por lo tanto, si no se allegan al juzgador elementos de conocimiento de los hechos, en tal forma que le permitan hacer la determinación de gravedad, el extremo de imposibilitar la vida en común, no puede considerarse fundada la acción de divorcio (25).

(24) Ejecutoria relacionada con la Tesis de Jurisprudencia 381, Tomo XCI.

(25) Citado en PALLARES EDUARDO. El Divorcio en México. Pág. 202.

Divorcio, causal de amenazas. Prueba testimonial. "Si en el interrogatorio respectivo no se dice qué clase de amenazas fueron las lanzadas por una de las partes, para los efectos de probar la clausula relativa al divorcio necesario, aún suponiendo que los testigos fueron intachables, no se dejó probada la naturaleza de las amenazas, ni en qué consisten y eso imposibilita que el juez reconozca si hay causa o no para el divorcio" (26).

Divorcio, hechos que no constituyen la causal de sevicia. "Si en términos generales por sevicia se entiende la excesiva crueldad, que en el caso de matrimonio hace, naturalmente, imposible la vida en común, es indudable que la circunstancia de que una persona haya acusado penalmente a la madre y hermana de su cónyuge por el delito de injurias hasta lograr sentencia condenatoria en su contra, no puede consistir en la causal de que se trata, pues, independientemente de que una acusación de esta índole no puede considerarse constitutiva de tal crueldad extrema, ni puede estimarse como sevicia de un cónyuge para el otro acudir a los Tribunales para obtener justicia por delitos cometidos por terceros; lo cierto es que aceptar lo contrario sería tanto como obligar a los cónyuges a soportar pacientemente que uno de los parientes cometiera en su persona, en sus bienes o en sus intereses, atentados y delitos, sin que por ello y tan sólo por no lastimar a su cónyuge pudiera acusarlos, ya que ésto sencillamente, rine con la razon (27).

Divorcio, sevicia como causal de. "La sevicia como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por tanto, quien invoque esta causal, debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal" (28).

(26) Ejecutoria relacionada con la Tesis de Jurisprudencia 381. Tomo XCIV. Pág. 745.

(27) Tesis 158. Sexta Epoca. Cuarta parte. Vol. XXXVIII. Pág. 151.

(28) Quinta Epoca. Tomo LXXI. Pág. 2367. Sexta Epoca. Cuarta Parte. Vol. LXXI. p. 91.

Divorcio, causal de sevicia. "Constituyen sevicia los actos vejatorios realizados con crueldad. La intención de ofender, esencial a la noción de injuria, es sustituida con el propósito de hacer sufrir. La idea de crueldad aparece como inherente y característica del concepto de sevicia. Todo acto de sevicia incluye malos tratamientos que sean crueles o despiadados y es menester un estado de inferioridad física jerárquica en la víctima para configurar la sevicia. Los hechos que pueden clasificarse como sevicia son muy diversos: un atentado violento a la integridad física del cónyuge, a su libertad y a su salud, constituyen sevicia" (29).

Divorcio, injurias graves y sevicia como causa de. "Debe estimarse que la autoridad responsable apreció indebidamente la prueba testimonial, si le otorgó valor probatorio para tener por demostradas las injurias proferidas por la demandada contra el actor en un juicio de divorcio, no obstante que los testigos declararon sobre hechos acaecidos en diversas ocasiones y hubo discrepancias entre los que se refirieron a un solo hecho; y por otra parte, la indicada prueba no puede servir para decretar el divorcio, aún suponiendo que acreditará las injurias y un golpe dado por la demandada al actor, si no demuestra que tales hechos se hayan reiterado en forma que verdaderamente constituyan sevicia, que significa crueldad excesiva, ni las injurias son de tal manera graves, que hagan imposible la vida en común y más bien pueden considerarse como altercados entre cónyuges, que son frecuentes entre personas de determinada educación pero que no son bastantes para fundar la disolución del vínculo matrimonial" (30).

Demanda, cuándo pueden tomarse en consideración hechos posteriores a ella. "Cuando la demanda no se funde precisamente en hechos ya consumados, sino en algunos continuos o en elementos más bien subjetivos como sucedería, si en un caso de divorcio, en el cual se alega la animadversión de uno de los cónyuges para el otro que hacen imposible la vida en común, se presentan como prueba, constancias de un proceso, de las cuales aparece que, con posterioridad a la demanda, existió una riña entre los cónyuges" (31).

(29) Ibid. Pág. 2367 y 91. (Sexta Epoca).

(30) Tesis 381. Tomo XCIV. p. 500.

(31) Tesis 380. Tomo XLII. p. 1407

Amenazas como causal de divorcio.

1. "Que la amenaza que es causa de divorcio no se identifica con la que el Código Penal configura como delito".

2. "Tratándose del divorcio, basta la simple expresión, por uno de los cónyuges, del deseo de inferir al otro un daño, la amenaza de muerte proferida por uno de los cónyuges destruye cabalmente las condiciones de confianza y seguridad en que se sustenta la vida en común y confiere al cónyuge ofendido el derecho de promover la disolución del matrimonio, para ello, poco importa; que se hayan realizado los elementos de intimidación o terror o en el ánimo del amenazado que hubiéren cortado su libertad y ocasionado perjuicio; poco importa si ha habido algún acto posterior demostrativo de que persiste la idea de llevar adelante la amenaza" (32).

OPINION PERSONAL

Haciendo un análisis respecto del concepto de SEVICIA, E INJURIAS GRAVES, nos encontramos con la situación de que nuestros juristas, por unanimidad, coinciden y están de acuerdo con las definiciones que hace nuestra ley respecto de la causal que estamos estudiando.

En este caso, nos encontramos que la citada causal se basa o tiene su origen desde: la irritabilidad de las personas, su educación, el medio ambiente donde se desenvuelven, tanto social, moral y familiar, hasta el grado máximo de que uno de los cónyuges llega a hartarse de estar perdonando, olvidando o haciendo caso omiso al otro cónyuge, mientras que éste, la mayor parte del tiempo que pasa en su hogar "CONVIVIENDO" con su pareja, la injurie, la amenace o la maltrate o humille y se vea ésta en la imperiosa NECESIDAD de presentar una demanda en su contra.

Esta causal, desde mi punto de vista personal, es una de las más completas; ya que desgraciadamente reúne todos los requisitos morales, sociales, religiosos y económicos, con los cuales todo ser humano se desarrolla en su vida familiar, la situación contraria a estos requisitos hace imposible la vida en común, llegando al extremo de disolver el vínculo matrimonial por el respeto que se le debe al individuo mismo, por lo que es y por lo que vale.

El promedio tan alarmante con que se han presentado y siguen presentándose demandas de divorcio basadas en esta causal, es el motivo por el cual me decidí a elaborar esta tesis, independientemente de que se debe legislar por separado la sevicia, las amenazas e injurias por tener diferente significado como ya se explicó con anterioridad en este trabajo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

En Roma, el divorcio se consideraba con dos formas distintas. a) La bona gratia para la cual no se requería ninguna formalidad, surtiendo efectos por el solo acto de voluntad y, b) La repudiación que consistía en notificar ante siete testigos al cónyuge repudiado mediante un acta o por simple palabra el deseo de divorciarse.

Los cónyuges debían darse alimentos, pero no podían hacerse recíprocamente donaciones. La mujer debía vivir al lado de su esposo; tenía prohibido ser fiadora del marido. Les estaba prohibido a los cónyuges entablar entre sí acciones penales. Si el marido era declarado en quiebra, se presumía que todo cuanto hubiera adquirido la esposa en el matrimonio procedía del fallido y por consecuencia entraban en quiebra.

Explicaban los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimizar el divorcio porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio. Así se refiere el código de Justiniano en el texto relativo a las estipulaciones inútiles. Por lo tanto, en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dió nacimiento: si se contrajo por medio de la confarreatio el divorcio se llevaba a cabo por la difarreatio; si era por medio de la coemptio, entonces procedía la remancipatio.

Los esponsales en el derecho romano consistían en el acuerdo y promesa mutua de futuro matrimonio. Este compromiso obviamente lo celebraban los novios. Antiguamente los esponsales se llevaban a cabo por medio de contrato verbal. Pero en el derecho clásico, los esponsales no obligaban a celebrar el matrimonio. El vínculo que nacía era ético, más no jurídico.

La Ley sobre Relaciones Familiares expedida, en 1917 por Don Venustiano Carranza, logró definitivamente estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por lo tanto el divorcio si daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados volverse a casar.

Se vio también los elementos del matrimonio que son: elementos esenciales y requisitos de validez.

Elementos esenciales:

- a) Consentimiento
- b) Objeto
- c) Solemnidades de la ley

Requisitos de validez:

- a) Capacidad de: goce y de ejercicio
- b) Ausencia de vicios en el consentimiento
- c) Licitud en el objeto
- d) Formalidades

Consecuencias entre consortes:

- a) Derecho a la vida en común con la obligación correlativa de la cohabitación.
- b) El derecho a la relación sexual, con el debito carnal correspondiente.
- c) El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos.
- d) El derecho y la obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

Consecuencias en relación con los hijos:

- a) Para atribuirles la calidad de hijos legítimos.
- b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres y,
- c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

Consecuencias en relación con los bienes:

- a) Separación de bienes y,
- b) Sociedad conyugal

También se dijo que el divorcio en sentido amplio y moderno es la separación de cosas que estaban unidas y que en sentido jurídico abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo.

Dentro de los elementos del divorcio se dijo que estos eran:

- a) La disolución del vínculo matrimonial.
- b) Que dicha disolución estuviera basada en alguna de las causas que enumera el artículo 267 del Código Civil vigente y,
- c) Que la disolución fuera decretada por autoridad competente.

También se dijo que hay tres clases de divorcio que son:

- a) Divorcio por separación de cuerpos
- b) Divorcio vincular: 1. Divorcio voluntario, 2. Divorcio necesario.

c) Divorcio voluntario de tipo administrativo y, Divorcio voluntario de tipo judicial.

Dentro de las consecuencias de divorcio se analizaron las siguientes:

- a) Capacidad para celebrar nuevo matrimonio.
- b) Capacidad de ejercicio de la mujer divorciada.
- c) Uso por la divorciada del apellido de su exmarido.
- d) Capacidad de la mujer para ejercer el comercio.
- e) Alimentos del cónyuge inocente.
- f) Legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada.
- g) Consecuencias del divorcio, en cuanto a la patria potestad.
- h) Consecuencias del divorcio, en cuanto a los bienes de los cónyuges.

En nuestro derecho hay daños y perjuicios de orden patrimonial y moral. Asimismo en un divorcio necesario el cónyuge culpable tendrá que reparar tanto el daño patrimonial como el moral, pero con la limitación de que éstos no pasen de la tercera parte de aquellos. Quedan exceptuados de lo anterior los cónyuges culpables enfermos.

Con respecto al último capítulo de esta tesis se analizó la fracción XI del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y manifesté que la sevicia la constituyen los malos tratos de obra que revelan crueldad en quien los ejecuta, sin que, impliquen un peligro para la vida de las personas.

En cuanto a las amenazas se manifestó que son los actos en virtud de los cuales se hace a un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes, o sobre la persona o bienes de seres que le son queridos.

Y por último en cuanto a las injurias, se citó, que son toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de manifestar al otro desprecio, o con el fin de hacerle una ofensa.

Se realizó en el cuarto capítulo una comparación y una diferencia con las demás causales que contempla el artículo 267 del Código Civil vigente y se dijo en cuanto a la primera causa de divorcio, que el adulterio tanto en materia penal como en materia civil tiene igual significado. El adulterio supone un elemento material que consiste en tener relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge, tiene también el adulterio un elemento intencional que consiste en llevar a cabo el acto en cuestión. Cuando se da el caso que falta alguno de los elementos no puede haber ni penalidad ni divorcio.

Por último en esta tesis se habló de las reformas que se considera se deben hacer en la fracción XI (sevicia, amenazas, injurias) del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y manifestó que se debe de reformar dicha fracción XI en base a que en las demás causales que contempla dicho artículo (18 causales), se da una sola definición de cada causal, encontrando la excepción en la causal XI, al contemplar dicha causal tres causas distintas de divorcio como lo son: la sevicia, las amenazas y las injurias, para lo cual se manifestó que tanto diccionarios jurídico, como el Código Penal contemplan esta causal en tres formas distintas y no en una sola como la contempla el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

BIBLIOGRAFIA

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

1. ALBALADEJO, Manuel, Compendio de Derecho de Familia y Sucesiones, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1965, 175 pp.
2. ANDRADE, Manuel, Ley de Relaciones Familiares, 2a. ed. [s.p.i.] 198 pp.
3. ARIAS RAMOS J., Derecho Romano, 14a. ed, Ed. Revista de Derecho Privado, Vol. 2, obligaciones, familia, sucesiones, 1149 pp.
4. BONET, Francisco Vicente, Código Civil Español, Legislaciones Forales o Especiales y leyes complementarias, 8a. ed, Ed. Reus, S. A., 902 pp.
5. BRAVO GONZALEZ, Agustín, Compendio de Derecho Romano, 3a. ed, Ed. Pax-México, México, 1970, 195. pp.
6. CAMUS, E. F., Persona y Derecho de Familia, Universidad de la Habana, [s.p.i] 199, pp.
7. CARRANZA, Venustiano, Ley sobre Relaciones Familiares, Ed. Talleres Gráficos de la Nación, México, 1936, 116 pp.
8. GASTON TOBEÑAS, José, Derecho de Familia, Tomo 5, Vol. 2, 8a, ed, Ed. Gráficas González, Madrid, 381 pp.
9. Código Civil para el distrito Federal, Ed. Porrúa, 1986, 692 pp.

10. CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Ed. Porrúa, México, 1984, 505 pp.
11. DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, Derecho de Familia. Tomo I, Ed. tipográfica Argentina, 599 pp.
12. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Madrid, 1370 pp.
13. Enciclopedia Universal Ilustrada. "El divorcio en el Derecho Romano" págs. 1664-1666, "El divorcio en España" págs. 1667-1668, Ed. Espasa Calpe, S. A., 2988 pp.
14. ESPIN CANOVAS, Diego, Derecho Civil Español. vol. 4, Familia, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1956, 357 pp.
15. FASSI, Santiago Carlos, Estudios de Derecho de Familia. Ed. Platense, [s.p.i.] 432 pp.
16. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil. parte General, personas y familia, 4a. ed, Ed. Porrúa, 754 pp.
17. GALLARDO, Ricardo, Divorcio, Separación de Cuerpos y Nulidad del Matrimonio. Ed. Diana, Madrid, 1957, 771. pp.
18. G. SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil. Tomo II, Vol. 2, Derecho de Familia, "matrimonio", "Derechos y Deberes de los cónyuges", (divorcio), Ed. Depalma Buenos Aires, 1968, 944 pp.
19. G. SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil. Tomo II, Derecho de Familia, Ed. Depalma Buenos Aires, 1968, 1020 pp.
20. GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito, (1826-1885) Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español 5a. ed, Ed. Madrid.

21. IBARROLA, Antonio de, Derecho de Familia. 3ra. ed, Ed. Porrúa, México, 1984, 606 pp.
22. IGLESIAS, Juan, Derecho Romano. 4a. ed, Ed. Ariel, Barcelona, 603 pp.
23. KIPP, Theodor, Enneccerus Ludwig, y Wolf Martin, Tratado de Derecho Civil. (traducción de la 20a. ed, Alemana), Tomo IV, Vol. 1, "El matrimonio", 2a. ed, Ed. Bosch, Barcelona, 565 pp.
24. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, El Matrimonio. Ed. Stylo, 1965, 296 pp.
25. MARGADANT S., Guillermo F., Derecho Romano. 6a. ed, Ed. Esfinge, 530 pp.
26. MAZEAUD, Henri y León, Derecho Civil. Parte I, Vol. III, La Familia, constitución de la Familia, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, 594 pp.
27. MAZEAUD, Henri y León, Derecho Civil. parte I. Vol. IV, La Familia, Organización de la Familia, (Tr. Luis Alcalá Zamora y castillo), ed, 1959, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959 572 pp.
28. MUÑOZ, Luis, Derecho Civil Mexicano. Introducción, parte General, Derecho de familia, Ed. Cárdenas, 1971 489 pp.
29. ORTIZ URQUIDI, Raúl, Derecho Civil. 2a. ed, Ed. Porrúa, México, 1982, 633 pp.
30. PACHECO, E. Alberto, La familia en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Fanorama, México, 1984, 210 pp.
31. PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México. 4a. ed, Ed. Porrúa, México, 1984, 250 pp.

32. PETIT, E, Tratado Elemental de Derecho Romano, 9a. ed, Ediciones Selectas, México, 1982, 717 pp.
33. PINA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, Introducción, Personas, familia, 14a. ed, Ed. Porrúa, 404 pp.
34. PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Vol. I, Derecho de Familia, 3a. ed, Ed. Pirámide, Madrid, 564 pp.
35. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, 6a. ed, Ed. Porrúa, 803 pp.
36. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Vol. I, Introducción, Personas y Familia, 22a. ed, Ed. Porrúa, México 1968, 537 pp.
37. SANCHEZ MEDAL, Ramón, Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México, Ed. Porrúa, 1979, 130 pp.
38. SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios de Derecho Civil y el Código Civil e Historia General de la Legislación Española, Tomo V, Vo. I, Derecho de Familia, 2a. ed, Ediciones Sucesores de Rivadeneyra, 950 pp.
39. SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de Familia, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 1971, 416 pp.
40. VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano, 6a. ed, Ed. Porrúa, México 1982, 427 pp.
41. Tesis. El Divorcio en México como un medio de regeneración social, y no como un mal necesario. Casillas Macedo, Sergio, (U.V.M.) 1986, 155 pp.

42. Tesis. La Institución del Matrimonio en el Derecho Civil Mexicano y algunas consideraciones Jurídico Sociales de la misma. Díaz Puerto, Reyna María, (U.V.M.) 1986, 98 pp.
43. Tesis. La Sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro, como causal de divorcio en el Derecho Civil Mexicano. Zamora Peralta, Martha, (U.V.M.) 1987, 111 pp.