

879 309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO
CLAVE: 879309

10
203

EL DEPOSITO DE PERSONAS EN MATERIA DE DIVORCIO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MARTHA ALICIA CERROBLANCO GUTIERREZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CELAYA, GTO.

MARZO DE 1993



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	PAG.
INTRODUCCION	1

C A P I T U L O I EL MATRIMONIO

1.- DEFINICION	5
2.- IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO	10
3.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	14

C A P I T U L O II FORMAS DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

1.- NULIDAD DEL MATRIMONIO	24
2.- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA	30
3.- MATRIMONIOS ILICITOS	41
4.- DIVORCIO	44
5.- DIVORCIO VOLUNTARIO	54
6.- DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DERECHO COMPARADO	64
7.- DIVORCIO NECESARIO	67
8.- DIVORCIO NECESARIO EN EL DERECHO COMPARADO	73

C A P I T U L O III MEDIDAS PROVISIONALES EN MATERIA DE DIVORCIO

1.- CLASES DE SEPARACION	81
2.- SEPARACION DE LOS CONYUGES	82
3.- EL DEPOSITO DE LOS CONYUGES	87
4.- ASEGURAMIENTO DE ALIMENTOS	90

	PAG.
5.- ADMINISTRACION DE BIENES	95
6.- MEDIDAS PRECAUTORIAS RESPECTO DE LA MUJER QUE QUEDE ENCINTA	99
7.- CUIDADO DE LOS HIJOS HABIDOS EN EL MATRIMONIO	102
8.- OBJETO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES	107
9.- DURACION DE LAS MEDIDAS	107

C A P I T U L O I V
EL DEPOSITO DE PERSONAS

1.- EL DOMICILIO	110
2.- CLASES DE DOMICILIO	118
3.- DISPOSICIONES CONSAGRADAS EN EL ARTICULO 407 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL <u>ESTA</u> DO DE GUANAJUATO	125
3.1 RESIDENCIA DE LA MUJER	130
3.2 RESIDENCIA DEL MARIDO	132
4.- EFECTOS DE LA SEPARACION DE RESIDENCIA DURANTE EL TRANITE DE DIVORCIO Y UNA VEZ DECRETADO EL MISMO	134
5.- DEPOSITO DE LOS HIJOS NACIDOS DURANTE EL MATRIMONIO	137

C A P I T U L O V
DE LA PROBLEMÁTICA JURIDICA QUE NACE DE LAS MEDIDAS DE
DEPOSITO DE PERSONAS

1.- DEPOSITO DE LA MUJER O DE LOS MENORES EN DOMICILIO DISTINTO AL CONYUGAL	141
2.- DEPOSITO DE MENORES EN PODER DE LA MADRE	148
3.- ASPECTO HUMANITARIO DEL DERECHO	152

	PAG.
3.1 ASPECTO HUMANITARIO DEL DERECHO EN LO REFERENTE A LAS MEDIDAS DE DEPOSITO DE PERSONAS, COMO COMENTARIO PERSONAL	157
4.- NECESIDAD DE NUEVA REGLAMENTACION RESPECTO AL DEPOSITO DE PERSONAS AUTORIZANDOSF EN EL DOMICILIO CONYUGAL EN MATERIA DE DIVORCIO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS EN EL ESTADO	161
5.- DE LA PROBLEMÁTICA QUE NACE DE LA AUTORIZACION DEL DEPOSITO DE PERSONAS EN EL DOMICILIO CONYUGAL SIN QUE SE LESIONEN EN PERJUICIO DEL CONYUGE DEMANDADO LAS GARANTIAS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES	166
PROPUESTAS	169
CONCLUSIONES	171
BIBLIOGRAFIA GENERAL	178
BIBLIOGRAFIA	182

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

Al elegir como tema de tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho EL DEPOSITO DE PERSONAS EN MATERIA DE DIVORCIO, me motiva el hecho de que al estudiar las medidas de aseguramiento, preparatorias y precautorias que se contemplan en nuestro Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, y en concreto, en lo que se refiere a los artículos 401 fracción III, 407, 408 y 409 relativas al depósito de personas en materia de divorcio, medité sobre las mismas, surgiendo en mí varias inquietudes, ya que en varios casos de la vida práctica del litigio, se nos presentan problemas cuando solicitamos al Juez el depósito de la cónyuge quien previamente presentó su demanda de divorcio necesario, y que en el momento mismo de presentar su demanda se encuentra ante la problemática de tener que desalojar el domicilio conyugal, toda vez que el artículo 408 del ordenamiento legal antes citado, la obliga a señalar como domicilio para el depósito de ella y de sus hijos, uno distinto del propio domicilio conyugal.

Por otra parte, de igual forma se presenta el problema para la cónyuge, de que conforme al artículo

336 del Código Civil para el Estado en sus fracciones I y II, deberán dictarse provisionalmente por el Juez al admitir la demanda de divorcio, las medidas de separar a los cónyuges y proceder al depósito de los mismos, dictando para tal efecto el Juez competente el auto respectivo ordenando la separación, conllevando la orden para el cónyuge de que se abstenga de molestar a la esposa en el domicilio conyugal. Tales acuerdos que se dictan en la práctica, generalmente causan una serie de problemas para ambos esposos, ya que por un lado, la esposa no tiene en sí la protección debida, puesto que atendiendo literalmente al auto dictado, cabe la posibilidad jurídica y de hecho de que el cónyuge pueda molestar a la esposa fuera del domicilio conyugal, así mismo, se plantea el problema legal de que si el Juez dictase el auto ordenando al cónyuge el desalojo del domicilio conyugal, se caería en una posible violación a las Garantías Individuales 14 y 16 Constitucionales en su perjuicio.

A través del presente trabajo de tesis plantearé diferentes alternativas tendientes a encontrar algún dispositivo legal en materia de depósito de personas en casos de divorcio necesario, que solucionen los problemas prácticos a que se enfrentan las partes en

el juicio, sin lesionar los derechos subjetivos de los mismos.

C A P I T U L O I

EL M A T R I M O N I O

- 1.- D E F I N I C I O N ,
- 2.- I M P O R T A N C I A D E L M A T R I M O N I O ,
- 3.- N A T U R A L E Z A J U R I D I C A D E L M A T R I M O N I O .

C A P I T U L O I

EL MATRIMONIO

1.- DEFINICION.

Según las ideas antiguas, el matrimonio tenía por esencia el "establecimiento de la igualdad" entre los dos esposos. En una sociedad dividida en clases, donde existe una jerarquía social de personas y en la que cada familia tiene su culto particular, se explica que la ley traduzca en esa forma el carácter de la unión que sanciona. Este era el efecto que más llamaba la atención y era suficiente para caracterizar la unión legal, y para distinguirla del concubinato, simple unión de hecho.

¿Dónde se encuentra actualmente el carácter de matrimonio, capaz de distinguirlo del concubinato? Únicamente en su "fuerza obligatoria"; el matrimonio es una unión que no se disuelve a gusto de los esposos y que por su naturaleza, debe durar tanto como ellos vivan. Cuando se liga jurídicamente, "se obliga" uno. El matrimonio moderno no es un contrato cuyo respeto impone la Ley, que no permite ella romper y que sanciona: el adulterio es un delito.

El gran hecho histórico que cambió la concepción del matrimonio fué el establecimiento más o menos total de la "indisolubilidad". Si no se hubiese establecido esa insolubilidad, la desaparición de las castas, bajo la influencia de las ideas cristianas de igualdad y de fraternidad, hubiera confundido el matrimonio con el concubinato. Actualmente, los rasgos esenciales del matrimonio, en su definición son su fuerza obligatoria y su duración.

Debe decirse que el matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto.¹

El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

La celebración del matrimonio, produce un efecto primordial: da nacimiento a un conjunto de

1) Planiol Marcel y Ripert Georges, "Tratado Elemental de Derecho Civil", Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., Méx., 1963, p. 369.

relaciones jurídicas entre los cónyuges.

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber; la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

El conjunto de deberes y facultades, obligaciones y derechos que constituyen ese complejo de relaciones jurídicas matrimoniales, se presentan convergentes y coordinadas hacia los fines antes dichos, que para ser realizados requieren el esfuerzo de ambos cónyuges.

Tan altas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo conyugal. Tal colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el Derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas, la solidez y permanencia de la union entre los consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones

jurídicas que constituyen ese estado.

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares para "compartir su común destino", no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio. La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aun económicas que le competen dentro de la comunidad.

El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea un vínculo permanente, pero disoluble, bien por voluntad

de los cónyuges, bien por disposición de la Ley.

En el Derecho Romano se definía al matrimonio, como la vida consuetudinaria entre los cónyuges que establece un consorcio para toda la vida, en él existe comunicación del Derecho Divino y Humano.

El Código de Napoleón reprodujo la definición que Portalis dió del matrimonio, "es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino".²

El matrimonio se presenta como una manifestación de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el Derecho Canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la

2) Galindo Garfías Ignacio, "DERECHO CIVIL", Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1987, pp. 471 y 472.

iglesia y del estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público. De todas maneras, es fundamental en su constitución la manifestación libre de voluntades de los contrayentes.³

2.- IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO.

La pareja conyugal, que va a constituir el núcleo base de la familia, es una asociación en la cual los dos cónyuges entran voluntaria y libremente por virtud de su consentimiento al celebrar el contrato matrimonial. Debemos recordar que el acto de contraer matrimonio constituye un acto contractual.

¿Por qué el matrimonio está regulado jurídicamente? Si el matrimonio fuese algo que afectara exclusivamente a los dos esposos y a nadie más, seguramente ni la sociedad, ni mucho menos el Estado, ni tampoco la religión, se habrían ocupado de regularlo. Si la relación sexual permanente o estable de una pareja

3) *Rojina Villegas Rañael, DERECHO CIVIL MEXICANO Tomo II, Edít. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, p. 200.*

implicase solamente un asunto de amor entre los dos participantes, nunca se habría producido una regulación jurídica sobre ella. Pero como dicha relación implica la perspectiva del nacimiento y de la crianza de los hijos y consiguientemente, afecta a la vida social en su conjunto, las instituciones sociales, el Estado, la religión, han emitido normas muy estrictas sobre el matrimonio, para hacer de ésta una institución estable, con funciones definidas, con derechos y obligaciones para los esposos, así como para los hijos.

La conciencia ética de los pueblos adelantados, reconoce como uno de los derechos naturales del individuo, el derecho de toda persona mayor de edad de contraer matrimonio y de fundar una familia, y el derecho de que el matrimonio se contraiga solamente con el consentimiento pleno y libre de los futuros esposos.

Dice Georges Renard, la familia es una institución y el matrimonio es el acto de su fundación por medio de un contrato, si bien se trate de un contrato que, celebrado libremente, está regido por normas que no son elaboradas por los contrayentes, sino que son impuestas por la ley, y que tiene además la particularidad de producir múltiples efectos respecto de terceros, sobre todo respecto de los hijos por venir,

también respecto de los herederos presuntos de los contrayentes antes de contraer matrimonio, de los acreedores, etc.⁴

Vemos que el matrimonio constituye la base fundamental de todo el derecho de familia.

Para el Derecho Mexicano se ha modificado radicalmente este punto de vista; puesto que se sustenta el criterio de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico para regular las relaciones jurídicas, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

Este criterio sustentado por la nueva legislación mexicana, nos parece desde luego más humano y justo que el viejo sistema, en el que se desconocen algunos derechos de los hijos, sólo por el hecho de haber

4) Recasens Siches Luis, *SOCIOLOGIA*, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982, pp. 471 y 472.

nacido fuera del matrimonio. Evidentemente que partimos del principio indiscutible de que la unión sexual debe estar reconocida por el derecho para regular una comunidad de vida permanente, tanto biológica como espiritual, pero no desconocemos que sería injusto tomar como base única de las relaciones familiares, la institución del matrimonio, a efecto de desprender de la misma todas las consecuencias en materia de patria potestad, de parentesco, de alimentos, de impedimentos para el matrimonio y en general de Derechos y obligaciones para los hijos. ⁵

Expresada en unas y otras palabras, es unánime la afirmación de que la familia constituye la institución social fundamental, tomando como base desde luego, el matrimonio. Sin embargo, no debemos olvidar que no sólo por el matrimonio devienen las relaciones jurídicas y obligaciones con respecto a la filiación, puesto que en el caso de filiación natural se crean consecuencias jurídicas y no sólo en la filiación legítima.

Nuestra regulación jurídica no hace una

5) *Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, pp. 194 y 195.*

distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que los equipara para todos los efectos legales. Resulta benéfica esta disposición, puesto que ya no se colocan a los hijos naturales en una condición inferior o ilegítima frente a los hijos habidos en matrimonio.

No obstante, considero que es importante fomentar la unión matrimonial; ya que los progenitores deberían estar igualmente interesados en el porvenir de sus hijos.

3. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

Existen diferentes puntos de vista para el estudio del matrimonio.

Como institución, como acto jurídico condición, como acto jurídico mixto, como contrato ordinario, como contrato de adhesión, como estado jurídico, y como acto de poder estatal.

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.- 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. 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 derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado de vida permanente que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas. Desde este punto de vista se estudia el matrimonio tomando en cuenta sólo la estructura legal que en forma destacada viene a determinar el conjunto de derechos y obligaciones que caracterizan el estado matrimonial.

Para Hauriou, la institución es: "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social". En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos. Esta tesis aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también, el estado de vida que le da significación, tanto social como jurídica, y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las

finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma.

En el Derecho moderno se ha constituido la institución matrimonial de acuerdo con la idea de un fin, toda vez que se reconoce la comunidad de nombre, de domicilio y el deber de vida en común entre los consortes, o sea, un pleno consorcio de vida en común.

EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION. Se define como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derechos 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. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. En esta concepción se logran conjugar a la vez, tanto el aspecto del matrimonio como acto jurídico y su carácter de institución, supuesto que no basta para su debida caracterización, tomar en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que se crea mediante la organización permanente que establece el sistema

normativo.

EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO MIXTO.- 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, este no existiría desde el punto de vista jurídico.

EL MATRIMONIO COMO CONTRATO ORDINARIO.- 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 de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes. Asimismo, requiere que exista la

capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no esté viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato, consistentes en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto motivo y fin del acto.

EL MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESION.- 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 los derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la Ley. 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 adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo a sujetos determinados. En el matrimonio no se puede sostener que prevalezca la voluntad de una parte sobre la de la otra, sino que es la voluntad del Estado expresada en la Ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO.- El matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante toda la vida matrimonial.

Al matrimonio lo caracterizamos como un estado de derecho en oposición al concubinato, que es un simple estado de hecho. En ambos casos, existe analogía desde el punto de vista de que constituyen estados del hombre debidos a la unión sexual más o menos permanente; pero en tanto que el matrimonio es un estado de derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en su constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley; en el concubinato no encontramos esa regulación normativa, aún cuando sí produce determinadas consecuencias jurídicas. Precisamente en atención a tales consecuencias podemos considerarlo como un estado jurídico de hecho. Si careciere totalmente de esos efectos tendríamos que reconocer que se trataba de un estado ajurídico.

EL MATRIMONIO ES ACTO DE PODER ESTATAL.- Estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al Oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tienen ningún valor jurídico.

Para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento, en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo de su celebración, con objeto de asegurarse la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, a efecto de registrar el acto mismo.

Independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el derecho de la iglesia es un contrato de naturaleza indisoluble, que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad.

El artículo 130 de la Constitución Política de

los Estados Unidos Mexicanos, califica al matrimonio como contrato y esta misma naturaleza le atribuyen los Códigos Civiles que han regido en el país.

Atendiendo a que el vínculo matrimonial no puede ser disuelto por la sola voluntad de los cónyuges, teniendo en cuenta la finalidad (la vida en común de los consortes) no es objeto de comercio y que los contrayentes no pueden establecer las condiciones de las relaciones recíprocas entre los consortes, el concepto de contrato, no explica la naturaleza del acto.

Las mismas objeciones se oponen a la opinión del matrimonio considerado como contrato de adhesión.

León Duguit sostiene que el matrimonio es un acto de condición.

Cicu, considera al matrimonio como acto de poder estatal.

Si se considera como acto mixto y complejo por la concurrencia de los particulares y la voluntad del estado, queda sin explicación la naturaleza de las relaciones jurídicas que vinculan la vida misma de los

consortes.

Planiol considera que el matrimonio es a la vez contrato e institución. Contra esta opinión se hacen valer las mismas objeciones al concepto de matrimonio como contrato.

Bonnecase sostiene que el matrimonio es una institución, porque las reglas jurídicas que lo integran tienen carácter imperativo, y dan a la unión de los contrayentes una organización moral y social. ⁷

7) Galindo Garfias Ignacio, *Ob. Cit.*, pp. 475, 476 y 485.

C A P I T U L O I I

FORMAS DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

- 1.- NULIDAD DEL MATRIMONIO,
- 2.- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA,
- 3.- MATRIMONIOS ILICITOS,
- 4.- DIVORCIO,
- 5.- DIVORCIO VOLUNTARIO,
- 6.- EL DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DERECHO COMPARADO,
- 7.- DIVORCIO NECESARIO,
- 8.- DIVORCIO NECESARIO EN EL DERECHO COMPARADO.

C A P I T U L O I I

FORMAS DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

1.- NULIDAD DEL MATRIMONIO.

No entiende el vulgo a menudo lo que es una nulidad de matrimonio. Así, cuando los tribunales eclesiásticos la pronuncian, se le confunde en la mayoría de los casos con el divorcio y se dice que, los citados tribunales mediante dinero, si pueden divorciar a las personas acaudaladas. Nada hay más contrario a la realidad. Una cosa es el divorcio y otra, totalmente distinta, la nulidad del matrimonio. Ambos fenómenos jurídicos se distinguen tanto en sus causas como en sus efectos.

La nulidad surge con motivo de no haberse llenado determinados requisitos con los cuales habría debido cumplirse en el momento de la celebración del matrimonio. El divorcio es la consecuencia de una falta grave cometida por uno de los cónyuges en el curso de un matrimonio válidamente contraído. Los efectos de la nulidad son, en principio retroactivos; se considera como si el matrimonio jamás hubiera sido contraído; los

esposos son considerados como si jamás hubieran sido casados, y los hijos como nacidos fuera de matrimonio. Por el contrario, el divorcio produce efectos para el porvenir. Unicamente al causar ejecutoria la sentencia de divorcio, los esposos cesarán de estar casados, los efectos del matrimonio que se realizaron con anterioridad al divorcio subsisten, y la situación de los hijos no se encuentra modificada.

En las legislaciones que, como el Derecho Canónico, no admiten el divorcio a su disposición más que el ejercicio de las vías de nulidad. Cuando por el contrario la legislación admite el divorcio, los esposos encuentran en esta institución una salida tan notoriamente fácil, que las demandas de nulidad se convierten en extraordinariamente raras.

En virtud de que las consecuencias de una nulidad de matrimonio revisten suma gravedad, no podría aplicarse al matrimonio el sistema general de nulidades más que con gran reserva.

Tanto el legislador como los Tribunales se han ocupado de atenuar las consecuencias de los vicios del consentimiento, y frente a alguna condición incumplida,

mantiene el matrimonio, ya sea negándose a reconocer la nulidad como sanción de inobservancia de ciertas condiciones, ya sea derogando los efectos de la nulidad. La acción sobre este terreno es pues, doble, señala Mazeaud: limitación de los casos de nulidad, atenuación de los efectos de la nulidad.

Nos encontramos así en Derecho, en presencia de un régimen totalmente excepcional, dominado por la preocupación de mantener la estabilidad del matrimonio en interés de los cónyuges y de los hijos, y evitar la desaparición radical y retroactiva de una situación jurídica cuyas consecuencias de hecho no pueden ser borradas con facilidad.

El matrimonio es un acto jurídico cuyas condiciones de forma y de fondo están cuidadosamente previstas y enumeradas por el legislador. Además, el Oficial del Registro Civil, de antemano, se niega a celebrar un matrimonio cuando algún requisito, así fuese menor, falta. Pero tengamos en cuenta que si todo impedimento constituye un obstáculo para una unión proyectada, sería riguroso sancionar con la nulidad un matrimonio que hubiese sido contraído contraviniendo a un impedimento cualquiera. Por ende, sólo los impedimentos

más graves, considerados como esenciales, traen consigo la nulidad del matrimonio. Se les llama impedimentos dirimentos, porque rompen el matrimonio contraído, oponiéndolos a los impedimentos que antaño fueron simplemente prohibitivos.⁸

Según la opinión antigua, la teoría de las nulidades, en materia de matrimonio, está sometida a una regla excepcional que puede formularse en los siguientes términos: no existe nulidad del matrimonio sin una Ley que la pronuncie expresamente.

La regla anterior es una notable excepción al derecho común. En cualquiera otra materia se admite que la nulidad puede ser virtual o tácita. Cuando la ley prohíbe una cosa, lo que se haga violando esta prohibición es nulo. No es lo mismo tratándose del matrimonio. ¿Por qué razón? La intención del legislador fué, se dice, prever y reglamentar todo lo relacionado al matrimonio. La anulación del matrimonio es una medida peligrosa, que arroja una turbación profunda en las

8) De Ibarrola Antonio, DERECHO DE FAMILIA, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1984, pp. 257 y 258.

familias: desgracia irreparable para unos, escándalo para otros. El legislador se reservó para sí solo, la facultad de decidir si la violación de la Ley es lo suficientemente grave, para justificar tal rigor y no quiso dejar naña a los azares de los debates judiciales. Por ello, el Código Civil del Distrito Federal consagra a las nulidades del matrimonio un capítulo especial, el IX del Título V, artículos 235 a 265, mientras que en la legislación de nuestro estado se mencionan en el Título V capítulo XI, artículos 291 a 321. Todas las causas de nulidad que el legislador quiso admitir están reglamentadas en él; este capítulo se basta a sí mismo, y para respetar la intención de los autores de la ley, debemos atenernos a él. Debe rechazarse toda causa de nulidad que no esté prevista y reglamentada en el capítulo mencionado del título "Del matrimonio".⁹

Nulidad y anulabilidad del matrimonio.- Cuando a pesar de faltar uno de los requisitos exigidos o no obstante la concurrencia de algún impedimento, se hubiese contraído el matrimonio, pueden producirse tres situaciones profundamente diversas, según la naturaleza o importancia del requisito que falte o del impedimento que

9) *Planio! Marcel y Ripert Georges, Ob. Cit., pp. 501 y 502*

se viola. El matrimonio, en efecto puede ser: a) Nulo, es decir, jurídicamente inexistente; b) Anulable, es decir, producir plenos efectos en tanto no sea impugnado mediante la acción de la anulación; c) De plena validez y no ser impugnable no obstante haberse conculcado un precepto legal. Las dos primeras hipótesis se dan cuando falta una condición o requisito esencial al matrimonio o cuando no se haya tenido en cuenta y respetado un impedimento dirimente; la tercera se produce por la violación de un impedimento impediante.

Pero el sistema legal no se reduce a esta simple distinción de efectos. Hay que tener en cuenta de una parte la conciencia o la ignorancia que del impedimento tuvieron los esposos, porque es justo que las consecuencias sean menos graves para quien ignorando el obstáculo contrajera matrimonio (cónyuge de buena fé), y en todo caso debe ponerse la prole a salvo de tales consecuencias y favorecer su legitimidad. Por otra parte, en los casos de anulabilidad hay que apreciar los hechos que pueden equivaler a una renuncia al ejercicio de la acción o la tolerancia del vicio, para no exponer por demasiado tiempo el matrimonio a los peligros de la anulación, por la utilidad social que reporta el que las situaciones familiares ilegalmente creadas se consoliden

en bien de la familia y se hagan inimpugnables.¹⁰

En efecto, las leyes deben ser obedecidas y los actos contrarios a sus disposiciones deben ser nulos. Sin embargo, refiriéndome al matrimonio, las consecuencias de nulidad son tales que, en muchos casos, más vale mantener una unión ilegal que anularla.

2.- NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.

De acuerdo con dicha teoría general distinguiremos nulidades absolutas y nulidades relativas.

En la teoría clásica de las nulidades se considera que la ilicitud en el acto jurídico se sanciona con la nulidad absoluta que se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquier interesado.

En cuanto a la nulidad relativa se acepta que tiene como causas los vicios de la voluntad, la incapacidad y la inobservancia de la forma.

10) *Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., p. 287.*

Se le caracteriza en dicha doctrina clásica como prescriptible, confirmable y sólo se concede la acción a la parte perjudicada.

Las nulidades absolutas y las nulidades relativas del derecho común poseen un fundamento diferente: las primeras, protegen a la sociedad contra los ataques al orden público y a los intereses particulares; las segundas aseguran la protección de intereses particulares. En cuanto a sus consecuencias, se oponen en tres puntos de vista.

La acción de nulidad absoluta pertenece a todo interesado; por el contrario, la nulidad relativa no puede ser demandada sino por aquel cuyos intereses ha querido proteger la ley. La nulidad absoluta no se subsana; mientras que el acto nulo de nulidad relativa es susceptible de confirmación.¹¹

El artículo 291 del Código Civil de nuestro estado, reza: "Son causas de nulidad de un matrimonio:

11) Hazeaud Henri y León y Jean, LECCIONES DE DERECHO CIVIL Parte I, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, p. 208.

I.- El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;

II.- Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 153, y

III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto por los artículos 101, 102, 103, 105 y 106. "

Es decir, fundamentalmente las nulidades se basan en los impedimentos, además, en el error respecto a la persona, y el haber omitido algunas formalidades o solemnidades necesarias para la celebración.

Tomando en cuenta que podemos definir el impedimento como la circunstancia que, en virtud del derecho divino o humano, impide la celebración válida del matrimonio, recordemos que en los impedimentos hay una primera división en orden al matrimonio: impedientes y dirimentes. Los primeros hacen ilícito, pero no inválido el matrimonio al que acompañan. Los dirimentes originan la nulidad del mismo, si antes de su celebración no son removidos. Tal efecto se produce siempre, aunque afecte a

uno de los contrayentes.

Causas de nulidad según el profesor Chávez

Asencio:

FALTA DE EDAD.- El no haber cumplido 16 años el hombre y 14 la mujer, si no hay dispensa, produce nulidad relativa.

FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES, TUTOR O JUEZ.- La falta de consentimiento de los padres, tutores o juez para matrimonio de menores de edad, pero mayores de 16 años el hombre y 14 la mujer, genera nulidad relativa.

CCNSANGUINIDAD.- Es impedimento que produce la nulidad absoluta, la consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta y entre hermanos y medios hermanos. El impedimento colateral hasta el tercer grado es indispensable; si no se obtiene es nulo el matrimonio pero puede revalidarse.

AFINIDAD.- Produce nulidad absoluta el matrimonio entre afines en línea recta sin limitación alguna.

ADOPCION.- El impedimento es entre adoptante y

adoptado mientras dure el lazo jurídico de la adopción.
Nulidad absoluta.

ADULTERIO.- La nulidad relativa se produce por el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando hubiera sido judicialmente comprobado.

CRIMEN.- El atentado, o el conyugicidio, es un impedimento para contraer matrimonio con el que queda libre. Nulidad relativa.

RAPTO.- El raptor no puede casarse con la mujer mientras no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su consentimiento, produce nulidad relativa.

IMPOTENCIA.- Es impedimento que produce nulidad relativa la impotencia incurable para la cópula. La esterilidad no lo impide.

ENFERMEDADES.- La sífilis y las enfermedades crónicas o incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias, no producen la nulidad relativa del matrimonio.

MATRIMONIO SUBSISTENTE.- No pueden contraer matrimonio cuando alguno de los pretendientes estuviera casado con persona distinta. Genera una nulidad absoluta.¹²

Fundamentación en el Derecho Mexicano de las causas de nulidad absoluta en el matrimonio.- Existen sólo dos causas de nulidad absoluta en el matrimonio, dadas las características que señala el Código Civil vigente. Dichas causas son: a) bigamia y b) incesto.

La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 304 del Código Civil del Estado, debido a que la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las citadas personas, la deducirá el Ministerio Público. Al no señalarse un término de prescripción como imprescriptible. Es evidente que no cabe en el caso de convalidación por ratificación expresa o tácita de alguna de las partes interesadas, ya que en ningún caso podría aceptarse la validez del segundo vínculo a pesar de que con

12) Chávez Asencio Manuel S., LA FAMILIA EN EL DERECHO, Edít. Porrúa, S.A., México, D.F., 1985, pp. 335 a 338.

conocimiento del primero se ratificara, pues por el contrario, se incurriría en un nuevo acto ilícito.

Para el incesto estatuye el artículo 297 de nuestra legislación en materia que el parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, por lo tanto, cuando se trate de un parentesco que no admita dispensa, como es el de la línea recta y el de la colateral hasta el segundo grado, así como cuando se trata de parentesco de afinidad en la línea directa, procede considerar que existe nulidad absoluta. Cabe aplicar aquí las mismas consideraciones que para el caso de bigamia.

Tratándose de un parentesco de consanguinidad susceptible de dispensa, si se obtiene ésta después de celebrado el matrimonio, estatuye el mismo artículo que si ambos cónyuges reconocida la nulidad, quisieran espontáneamente reiterar su consentimiento por medio de un acta ante el Oficial del Registro Civil, quedará revalidado el matrimonio y surtirá todos sus efectos legales desde el día en que primeramente se contrajo.

Fundamentación en el Derecho Mexicano de las causas de nulidad relativa en el matrimonio.- a) El error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio,

cuando entendiendo un cónyuge celebrarlo con persona determinada, lo contrae con otra, es causa de nulidad relativa, porque de acuerdo con el artículo 292, dicha acción sólo puede deducirse por el cónyuge engañado y deberá intentarla en forma inmediata, pues si no denuncia el error inmediatamente que lo advierta, se tendrá por ratificado el consentimiento y quedará subsistente el matrimonio. Desde el punto de vista estrictamente teórico, el error sobre la identidad de la persona debería motivar la inexistencia del matrimonio, pues impide que el consentimiento se forme, dado que éste no se otorgó para celebrar el acto con la persona con quien realmente se celebró, sino que dicha voluntad se expresó bajo un supuesto totalmente distinto, es decir, para contraer matrimonio con otra persona.

b) La menor edad de dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer, se caracteriza por el artículo 293 como una nulidad relativa, por cuanto que el matrimonio queda convalidado si hay hijos o bien, aunque no los haya habido, si el cónyuge menor hubiese llegado a la mayoría de edad y no hubieren intentado la nulidad.

c) La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes, también es nulidad relativa dado que

conforme al artículo 294, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio. Además el artículo 295 admite claramente la prescripción de la acción por el solo transcurso de los treinta días y permite la convalidación del acto si dentro de ese término hay una ratificación expresa o tácita.

d) La nulidad por falta de consentimiento del tutor o del juez también es relativa, porque deberá pedirse dentro del término de treinta días por cualesquiera de los cónyuges o por el tutor, cesando si antes de presentarse la demanda se obtiene la ratificación de éste o la autorización judicial.

e) La nulidad en el caso de que existe parentesco consanguíneo dispensado, es relativa de acuerdo con el artículo 297 por las razones ya antes expuestas.

f) La nulidad en el caso de adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, se otorga sólo al cónyuge ofendido y al Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio, y sólo a éste último funcionario, si el

matrimonio se disolvió por muerte del cónyuge ofendido. En uno y otro caso la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros. En consecuencia, claramente se caracteriza a través de estos dos atributos como una nulidad relativa.

g) La nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses contados desde que se celebró el nuevo matrimonio. Por lo tanto, dada la prescripción de la acción, la nulidad será relativa.

h) La nulidad por miedo o violencia que llene los requisitos del artículo 301, sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro del término de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación. En consecuencia, por ambas características debe considerarse como relativo.

i) La nulidad que se funde en las enfermedades o vicios que enumera la fracción VIII del artículo 153, sólo podrá ser pedida por los cónyuges y dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró

el matrimonio. En consecuencia tiene dos características de la nulidad relativa.

j) La nulidad por idiotismo o imbecilidad, conforme al artículo 303 sólo puede pedirse por el otro cónyuge o por el tutor del incapacitado. No se admite aquí la prescripción, pero considerando que la acción sólo se otorga al otro cónyuge o al tutor, bastará este solo hecho para clasificarla como nulidad relativa.

k) Por último, la nulidad que se funda en la falta de simples formalidades necesarias para la validez del matrimonio, puede alegarse conforme al artículo 305 por los cónyuges o por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrá deducirse por el Ministerio Público. Cuando se haya otorgado el acta matrimonial, no se admitirá la demanda de nulidad por inobservancia de formalidades, cuando exista la posesión de estado matrimonial. De acuerdo con lo expuesto, cabe distinguir, según ya hemos explicado, dos causas: 1.-Inexistencia cuando se trate de formalidades esenciales, pues cualquiera podrá presentar demanda para demostrar que no hay matrimonio, incluyendo al Ministerio Público, y 2.- Nulidad relativa cuando exista el acta con las formalidades esenciales y se una a la posesión de

estado matrimonial.

En relación con las distintas causas de nulidad relativa, el artículo 307 aclara la tesis que hemos venido sosteniendo al disponer: "El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo conceda expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquél a quien hereden." En consecuencia, de manera expresa la ley sólo concede acción de nulidad a las personas que en cada caso determina taxativamente. Con apoyo en este precepto cabe sostener que la enumeración que hace la ley en las distintas hipótesis que hemos considerado de nulidad relativa, no permitirá que la acción sea deducida por persona distinta y así de manera terminante lo estatuye el artículo 307.¹³

3.- MATRIMONIOS ILICITOS.

El matrimonio que se celebra sin que se haya

13) *Rojina Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL Tomo I, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, pp. 308 a 312.*

cumplido alguno de los requisitos cuya omisión no está sancionada con la nulidad del acto, es válido, aunque produce sanciones de otra naturaleza distinta de la nulidad. Es un matrimonio ilícito. En ese caso, el legislador no ha querido que pierdan eficacia los matrimonios que así celebrados, por ser irregulares se consideran ilícitos.

La ilicitud en materia de matrimonio, connota una idea de reprobación jurídica contra el acto que no debió haberse celebrado, porque no se cumplieron determinadas condiciones jurídicas, previas a la celebración del matrimonio y que no son intrínsecas, ni a las personas ni al acto mismo, sino que se refieren a cierta situación particular en que se encuentra alguno de los contrayentes.

Las causas que producen la ilicitud del matrimonio comprenden: 1.- Los impedimentos susceptibles de dispensa (falta de edad núbil y el parentesco de consanguinidad en la línea colateral desigual), si se ha solicitado una dispensa y el Oficial del Registro Civil celebra el matrimonio, antes de que se haya concedido aquélla; 2.- Si entre los contrayentes existe el vínculo de la tutela o de la curaduría y el matrimonio se celebra

antes de que el Juez correspondiente haya concedido autorización para celebrarlo; 3.- Si no ha transcurrido el plazo de trescientos días, después de que ha sido disuelto el primer matrimonio (por muerte del marido, por divorcio o nulidad), durante el cual la mujer no debe contraer el segundo matrimonio; 4.- Cuando no han transcurrido los plazos que se les imponen a los divorciados, ya se trate de divorcio contencioso o de divorcio voluntario, para que puedan contraer nuevas nupcias.

En estos casos, el ordenamiento ha querido negar su aprobación, señalándolos con la marca de la ilicitud, siendo los matrimonios celebrados ante el Oficial del Registro Civil, violando el deber jurídico de respetar el orden jurídico establecido, aunque se haya decretado la nulidad del citado acto.

La sanción que se establece, no se dirige a la destrucción del acto, sino que consiste en la imposición de penas de otra naturaleza contra sus autores.

El Oficial del Registro Civil que autorice un matrimonio ilícito, incurre en responsabilidad que puede ser sancionada con la destitución del empleo, sin

perjuicio de las penas aplicables por la comisión del delito que pueda existir.¹⁴

Para concluir, el matrimonio ilícito no es nulo; es un matrimonio válido celebrado a pesar de que exista una prohibición para efectuarlo, que pudo haber sido superado, ya sea por dispensa (parentesco consanguíneo, en línea colateral directa o falta de edad núbil) o porque no han transcurrido los plazos que la ley establece, dentro de los cuales no puede contraerse un segundo matrimonio en los casos de disolución del primero.

4.- DIVORCIO.

Concepto.- El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley.

La voz latina *divortium*, evoca la idea de

14) Galindo Garfías Ignacio, *Ob. Cit.*, pp. 539 y 540.

separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial. En cualquier caso, la resolución que decreta la ruptura del vínculo matrimonial, debe ser pronunciada cuando no hay duda de que ha cesado la posibilidad de que continúen unidos en matrimonio los consortes, ya sea porque ha quedado probada en el juicio la existencia de hechos en tal manera graves que considerados en la ley como causa de divorcio, han provocado la ruptura de ese consenso necesario para mantener el vínculo (divorcio contencioso o necesario) o porque marido y mujer están de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial (divorcio por mutuo consentimiento).

El matrimonio, fuente primordial de la familia y garantía de su subsistencia, por su propia naturaleza debe ser permanente. No puede aceptarse en manera alguna, por la función misma de la institución matrimonial, que al celebrar el matrimonio la voluntad de los contrayentes sea otra, distinta a la de mantener la subsistencia del

vínculo conyugal, durante toda su vida, mediante el firme propósito de superar las contingencias que por azares de la vida, amenacen el mantenimiento de ese vínculo. El contenido de esa voluntad en el momento de la celebración del matrimonio, constituye una verdadera promesa de llevar a cabo hasta el final de la vida, ese propósito. En el Derecho Canónico, a la ceremonia del matrimonio se le denomina promesa de presentis, esa promesa solemne debe mantenerse permanentemente, en cada momento de la vida matrimonial.

El estado de matrimonio, la vida común entre los consortes, descansa en la voluntad de cada uno de ellos, en mantener y alentar la comunidad de vida.¹⁵

Nuestra legislación en materia, señala en su artículo 322 que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". En otras palabras, el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente y en base a causas específicamente señaladas por la ley. Esta

15) *Ibidem.*, pp. 577 y 578.

disolución permite a los cónyuges contraer con posterioridad un nuevo matrimonio.

Se pueden divorciar las personas que integran un matrimonio válido, si éste no lo es, los presuntos cónyuges deben demandar su nulidad. La acción de divorcio se intenta en vida de los consortes, y si iniciados los trámites del divorcio muere uno de los cónyuges, se pone fin al juicio y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiese existido dicho juicio.

El divorcio debe ser decretado por el Juez que resulte competente, cumpla con el procedimiento y funde la sentencia en las causales de divorcio establecidas en el artículo 323 del Código Civil del Estado.

El llamado divorcio no vincular o separación de cuerpos no extingue el matrimonio y sólo puede ser decretado en los casos de enfermedades físicas o mentales. Como consecuencia de la separación, se suspende para los cónyuges la obligación de cohabitar, pero quedan subsistentes las demás obligaciones del matrimonio.

En cambio el divorcio vincular extingue

totalmente el vínculo matrimonial.

Los divorciados dejan de tener el estado civil de casados y pueden volver a casarse.

El artículo 323 del Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato, nos menciona las causales de divorcio, que son:

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

VI.- Padecer cualquier enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o que científicamente haga prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes de ese matrimonio o padecer impotencia incurable, siempre que no esté en alguna de las excepciones señaladas por la fracción VIII del artículo 153. No es causa de divorcio la impotencia en uno solo de los cónyuges si sobrevino al matrimonio y como consecuencia natural de su edad;

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

VIII.- La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

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

La acción concedida al cónyuge que dio causa a la separación del otro del domicilio conyugal, solamente tiene por objeto obtener la disolución del vínculo matrimonial; pero los efectos que por esto se produzcan en relación con la situación de los hijos y las obligaciones de suministrar alimentos, se resolverán teniendo como cónyuge culpable al que se compruebe que incurrió en alguna de las causas mencionadas en las

demás fracciones de este artículo;

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

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan imposible la vida conyugal;

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 162 y 163;

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que implique deshonor para el otro cónyuge o para sus hijos, por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando

amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto intencional que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento; y

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

La acción podrá ejercitarse en cualquier tiempo y no tendrá más objeto que declarar la disolución del vínculo, conservando ambos la patria potestad de los hijos y quedando vigentes todas las obligaciones relativas a alimentos. La custodia de los menores la tendrá el cónyuge con el cual hayan vivido, pero los menores que hubieren cumplido catorce años, podrán elegir a su custodio. El contrato de matrimonio con relación a los bienes terminará al declararse el divorcio y se procederá a la liquidación en los términos de la ley, sin perjuicio de lo que las partes convinieren al respecto.

A manera de resumen, el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los consortes, declarada por una autoridad competente y por alguna de las causas mencionadas.

Divortium deriva de divertere, irse cada uno por su lado.

La ley, previa la consideración de que para las causas en ella establecidas, no es jurídica o moralmente posible que subsista la vida en común entre los consortes; establece la posibilidad de la ruptura del vínculo que une a marido y mujer, aún cuando la intención de los consortes al celebrar el matrimonio es la de que subsista la vida conyugal.

El divorcio aparece en sus orígenes más remotos, como el derecho del varón a separarse de su consorte en ciertos casos: adulterio, esterilidad de la mujer. En el Derecho Romano, la conferreatio podía disolverse por medio de la difarreatio que es un acuerdo de ambos cónyuges para disolver el vínculo.

El divorcio es un remedio excepcional en situaciones especiales en que sólo es permitido en los

casos en que el juez comprueba que por los graves disturbios entre los cónyuges, por enfermedades contagiosas de alguno de ellos o por el mutuo consentimiento de los consortes, ha desaparecido entre ellos la affectio maritalis.

El divorcio puede ser vincular si produce la ruptura del vínculo conyugal y no vincular si sólo autoriza a los consortes, subsistiendo el lazo conyugal, para poder vivir separados (separación de cuerpos).

El divorcio puede ser: divorcio remedio, si las causas que lo producen no son imputables a culpa de ninguno de los consortes (enfermedad), o divorcio sanción, si la autoridad judicial pronuncia la disolución del vínculo, por causas imputables a la conducta reprobable a alguno de los cónyuges.

El divorcio puede ser: a) contencioso, y b) por mutuo consentimiento.

El juez competente para conocer y decidir del divorcio, es el del domicilio conyugal.

El divorcio por mutuo consentimiento en la vía

judicial, se pronuncia a solicitud de ambos cónyuges que declaran su voluntad de divorciarse, previa la reiteración de su voluntad durante el proceso, en dos audiencias que se celebran ante el juez correspondiente, quien tiene la obligación de hacer ver a ambos consortes la trascendencia que para la familia y aún para la sociedad tiene tal determinación.

5.- DIVORCIO VOLUNTARIO.-

En esta clase de divorcio, que se funda en el mutuo disenso de los consortes, no se acepta en las legislaciones de todos los países que han acogido el divorcio vincular.

Se ha discutido sobre la conveniencia o inconveniencia de reconocer su validez, como un medio de disolver el vínculo conyugal, junto al divorcio que se funda en causa taxativamente establecidas en la ley debidamente probadas ante al juez que decreta el divorcio.

La Ley de Relaciones Familiares estableció por primera vez en México la disolución del matrimonio,

mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges que declaran su voluntad concorde de querer divorciarse.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, adopta el mismo sistema y además habilita dos vías de divorcio por voluntad de los consortes. Una de ellas, por medio de un procedimiento simplificado al extremo que se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil y que se conoce como divorcio administrativo y otro procedimiento que los cónyuges deben tramitar ante la autoridad judicial, en la vía de jurisdicción voluntaria.

El divorcio por mutuo consentimiento sea judicial o administrativo, no puede iniciarse sino después de un año de la celebración del matrimonio.

El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía administrativa, se seguirá ante el Oficial del Registro Civil del domicilio de los cónyuges ante el cual deberán comprobar, con las copias certificadas de sus actas de nacimiento, que son mayores de edad, manifestarán que no tienen hijos y presentarán el convenio para liquidar la sociedad conyugal, si se casaron bajo ese régimen. Deberán ocurrir personalmente

ante el Juez del Registro Civil que conozca de la solicitud de divorcio.

El oficial del Registro Civil después de identificar a los consortes, hará constar la solicitud de divorcio en una acta que levantará al efecto y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificar esa solicitud a los quince días.

Si ambos cónyuges ratifican la solicitud presentada, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantará el acta correspondiente, hará la anotación marginal en la del matrimonio anterior y comunicará al oficial del Registro Civil que levantó el acta de matrimonio, la resolución de divorcio, para el fin citado.

La reconciliación de los cónyuges pone fin al procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento. Los cónyuges no podrán solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino después de que transcurra un año desde su reconciliación.

El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía judicial se sujeta a la tramitación que establecen los

artículos respectivos del Código de Procedimientos Civiles.

Presentada la solicitud el juez citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público, a una junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, en la que exhortará a los interesados a procurar su reconciliación.

Si no hay avenimiento entre ellos, aprobará personalmente el convenio que ambos deberán presentar con su solicitud de divorcio sobre la situación de los hijos menores o incapacitados y de la mujer, fijando el importe de los alimentos que un cónyuge debe dar al otro, mientras dure el procedimiento, y dictando las medidas necesarias para asegurar éstos.

Si los cónyuges insistieren en divorciarse, deberán solicitar la celebración de una segunda junta, que se efectuará ante el Juez, después de los ocho y antes de los quince días de la solicitud. Si a pesar de la nueva exhortación que haga el tribunal a los cónyuges y escuchando al representante del Ministerio Público, el juez estimare que en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, dictará

sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial y aprobará el convenio presentado, con las modificaciones que juzgue conveniente.

Además debe observarse que en el convenio que sirva de base al divorcio, aun cuando exista acuerdo de las partes, se requiere para su validez, la aprobación del juez que conoce del divorcio y que sin ella, no puede decretar la disolución del vínculo matrimonial, mientras no hayan quedado debidamente garantizados los derechos de los hijos y su situación y guarda así como los alimentos que debe prestar un cónyuge al otro durante el procedimiento y después de decretado el divorcio y la manera de subvenir a las necesidades de los hijos, así como los puntos relativos a la administración de los bienes de la sociedad conyugal, durante el juicio y las bases para la liquidación de dicha sociedad, después de ejecutoriado el divorcio.

A las juntas de avenencia deben comparecer personalmente los cónyuges.

Mientras se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos.

Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, se enviará copia de la misma al Oficial del Registro Civil que levantó el acta de matrimonio, para los efectos del levantamiento del acta de divorcio y la anotación correspondiente al margen del acta de matrimonio que ha quedado disuelto.

El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía judicial o en la vía administrativa, no se funda en la violación de los deberes conyugales, y por lo tanto, no se plantea entre los cónyuges conflicto alguno. De allí que el legislador haya adoptado por simplificar en lo posible los procedimientos de esta clase de divorcio.

En los casos en que el divorcio por mutuo consentimiento puede ser decretado por el oficial del Registro Civil, la intervención de dicho funcionario se limita a la comprobación de que se han llenado los requisitos que la ley establece, para que proceda esa vía de divorcio, se cerciorará de la identidad de los cónyuges y que efectivamente es voluntad de ambos divorciarse.

En el divorcio voluntario que se tramita en la vía judicial, la intervención del juez y del Ministerio

Público, cuando hay hijos, aparte de aquella función de comprobar la identidad de los consortes y la firmeza de su voluntad de divorciarse, cumple la función importante de garantizar el interés de los hijos de los que pretenden divorciarse y cerciorarse de que en la disolución de la sociedad conyugal, la distribución de los bienes que la constituyen no reporta ventajas o provechos injustificados para ninguno de los divorciados.

La sentencia que decrete el divorcio judicial, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos. La apelación puede ser interpuesta por cualquiera de los cónyuges que pretenda divorciarse y por el Ministerio Público.

Es obvio que los cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento, no pueden apelar de la sentencia que decrete la disolución del vínculo matrimonial, pero podrá interponer el recurso de apelación contra la sentencia que niegue el divorcio y contra los puntos resolutivos de la sentencia de divorcio que modifique una o varias cláusulas del convenio presentado por ellos, tanto sobre la situación y guarda de los hijos como respecto de la liquidación de la sociedad conyugal o sobre alimentos.

El Ministerio Público podrá apelar de la resolución judicial que decreta o niegue el divorcio y que resuelva sobre los puntos relativos a la situación y guarda de los hijos, así como respecto de la liquidación de la sociedad conyugal.

También debe hacerse notar, que una vez que ha sido aprobado judicialmente el convenio, no puede ser rescindido por incumplimiento de sus cláusulas y sólo tiene lugar la ejecución forzada de las obligaciones que en él han contraído los consortes, puesto que la fuerza obligatoria del convenio deriva de la aprobación otorgada por el Juez en la sentencia de divorcio.¹⁶

Este tipo de divorcio se encuentra previsto en el Código Civil para el Estado en su artículo 323 fracción XVII y su procedimiento, del artículo 696 al 701 del Código de Procedimientos Civiles.

En el divorcio voluntario no hay cuestión entres los dos esposos, porque presupone que se han puesto de

16) *Ibidem.*, pp. 590 a 593.

acuerdo en disolver el vínculo conyugal y en lo concerniente al convenio que someten a la aprobación judicial. Si no la obtienen, el Juez no puede decretar el divorcio, porque es condición de este punto, la validez del propio convenio declarada y reconocida por sentencia firme.

No obstante lo anterior, existe una cuestión entre partes porque, según lo ordena la Ley, lo es también el Ministerio Público, que debe examinar la validez del convenio y dar su aprobación o negarla. Por tanto, la cuestión entre partes en el divorcio voluntario judicial, no es la disolución del vínculo conyugal, sino la validez del convenio que los dos esposos someten al dictamen del Ministerio Público y a la aprobación del juez. Este punto contencioso, es la materia propia de dicho juicio, por lo cual el procedimiento no debe incluirse en la jurisdicción voluntaria, sino en la contenciosa. En realidad, la cuestión entre partes concierne a los intereses económicos, a la educación y ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos, intereses éstos, que afectan directa o indirectamente a la sociedad e incluso al Estado.

Son partes en este juicio los dos cónyuges y el

Ministerio Público que interviene para velar por los derechos e intereses morales y patrimoniales de los hijos menores de edad e interdictos, así también como para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

Si los dos cónyuges o alguno de ellos es menor de edad, rige lo dispuesto en el artículo 691 fracción II del Código Civil de nuestro Estado, según el cual los emancipados menores de edad, siempre necesitan de un tutor para negocios judiciales, siendo indudable que lo es el divorcio voluntario que se lleva a cabo ante un Juez.

Los documentos que debe acompañarse a la demanda son:

Copia certificada del acta de matrimonio de las personas que demandan el divorcio, copia certificada de las actas de nacimiento de los hijos procreados en el matrimonio, el convenio; así como el inventario y avalúo de los bienes de la sociedad conyugal que va a liquidarse por virtud del divorcio.¹⁷

17) Pallares Eduardo, *EL DIVORCIO EN MEXICO*, Edit. Porrúa, S.A, México, D.F., 1981, pp. 44 a 46.

El divorcio, disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo al grupo familiar y con ello, priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.

Se destruye pues, el matrimonio, para satisfacer el interés individual de los esposos. El valor social de la institución se mide por los peligros de esa destrucción. Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones trágicas, es un mal bastante leve. Lo lamentable es que la práctica del divorcio se ha difundido mucho y en todas clases de la población. Se termina por considerar el divorcio como una solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la institución de la familia.

6.- DIVORCIO VOLUNTARIO EN EL DERECHO COMPARADO.

En las legislaciones europeas, el Código Civil Francés o Código Napoleón, aceptó el divorcio por mutuo consentimiento, y lo siguieron el Código de Bélgica, el de Rumanía y el de Luxemburgo.

Tuvo su nacimiento en el Código Napoleón, pero

fué suprimido de dicho cuerpo legal, y actualmente en Francia no existe esta clase de divorcio.

Ni Alemania, ni Suiza, ni Inglaterra, ni la legislación francesa, actualmente en vigor, admiten la expresada forma de divorcio puramente voluntario.

En resumen, en Europa existe en Bélgica, en Luxemburgo, en Rusia, en Rumania, en Suecia, en Dinamarca, en Estonia, en Letonia y en Portugal.

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

En Uruguay sólo la mujer tiene este derecho de disolver su matrimonio por su voluntad, el marido no. Pero claro, ambos cónyuges pueden por su voluntad y de común acuerdo disolver el matrimonio. En América, además de

determinadas restricciones como ocurre en México, se acepta el divorcio voluntario por Cuba, Guatemala, El Salvador, Panamá, Bolivia y Perú; primero hay una separación de cuerpos por un año y una vez transcurrido, se puede pedir el divorcio por mutuo consentimiento. Es decir, hay países en América que facilitan el divorcio voluntario y otros países que dificultan su trámite.

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

En Francia, en realidad ya no hay divorcio voluntario en la actualidad, pero se ha llegado, como explica Planiol, a circunstancias todavía más graves, porque como los consortes no pueden divorciarse por mutuo consentimiento, simplemente ya no quieren continuar casados y no se les aceptaría esta manifestación de voluntad, entonces recurren a la inmoralidad de inventar una causa. Generalmente la mujer se presenta como la inocente y el marido acepta, por ejemplo: que injurió gravemente a su esposa. Confiesa la causa y el juez tiene

que decretar el divorcio por injurias, que en realidad no existieron, llegándose al grado de que en lugar de imponer las garantías que permitan el divorcio voluntario, especialmente en favor de los hijos, se facilita el divorcio simulando causas y favoreciendo una inmoralidad. Por eso, los autores de pronuncian en el sentido de que se reforme el Código Francés, para aceptar el divorcio por mutuo consentimiento.¹⁸

7.- DIVORCIO NECESARIO.

Además de que el divorcio en cualquier caso, requiere la existencia de un matrimonio válido, la acción de divorcio, debe hacerse valer ante Juez competente, por persona capaz y legitimada procesalmente para acionar. Es necesario que la causal invocada, se encuentre comprendida en cualquiera de las causas taxativamente señaladas en el artículo 323 del Código Civil.

Dada la gravedad de la disolución del vínculo conyugal, el legislador no ha querido que los tribunales

18) *Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., pp. 406 a 409.*

tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas.

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

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

Las causas de divorcio pueden dividirse en los siguientes grupos:

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

b) Las contrarias a las anteriores, en las que los Tribunales no tienen esa facultad discrecional. Por ejemplo, el adulterio, el abandono de hogar por más de un año, la falta del pago de los alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.

Respecto a estos dos grupos, hay que aclarar que no cabe identificar la facultad de que se trata, con la relativa al poder de apreciación, de que gozan los tribunales en materia de prueba, que en el caso de divorcio la tienen dentro de los mismos límites que en los demás juicios, de acuerdo con las reglas relativas a cada prueba en particular.

c) Un tercer grupo está formado por las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado; tales como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la

corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal, etc. En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica. Así por ejemplo, padecer algunas de las enfermedades que especifican las fracciones VI y VII del artículo 323.

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

e) Finalmente, hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. Así son las que se consignan en las fracciones XIV y XV.

Del juicio:

a) En él, se ejercita la acción de divorcio que es acción del estado civil. Por su propia naturaleza es juicio plenario, por lo cual agota la materia litigiosa cuando es resuelto por sentencia ejecutoria;

b) No obstante, su importancia, puede incluirse en una sola instancia o a la inversa de lo que sucede en los juicios de nulidad del matrimonio y de rectificación de las actas del estado civil;

c) Puede ser en forma escrita u oral, según lo determinen de común acuerdo las partes o lo decrete el juez, la Ley procesal no le da una forma específica como lo hace tratándose del divorcio voluntario. Más aún, no lo menciona particularmente;

d) La prueba testimonial rendida para probar los hechos en que consiste la causa del divorcio alegada por el demandante, lo mismo que las contrapruebas testimoniales rendidas por el demandado, son válidas y eficaces, aunque las produzcan parientes, criados y amigos íntimos de los consortes, porque debido a la naturaleza de dichas causas, esas personas son las que con mayor frecuencia conocen los hechos litigiosos debido a las relaciones de amistad o de familia que tienen con los

consortes.

e) No obstante la trascendencia social del juicio de divorcio contencioso, no es parte en él el Ministerio Público, como lo es en el divorcio voluntario. No se explica esta anomalía porque tanto en uno como en otro, están de por medio los derechos y el porvenir de los hijos, que son las primeras víctimas inocentes de la rotura del vínculo conyugal. El código no tomó en cuenta esta circunstancia, y sobre ellos pueden recaer las malas pasiones de los cónyuges, sus deseos de venganza e incluso sus odios, al extremo de que ante la Suprema Corte de Justicia, se pretendió obtener de ella un fallo que quitara a la madre el derecho de ver a sus hijos, derecho que la Ley no lo otorga, porque procede a la naturaleza y puede decirse que es de origen divino:

f) Es un juicio al mismo tiempo declarativo y de condena, e incluso constitutivo. Declara la culpabilidad de uno de los cónyuges y el derecho del otro de pedirle la disolución del vínculo matrimonial; condena al cónyuge culpable, por regla general, a la pérdida de la patria potestad y en algunos casos a la suspensión de la misma; lo condena igualmente, al pago de la pensión alimenticia y a la pérdida de las donaciones hechas en

consideración al otro cónyuge. Finalmente, según los procesalistas modernos, es el tipo de los juicios constitutivos, porque mediante él se da fin a un estado de derecho y se constituye otro por completo diferente.

g) Es biinstancial, por ser apelable la sentencia definitiva.¹⁹

B.- DIVORCIO NECESARIO EN EL DERECHO COMPARADO.

EL DERECHO ANTIGUO.- El divorcio necesario existió desde la más remota antigüedad, ya la ley mosaica lo permitía. En Atenas se admitía también la disolución del vínculo matrimonial por determinadas causas.

DERECHO ROMANO.- En el derecho romano se reconoció tanto el divorcio necesario como el voluntario.

En el primitivo derecho romano, para los matrimonios en los que la mujer estaba sujeta a la manus del marido, es decir, a una potestad marital férrea,

19) Pallares Eduardo, *Ob. Cit.*, pp. 60 a 62, 97 y 98.

equiparando a la mujer a una hija, sólo el marido tenía el derecho de repudiar a la esposa para disolver su matrimonio, y había, por consiguiente, la posibilidad de una disolución matrimonial por voluntad unilateral.

Posteriormente, ya en la evolución del derecho romano, para los matrimonios en los que la mujer no estaba sujeta a la manus del marido, el derecho de repudiación es concedida a ambos cónyuges.

Es discutible si en el derecho romano la repudiación que ejercía en un principio el marido y que después correspondió a ambos consortes podría ser libre, sin expresión de causa, o tendría que fundarse en determinados motivos justificados. En verdad, hay textos que aluden a ciertas causas que implican faltas graves, como el adulterio, la corrupción de los hijos, la prostitución de la esposa o que el marido la prostituyese, el que un cónyuge incitara al otro para cometer algún delito, etc. Por esto, la mayoría de los romanistas consideran que el derecho de repudiación era libre, podría fundarse en alguna causa, o podría llevarse a cabo sin expresión de ella.

DERECHO MUSULMAN.- Mahoma se preocupó de la

facultad que también en el derecho islámico existía, para que especialmente el hombre pudiera repudiar a la mujer y como según las tradiciones musulmanas, y después conforme al Alcorán mismo, era lícita la facultad de repudiar, introdujo una idea de tipo religioso para limitarla, considerando que para Alá era odiosa esa facultad, no obstante que conforme al derecho, era lícita. De aquí, la innovación que hizo Mahoma para que se tuviese que repudiar con juramento, invocando una determinada causa, aún cuando no se probase. Por ejemplo: el adúltero, la indocilidad de la mujer, y según las costumbres jurídico-religiosas, habría que repetir la repudiación hasta tres veces. Entretanto, cuando este derecho lo ejercía el marido, la mujer entraba en un período de espera por tres meses, a fin de que el marido pudiese repudiarla sucesivamente en ese lapso. Esto no quiere decir, que la repudiación tuviera que hacerse mensualmente, para que a través de tres repudiaciones en esa forma quedase disuelto el matrimonio. Se consideró necesario este término de espera, fundamentalmente dentro de la idea religiosa de Mahoma, a fin de no invocar el juramento ante Alá, sin reflexionar sobre él, así como permitir la reconciliación. Generalmente se obtenía ésta, pero también para aquel que quería ejercer la repudiación en un solo acto, bastaba con que dijese que repudiaba a su

cónyuge a través de una repudiación triple y, por lo tanto, ya no tendría que repetir las repudiaciones sucesivas.

DERECHO CANONICO.- El derecho canónico no admitió el divorcio. Sin embargo, hasta el siglo VII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podría disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aún por adulterio, podría disolverse el matrimonio. En los primeros siglos, incluso algunos padres de la Iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible. Fué ganando terreno la idea de que ni aún por adulterio era posible el divorcio, y el derecho francés antiguo evolucionó conforme a esta idea, para prohibir el divorcio. En realidad, no fué sino hasta el siglo XIII como ya quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podría disolverse, ni aún por adulterio.

DERECHO FRANCÉS MODERNO.- En el derecho francés

la evolución se produjo de la siguiente manera: fué hasta la Revolución Francesa como las ideas católicas respecto a la indisolubilidad del matrimonio perdieron su valor. Sin embargo, no fué en la primera constitución francesa de 1791 como se estableció legalmente el divorcio, sino hasta una ley del año siguiente, es decir, de 1792. Esta ley francesa se caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, además, por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia no imputable. También la emigración por más de cinco años fué causa de divorcio.

En el código Napoleón se admitió tanto el divorcio voluntario como el necesario, pero se restringieron las causas. Ya no se aceptó la incompatibilidad de caracteres, la locura, la ausencia, la emigración y se reconocieron como causas de divorcio: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas criminales.

Hasta el año de 1816 continuó el divorcio en Francia conforme al Código Napoleón, pero con motivo de

una Carta Constitucional de 1814 que le dió al catolicismo el valor de religión de Estado, por la ley de 1816 se suprimió el divorcio. Se ha interpretado esta ley de 1816, como un desagravio a la Iglesia, causado por la Revolución Francesa, que a su vez trajo como consecuencia que el catolicismo no fuese religión de estado.

A partir de 1816 y hasta 1884, no hubo divorcio en Francia, no obstante que a mediados del siglo pasado se volvió a negar al catolicismo el carácter de religión de Estado. Era lógico entonces que al desaparecer la causa que impedía el divorcio, se promulgara una ley que volviera a admitirlo, pero sólo hubo iniciativas de las Cámaras de Diputados en diferentes ocasiones que presentaron proyectos que fueron rechazados. No fué sino hasta 1884 cuando se reimplanta el divorcio, pero no ya en los términos de la ley de 1792, sino más bien, en la forma que lo estableció el Código Napoleón. Es decir, restringiendo el divorcio en los casos de adulterio, de injurias graves, de sevicia y de condenas criminales.

DERECHO EUROPEOS Y AMERICANOS.- En Europa, en realidad las disposiciones del Código Francés inspiraron a los Códigos de Bélgica, Luxemburgo y Rumania, para admitir el divorcio sanción, es decir, el divorcio ante causas

graves, pero países como España e Italia no lo admitieron. Más aún, tuvieron la idea de la indisolubilidad del vínculo aún en los casos de adulterio. Siguieron al derecho canónico en cuanto a la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, o en forma temporal por otras causas.

SISTEMAS DE DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.-

Independientemente de esta evolución histórica por lo que se refiere al divorcio necesario, podemos clasificar dos grandes formas del mismo: El divorcio sanción y el divorcio remedio. Se llama divorcio sanción a aquel que se establece por causas graves, como delitos, hechos inmorales, actos que implican el incumplimiento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio, o que sean contrarios al estado matrimonial, por cuanto que destruyan la vida en común, así como los vicios: abuso de drogas enervantes, embriaguez consuetudinaria, o el juego, cuando constituya un motivo constante de desavenencia conyugal. El divorcio remedio ya no supone culpa, sino que se decreta la disolución del vínculo para proteger al cónyuge sano o a los hijos cuando existan enfermedades crónicas o incurables, que sean contagiosas o hereditarias.²⁰

20) *Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., pp. 358 a 363.*

C A P I T U L O I I I
M E D I D A S P R O V I S I O N A L E S E N M A T E R I A
D E D I V O R C I O

1.- CLASES DE SEPARACION, 2.- SEPARACION DE LOS CONYUGES,
3.- DEPOSITO DE LOS CONYUGES, 4.- ASEGURAMIENTO DE
ALIMENTOS, 5.- ADMINISTRACION DE BIENES, 6.- MEDIDAS
PRECAUTORIAS RESPECTO DE LA MUJER QUE QUEDE ENCINTA,
7.- CUIDADO DE LOS HIJOS HABIDOS EN EL MATRIMONIO,
8.- OBJETO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES, 9.- DURACION DE
LAS MEDIDAS.

C A P I T U L O I I I

M E D I D A S P R O V I S I O N A L E S E N M A T E R I A
D E D I V O R C I O

1.- CLASES DE SEPARACION.

Pueden dividirse en dos clases: las que conciernen a las personas de los cónyuges y de sus hijos, y las relativas a los bienes y obligaciones de naturaleza patrimonial.

El Código Civil para nuestro Estado, nos señala en el numeral 336 que: "Al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- Separar a los cónyuges en todo caso;

II.- Proceder en cuanto a depósito o separación de los cónyuges en los términos del Código de Procedimientos Civiles;

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe

dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV.- Dictar las medidas convenientes para que el administrador no cause perjuicios al otro cónyuge en sus bienes propios o en los de la sociedad conyugal o legal;

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta, y

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos; el Juez, con audiencia del otro cónyuge, resolverá inmediatamente, designando a la persona en caso de no ser aceptada la propuesta.

2.- SEPARACION DE LOS CONYUGES.-

La primer medida consistente en separar a los cónyuges. Aunque aparentemente no presente dificultades tanto de hecho como de derecho, sin embargo, las tiene y

son las siguientes:

a) Cuando la esposa demande el divorcio, habrá necesidad en algunos casos de vencer la resistencia del marido a que se lleve a cabo la separación, sobre todo si se trata de esposos irascibles, muy necios e ignorantes que acostumbra a hacer gala del machismo mexicano y son capaces de llegar a medidas extremas, sea para impedir el divorcio o para que la esposa vaya a vivir lejos de ellos con determinadas personas.

b) También se puede presentar el problema de que no haya personas que estén dispuestas a recibir en depósito a la mujer o que falte dinero con que pagar los gastos de su sostenimiento. En vista de esas dificultades y otras análogas a ellas el propio artículo 336 en su fracción II, dá facultades al juez para constituir el depósito judicial de la esposa en los términos que previene el capítulo relativo al depósito de las personas como medio preparatorio al juicio, aunque en este caso ya se esté tramitando el de divorcio.

En concepto del autor, el depósito judicial de la mujer, es anticonstitucional como violatorio de la libertad de tránsito declarada en el artículo 11 de la

Constitución General de la República. Consiste esta garantía en poder entrar y salir del país y cambiar de domicilio libremente, facultad que sólo puede ser limitada o suprimida en los casos de responsabilidad civil o penal. La privación de ese derecho, cuando no se ha declarado legalmente dicha responsabilidad, es, por tanto, violatoria del artículo 11 Constitucional cuando se deposita a la mujer casada porque lo impide cambiar de domicilio y entrar y salir libremente de la República, sin que en forma alguna se le haya declarado responsable civil o criminalmente.²¹

Puede solicitarse al Juez que corresponda la separación antes de iniciarse el juicio de divorcio, como acto prejudicial, después del cual se requiere presentar la demanda, cuyo plazo podrá ser hasta de cinco días contados a partir del día siguiente de efectuar la separación.

Tanto el Código Civil como el Código de Procedimientos Civiles, antes de las reformas de 1975,

21) Pallares Eduardo, *Ob. Cit.*, pp. 100 y 101.

hablaban del "depósito" de la mujer, lo que parece incorrecto o ilegal, pues se trata de persona humana con libertad, y el hecho de depositarla privaría al cónyuge de las garantías constitucionales que permitan a toda persona libertad para transitar y vivir donde quiera.

El Juez podrá practicar las diligencias que a su juicio sean necesarias antes de dictar la resolución y después, al resolver dictará las disposiciones pertinentes para que se efectúe materialmente la separación atendiendo las circunstancias de cada caso, lo que permite al juez aplicar todo tipo de medidas que a su juicio sean más convenientes o necesarias para cada caso concreto.

Si no se planteara la separación como acto previo al juicio, también podrá pedirse al presentarse la demanda, y entonces, el Juez al admitir la demanda de divorcio deberá proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles. Es decir, se previene como necesaria la separación de los cónyuges, lo que es no sólo jurídico si no se basa en la naturaleza misma de las personas y del matrimonio, porque al haberse roto la convivencia que debe existir no es posible que los cónyuges permanezcan en el mismo domicilio

conyugal durante el proceso de divorcio.²²

La separación decretada por el juez es provisional, y subsiste durante el procedimiento, a reserva de lo que decrete la sentencia de divorcio para cada divorciante en vista de la cuestión litigiosa que se ha suscitado entre ellos. La separación provisional produce ciertos efectos jurídicos, entre ellos, evitar el transcurso de los plazos señalados en las fracciones VIII y IX del artículo 323 del Código Civil que tipificarían la causal de abandono de hogar.

La separación la entendemos como el estado de dos esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir juntos.

La separación debe decretarse por los tribunales toda separación voluntaria, convenida en lo particular por los esposos, es nula y no produce efecto alguno; sólo puede durar en tanto que los dos esposos consientan en cualquier momento cada uno de ellos tiene derecho a

22) Chávez Asencio Manuel, *Ob. Cit.*, pp. 533 y 534.

desconocerla y a exigir del otro el cumplimiento de sus deberes de esposo de negarle la pensión convenida entre ellos. Se necesita un juicio porque los esposos no tienen facultades para eximirse, por su propia autoridad de las obligaciones nacidas del matrimonio. Sin embargo, en la práctica existen muchas separaciones amigables.²³

3.- DEPOSITO DE LOS CONYUGES.

DEPOSITO DE PERSONAS.- DEFINICION.- Manresa y Navarro y Reus y García definen el depósito de personas en los siguientes términos: "El acto por el cual una persona, que se haya oprimida o abandonada, es puesta por la autoridad competente bajo la custodia y garantía de otra, bien para que ésta la cuide y asista, o ya para librarla de violencia, se llama en lo judicial depósito de personas". La definición anterior sólo es exacta cuando se refiere al depósito voluntario, pero no cumple el que se lleva a efecto contra la voluntad de la persona que va a ser depositada.

²³) Georges Ripert y Planiol Marcel, *Ob. Cit.*, pp. 86, 89 y 90.

El depósito de las personas comprende dos cosas diversas. La una consiste en obligarla a vivir en determinada casa a donde es conducida por el Juez que ordena la diligencia; por la otra, en sujetarla al cuidado y la vigilancia de la persona que ejerce las funciones de depositario.²⁴

Casos en que procede el depósito.- El Código únicamente autoriza en los siguientes:

a) Cuando la mujer casada pretende demandar a su marido civilmente o acusarlo ante las autoridades penales;

b) Cuando el marido quiere hacer otro tanto, siempre que viva con su mujer;

c) El depósito de los hijos menores como consecuencia del depósito de la mujer casada que sea su madre;

d) El depósito de menores e incapacitados sujetos a la patria potestad, o a tutela que fueran

24) Pallares Eduardo, DERECHO PROCESAL CIVIL, Edit. Porrúa, S.A., México 12, D.F., 1979, pp. 342 y 343.

maltratados por sus padres o tutores o reciban de éstos ejemplos corruptos a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes;

e) El depósito de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren;

f) El de la mujer menor de edad que deseando contraer matrimonio necesite acudir a la autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar su depósito. Estos últimos casos están previstos en el artículo 743 del Código de Procedimientos Civiles.²⁵

En el divorcio voluntario, no hay problemas de depósito, en el convenio que se presente al Juzgado los cónyuges designarán la casa que servirá de habitación a cada uno de ellos durante el procedimiento.

En lo que se refiere al divorcio necesario, el

25) *Ibidem.*, p. 343.

artículo 330 de nuestro Código Civil, nos menciona en su primera parte: "Mientras que se decreta el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional...." Por lo tanto, se depositará en casa de persona de buenas costumbres o institución de beneficencia a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiese 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.

4.- ASEGURAMIENTO DE ALIMENTOS.

Para que esta medida precautoria no traiga consigo la violación del artículo 16 Constitucional, es necesario, no sólo que esté fundada en la Ley, sino también ha de estar debidamente motivada, tal como lo exige el mencionado precepto de nuestra Ley Constitucional. La motivación consiste en la prueba de que el cónyuge que demanda el divorcio y sus hijos tiene necesidad de percibir la pensión alimenticia. Además, es igualmente indispensable, la prueba de estos dos extremos: Que el deudor alimentario se encuentre en condiciones económicas suficientes para poder pagar los alimentos, y la prueba de la cantidad a que deben ascender estos

últimos.

Se debe fijar el monto de los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar al otro cónyuge con arreglo a los artículos 161 y 162 del Código Civil, mientras dure el juicio de divorcio. Tal fijación se hará de acuerdo con el principio general de que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del deudor alimentario y a las necesidades del acreedor conforme a los artículos mencionados, hay casos en que la mujer está obligada a dar alimentos.

Se debe asegurar el pago de los alimentos. La seguridad puede consistir en fianza, hipoteca o en depósito de dinero en cantidad suficiente, calculada por la duración probable del juicio de divorcio. También puede consistir en una prenda de alhajas, valores o bien, en muebles.

Respecto a esta medida se presenta una dificultad que consiste en que el Código Civil ordena al juez que conoce del juicio, fije el monto de las cantidades que debe pagar el demandado por concepto de alimentos, así como que asegure debidamente dicho pago. Una resolución tan importante la ha de dar precisamente

al admitirse la demanda de divorcio, sin que el Código ordene que previamente se rindan pruebas sobre la capacidad económica del deudor alimentario y las necesidades del acreedor. Por tanto, surge la duda respecto de si el Juez puede hacerlo sin tener a la vista ningún medio probatorio en qué fundar su resolución, y atenerse sólo a las afirmaciones que haga el actor en su escrito de demanda.²⁶

Pienso que la dificultad se resuelve de la siguiente manera: las medidas que el Juez dicta en el punto de que se trata, tienen el carácter de cautelares, y, en consecuencia, hay que incluirlas entre las providencias precautorias que reglamenta el Código de Procedimientos Civiles. En otras palabras, mediante la demanda de divorcio se pide al Juez que decrete el embargo precautorio en bienes del demandado en cantidades suficientes para asegurar el pago de alimentos; admitido lo anterior, que es recusable, el problema de que se trata se resuelve fácilmente aplicando las disposiciones de la ley procesal que conciernen a los embargos precautorios, o

26) Pallares Eduardo, *Ob. Cit.*, pp. 102 a 104.

sea, que la persona que la solicita debe acreditar la necesidad del embargo y el derecho a obtenerlo. Este último tiene su fundamento en el matrimonio, cuya prueba consiste en el acta del registro civil correspondiente. La necesidad de la precautoria y el monto de la misma deberán acreditarse bien con la prueba documental o con la testimonial. De ninguna manera sería legal y justo que el Juez sin fundamento alguno ni prueba que funde el auto de embargo, lo dicte por determinada cantidad. Por último, es necesario subrayar la circunstancia de que la providencia precautoria de que se viene hablando, pueda obtenerse en los casos de urgencia, antes de presentar la demanda de divorcio.

El Juez debe acordar durante el trámite del juicio una pensión de alimentos suficiente, según las posibilidades de los padres para el sostenimiento de los hijos, y en su caso, para el cónyuge acreedor.

Los alimentos se refieren tanto a los cónyuges como a los hijos. Es obligatorio que durante el procedimiento se determine una cantidad que a título de alimento un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio; también debe determinar en el convenio el modo de subvenir a las

necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

Esto se confirma por el artículo 330 del mismo Código, que faculta al Juez para dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quien tenga obligación de dar alimentos.

Pero no sólo exige señalar los alimentos, sino también en determinar la forma como se hará el pago y cómo se garantizarán. La garantía comprende tanto los alimentos que un cónyuge debe dar al otro, como los que se deben dar a los hijos.

Puede haber el aseguramiento mediante el embargo precautorio, o bien a través de algún otro medio que previene la ley, que puede ser prenda, hipoteca o bien el descuento que se le haga al deudor alimentario del sueldo que está percibiendo.

El verdadero problema surge cuando el deudor alimentario no percibe sueldo, y sus ingresos provienen del ejercicio de una profesión o por trabajos independientes que realiza. En este caso, y supuesto que carezca de bienes inmuebles, sólo quedaría la prenda sobre

muebles y las medidas de apremio que el Juez pueda decretar en caso de que el deudor no cumpla, lo cual hará necesaria una permanente actividad del acreedor alimentario para poner en conocimiento del juez las anomalías o incumplimiento del deudor, a quien se le podría obligar inclusive mediante el arresto por desacato judicial.²⁷

5.- ADMINISTRACION DE BIENES.

Demuestra también el artículo 336 del C. C. a través de su fracción IV, el perjuicio que en los códigos anteriores existía respecto a la incapacidad de la mujer para tenerla que proteger frente al marido. En un Código como el vigente, en que la capacidad jurídica de la mujer se equipararía a la del hombre, y en el que ya en el matrimonio, tanto la esposa como el marido tienen igual autoridad y capacidad respecto a su propia persona, a sus bienes o para el ejercicio de la patria potestad, no es explicable esta medida de que el Juez deberá proteger a la mujer para evitar que el marido le cause perjuicios en sus

27) Chávez Asencio Manuel F., *Ob. Cit.*, pp. 527 a 539.

bienes. En cambio, en los códigos de 1870 y 1884 como el marido era el legítimo administrador de los bienes de la sociedad conyugal y de los propios de la esposa, entonces evidentemente que si por esa administración que la ley le había confiado, y mientras no se decidiese el divorcio por separación de cuerpos, era conducente que el Juez tomara medidas para evitar que el marido en la administración de los bienes de la esposa y también de la sociedad conyugal, pudiera causarle perjuicios; pero ya no se justifica en la actualidad, por cuanto que por ningún concepto el marido podrá manejar o administrar los bienes propios de su esposa; y en cuanto a los bienes de la sociedad conyugal, dependerá lo que se haya estipulado en las capitulaciones matrimoniales. La administración puede confiarse indistintamente al marido o a la mujer. En el caso de que la mujer hubiese otorgado poder de administración al marido, será ella la que tendrá que revocar ese poder, si así lo juzga conveniente, por el solo hecho de que hubiese presentado su demanda de divorcio, o bien, cuando el marido hubiese formulado demanda en su contra; pero no el Juez. Solamente cabe considerar esta disposición como una inadvertencia que el legislador vigente cometió al reproducir las mismas medidas que los Códigos anteriores establecían partiendo, claro está, de que el marido era el administrador de su

mujer.²⁸

El Juez debe tomar las precauciones necesarias para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.

Cuando la sociedad conyugal no hubiese sido disuelta, deberá señalarse en un convenio lo relativo a su disolución. Deberá haber un inventario de los bienes, avalúo de los mismos, nombramiento de liquidadores y la proposición de la participación entre ambos cónyuges.

Una vez ejecutoriado el divorcio se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

El artículo 341 del Código Civil en su segunda parte, vuelve a tratar las obligaciones con relación a los

28) *Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., p. 517.*

hijos y recalca la obligación de los divorciados de contribuir en la proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad, lo cual es parte también de lo que debe contenerse en la disolución conyugal y la división de los bienes comunes.

Sólo el abandono injustificado, previsto por el artículo 192 del Código Civil que reza: "La ausencia injustificada, por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día en que se inició, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan. Estos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso". Es decir, en estos casos de abandono injustificado el cónyuge culpable no tendrá derecho a las utilidades o productos habidos en la sociedad conyugal. Al decir convenio expreso, se refiere al caso en que no hubiese divorcio de por medio, pues habiéndolo, en la liquidación que siga a la sentencia ejecutoriada se privará al culpable de las utilidades habidas.²⁹

29) Chávez Asencio Manuel F., *Ob. Cit.*, pp. 55 y 556.

6.- MEDIDAS PRECAUTORIAS RESPECTO DE LA MUJER
QUE QUEDE ENCINTA.

Si la mujer se encuentra embarazada, se deben tomar las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta.

a) La mujer que crea encontrarse encinta, deberá avisarlo al Juez dentro del término de sesenta días para que lo haga saber al marido. La ley no precisa a partir de qué día comienza a correr el mencionado término.

b) El marido puede pedir al Juez que dicte las providencias necesarias para evitar la suposición de parto, la sustitución de infante o que se haga pasar por viable al hijo que nazca. Tratándose de divorcio, no tiene importancia que el hijo nazca viable si muere después, porque en el caso no hay la obligación del marido de alimentarlo. Se entiende que nace viable cuando desprendido totalmente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo en el Registro Civil.

d) El Juez cuidará de que no se ataquen el pudor ni la libertad de la mujer con las medidas que dicten para garantizar los derechos del marido en la forma

expuesta.

d) La mujer está obligada a dar aviso al Juez que se acerca el día del parto para que lo haga saber al marido, y éste tiene derecho a pedir al juzgado que nombre un médico o una partera para que se cerciore del parto, según lo previene el artículo 2878 del Código Civil. Aunque la norma no lo prescriba, debe entenderse que la persona nombrada por el Juez, tiene derecho de asistir al parto, porque de otra manera no puede cerciorarse de que en la realidad se verificó y de que no hubo sustitución de infante.

e) En todas las actuaciones relativas a las medidas de que se trata, deberá ser oída la mujer.

f) Si bien la ley sanciona a la viuda que no da al Juez el aviso de su preñez y de la inminencia del parto, con la pérdida del derecho de recibir alimentos, tal sanción no tiene lugar en el juicio de divorcio, porque ese derecho depende de que sea decretado o no cónyuge culpable el marido en la sentencia definitiva. Por tanto, cabe preguntar qué consecuencia se pronunciará por la falta de esos avisos.

Si el hijo nace después de que los esposos han sido separados y la mujer no ha dado aviso de su preñez, el marido no pudo ejercitar oportunamente los derechos que se le conceden, y, por tanto, no nace en él la obligación de pagar alimentos porque no se sabe considerar legalmente probado para él la realidad del parto, la identidad del hijo ni su viabilidad. En tal supuesto, la mujer debe demostrar por los medios probatorios del derecho común esos tres extremos.

Otro tanto puede afirmarse, si el Juez que conoce del divorcio no aplica debidamente los preceptos legales de que se ha hecho mérito.³⁰

Estas medidas, en caso de la mujer embarazada, tienen por objeto determinar lo relativo a la paternidad, así como efectos y consecuencias del divorcio para el hijo concebido.

30) Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit.p. 597.

7.- CUIDADO DE LOS HIJOS HABIDOS EN EL
MATRIMONIO.

De acuerdo con el artículo 336 en su fracción VI del Código Civil pueden presentarse las siguientes situaciones: Que los cónyuges se hayan puesto de acuerdo sobre las personas a cuyo cuidado han de quedar los hijos durante la tramitación del juicio, o, por el contrario, que no haya conformidad sobre este punto. En el primer caso, se estará a lo convenido por los cónyuges, y al parecer, la ley no faculta al juez para obrar en sentido contrario. En el segundo supuesto, el mismo artículo ordena que en defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pide el divorcio, propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos.

Es pertinente hacer las siguientes observaciones:

a) En la práctica de nuestros tribunales, con frecuencia sucede que el Juez, sin substanciar ningún incidente ni oír al cónyuge demandado, designa a la persona que tendrá durante el juicio la guarda y cuidado de sus hijos. Tal manera de proceder es atentatoria y violatoria del artículo 14 Constitucional, porque, además

de pasar por alto lo que ordena el artículo 337 del Código Adjetivo Civil, despoja al cónyuge demandado de la posesión jurídica de sus hijos, sin haberlo oído previamente;

b) El Código de Procedimientos Civiles no fija ninguna forma especial para resolver la falta de conformidad de los cónyuges en el punto de que se trata, que por su propia naturaleza debe considerarse como un incidente surgido en el juicio de divorcio. Su tramitación puede llevarse a cabo de acuerdo a lo que se refiere a los incidentes en general, o bien, tramitarse en la vía sumarísima todas las cuestiones de carácter familiar. En concepto del autor, la ley debe reformarse en el sentido de fijar un procedimiento especial, en el cual, las dos partes sean oídas en debida forma. ³¹

En el divorcio por mutuo consentimiento, en el convenio que se presenta ante el Juez se deberá designar la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después

31) Pallares Eduardo, *Ob. Cit.*, pp. 101 y 102.

de ejecutoriado el divorcio. Normalmente se confían los hijos a alguno de los cónyuges, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio y así se hace constar en el convenio que ante el Juez se presenta.

Desde un principio los padres se han puesto de acuerdo sobre quién tendrá la guarda de los hijos y la forma en cómo se ejercitará el derecho de visitas por el otro progenitor.

En el divorcio contencioso, nuestro Código parte de la conveniencia de que los padres se pongan de acuerdo sobre la persona que debe cuidar a los hijos, en defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, (Art. 336 fracción VI), lo que parece razonable pues se presume que el que pide el divorcio es el cónyuge inocente y éste tiene más derechos que el demandado para designar persona para la custodia de los hijos, que, inclusive, puede ser el mismo cónyuge actor en el juicio.

Como no siempre es posible obtener el acuerdo de los cónyuges, el Juez resolverá lo que conviene a los

hijos.

Esta facultad para que el Juez pueda intervenir de oficio es para casos de emergencia, pero nunca podrá resolver, aunque se trate de una custodia provisional sin haber oído a ambos padres.

De aquí que el Juez, cite a una audiencia a ambos consortes donde los exhorta para que decidan con quién deberán quedar los hijos, si no hay acuerdo y después de haberlos oído en esa audiencia, el Juez estará legalmente en posibilidad de decidir.

Se estima que el interés de los hijos en estos casos es superior al de los cónyuges, y los jueces deben intervenir y velar siempre protegiéndolos en su persona, alimentos y bienes.

Por tratarse de una medida provisional, ésta puede ser modificada en cualquier momento. Puede acontecer que la custodia de los hijos se hubiera dejado a uno de los padres que se volviese incapaz, o bien, que por su conducta inmoral fuese necesario un cambio, lo cual se puede pedir por el otro cónyuge o por cualquiera, comunicándolo al juez y éste puede intervenir, inclusive

de oficio, al conocer la situación.

Es posible también, modificar las visitas o los tratos que el padre que no tuviera la custodia tiene el derecho de hacer. Durante el procedimiento uno de los progenitores tiene la custodia de los hijos, y el otro tiene el derecho de visitarlos y llevarlos con él y salir de vacaciones, etc. Estos derechos pueden suspenderse y las visitas impedirse si se causa perjuicio a los hijos. Se trata de una medida que debe aplicarse restrictivamente, porque significa privar al padre o a la madre de participar en la formación y educación de sus hijos. Esta restricción o suspensión deberá ordenarse cuando en lugar de beneficiar al menor, le perjudica, como por ejemplo: malos consejos, actitud inmoral, incumplimiento a la pensión alimenticia, o se daña la salud psíquica o física de los menores. Estas modificaciones pueden intentarse mediante un incidente en el juicio de divorcio.³²

32) Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit., pp. 527, 534 a 536.

8.- OBJETO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES.

Durante el juicio se produce una semirruptura entre los esposos, un relajamiento del vínculo que los une. En consecuencia, procede dictar inmediatamente medidas provisionales que se refieren:

1o.- A la separación de residencia,

2o.- Al mantenimiento de los esposos,

3o.- A la guarda de sus hijos, y

4o.- A la conservación de sus bienes.

Nos damos cuenta, entonces, que existe una gran tensión entre los cónyuges y quizá también en los hijos que aún siendo en ocasiones menores de edad se dan cuenta de lo que ocurre en su hogar familiar. Debido a esta tensión, a la semirruptura que se produce y a la forma de comportarse los cónyuges, se solicita al Juez decrete la medida provisional de depósito de personas.

9.- DURACION DE LAS MEDIDAS.

Podría temerse que el esposo actor abuse de

estas facilidades para obtener una residencia separada o la guarda de los hijos, sin continuar enseguida el juicio de divorcio. Por ello, las medidas provisionales ordenadas por el juzgador cesan de pleno derecho, si el actor no interpone la demanda de fondo dentro de los cinco días siguientes de practicada la medida, como lo dispone el artículo 413 de nuestro Código de Procedimientos Civiles.

El término señalado para la duración del depósito podrá prorrogarse si se acreditare que por causa no imputable al interesado, le ha sido imposible intentar su acción o formular la acusación.

No acreditándose haberse intentado la demanda o la acusación dentro del término señalado, levantará el Juez el depósito de la medida y restituirá las cosas al estado que guardaban con anterioridad.

Si se presentare la demanda en el término fijado, subsistirá la medida hasta en tanto se dicte sentencia; sin embargo, si durante el procedimiento de juicio los cónyuges llegaren a un acuerdo o se desistan de él, esto es, que no se divorciaren, entonces terminará también la medida practicada quedando sin efectos.

C A P I T U L O I V

EL DEPOSITO DE PERSONAS

- 1.- EL DOMICILIO,
- 2.- CLASES DE DOMICILIO,
- 3.- DISPOSICIONES CONSAGRADAS EN EL ARTICULO 407 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE GUANAJUATO,
- 3.1.- RESIDENCIA DE LA MUJER, 3.2.- RESIDENCIA DEL MARIDO,
- 4.- EFECTOS DE LA SEPARACION DE RESIDENCIA DURANTE EL TRAMITE DE DIVORCIO Y UNA VEZ DECRETADO EL MISMO,
- 5.- DEPOSITO DE HIJOS NACIDOS DURANTE EL MATRIMONIO.

CAPITULO IV
EL DEPOSITO DE PERSONAS

1.- EL DOMICILIO.

El artículo 209 de nuestro Código Civil establece que: "EL domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle".

El domicilio cumple en el derecho la misma función que desempeña en las relaciones sociales en general: constituye el centro de la vida en relación de la persona. Indica la idea de permanencia, y de estabilidad del sujeto en un determinado lugar.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, es preciso determinar de una manera objetiva, en mérito de la certeza y de la seguridad jurídica, ese centro especial de ubicación de la persona, en tal manera que ésta debe tener necesariamente un domicilio, ya que es uno de los atributos de la persona.

Según el propio precepto, toda persona debe tener domicilio, y la ley considera que el domicilio será el lugar donde radique el centro principal de sus negocios, y si tampoco pudiésemos determinar éste, el domicilio será entonces el lugar donde se encuentre. Este último concepto pierde su interés jurídico, ya que se convierte en una cosa movédiza, temporal, que está sujeta a cambios continuos. La importancia del domicilio para derivar de él consecuencias jurídicas, radica en su estabilidad, en su fijeza, en su permanencia; aquellas personas que no tienen residencia habitual, que tampoco tienen centro principal de negocios, en realidad constituyen verdaderos problemas jurídicos: para determinar la competencia de los jueces, la exigibilidad de sus obligaciones, la realización de sus actos jurídicos o el ejercicio de sus derechos. Pasan continuamente de un lugar a otro, de tal manera que no puede llegarse a determinar el elemento objetivo, o sea, la residencia habitual. Pero dada la importancia que tiene el domicilio, la ley no ha querido que estos sujetos carezcan de él, y por esto considera el artículo 28 del C.C. que el domicilio será el lugar donde se hallen.³³

33) Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., CÓDIGO CIVIL PARA EL D.F. EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO, Tomo I, Librero-Editor, 1987, p. 26.

En relación con el matrimonio y el divorcio, tanto el Código Civil como el Procesal nos hablan del domicilio conyugal. Esta nueva especie de domicilio evidentemente que equivale a la morada conyugal, o sea, la casa habitación de ambos consortes. De acuerdo con el artículo 160 del Código Civil la mujer debe vivir al lado de su marido. Por consiguiente, el domicilio conyugal es aquel que establezca el esposo, dado que su mujer tiene la obligación de cohabitar con él bajo el mismo techo. Sólo en el caso de que aquel se traslade a un país extranjero, si no lo hace en servicio de la patria o cuando se establezca en un lugar insalubre o indecoroso, los tribunales podrán con conocimiento de causa, eximir a la esposa de esa obligación. En principio, queda pues, como domicilio conyugal el que determina el marido, que, por efecto de la ley se convierte en la casa habitación de ambos consortes. En ese caso es indiscutible que el domicilio equivale a la casa o morada y no a la ciudad o población. El artículo 33 del Código de Procedimientos Civiles estatuye:

"Para suplir la licencia marital y para conocer de los juicios de nulidad del matrimonio, es juez competente el del domicilio conyugal.

El propio juez es competente para conocer de los negocios de divorcio, y tratándose de abandono de hogar, lo será el del domicilio del cónyuge abandonado".

Finalmente, en el artículo 323 del Código Civil fracciones VIII y IX se vuelve a aludir a la casa conyugal como equivalente del domicilio conyugal, considerándose que es causa de divorcio la separación del mismo por más de seis meses sin causa justificada, por cualquiera de la consortes, o bien la separación del hogar conyugal originada por 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.³⁴

Atendiendo a la exposición anterior, nos damos cuenta que el "domicilio" individualiza a la persona desde el punto de vista territorial; la une respecto de la vida jurídica, a un lugar determinado; en otros términos, el domicilio reduce al individuo a un lugar determinado, jurídica y socialmente.

34) *Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO Tomo I, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982, p. 498.*

En el sentido jurídico, el término domicilio expresa una relación de derecho: la relación que obligatoriamente liga a una persona con un lugar preciso del territorio, en el cual se considera que se encuentra siempre, cuando se trata de la participación activa de la vida jurídica. Pero en el uso corriente por domicilio se considera lo que realmente debe llamarse el lugar del domicilio.

En materia de divorcio el domicilio conyugal lo entendemos en el sentido de la siguiente jurisprudencia:

"DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL.
CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE
ARRIMADOS.

Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de

hogar propio.

Amparo directo 6798/1957-Juan Francisco R.

Unanimidad de 4 votos. Vol. XV, pág. 213.

Amparo directo 3478/1959-Amparo Coutiño de S

Unanimidad de 4 votos. Vol. XX, Pág. 96.

Amparo directo 4141/1958-Pedro Millán G.

Unanimidad de 5 votos. Vol. XXIV, Pág. 148.

Amparo directo 263/1960-Angel Perales R.

Unanimidad de 4 votos. Vol. XXXIV, Pág. 85

Amparo directo 572/1960-J.Jesús Raygosa C.

Unanimidad de 5 votos.Vol.XLVIII, Pág. 164.

JURISPRUDENCIA 150 (Sexta Epoca), Página
484, Sección Primera, Volumen 3a. SALA.-
Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a
1965". 35

Vemos que esta situación genera una problemática,
ya que es de todos sabido que en el matrimonio se dan
algunas diferencias entre los cónyuges y éstas en la
mayoría de los casos cobran magnitud ya que por estar

35] *Jurisprudencia 150 (Sexta Epoca), Pág. 484, Sección
Primera, Volumen 3a. Sala.- Apéndice de Jurisprudencia de
1917 a 1965, p. 586.*

viviendo con la familia de la mujer, de el marido o de terceras personas y por la intromisión de ellos en la vida del matrimonio se crea una situación tensa entre éstos, generándose como consecuencia constantes desavenencias.

Además la mujer se encuentra prácticamente en una casa ajena, si es que viven con terceras personas o con familiares de él, ya que en este caso está sujeto a las condiciones de sus padres por ser ellos los jefes de la casa, y la mujer está sujeta también a los quehaceres y obligaciones de toda la familia y no solamente del marido y sus hijos si es que los hay; originándose con esto inconformidades, malos tratos y ofensas para ellos, sus hijos y quizá para el mismo marido por parte de todos los que habitan en la casa.

En el caso de vivir al lado de la familia de la mujer, se da una situación semejante a la anterior, aunando la fuerza que siente tener la mujer por vivir con su familia, y sentirse prepotente sobre el marido por tener de inmediato el respaldo de su familia.

Respecto a la tesis transcrita con anterioridad, fué atinada la intervención del legislador al establecer en ella qué debemos entender por domicilio conyugal, sin

embargo, dá margen a que alguno de los cónyuges actuando con mala fé y atendiendo al sentido literal de la tesis pueda optar por salirse del lugar en donde vive en calidad de arrimado y dejar a su cónyuge ahí, toda vez que al carecer de hogar propio no incurrirá en la causal de abandono de hogar que da motivo a pedir el divorcio.

Por lo tanto, apegados estrictamente a Derecho, atendiendo a esta tesis y al artículo 232 del Código Civil del Estado en la causal del divorcio señalada en la fracción VIII, vemos que no se daría esta causal si el o la cónyuge abandona el lugar en donde han vivido en la calidad de arrimados aunque haya transcurrido el tiempo señalado y máxime si se separa sin existir causa que justificada.

Por lo que respecta a la fracción IX del mismo numeral, se aplica el mismo criterio, toda vez que nos menciona también la "separación del hogar conyugal", entonces tenemos como consecuencia que nunca se daría el abandono de hogar como causal que pudiesen intentar cualquiera de los cónyuges para solicitar el divorcio, pues como ya vimos, se necesitaría que ellos estuvieran viviendo de manera independiente, esto es, en lugar diferente al de los padres de ellos o de parientes, o de terceras personas, en donde los cónyuges gozaran de autoridad propia y libre

disposición en su hogar como nos lo menciona la Jurisprudencia.

Así las cosas, no se complementan estas causales, toda vez que no se dá la figura del abandono del domicilio conyugal al vivir en calidad de arrimados.

Lo anterior, deja en posibilidad para que alguno de ellos intente el divorcio alegando otra cuasal de las señaladas en la ley sustantiva civil.

2.- CLASES DE DOMICILIO.

Los autores distinguen clases de domicilio: voluntario, legal, de elección, común u ordinario, especial y de hecho.

EL VOLUNTARIO, es aquel que define el artículo 28 del Código Civil como lugar en donde se reside, con el propósito de establecerse en él, bien sea por una declaración expresa unida a la residencia habitual, o por la presunción de tal propósito cuando se reside por más de seis meses en el lugar.

El domicilio LEGAL se define por el artículo 31 del Código Civil: "El domicilio legal de una persona es el lugar donde la ley le fija su residencia, aunque de hecho no esté allí presente", y a él deberá entenderse para todos los efectos señalados al domicilio; sin embargo, el derecho procesal no lo toma en cuenta para la primera notificación en juicio, pues conforme al Código Procesal Civil, deberá hacerse en el lugar en que realmente habite el demandado.

El domicilio de ELECCION no lo define nuestra Ley, y a él alude el artículo 111 del Código Civil Francés en los siguientes términos: "Cuando una acta contenga por parte de algunos de los interesados elección de domicilio para su ejecución en otro lugar distinto del domicilio real, las notificaciones, demanda y demás diligencias, podrán hacerse en el domicilio convenido y ante el Juez del mismo. Al domicilio de elección se refiere la siguiente ejecutoria que obra en el tomo LIV, pág. 2653 del Semanario Judicial de la Federación.

"Domicilio, señalamiento de él para recibir notificaciones.... Cuando el interesado, haciendo uso del derecho que la ley le concede, señala un lugar distinto (para oír notificaciones), es en éste donde deben ser hechas las notificaciones, porque nadie mejor que él conoce

el lugar en que con mayor seguridad puede entenderse de las resoluciones que se le manden notificar, y como ese señalamiento no constituye renuncia de ley alguna, sino el ejercicio de un derecho, es evidente que siendo válido y legal, las notificaciones no sólo deben hacerse en el lugar señalado, sino que es el único donde legalmente pueden hacerse, aunque el interesado no viva en ese domicilio, y en este caso, carece de objeto que el actuario se cerciore de si el mismo vive en el lugar donde se hace la notificación".

Por domicilio COMUN u ORDINARIO debe entenderse el definido en términos generales por el artículo 28, que comprende no sólo el voluntario, sino también a falta de éste, el lugar en que se tenga el principal asiento de los negocios, es decir, el centro de los intereses económicos o profesionales de una persona por radicar en él su explotación comercial, industrial, agrícola o su despacho profesional. Se llama domicilio ESPECIAL aquel que es impuesto por la ley en ciertos casos y para efectos jurídicos concretamente determinados, a diferencia del domicilio legal que sirve de base para el ejercicio de todos los derechos en general y el cumplimiento de las obligaciones de una persona, aunque de hecho no se encuentre presente en el lugar o tenga en él su residencia

o habitación. Por último, por domicilio DE HECHO, debe entenderse el asiento real de una persona en oposición al asiento de derecho, es decir en que habitual y verdaderamente se encuentra; en otras palabras, la residencia o la habitación que es una especie de aquélla.

Frente al domicilio civil, del que se ha hablado hasta aquí, está el domicilio político, el domicilio fiscal, el domicilio de socorro. Todos éstos, sin embargo, interesan al Derecho Público.³⁶

En la doctrina se admiten sólo tres clases de domicilio: voluntario (artículos 30 y 129 del Código Civil), Legal (Artículos 31, 32 y 160 del Código Civil), y Electivo; el Código Civil tiene en cuenta también estas tres clases.

Cuando alguno falleciere en un lugar que no sea el de su domicilio, se remitirá al Oficial del Registro Civil de su domicilio, copia certificada del acta para que asienten en las formas respectivas los datos esenciales acerca de las causas de defunción, anotándose la remisión en el acta original. (Art. 129 del Código Civil).

36) *Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., pp. 493 y 494.*

La mujer debe vivir al lado de su marido, excepto cuando éste traslade su domicilio a un lugar insalubre o indecoroso. En todo cambio de domicilio el marido requerirá a la mujer para que conviva con él. (Art. 160 Código Civil).

Si se formare una sociedad para un objeto ilícito, a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado, se declarará la nulidad de la sociedad, la cual se pondrá en liquidación. Las utilidades se destinarán a los establecimientos de beneficencia pública del lugar del domicilio de la sociedad. (Art. 2210 Código Civil).

Los funcionarios del servicio exterior gozarán de la prerrogativa siguiente: conservarán su residencia legal y domicilio en la República Mexicana, para los efectos civiles y políticos.³⁷

De acuerdo con el artículo 30 del Código Civil, la residencia prolongada por más de seis meses en un determinado lugar hace nacer la presunción de que se tiene el propósito de establecerse allí.

37) Castro Zavaleta Salvador y Muñoz Luis, COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 15, D.F., 1983, p. 232.

Este período de residencia y la presunción que de él deriva, constituye el domicilio "real". Y se denomina real, porque se finca en una realidad perceptible que en manera material se capta por los sentidos pues la persona que se encuentra permanentemente en un lugar (por más de seis meses) hace presumir fundamentalmente que tiene el propósito de establecer allí su residencia.

De la interpretación congruente de este precepto legal con el artículo 28 de el Código Civil, se concluye que el domicilio real está constituido por la residencia prolongada de la persona física por más de seis meses en un lugar (permanencia).

La presunción que establece el precepto, puede quedar excluida por voluntad del interesado si éste declara dentro del plazo de quince días siguientes a aquél en que ha cambiado de residencia, tanto a la autoridad municipal de su nueva residencia de su anterior domicilio como a la autoridad municipal de su nueva residencia que no desea adquirir nuevo domicilio, sino conservar el que le corresponde por su anterior residencia. Este es el domicilio voluntario que no puede adquirirse en perjuicio de tercero.

El artículo 31 reza: "El domicilio legal de una persona es el lugar donde la ley le fija su residencia, aunque de hecho no esté allí presente."

Este precepto asigna imperativamente a ciertas personas (mencionadas en el artículo 32 del Código Civil) como domicilio legal un lugar que se reputa como su domicilio, independientemente de que residan efectivamente allí y de que sea su voluntad establecerse en él.

Como se puede observar, el domicilio legal no presenta los elementos que caracterizan al domicilio real y al voluntario. Es simplemente un lugar con el cual, ciertas personas que la ley señala tienen una situación de legal dependencia o subordinación y que la ley toma como elemento único para atribuirlo como domicilio a quienes se encuentran en esa situación.³⁸

De lo anterior, se concluye que el "domicilio" produce ciertos efectos: a) determinar el lugar preciso

38] Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Ob. Cít., pp. 27 y 28.

para recibir notificaciones o emplazamientos; b) señala el lugar donde deben cumplirse ciertas obligaciones, c) fija la competencia del juez, d) establece el lugar donde se han de realizar ciertos actos del estado civil; e) y sirve para ubicar la centralización de los bienes de una persona.

Respecto a las clases de domicilio decimos que el domicilio Real es el de radicación de una persona con el propósito de establecerse en él; domicilio Legal es aquel que la ley asigna a determinadas personas para el cumplimiento de sus obligaciones y ejercicios de sus derechos, aunque de hecho no esté presente. Es voluntario, aquel que se atribuye a una persona que radicando por más de seis meses en un cierto lugar, que no desea perder su anterior domicilio. Domicilio Convencional, es el señalado por las partes para el cumplimiento de sus obligaciones. Domicilio de Origen es el lugar donde nace una persona, sirve para determinar la nacionalidad. Domicilio de la mujer casada, es el domicilio conyugal, porque los cónyuges deben vivir juntos.

**3.- DISPOSICIONES CONSAGRADAS EN EL ARTICULO 407
DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE
GUANAJUATO.**

Artículo 407: "La medida de que trata la fracción III del artículo 401, procederá en asuntos de divorcio, cuando la solicite para sí la mujer, ya sea que ella haya entablado o pretenda entablar la demanda, o que sea la demandada, y en los que se refieren a la situación de los menores."

Artículo 401: "Dentro del juicio o antes de iniciarse éste pueden decretarse, a solicitud de parte, las siguientes medidas precautorias:

- I.- Embargo de...
- II.- Depósito o....
- III.- Depósito de personas."

En el primer supuesto del artículo 407; esto es, en el caso de que alguno de los cónyuges intente demandar o acusar al otro, podrá dictarse provisionalmente el depósito o guarda del cónyuge, que esté en el caso de ser protegido física o moralmente de acuerdo a la ley.

Vemos que en este caso el depósito de personas se refiere sólo a la mujer casada, en ocasión inmediata de divorciarse.

Para conocer de estos actos prejudiciales, es competente el juez que lo fuese para el negocio principal.

En el caso de que el depósito se haya constituido para demandar o acusar un cónyuge al otro, la providencia se considerará sin efectos, si dentro de los cinco días de practicada la parte interesada no acredita haber presentado la demanda o acusación. La declaración respectiva se hará de oficio por el Tribunal, y se notificará a los cónyuges y al depositario.

No acreditándose haberse intentado la demanda o la acusación dentro del término señalado, levantará el juez el depósito y restituirá las cosas al estado que guardaban con anterioridad.

Las providencias o medidas que propongan respecto al depósito, la mujer, el marido o el depositario, se resolverán de plano por el Juez.³⁹

Por lo que atañe a la persona de los hijos, quien

39) *Porte Petit Candaudap Celestino, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE Tomo I, Imprenta Azteca, S.A., México, D.F., 1975, pp. 443 y 446.*

solicite la medida propondrá a la persona en cuyo poder quedarán provisionalmente éstos, y cuando se ordene el depósito de los menores siempre quedarán en poder de las madres los que necesiten indispensablemente de sus cuidados, excepto en los casos que la ley indica lo contrario.

La separación decretada por el Juez es provisional, y subsiste durante el procedimiento, a reserva de lo que decreta la sentencia de divorcio.

El Juez tendrá que tomar en cuenta que el cónyuge que queda al cuidado de los hijos durante el procedimiento de divorcio, podrá cumplir con la obligación si tiene ingresos suficiente o si el otro cónyuge aporta los bienes necesarios para el sostenimiento del cónyuge que queda con la guarda como para el de los hijos.

El depósito de persona como acto prejudicial, está destinado a producir efectos jurídicos dentro de un juicio, y su eficacia y subsistencia dependen en todo de la resolución que ponga fin al litigio.

El depósito de personas como acto prejudicial responde a la conveniencia de autorizar legalmente la

separación material de los cónyuges, cuando uno de éstos intenta demandar o acusar al otro; pero también a la necesidad de proteger la persona e intereses de los hijos menores de edad y del cónyuge que promueve el depósito, en peligro por la situación de desavenencia surgida. Así, la Ley cuida de establecer que sólo los jueces de primera instancia pueden decretar el depósito de personas, que en el procedimiento relativo deberán proceder con toda rapidez, y que: "la casa donde se deposita la mujer casada será en todo caso designada por el juez y debe ser el depositario persona de notoria honorabilidad y buenas costumbres", de acuerdo con el artículo 408 del Código de Procedimientos Civiles.

En capítulo por separado analizaré este dispositivo legal, toda vez que es la materia de mi tesis.

Ahora bien, la conveniencia y necesidad de que se habla no se produce cuando la mujer vive separada de su marido, es decir, cuando la separación de hecho entre los cónyuges comprende un espacio de tiempo bastante para considerar que no existe motivo alguno de que la ley sancione como acto prejudicial la separación de hecho que ya prevalece, pues en este caso, la mujer no necesita de la protección que hubiese significado su depósito. Pero cuando

la ausencia de la mujer en el hogar es transitoria, y muchas veces impuesta por diversas circunstancias, indudablemente que está facultada para tutelar su interés y el de sus hijos promoviendo el depósito como acto prejudicial. La consideración en contrario significaría, propiciar situaciones injustas e ilegales.

3.1.- RESIDENCIA DE LA MUJER.

Si durante el juicio de divorcio la mujer quiere abandonar el domicilio del marido, sólo puede hacerlo con autorización, pues no puede tener una residencia distinta de la de aquél. El Juez debe autorizarla a separarse de su marido; debe también indicar el lugar de su residencia provisional. Es natural que deba tomar en consideración los deseos de su mujer pudiendo autorizarla a vivir con sus padres o con una familia amiga, que acepte recibirla en su casa, pero a él le corresponde la elección, gozando para ello de facultades discrecionales.

La residencia fijada por el Juez es obligatoria para la mujer. Debe justificar que reside efectivamente en ella, siempre que se le requiera para ello. Si no rinde esta justificación el marido tiene derecho a negarle toda

ayuda económica. Además, en caso de que la mujer sea la actora, podrá impedírsele que continúe el procedimiento iniciado.

La residencia de la mujer equivale para ésta, a un domicilio provisional en sus relaciones con su marido, y en ella debe éste notificarle los actos procesales.

Además, queda suspendido el derecho del marido para supervisar la correspondencia de la mujer.⁴⁰

De esta forma el legislador establece la facultad para que la mujer casada solicite para sí la separación de residencia, ya que como sabemos existe el deber de cohabitación que significa vivir o habitar juntos en una misma casa.

Una vez cesado la vida en común, casi siempre deberá estatuirse sobre el sostenimiento de los esposos durante el juicio. Por lo general, será la mujer quien necesite alimentos. En efecto, aunque tenga fortuna, con

40) *Planio! Marcel y Ripert Georges, Ob. Cit., p. 61.*

frecuencia la administración y el goce de todos sus bienes corresponderá al marido por virtud del matrimonio; la separación de hecho que se produce entonces no pone fin a las facultades del marido, subsisten las capitulaciones matrimoniales, correspondiendo al marido las rentas de la mujer; aquél únicamente está obligado a entregar los efectos de uso personal.

3.2.- RESIDENCIA DEL MARIDO.

El Código Civil únicamente se refería a la residencia de la mujer, porque por lo general es ella quien desea separarse del domicilio conyugal. Puede sin embargo, acontecer que sea el marido. Tampoco él puede hacerlo sin autorización, pues si se escoge otro domicilio, su mujer tiene el derecho de exigirle que la lleve consigo a causa de la comunidad de residencia, que es obligatoria entre esposos. En consecuencia, el marido debe obtener autorización para tener una residencia separada. No obstante, existe la diferencia que el Juez no puede fijarle el lugar donde ha de residir siendo libre para hacerlo donde le parezca.⁴¹

41) *Ibidem.*, p. 62.

Sin embargo, de hecho, en la mayoría de los casos, la separación de residencia es promovida por la mujer. No debe uno apresurarse a concluir que en los hogares desunidos sea siempre el marido quien tiene la culpa. En primer lugar, cuando la esposa se maneja mal, el marido tiene una razón particular para abstenerse de pedir a los tribunales una separación en regla. Por tanto, prefiere arreglarse amigablemente con ella, expulsarla de su casa o dejarla partir pasándole una pensión. Enseguida, le es más fácil que a la mujer recurrir a estas combinaciones, para imponer su voluntad, puesto que es el jefe, le está subordinada, y sólo puede obtener algo dirigiéndose a la justicia. Por estas consideraciones entendemos la enorme diferencia que se advierte en las cifras de las demandas intentadas por los maridos contra las mujeres.

En este caso, al marido no se le exime de la obligación de solicitar la autorización judicial para tener otra residencia distinta a la conyugal, ya que si se separa de la casa conyugal sin esta autorización significa el incumplimiento de uno de los deberes que impone el matrimonio a los consortes, vivir juntos en el domicilio conyugal.

4.- EFECTOS DE LA SEPARACION DE RESIDENCIA DURANTE EL TRAMITE DE DIVORCIO Y UNA VEZ DECRETADO EL MISMO.

Durante el trámite, no significa que la mujer obtenga por la separación la misma capacidad que tendría de no ser casada, sino que el ejercicio de la potestad marital está suspendido durante la separación y que la mujer ya no está sometida a la necesidad de obtener la autorización de su marido.

Sin embargo, a pesar de la separación se tiene para ambos, es decir, para los esposos, el deber de fidelidad y la imposibilidad de volver a casarse.

El deber de socorro subsiste; por tanto, el esposo que se encuentre en estado de necesidad, conserva el derecho de reclamar al otro una pensión alimentaria, a pesar de la separación, y sin que sea procedente investigar si ésta se decretó o no por su culpa. La jurisprudencia se halla definida en este sentido. La negativa del pago es indudablemente sancionada por el delito de abandono de familia.

En cuanto a los alimentos para el cónyuge inocente

y los hijos se resolverá por el juez desde el momento de la separación de los esposos.

Una vez decretado el divorcio, los dos esposos adquieren su libertad e independencia uno respecto de otro. La mujer puede, en lo adelante, disponer libremente de sus bienes y obligarse, si es mayor; el marido ha perdido su potestad marital, pero los actos celebrados por la mujer antes del divorcio sin autorización siguen siendo nulos.

Cada uno de ellos cesa de poder hacer uso del nombre del otro; la mujer no puede llevar ya el apellido del marido.

Todos los deberes recíprocos desaparecen. Se extingue también el derecho que cada uno de ellos tenía de heredar al otro.

Cada uno de los ex-esposos es libre de volver a contraer nuevo matrimonio con otra persona. Sin embargo, deben observarse los plazos que la ley exige para volver a contraer matrimonio.

El divorcio en los padres provoca problemas relativos a los hijos (de la patria potestad, de la guarda

de los hijos, de la tutela, etc.)

El divorcio deja subsistir la patria potestad y únicamente puede producir algunas modificaciones en su ejercicio.

Con mayor razón el divorcio deja intacta la legitimidad de los hijos con todas sus consecuencias (derecho de heredar a sus padres y a todos los miembros de la familia, derecho de heredarse unos a otros; obligación alimentaria recíproca entre ellos y sus padres, etc.)

En cuanto a la pensión alimentaria, si los esposos no se han concedido uno a otro alguna ventaja, o si las que se han estipulado no parecen suficientes para asegurar la subsistencia del esposo que haya obtenido el divorcio, el tribunal puede condenar al otro esposo a pagarle una pensión alimentaria.

Esta pensión sólo puede concederse al cónyuge en cuyo provecho se haya decretado el divorcio; esto es, al cónyuge inocente. En consecuencia, si se decretó el divorcio por culpa de ambos cónyuges, no puede condenarse a ninguno al pago de una pensión alimentaria.

La Jurisprudencia admite que los esposos divorciados pueden fijar libremente por convenio el monto y las modalidades de la pensión, transigir sobre ella, y que el cónyuge en cuyo favor se ha decretado puede renunciar a ella. Esta modificación se realiza mediante una demanda de revisión que debe promoverse ante el tribunal que haya pronunciado el divorcio, debiendo la resolución justificarse jurídicamente por la modificación de la situación del acreedor al deudor.⁴²

5.- DEPOSITO DE HIJOS NACIDOS DURANTE EL MATRIMONIO.

En principio, los hijos se encuentran bajo la guarda del padre. Por sí solo ejerce durante el matrimonio la patria potestad. En consecuencia, le corresponde su guarda durante el juicio, pero diversas circunstancias pueden hacer que se le prive de ella, ya sea porque su corta edad exija los cuidados maternos, acaso la lactancia, o debido a la brutalidad o la mala conducta del padre.

42) *Ibidem.*, pp. 67, 68, 70, 71, 91 y 101.

En este caso, el Juez dicta todas las medidas necesarias. Pueden confiar los hijos a la madre, o a los abuelos y también a una tercera persona, internándolos por ejemplo, en un asilo o internado educativo. Estas diferentes medidas son dictadas ya sea a solicitud del esposo acto o de los diversos miembros de la familia, quienes podrán hacerlo individualmente, sin limitación de grado, o, por último, a petición del Ministerio Público, y hasta de oficio por el Juez. El juzgador no está obligado a respetar el convenio que los esposos hayan podido celebrar entre sí sobre la guarda de los hijos. El esposo a quien no se haya confiado la guarda de los hijos tiene, sin embargo, el derecho de vigilar la persona (del cónyuge o del tercero) a quien se haya conferido, a fin de vigilar la educación y alimentación de aquéllos.

La cuestión de los hijos provoca, en la práctica grandes dificultades; frecuentemente uno de los esposos se los lleva, los esconde o se niega a entregarlos cuando el Tribunal se lo ordena. Los jueces emplean entonces diferentes medios para obligarlos a ello; unas veces, el

embargo de sus rentas; otras, un apremio (condena de daños y perjuicios a razón de tanto por día de retardo). Pero la legalidad de ambos procedimientos es sumamente discutida.⁴³

43) *Ibidem.*, p. 64.

C A P I T U L O V

DE LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE NACE DE LAS MEDIDAS DE DEPOSITO DE PERSONAS.

- 1.- DEPOSITO DE LA MUJER O DE LOS MENORES EN DOMICILIO DISTINTO AL CONYUGAL,
- 2.- DEPOSITO DE MENORES EN PODER DE LA MADRE,
- 3.- ASPECTO HUMANITARIO DEL DERECHO,
- 3.1.- ASPECTO HUMANITARIO DEL DERECHO EN LO REFERENTE A LAS MEDIDAS DE DEPOSITO DE PERSONAS, COMO COMENTARIO PERSONAL,
- 4.- NECESIDAD DE NUEVA REGLAMENTACION RESPECTO AL DEPOSITO DE PERSONAS, AUTORIZANDOSE EN EL DOMICILIO CONYUGAL EN MATERIA DE DIVORCIO, EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL ESTADO DE GUANAJUATO,
- 5.- DE LA PROBLEMÁTICA QUE NACE DE LA AUTORIZACION DEL DEPOSITO DE PERSONAS EN EL DOMICILIO CONYUGAL, SIN QUE SE LESIONEN EN PERJUICIO DEL CONYUGE DEMANDADO LAS GARANTIAS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES.

C A P I T U L O V

DE LA PROBLEMATICA JURIDICA QUE NACE

DE LAS MEDIDAS DE DEPOSITO DE PERSONAS.

1.- DEPOSITO DE LA MUJER O DE LOS MENORES EN
DOMICILIO DISTINTO AL CONYUGAL.

Este supuesto procede siempre y cuando se entable un divorcio necesario invocando algunas de las causales contenidas en el artículo 323 del Código Civil del Estado que haga valer a su favor la madre de los menores.

Establece nuestra Ley Adjetiva Civil en materia de Medidas Preparatorias, de Aseguramiento y Precautorias, específicamente el artículo 401 fracción III en cuanto a depósito de personas, que éstas se pueden decretar a solicitud de parte dentro del juicio o antes de iniciarse éste; de tal manera, que esta medida nos remite al artículo 407 que a la letra dice:

"La medida de que trata la fracción III del artículo 401, procederá en asuntos de divorcio, cuando la solicite para sí la mujer, ya sea que ella haya entablado o pretenda entablar la demanda, o que sea la demandada, y en

los que se refieran a la situación de los menores."

Observamos en la propia Ley que esa medida procede a petición de parte, sin embargo, al analizar el subsecuente artículo, esto es, el 408 nos damos cuenta que esta facultad es completamente limitativa, toda vez que establece que deben ser depositados en casa de familia honorable o en Institución de Beneficencia, es decir, en un lugar distinto al hogar conyugal; sin embargo, esta disposición genera desigualdad en algunos casos, ya que puede darse el supuesto de que el cónyuge radique en el domicilio de sus suegros y conforme a Derecho procede su depósito y la de sus hijos en dicho domicilio, atendiendo al criterio sustentado en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que reza:

"DIVORCIO. ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.

Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal se precisa desde luego, la existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de

los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio."

Amparo directo 6798/1957-Juan Francisco R
Unanimidad de 4 votos. Vol. XV. Pág.213
Amparo directo 3478/1959-Amparo Coutiño
de Súnchez.

Unanimidad de 4 votos.Vol.XX.Pág.96.

Amparo directo 4141/1958-Pedro Millán
González.

Unanimidad de 5 votos. Vol.XXIV. Pág.148

Amparo directo 263/1960-Angel Perales
Rodríguez.

Unanimidad de 4 votos.Vol. XXXIV. Pág.85

Amparo directo 572/1960-J. Jesús Raygoza
Cornejo.

Unanimidad de 5 votos. Vol. XLVIII,
Pág. 164."⁴⁴

44] Jurisprudencia 150, Ob. Cit., p. 586.

Esta situación pone en desventaja a la cónyuge que radica en domicilio distinto al de sus suegros o parientes, esto es, en una forma automática e independiente, toda vez que al solicitar su depósito y la de sus hijos, deberá ser en lugar distinto al del conyugal.

En este último supuesto, la cónyuge y sus hijos deberán salir del hogar conyugal para que sean depositados en otro, acarreando con esto más problemas, principalmente, relacionados con las obligaciones y deberes del marido, puesto que él no cumplirá ordinariamente aunque el juez se lo ordene.

El salir del domicilio conyugal, sabemos que trae consecuencias y problemas para la cónyuge, ya que no es lo mismo que se autorice el depósito en la misma casa conyugal, a que sea en otro diferente.

Al quedarse en el mismo domicilio se sentirá más protegida y con seguridades para con sus hijos, además la facilidad y gozo de tener la casa para las necesidades de ellos. De otra manera, serían incomodidades de todo tipo.

Sin embargo, aquí en este caso no podremos hablar de igualdad que tanto se repite al hablar de justicia,

porque al tratar con igualdad a todos no puede significar que en cualquier caso se dé lo mismo. Las personas consideradas individualmente, tienen características propias, exclusivas, con las que se distinguen unas de otras, además, es cierto que no a todas las personas les rodean las mismas circunstancias, ni todas tienen las mismas necesidades.

En otro supuesto: El hecho de que el legislador autorice el depósito de la mujer y de menores, en caso de divorcio, en lugar distinto al domicilio conyugal, puede generarse la problemática en el caso de que el domicilio conyugal en el que habitan los consortes sea propiedad de la esposa y que tenga que verse en la necesidad de entablar demanda de divorcio y tramite el depósito de su persona, mismo que deberá ser conforme a Derecho, en lugar distinto al del domicilio conyugal del cual es propietaria. Apegados estrictamente a Derecho, conforme a lo estipulado en el artículo 408 de la Ley Adjetiva Civil, no procede que la cónyuge sea autorizada a seguir viviendo en tal domicilio, sin embargo, en la práctica nos hemos encontrado casos en que el Juez que conoce del asunto autoriza el depósito de la cónyuge en el propio domicilio conyugal, violándose el dispositivo legal que se menciona.

Analizando este supuesto, no considero justo que la cónyuge y sus menores hijos deban depositarse en lugar distinto al domicilio conyugal; toda vez que el inmueble es propiedad de la cónyuge, de tal suerte que ella al promover la medida en comento, tendrá que verse orillada, de acuerdo a lo estipulado en la Ley, a tener que salirse de su propia casa y dejar a su marido ocupándola, siendo esto injusto, y máxime cuando él sea el culpable de la situación por la que ella promueve su depósito. Por tanto, es arbitrario que él se quede en la casa disfrutando de todas las comodidades, mientras su esposa e hijos están depositados en casa de alguna familia con buenas costumbres o en alguna Institución de Beneficencia, dando quizá lástimas, pasando incomodidades y necesidades, más aún, en el caso de que la mujer no tenga familiares en esa población en la que habiten, ya que teniendo familiares ésto seguramente podrán auxiliarla, pero pensando, repito, en el caso de que ella no tenga familiares en ese lugar, señalará seguramente para su depósito el de algunos vecinos o conocidos, acentuándose con esto la mala situación que está viviendo.

La problemática que nace del depósito de personas en materia de divorcio, ha generado que en múltiples ocasiones los jueces por humanidad, en casos concretos han autorizado el depósito de la cónyuge en el propio domicilio

conyugal y acordando en el mismo auto o en otro distinto que la cónyuge siga habitando en su propio domicilio, y que el cónyuge "se abstenga de molestar a la cónyuge en el domicilio conyugal."

Este tipo de acuerdos es interpretativo de diferentes formas (obvio es, de acuerdo a la posición en que se está en el juicio), ya que puede interpretarse que el cónyuge no debe introducirse al domicilio conyugal ni habitarlo, o bien, que el cónyuge, habitándolo se abstenga de molestar de palabra y de obra a la cónyuge en el domicilio conyugal, queriendo esto interpretativamente decir que sí podrá molestarla en lugar distinto del domicilio conyugal.

Esta forma de acordar sobre las medidas de depósito por parte de los jueces es a consecuencia de que el Derecho debe ser humanitario y justo, y el Juez al conocer la problemática que viven los cónyuges, y a efecto de proteger al cónyuge que aparentemente es inocente a sus ojos, lo lleva a dictar acuerdos interpretativos para la contraparte, ya que conforme a Derecho el Juez está limitado para autorizar medidas que no contempla la legislación vigente.

2.- DEPOSITO DE MENORES EN PODER DE LA MADRE.

Nuestra Ley Sustantiva Civil, nos señala en su numeral 336 fracción VI que:

"Artículo 336.- Al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.-

II.-

III.-

IV.-

V.-

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos; el Juez, con audiencia del otro cónyuge, resolverá inmediatamente, designando a la persona en caso de no ser aceptada la propuesta."

La situación que prevalece jurídicamente se enfoca en lo referente al acuerdo bilateral de los padres que permita determinar la persona que va a realizar el cuidado

de los menores, y al no existir tal acuerdo, el cónyuge que solicite el divorcio hará la proposición de la persona que provisionalmente los tendrá a su cuidado.

En la práctica es normal que quien solicite este tipo de medida sea la madre de los menores, oponiéndose en algunos casos el cónyuge; pero quizá en otros casos no, en el supuesto de que no le interesen sus hijos.

Dado que el depósito de menores es una medida preparatoria de juicio y sobre las cuales no se admite la vista del asunto a la contraparte, antagónicamente la legislación contempla: "el común acuerdo de los cónyuges" para designar a la persona que tendrá el cuidado de los menores, lo cual sin duda alguna constituye en esencia una traba para el éxito de la medida, de acuerdo a lo contemplado por el artículo 336 fracción VI del Código Civil del Estado.

En otro orden de ideas, se origina el supuesto de que los hijos menores de cinco años a la práctica de esta medida quedarán al cuidado de la madre, a no ser que ésta se dedicare al lenocinio, a la prostitución, hubiere contraído el hábito de la embriaguez o alguna enfermedad contagiosa, o que por su conducta ofreciere peligro grave.

para la salud o la moralidad de los hijos.

Por otra parte, en los casos en los cuales el solicitante de la medida una vez que ésta se ha efectuado, puede revocársele si se acredita, a criterio del juzgador que los menores han sido objeto de malos tratos o de conductas que vayan en contra de la moral y de las buenas costumbres que implique un desarrollo de los infantes inadecuado.

No necesariamente los hijos menores de cinco años deben quedar al cuidado de la madre durante el trámite del juicio, esto es, los hijos de cualquier edad que tengan podrán quedarse bajo su custodia, máxime si el marido es poco atento con ellos.

En el caso de que la madre no observe buena conducta, o sea ella la culpable, entonces el marido solicitará el depósito de sus hijos para que queden en su poder, en tanto se dicte la sentencia definitiva.

Dado que la finalidad del juzgado fué en su momento la de tutelar la célula social de la familia, se debe tomar en consideración, la situación económica en la cual puedan sobrevivir sujetándose a un modus vivendi

semejante al que gozaban en familia unida, siendo necesario para tal efecto que en los casos que la mujer solicite la medida de depósito de sus hijos, se obligue al marido a dar lo necesario a los infantes para su subsistencia.

Nos damos cuenta que lo referente a la cuestión económica es el mayor problema que se genera durante la medida, puesto que en ocasiones hay padres que no tienen ni siquiera para darles lo indispensable, o bien, que existiendo también otros que sí tienen para darles lo necesario, no lo hacen por tener según ellos sus razones, haciéndolos valer obviamente durante la tramitación del juicio. Sin embargo, por una u otra razón, son los hijos los que sufren las consecuencias.

Por lo tanto, en esta medida de los menores, se cae en los mismos supuestos que los mencionados en el punto anterior, y quizá en otros problemas graves, pues los menores corren la misma suerte que la madre, atendiendo a que ella es quien solicita su propio depósito y la de sus hijos, entonces sufrirán las consecuencias de que serán depositados en lugar distinto al conyugal, dándose o creándose con esto necesidades mayores que las que pudieren haber tenido en su hogar, pues en éste, ya se encontraban establecidos contando con lo necesario para su

subsistencia. Aunque esta medida de depósito sea temporal, mientras se tramite el juicio de divorcio, pero no sabemos exactamente la duración del asunto, y por ende, el tiempo que durará su depósito.

3.- ASPECTO HUMANITARIO DEL DERECHO.

El Derecho como orden normativo de carácter imperativo y coercitivo en sí mismo considerado, es decir, con abstracción de su variado contenido, no es ni infraestructura ni superestructura de la sociedad, puesto que en su dimensión formal, no está sujeto ni al tiempo ni al espacio. Lo que cambia constantemente en el Derecho es su contenido que no debe expresar sino los cambios sociales. Todas las transformaciones sociales, políticas, económicas y culturales tienen la tendencia natural de plasmarse en un orden jurídico determinado, bien substituyendo un orden jurídico determinado, bien substituyendo a uno anterior o modificando esencialmente el existente.⁴⁵

45) Burgoa Orihuela Ignacio, *EL JURISTA Y EL SIMULADOR DEL DERECHO*, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1968, p. 13.

El Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe mostrar el camino que a él conduzca. Más el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La idea del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.

Se podrá objetar que la lucha y la discordia son precisamente lo que el derecho se propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un trastorno, una negación del orden legal, y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podría ser justa si se tratase de la lucha de la injusticia contra el derecho; pero aquí se habla de la lucha del derecho contra la injusticia.⁴⁶

La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. En tanto que el derecho tenga que

46) Von Ihering R., LA LUCHA POR EL DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982, pp. 1 y 2.

estar preparado contra el ataque por parte de la injusticia no le será ahorrada la lucha. La vida del derecho es la lucha, una lucha de los pueblos, del poder del estado, de los individuos.

El problema de la injusticia está íntimamente relacionado con el de igualdad en la vida social humana. Justicia quiere decir, tratamiento igual de los iguales. La realización de la justicia exige que des situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratados de igual forma.

Y lo que precisamente permite distinguir a priori al Derecho de las directivas arbitrarias, es el intento incesante renovado de realizar la Justicia y de imponerse así a lo que pueda haber de injusto en las relaciones humanas, ya se deba esta injusticia al mismo hombre y a condiciones derivadas de la realidad.

Toda justicia es concreta, su realización debe constantemente planarse en las nuevas situaciones concretas de la realidad. Por eso, el Derecho en cuanto instrumento de la Justicia debe ser renovado constantemente, no sólo porque aparecen nuevas situaciones en la realidad, sino también porque la realidad nos va enseñando como mejorar el

instrumento.

Por otra parte, veamos la significación del Derecho desde otro punto de vista: "El Derecho es el mínimo amor exigido en sociedad." Esta admirable fórmula de William A. Luypen, resume lo que verdaderamente es el Derecho y su relación con la justicia. Por una parte, Justicia y Amor no aparecen como virtudes contrarias, tal como las presenta a veces el espíritu legalista, para el cual el Derecho son exigencias positivas que nada tienen que ver con las exigencias del amor o caridad, sino como virtudes no sólo complementarias, sino tales que la una (la justicia) no puede existir sin la otra (la caridad o amor). En efecto, es a partir del amor como aparece la justicia. Se distingue así entre un amor no obligatorio y otro que nos obliga o exige ineludiblemente, porque en esa exigencia de hacer u omitir algo en favor de otro y otros está en juego, no sólo la perfección de éstos, sino la perfección propia. Este amor obligatorio es la justicia.

Por otra parte, la fórmula destaca que no se trata de un amor vivido individualmente o en forma aislada el que es capaz de engendrar al Derecho. La justicia puede obligar individualmente, pero para animar el Derecho debe transformarse en vivencia predominante en el grupo, es

decir, en una exigencia de la sociedad. El amor obligatorio, vivido comunitariamente, se plasma en decisiones que ineludiblemente deben acatar todos los miembros del grupo en beneficio de todos y cada uno de ellos. Esas decisiones, así animadas por el amor obligatorio, son el Derecho.

Por último, al hablar de "un mínimo de amor exigido en sociedad", se está reconociendo el hecho de la variabilidad de los niveles de amor vividos comunitariamente por las diversas sociedades y en sus diferentes épocas históricas. Estos niveles pueden aumentar o disminuir.

El Derecho es un conjunto de medios al servicio del propósito de una convivencia y cooperación sociales, ordenadas, justas, posibilitadora del cumplimiento de los más importantes fines humanos, y serviciales al bienestar general o bien común.

La aplicación de esos principios o medios a la convivencia humana es imperativa y se impone existencialmente. En otras palabras, esa cuestión de justicia, cuya exigibilidad por los miembros del grupo hace que los principios ontológicos deban salir del plano

individual de las conciencias personales y patentizarse como normas rectoras del grupo, es decir, como normas jurídicas. Por eso se habla del Derecho y no de Moral Social. En efecto, la justicia consiste en dar a cada uno lo que se le debe, y se le debe socialmente y no sólo individualmente.⁴⁷

3.1.- ASPECTO HUMANITARIO DEL DERECHO EN LO REFERENTE A LAS MEDIDAS DE DEPOSITO DE PERSONAS, COMO COMENTARIO PERSONAL.

Debido a que el presente tema ha sido materia de controversia, atendiendo a las concepciones de humanidad y de derecho por diversos autores, y con el objeto de delimitar el estudio de ambas acepciones, iniciaré con definirlos para posteriormente infiltrarnos en el tema en cuestión.

En ese orden de ideas, comenzaré por decir que el Derecho es un sistema de normas y un sistema de sujetos de

47) Lecciones de Filosofía del Derecho, Edit. Porrúa, S.A., pp. 480 a 482 y 484.

tales normas. Las normas presuponen siempre una relación que debe ser regulada y no se pueden concebir sin una pluralidad de sujetos a los cuales se destinan y sin un sujeto que las establezca y que imponga su observancia.

Respecto de la persona, es un ente humano dotado por la ley de la capacidad de ser sujeto de facultades y deberes; consecuentemente, la persona lo es en tanto que tiene derechos y obligaciones, dándose una relación de subsistencia entre cualidades de una y otra, por lo que se puede afirmar que no es una entidad separada de sus deberes y derechos, sino la unidad personificada de éstos.

Las anteriores aseveraciones tienen como marco de referencia el tratado que sobre el tema ha desarrollado en centadas ocasiones el Doctor Miguel Angel García Domínguez, desde un punto de vista netamente legalista.

Al abordar el tema en estudio, considero que se sujetará a tres hipótesis fundamentales:

La primera, es el aseguramiento de la mujer; la segunda, el aseguramiento solamente de menores; y en un tercer término, cuando el aseguramiento es solicitado tanto para la cónyuge como para sus menores.

Respecto del primero, es decir, del aseguramiento de la mujer, normalmente atiende al deber que impone la Ley al tutelar su derecho individual en razón de que representa el sexo débil de la humanidad, y debido a ello el Derecho ha contemplado sin restricción alguna su protección, la cual se dá normalmente, de tal manera que salvaguarde su integridad física y moral. Es menester hacer incapié, que en el caso que nos ocupa sin lugar a dudas, la mujer tiene la facultad de ser oída y la autoridad tiene el deber de escucharla y de dictar de acuerdo a sus pretensiones para mejor solución, de manera tal que no lesione los intereses del solicitante.

La idea del legislador fué no dejar a salvo los derechos que tiene la mujer, sino que por el contrario, los protege y tutela, de tal manera que no permite que sus derechos sean vulnerados, teniendo la previsión de que si no se ejecutan este tipo de medidas respecto de la mujer, de acuerdo a los casos en particular, se pudieran sobrepasar de un régimen de Derecho que concibe la humanidad a ciertas arbitrariedades que pudieran constituir hasta delitos de carácter penal.

En cuanto al segundo supuesto, podemos decir que los menores, entendidos éstos como los sujetos que no han

obtenido la facultad de ejercicio de acuerdo al Derecho Civil, se requiere más aún de su protección por la Ley, debido ello a que se considera que están en una etapa evolutiva y no han llegado al completo desarrollo y el legislador contempló este apartado con el objeto de tutelar su integridad, tanto en su formación física como moral; y aún cuando éstos no han alcanzado la capacidad de ejercicio se les trató de proteger, de tal manera que no quedarán al desamparo de la sociedad o de la humanidad, sobre todo porque se considera de que todavía son capaces de afrontar la vida por sí mismos, sino que requieren de protección.

En lo referente a la tercer hipótesis, es decir la solicitud de aseguramiento de la cónyuge de que este subcapítulo se ha presentado un tema muy controversial, debido a que el legislador tuvo como idea principal el tutelar la célula familiar aún cuando ésta, en el presente supuesto presupone la desvinculación de un pilar de la familia, no por ello se debe de dejar de tomar en cuenta que aún sin ese pilar la familia pudiera subsistir en esas condiciones. Lo anterior atiende a que la ley quiere tutelar de manera tajante a los sujetos que forman el seno familiar, protegiéndolos tanto en su integridad física como moral al desamparo de la sociedad en la cual pueden verse involucrados. De tal forma que la humanidad pudiera acoger

un criterio sano respecto de la implementación de la medida de aseguramiento en comento.

Para concluir diré que los valores humanos contemplados por el Derecho son los mínimos para que una sociedad pueda vivir en forma armónica, y atendiendo a esa necesidad los subtemas del presente capítulo contemplan aquéllos valores humanitarios, subjetivos y personalísimos que atenta a las necesidades que en cada caso en particular se puedan pronunciar.

4.- NECESIDAD DE NUEVA REGLAMENTACION RESPECTO AL DEPOSITO DE PERSONAS, AUTORIZANDOSE EN EL DOMICILIO CONYUGAL EN MATERIA DE DIVORCIO, EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL ESTADO DE GUANAJUATO.

La Ley Adjetiva Civil de nuestro estado, en su artículo 408 reza:

"El depósito de la mujer o de los menores se ordenará por el Juez, señalando el domicilio de familia honorable o institución de beneficencia en que una u otros deban permanecer, entre tanto se resuelve el negocio.

El depósito de los menores puede ser solicitado por cualquiera de las partes o por el Ministerio Público."

De este dispositivo legal, se desprende que será el Juez quien deberá designar el lugar de depósito, debiendo serlo en domicilio de alguna familia de buenas costumbres, o bien en una institución de beneficencia, esto es, debe señalarse como lugar de depósito, un domicilio distinto al conyugal y que normalmente la parte actora propone.

El juzgador analiza con los elementos a su disposición si el domicilio que va a designar es lo suficientemente seguro para el depósito; o sea, que hará un análisis muy subjetivo, y quien menor que la parte promovente proponga el lugar adecuado.

Por otra parte, atendiendo literalmente a este precepto legal en lo que se refiere a que "se señale el domicilio de familia honorable o institución de beneficencia en que una u otros deban permanecer", y analizando este punto, considero que acarrea consecuencias jurídicas y de hecho; y a efecto de ejemplificar dicha problemática pondré a consideración algunos supuestos que se manejan en este sentido:

a) Autorización del depósito en lugar distinto al conyugal cuando la solicitante es la propietaria del domicilio conyugal.

Conforme a Derecho esta hipótesis no debería darse, pero hago incapié, toda vez que en ocasiones es lo que en la práctica ocurre.

b) Cuando la solicitante es abandonada por el cónyuge y la casa que ocupan como domicilio conyugal es propiedad del cónyuge.

En este caso, se solicita una medida precautoria de depósito, atendiendo a que el marido en cualquier momento de juicio pudiera regresar a su domicilio; por lo tanto, el lugar de depósito que la cónyuge sugiera, no podrá ser el mismo domicilio conyugal, porque estaría contraviniendo lo contenido en el artículo en comento.

c) Cuando la cónyuge vive en casa de familiares, en virtud de que por acuerdo mutuo entre los cónyuges, establecieron en ese lugar su casa-habitación.

En este supuesto sí es procedente que el depósito sea en el mismo lugar, toda vez que legalmente éste no es

su domicilio conyugal (atendiendo a la tesis jurisprudencial ya citada). Por lo tanto, la promovente al proponer este domicilio como lugar de depósito el juez seguramente lo acordará en sentido favorable.

d) Cuando el juez acuerda el depósito en lugar distinto al conyugal.

Según nuestra Ley Procedimental es lo que se debe hacer, esto es, el Juzgador señalará como lugar de depósito de la mujer y sus menores hijos uno distinto al domicilio conyugal; situación que en la práctica ocurre en contadas ocasiones.

Lo que regularmente ocurre en la vida del litigio es que el juez autorice el depósito de personas en el propio domicilio conyugal, atendiendo a apreciaciones subjetivas y en beneficio de la solicitante y los menores, pasado por alto lo señalado en el numeral 408 del Código de Procedimientos Civiles, y en la generalidad de los casos dicta el auto respectivo en el sentido de que "se abstenga el cónyuge de molestar a la cónyuge en el domicilio conyugal", o bien, en el domicilio que se autorice para el depósito.

Tales acuerdos se llevan a efecto porque el Juez que conoce del negocio atendiendo al aspecto humanitario y para no incurrir en posibles violaciones constitucionales en perjuicio del demandado, se concreta en su auto a decir: "se abstenga de molestar a la cónyuge en el domicilio conyugal".

Al dictar la medida en el sentido de que el cónyuge se abstenga de molestar a la cónyuge en el domicilio conyugal implica interpretación, esto es, que debe abstenerse de molestarla de palabra y de obra, pudiendo introducirse al domicilio conyugal, lo que hace que la cónyuge seguirá soportando la presencia del cónyuge, igualmente, cabe la posibilidad de que el cónyuge moleste a la cónyuge de palabra o de obra en lugar distinto del domicilio conyugal, sin desacatar lo ordenado por el juez.

Por otra parte, el auto en que se concede a la cónyuge el depósito de su persona y menores en el domicilio conyugal, es apelable, ya que atendiendo literalmente a las disposiciones del artículo citado, deberá el Tribunal de Alzada revocar el auto que haya concedido tal medida; por lo que, más adelante me ocuparé de analizar si se violan en estos casos o no, las Garantías 14 y 16 Constitucionales, al igual, propondré las adiciones posibles al artículo 408

de la Ley Procesal Civil para evitar que en lo futuro se sigan violando las disposiciones de dicho precepto legal.

5.- DE LA PROBLEMATICA QUE NACE DE LA AUTORIZACION DE DEPOSITO DE PERSONAS EN EL DOMICILIO CONYUGAL, SIN QUE SE LESIONEN EN PERJUICIO DEL CONYUGE DEMANDADO LAS GARANTIAS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES.

Como lo señala el artículo 396 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, las partes procesales en un juicio pueden solicitar las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente, y tales medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte, no admitiendo recurso alguno. Dicha resolución que nique la medida es apelable.

Así mismo, el artículo 397 de la Ley invocada reza:

"La parte que tenga interés en que se modifique la situación de hecho existente, deberá proponer su demanda ante la autoridad competente."

Como ya lo comenté, dentro del juicio o antes de

iniciarse, pueden solicitarse diferentes medidas precautorias, entre las que se encuentran el depósito de personas. Ante tal situación, jurídicamente es posible que en materia de divorcio el cónyuge "inocente" solicite al juez el depósito de su persona en el propio domicilio conyugal para que como consecuencia se dicte la medida en el sentido de que su contraparte se abstenga de penetrar en el domicilio conyugal, previamente designado y autorizado para el depósito de la mujer y los hijos, y para lo anterior, debe bastar que la esposa en este supuesto, así lo solicite al juez para que modifique la situación de hecho existente, fundamentando su petición en el artículo 397 del Código invocado, proponiéndole lo señalado; ya con estos elementos podrá el juez que conozca del asunto modificar o no la problemática existente atendiendo al principio consagrado en el artículo 330 del Código Civil del Estado que lo faculta para autorizar la separación de los cónyuges de una manera provisional.

En atención a los dispositivos legales que se citan, considero que si el juez atiende la solicitud de la cónyuge en el sentido de que su esposo la maltrata de palabra y obra constantemente, dicta la medida autorizando la separación de los cónyuges en forma legal y material, acordándose en este caso, que el cónyuge se abstenga de

entrar al domicilio conyugal, ya que éste ha sido autorizado como el domicilio para el depósito de la cónyuge y de los hijos, hasta en tanto no se resuelva en definitiva la situación inherente al divorcio planteado; previamente, considero que tal medida no lleva implícita violaciones a las Garantías 14 y 16 Constitucionales, en razón de que las medidas provisionales que se decreten en los juicios tienen un carácter precisamente provisional, no definitivo, al igual que dichas medidas se encuentran inmersas en el procedimiento y forman parte de él, conociendo que se levantan al dictarse sentencia, por ello, el juzgador en mi concepto, no incurre en violación constitucional alguna, ya que la medida decretada en ese sentido no constituye un daño irreparable para el cónyuge, sino que solamente, tiene efecto suspensivo en tanto se gestiona el juicio.

P R O P U E S T A S

Considero que debe reformarse el artículo 408 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, en el sentido de que sea la promovente quien señale el domicilio para el depósito de ella y de sus hijos, con la alternativa de que pueda ser el mismo domicilio conyugal, previo al análisis de las razones legales y humanas que invoque el solicitante, y con la opinión, de que el otro cónyuge se abstenga de entrar al domicilio conyugal. Con este proyecto de reforma, asentándose en esta forma, no habría, para quienes lo opinan, ninguna violación a las Garantías Individuales, toda vez que de manera expresa se señalaría en la Ley Procedimental de la materia, la abstención para que se introduzca en el domicilio conyugal el cónyuge culpable.

Así pues, el artículo propuesto a reformar deberá decir:

ARTICULO 408.- EL DEPOSITO DE LA MUJER Y/O DE LOS MENORES SE ORDENARA POR EL JUEZ, A SOLICITUD DEL PROMOVENTE, PUDIENDO SUGERIR EL PROPIO DOMICILIO CONYUGAL. EL JUEZ HARA UN ANALISIS DE LO EXPUESTO POR EL (LA)

SOLICITANTE, PREVIO A DICTAR EL AUTO
CORRESPONDIENTE, MISMO EN QUE SE ORDENARA
AL CONYUGE DEMANDADO SE ABSTENGA DE ENTRAR
AL DOMICILIO CONYUGAL, HASTA EN TANTO
PERDURE LA MEDIDA SOLICITADA.

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

Señalaré en este segmento las conclusiones que se deducen de los diferentes puntos tratados en mi trabajo de tesis.

Respecto al matrimonio, diré que esta Institución constituye la base fundamental de todo el derecho de familia.

En nuestra regulación jurídica no existe una distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que los equipara para todos los efectos legales. Resultando benéfica esta disposición, puesto que ya no se colocan a los hijos naturales en una condición inferior o ilegítima frente a los hijos habidos en matrimonio. No obstante, considero que es importante fomentar la unión matrimonial, ya que ambos progenitores debería estar igualmente interesados en el porvenir de sus hijos.

En lo referente a la nulidad del matrimonio, vimos que las consecuencias de nulidad son tales que, en muchos casos, más vale mantener una unión ilegal que anularla.

Por otra parte, el matrimonio ilícito no es nulo, es un matrimonio válido celebrado a pesar de que exista una prohibición para efectuarlo, que pudo haber sido superada, ya sea por dispensa (parentesco consanguíneo, en línea colateral directa o falta de edad núbil), o porque no han transcurrido los plazos que la ley establece, dentro de los cuales no puede contraerse un segundo matrimonio en los casos de disolución del primero.

Como concepto de el divorcio, diremos que es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los consortes, declarada por una autoridad competente y por alguna de las causas mencionadas.

Entrando en materia, esto es, en el depósito de personas, entratándose de divorcio voluntario, es de todos sabido que no hay depósito, toda vez que existe un convenio celebrado por los cónyuges, mismo que se presenta al Juzgado para su autorización, y en su caso, para ratificarse por parte de los esposos, convenio al que ellos se obligan sujetarse al clausulado.

En el divorcio necesario, en el evento de solicitarse el depósito de personas, se depositará en casa de persona de buenas costumbres o institución de

beneficencia a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiese 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 de la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya.

En el divorcio por mutuo consentimiento, en el convenio que se presenta ante el juez, se deberá designar la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. Normalmente se confían los hijos a alguno de los cónyuges, y así se hace constar en el convenio. Desde un principio los padres se han puesto de acuerdo sobre quién tendrá la custodia de los hijos y la forma en cómo se ejercerá el derecho de visitas de el otro progenitor.

En el derecho contencioso, nuestro Código parte de la conveniencia de que los padres se pongan de acuerdo sobre la persona que debe cuidar a los hijos, en defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos (Art. 336 fracción VI del Código Civil), lo que parece razonable pues se presume que el que solicita la disolución del vínculo matrimonial es el cónyuge inocente

y éste tiene más derechos que el demandado para designar persona para la custodia de los hijos, que desde luego, la primer persona para desempeñar ese cargo, es el propio promovente.

Cómo no siempre es posible obtener el acuerdo de los cónyuges, el juez resolverá lo que conviene a los hijos.

Nos damos cuenta que durante el juicio se produce una semi-ruptura entre los consortes, existe tensión entre ellos, y quizá también en los hijos, que aún siendo en ocasiones menores de edad se dan cuenta de lo que ocurre en su hogar. Debido a esta tensión que se produce y a la forma de actuar de los cónyuges, se solicita al juez decrete la medida provisional de depósito de personas.

En lo relativo a la duración de la medida en comento, sabemos que al no acreditarse haberse intentado la demanda o la acusación dentro del término legal, levantará el juez el depósito, y restituirá las cosas al estado que guardaban con anterioridad.

Si se presentare la demanda en el término fijado, subsistirá la medida hasta en tanto se dicte sentencia;

sin embargo, si durante el procedimiento de juicio los cónyuges llegasen a un acuerdo o se desisten de él, esto es, que no se divorciarán, entonces terminarán también los efectos de la medida practicada.

Comentando la jurisprudencia 150 que ha quedado transcrita en este trabajo, respecto al "Divorcio. Abandono del domicilio conyugal cuando los cónyuges viven en calidad de arrimados", vemos que esta situación genera una problemática, ya que es de todos sabido que en el matrimonio se dan algunas diferencias entre los cónyuges y éstas en la mayoría de los casos cobran magnitud ya que por estar viviendo con la familia de la mujer, de el marido o de terceras personas y por la intromisión de ellos en la vida del matrimonio se generan constantes desavenencias. En fin, lo relevante de esta jurisprudencia, es que para que exista domicilio conyugal, los consortes deben vivir en forma independiente, esto es, no hay domicilio conyugal si están viviendo en casa de sus familiares o de terceras personas.

Así las cosas, un cónyuge que estando en esta situación no puede intentar demandar el divorcio apoyándose en lo dispuesto en la fracción VIII ó IX del artículo 323 del Código Civil, toda vez que no se dá la

figura del abandono del domicilio conyugal al vivir en calidad de arrimados.

Lo anterior, da la posibilidad para que alguno de ellos intente el divorcio alegando otra causal.

Volviendo al tema principal, una vez que se haya decretado el depósito tal y como lo señala nuestra Ley Sustantiva Civil, específicamente en el numeral 408, al decir, que el depósito se hará en el domicilio de familia honorable o institución de beneficencia, es decir, que necesariamente debe de salir del domicilio conyugal la mujer con sus hijos menores, acarreado esta hipótesis consecuencias y problemas para la cónyuge, ya que no es lo mismo, que se autorice el depósito en la misma casa conyugal a que sea en otro diferente.

Al quedarse en el mismo domicilio conyugal se sentirá más protegida y con seguridades para ella y los niños, con la disposición de la casa para cubrir las necesidades de ellos.

La problemática que nace del depósito de personas en materia de divorcio, ha generado que en múltiples ocasiones los jueces por humanidad, en casos concretos

autoricen el depósito de la cónyuge en el propio domicilio conyugal.

Esta forma de acordar sobre las medidas de depósito por parte de los jueces es a consecuencia de que el Derecho debe ser humanitario y justo, y el juzgador al conocer la problemática que viven los cónyuges, y a efecto de proteger al cónyuge aparentemente inocente a sus ojos, lo lleva a dictar acuerdos interpretativos para la contraparte, ya que conforme a Derecho, el juez está limitado para autorizar medidas que no contemplan la legislación vigente.

Para evitar este modo de actuar de el juzgador, los litigantes lo consideran como una arbitrariedad, toda vez que no existe fundamento legal preciso que permita actuar al juez de esta manera.

Pongo a consideración de mi H. JURADO EXAMINADOR la propuesta que me permito presentar ante ustedes por medio del presente trabajo de tesis, mismo que realicé con el mayor esfuerzo y dedicación que me fué posible.

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

G E N E R A L

(1) Planiol Marcel y Ripert Georges, TRATADO ELEMENTAL DEL DERECHO CIVIL, Edit. Cajica, S.A., Puebla, Pueb., México, 1983, p. 369.

(2) Galindo Garfias Ignacio, DERECHO CIVIL, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1987, pp. 471 y 472.

(3) Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO TOMO II, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, p. 200.

(4) Recasens Siches Luis, SOCIOLOGIA, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982, pp. 471 y 472.

(5) Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, pp. 194 y 195.

(7) Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit., pp. 475, 476 y 485.

(8) De Ibarrola Antonio, DERECHO DE FAMILIA, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1984, pp. 257 y 258.

(9) Planiol Marcel y Ripert Georges, Ob. Cit., pp. 501 y 502.

(10) Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., p. 287.

(11) Mazeaud Henri y León y Jean, LECCIONES DE DERECHO CIVIL Parte I, Vol. III, Ediciones Jurídicas

Europa-América, Buenos Aires, 1976, p. 208.

(12) Chávez Asencio Manuel S., LA FAMILIA EN EL DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1985, pp. 335 a 338.

(13) Rojina Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL Tomo I, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, pp. 308 a 312.

(14) Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit., pp. 539 y 540.

(15) Ibidem., pp. 577 y 578.

(16) Ibidem., pp. 590 a 593.

(17) Pallares Eduardo, EL DIVORCIO EN MEXICO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1981, pp. 44 a 46.

(18) Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., pp. 406 a 409.

(19) Pallares Eduardo, Ob. Cit., pp. 60 a 62, 97 y 98.

(20) Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., pp. 358 a 363.

(21) Pallares Eduardo, Ob. Cit., pp. 100 y 101.

(22) Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit., pp. 533 y 534.

(23) Georges Ripert y Planiol Marcel, Ob. Cit., pp. 86, 89 y 90.

(24) Pallares Eduardo, DERECHO PROCESAL CIVIL, Edit.

Porrúa, S.A., México 12, D.F., 1979, pp. 342 y 343.

(25) Ibidem., p. 343.

(26) Pallares Eduardo, Ob. Cit., pp. 102 a 104.

(27) Chávez Asencio Manuel F., Ob. Cit., pp. 527 a 539.

(28) Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., p. 517.

(29) Chávez Asencio Manuel F., Ob. Cit., pp. 55 y 556.

(30) Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit., p. 597.

(31) Pallares Eduardo, Ob. Cit., pp. 101 y 102.

(32) Chávez Asencio Manuel, Ob. Cit., pp. 527, 534 a 536.

(33) Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., CODIGO CIVIL PARA EL D.F. EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO, Tomo I, Librero-Editor, 1987, p. 26.

(34) Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO tomo I, Edit, Porrúa, S.A., México, D.F., 1982, p. 498.

(35) Jurisprudencia 150 (Sexta Epoca), Pág. 484, Sección Primera, Volumen 3a. Sala.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965, p. 586.

(36) Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit., pp. 493 y 494.

(37) Castro Zavaleta Salvador y Muñoz Luis, COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 15, D.F., 1983, p. 232.

(38) Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Ob. Cit., pp. 27 y 28.

(39) Porte Petit Candaudap Celestino, CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE Tomo I, Imprenta Azteca, S.A., México, D.F., 1975, pp. 443 y 446.

(40) Planiol Marcel y Ripert Georges, Ob. Cit., p. 61.

(41) Ibidem., p. 62.

(42) Ibidem., pp. 67, 68, 70, 71, 97 y 101.

(43) Ibidem., p. 64.

(44) Jurisprudencia 150, Ob. Cit., p. 586.

(45) Burgoa Orihucla Ignacio, EL JURISTA Y EL SIMULADOR DEL DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1968, p. 13.

(46) Von Ihering R., LA LUCHA POR EL DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982, pp. 1 y 2.

(47) Lecciones de Filosofía del Derecho, Edit. Porrúa, S.A., pp. 480 a 482 y 484.

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

- (1) Burgoa Oriuela Ignacio, EL JURISTA Y EL SIMULADOR DEL DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1988.
- (2) Castro Zavaleta Salvador y Muñoz Luis, COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 15, D.F., 1983.
- (3) Chávez Asencio Manuel, LA FAMILIA EN EL DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1985.
- (4) CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUANAJUATO, Edit. Cajica, S.A., Puebla, Pue.
- (5) CODIGO CIVIL PARA EL D.F. EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL COMENTADO Tomo I, Librero-Editor, México, D.F., 1987.
- (6) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, Edit. PAC, México 18, D.F.
- (7) COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 15, D.F., 1983.
- (8) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Artículos 14 y 16, Edit. PAC.
- (9) De Ibarrola Antonio, DERECHO DE FAMILIA, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1984.
- (10) Galindo Garfias Ignacio, DERECHO CIVIL, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1987.

- (11) Jurisprudencia 150 (Sexta Epoca), Pág. 484, Sección Primera, Volumen 3a. sala.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965.
- (12) LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F.
- (13) Mazaud Henri y León Jean, LECCIONES DE DERECHO CIVIL Parte I, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976.
- (14) Pallares Eduardo, DERECHO PROCESAL CIVIL, Edit. Porrúa, S.A., México 12, D.F., 1979.
- (15) Pallares Eduardo, EL DIVORCIO EN MEXICO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1981.
- (16) Porte Petit Candaudap Celestino, CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE VERACRUZ LLAVEZ Tomo I, Imprenta Azteca, S.A., México, D.F., 1975.
- (17) Planiol Marcel y Ripert Georges, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, Edit. Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1983.
- (18) Planiol Marcel y Ripert Georges, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL Tomo II, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 15, D.F., 1983.
- (19) Recasens Siches Luis, SOCIOLOGIA, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982.
- (20) Rojina Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL

Tomo I, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1985.

(21) Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983.

(22) Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo I, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982.

(23) Rojina Villegas Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO Tomo II, Edit. Porrúa, S.A., México 13, D.F., 1980.

(24) Von Ihering R., LA LUCHA POR EL DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1982.