

879309
2eje



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

Clave: 879309

"ANALISIS JURIDICO SOBRE EL DIVORCIO EN EL
CODIGO CIVIL DE GUANAJUATO EN GENERAL Y
LA FRACCION XII DEL ARTICULO 323
EN PARTICULAR"

(PROBLEMATICA Y SOLUCIONES PROPUESTAS)

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

EBERARDO FIGUEROA CONEJO

ASESOR

Lic. Arturo Hernández Zamora

CELAYA, GTO.

ENERO 1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

POR EL APOYO INCONDICIONAL QUE
SIEMPRE HE ENCONTRADO EN ELLOS.

ESPECIALMENTE:

A MIS MAESTROS POR LA GRAN
MOTIVACION Y ENSEÑANZA QUE
SIEMPRE ME BRINDARON Y AL
HONORABLE JURADO POR SU INFINITA
COMPRESION HACIA ESTE HUMILDE
TRABAJO.

CON MUCHO AGRADECIMIENTO: A MI ASESOR, LIC. ARTURO
HERNANDEZ ZAMORA POR SU VALIOSA
AYUDA Y COLABORACION QUE
HICIERON POSIBLE ESTE TRABAJO.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I RESEÑA HISTORICA DEL DIVORCIO.

1.- El divorcio en la Biblia.-----	2
2.- El divorcio en el Derecho Romano.-----	3
3.- El divorcio en el Derecho Canónico.-----	6
4.- El divorcio en la Legislación Española.-----	8

CAPITULO II EL DIVORCIO

1.- Concepto de divorcio, significado jurídico.-----	11
A) Concepto general de divorcio.-----	11
B) Significado jurídico de divorcio.-----	11
2.- El divorcio como figura controvertida.-----	13
3.- El divorcio en el Derecho Mexicano. antecedentes históricos.-----	15
A) Derecho Prehispánico.-----	15
B) Derecho Colonial.-----	16
C) México en la vida independiente.-----	16
a) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870-----	17
b) Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California y Tepic de 1884.-----	18
c) Ley del divorcio vincular de 29 de diciembre de 1914.-----	18
d) Ley sobre relaciones familiares de 1917.-----	19
D) Código Civil Vigente.-----	19
4.- Especies de divorcio en el Código Civil Vigente en el Distrito Federal.-----	20
A) Divorcio - separación o divorcio no vincular.-----	21
B) Divorcio vincular.-----	22
a) Divorcio Contencioso o Necesario.-----	22
b) Divorcio por Mutuo Consentimiento.-----	24
- Divorcio Voluntario Administrativo.-----	24
- Divorcio Voluntario Judicial.-----	26

CAPITULO III EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

1.- Clases de divorcio que regula el código.-----	29
A) Divorcio por separación de cuerpos.-----	29
B) Divorcio vincular. Especies.-----	31
2.- Divorcio por mutuo consentimiento.-----	32
3.- El divorcio necesario. Estructura casuística del artículo 323.-----	36
4.- Breves comentarios sobre las causas de divorcio necesario.-----	41

CAPITULO IV	62
CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO.	
1.- Efectos provisionales del divorcio en general. -----	63
2.- Consecuencias jurídicas del divorcio necesario. -----	64
A) En relación a los cónyuges. -----	64
B) En Relación a los bienes de los cónyuges. -----	64
C) En relación a los hijos. -----	65
3.- Consecuencias jurídicas en el divorcio por mutuo consentimiento. -----	66
A) En cuanto a las personas de los cónyuges. -----	66
B) En cuanto a los hijos. -----	66
C) En cuanto a los bienes. -----	66
 CAPITULO V	 67
ESTUDIO COMPARATIVO DE LA FRACCION XII DEL ARTICULO	
323 DEL CODIGO CIVIL Y SUS CORRELATIVAS EN OTRAS	
LEGISLACIONES.	
1.- Reglamentación en el Código Civil para el Distrito Federal. -----	68
2.- La causal de la fracción XII y sus correlativas en otras entidades federativas. --	69
3.- TESIS JURISPRUDENCIALES RELACIONADAS CON ESTA CAUSAL.	72
 CAPITULO VI	 84
LA FRACCION XII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL DE	
GUANAJUATO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.	
1.- Estructura actual de la fracción.-----	85
2.- Alimentos. Comentarios generales y artículo 161 del Código Civil.-----	86
A) Alimentos. -----	86
B) Artículo 161 del Código Civil de Guanajuato y su relación con la fracción	
XII del artículo 323. -----	87
3.- Inconveniencia de agotar primero el juicio de alimentos para obtener la acción	
de divorcio. -----	91
4.- Propuesta de reforma a la fracción XII del artículo 323 del Código Civil.-----	94
 CONCLUSIONES FINALES -----	 95
 BIBLIOGRAFIA -----	 104

INTRODUCCION

Uno de los aspectos fundamentales de la Ciencia del Derecho es su carácter dinámico, cambiante, su facultad de adecuarse a los cambios y circunstancias que presenta la realidad social; por ello, sus instituciones deben ser frecuentemente motivo de análisis y reflexión para examinar su eficacia y aplicación práctica. En base a lo anterior, y a mi incipiente incursión en el terreno del litigio, he considerado necesario darme a la tarea de realizar el presente estudio, sobre el Divorcio en el Código Civil de Guanajuato.

En primer lugar, y desde una óptica general, el Divorcio como forma legal de extinguir un matrimonio válido en la vida de los consortes, se ha vuelto tan frecuente en la sociedad contemporánea, que ha motivado un análisis y una reflexión seria y fundada acerca de su realidad. Este problema, que debe preocupar en gran medida al Estado Moderno, no es exclusivo de una sociedad en especial ni de una clase social en particular.

Se exponen en un inicio los antecedente históricos de esta institución en la Biblia, el Derecho Romano, el Derecho Canónico y la Legislación Española. Posteriormente se estudian los antecedentes en el Derecho Mexicano en concreto.

Ya en la materia, un primer acercamiento sería plantearnos si el matrimonio como base fundamental de la vida familiar, sufre una crisis como producto de la caótica organización social del mundo contemporáneo con una mínima exaltación de los valores. Estamos, es cierto, ante un problema que no se limita a lo jurídico, sino que se extiende a otras áreas del desarrollo de una sociedad. Pero, es función del legislados el dar las bases jurídicas para que este mal necesario llamado Divorcio, produzca el menor efecto negativo en sus consecuencias respecto a los cónyuges mismos y a los hijos, así como en la sociedad. Es práctica corriente en los Congresos Legislativos Locales y Federal, el centrar su trabajo en cuestiones relativas a la Administración Pública y a los Procesos Electorales, dejando de lado el reflexionar sobre las Instituciones Jurídicas que regulan directamente la vida cotidiana de la familia y de la sociedad, haciendo caso omiso de la desintegración notoria en la misma.

Por otro lado, desde un enfoque más específico o particular, reviste especial interés el examen de la fracción XII del artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato como causal de divorcio. Esta fracción amerita algunas reflexiones y censuras, en virtud de que sólo concede la Acción de Divorcio cuando haya sido imposible obtener el pago de

los alimentos a que se refiere el artículo 161 del mismo ordenamiento legal, por medio de un procedimiento judicial relativo a los mismos; y como éste puede durar un tiempo más o menos prolongado, el cónyuge inocente se ve privado de la aludida acción durante todo ese tiempo. Esto es tanto como querer que en un contrato de compraventa, la parte que cumplió no pueda rescindir el contrato sino hasta que demuestre que por otra vía judicial no pudo lograr que la otra parte cumpliera. Es por lo anterior que con el presente trabajo se busca establecer la forma en que se autorice la acción de divorcio sin ese condicionamiento tan entretenido y perjudicial.

Se analizará además, esta causal en las legislaciones de otras Entidades Federativas y el tratamiento que le han dado los Tribunales Federales.

Por último, resta enfatizar que el objetivo de este estudio es llevar a cabo una revisión un tanto exhaustiva en todos los aspectos de el Divorcio en el Código Civil de Guanajuato y señalar algunas ideas que despierten alguna inquietud y motiven la reflexión y la reforma en lo que se justifique en esta materia.

CAPITULO I

RESEÑA HISTORICA DEL DIVORCIO

RESEÑA HISTORICA DEL DIVORCIO

1.- EL DIVORCIO EN LA BIBLIA.

De algunos versículos bíblicos que se encuentran en el Génesis se ha inferido que el matrimonio es una unión indisoluble, porque al formar los cónyuges una sola carne, no podrán separarse sin romper esa unidad. Sea como fuere, en la legislación mosaica se autorizó y reglamentó lo que ahora llamamos divorcio en cuanto al vínculo.

En el Antiguo Testamento existe un pasaje en el capítulo 24, versículos del 1 al 4 del libro Deuteronomio, que es uno de los cinco libros del Pentateuco, que establece: "Si uno se casa con una mujer y luego no le gusta, por que descubre en ella algo vergonzoso, le escribe el acta de divorcio, se la entrega y la hecha de casa, y ella sale de la casa y se casa con otro, y el segundo también la aborrece, le escribe el acta de divorcio, se la entrega y la echa de casa, o bien muere el segundo marido, el primer marido que la despidió, no podrá casarse otra vez con ella, pues está contaminada; sería una abominación ante el señor: no echas un pecado sobre la tierra que el señor, tu Dios, va a darte en heredad"¹.

Tiempo después la legislación hebrea concedió a la mujer el Derecho de repudiar, basado en el adulterio de su marido, por ser maltratada, porque el marido fuere pródigo o perezoso, o no diera cumplimiento a los deberes conyugales.

Afirma Eduardo Pallares que en el Nuevo Testamento las cosas cambian por completo. Jesucristo condenó el divorcio, según se desprende de algunos textos de los Evangelios de San Mateo, San Lucas y San Marcos. En efecto, en San Marcos se lee:

"Vinieron entonces a él unos fariseos, y le preguntaban por tentarle: si es lícito al marido repudiar a su mujer."

"Pero él en respuesta les dijo: Qué os mandó Moisés?."

"Ellos dijeron: Moisés permitió repudiarla, precediendo escritura legal de repudio."

¹ NUEVA BIBLIA ESPAÑOLA. Ediciones Cristiandad. Traducida por Luis Alonso Schökel y Juan Mateos. Madrid, España; 1975, pag. 280.

"A lo cual les replicó Jesús: En vista de la dureza de vuestro corazón, os dejó mandado eso."

"Pero al principio, cuando los creó Dios, formó un solo hombre y una sola mujer;"

"Y los dos no compondrán sino una sola carne;"

"No separe pues el hombre lo que Dios ha juntado."

En el Evangelio de San Lucas se lee: "Todo el que repudia a su mujer, y se casa con otra, adultera; y el que se casa con la repudiada del marido, adultera."

El texto de San Mateo es diferente a los anteriores, porque autoriza el divorcio por causa de adulterio, dice: "Así pues, os declaro que cualquiera que despidiere a su mujer, sino en caso de adulterio, y aún en este caso se casare con otra, éste tal comete adulterio; y que quien se casare con la divorciada, también lo comete".

Por último, San Pablo, a su vez, confirma la indisolubilidad del matrimonio en la Epístola a los Corintios.

De esa manera observamos como en la Biblia, la figura que llamamos divorcio fue aceptada en el Viejo Testamento, pero condenada en el Nuevo.

2.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.

En el tratamiento de este tema, seguiré en gran medida la interesante exposición que del mismo hace Sara Montero Duhalt en su libro "Derecho de familia"².

Reviste especial interés para nuestro estudio, el conocimiento del Derecho Romano por tener ahí un antecedente remoto gran parte de nuestra legislación.

Desde los orígenes de Roma el divorcio fue conocido y regulado jurídicamente. Se daba de diferente forma, según si el matrimonio había sido celebrado CUM MANUS O SINE MANUS, es decir, dependiendo de si la mujer quedaba bajo la potestad del marido en el primer caso, o libre de ella en el segundo.

² MONTERO Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA. Edit. Porrúa; Quinta Edición; México, D.F., 1992. págs. 205-207.

En el matrimonio CUM MANUS, El divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido, regulado por la Ley de las Doce Tablas según Cicerón. En esta forma, la única obligación del marido era restituir la dote de la mujer. En este Derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento: si se contrajo por medio de la CONFARREATIO el divorcio se llevaba a cabo por la DIFARREATIO. Si era por medio de la COEMPTIO (compra de la mujer), entonces procedía la REMANCIPATIO.

En el matrimonio celebrado SINE MANUS el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas: el divorcio BONA GRATIA que no requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el mutuo consentimiento, llamado también DIVORTIUM COMUNI CONSENSU. La segunda forma era el repudio sin causa REPUDIUM SINE NULLA CAUSA por la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote y sin necesitarse el consentimiento de la otra parte.

Esta facilidad para obtener el divorcio en esta primera etapa del Derecho Romano, produjo una gran decadencia de las costumbres en esta materia, al grado que el filósofo Séneca, citado por Pallares dijo: "¿Qué mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos? se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse"³.

Bajo el Imperio de Augusto se promulgó la "Ley Julia de Adulteris" que exigía la notificación de la voluntad ante siete testigos mediante un LIBELLUS REPUDI, o por medio de las palabras, bastando decir TUA RES TIBI HABETO o sea, "ten para ti tus cosas".

A fines de la República y bajo la época del Imperio, la de mayor esplendor y poder romano, el divorcio proliferó de manera alarmante y coadyuvó, al disolver la sólida unidad familiar primitiva romana, a la decadencia del Imperio y a su posterior caída en poder de las bárbaros.

Basados en el CORPUS JURIS DE JUSTINIANO, se afirma que bajo su imperio se reconocían cuatro tipos de divorcio:

³ PALLARES Eduardo. EL DIVORCIO EN MEXICO. Edit. Porrúa; México, D.F.; Sexta Edición, 1991. pags. 9 y 10.

- A.- El mutuo consentimiento, suprimido posteriormente;
- B.- A petición de un cónyuge invocando una causa legal;
- C.- La voluntad unilateral y sin causa legal con sanción para el cónyuge demandante, y
- D.- El Bona Gratia que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad.

Justiniano estableció como causas legales para disolver el matrimonio, las siguientes:

Las causas para el hombre eran:

- a) Que la mujer hubiese encubierto algún crimen contra la seguridad del Estado;
- b) Adulterio probado de la mujer;
- c) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos;
- d) Atentado contra la vida del marido;
- e) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo, y
- f) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin permiso del marido.

Las causas para la mujer eran:

- a) La alta traición oculta del marido;
- b) Atentado contra la vida de la mujer;
- c) Tentativa de prostituirla;
- d) Falsa acusación de adulterio;
- e) Locura, y

f) Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de modo ostensible.

El sucesor de Justiniano, Justino, restableció posteriormente el divorcio por mutuo consentimiento, por que la opinión pública lo exigió.

Por último, al difundirse en mayor medida el cristianismo, el divorcio se hizo más difícil, aunque no fue suprimido.

De todo lo anterior se observa cómo en el Derecho Romano se da un gran avance en la estructuración del Divorcio y su reglamentación, dándole una forma más precisa y clara.

3.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO.

Una de las características fundamentales del Derecho Canónico es la indisolubilidad del matrimonio, por considerarlo un sacramento perpetuo. A este respecto, el canon 1118 establece: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte". El canon 1128 establece como obligación de los cónyuges que deben hacer "en común vida conyugal", si no hay una causa justa que lo excuse.

Para Sara Montero Duhalt, el Derecho Canónico si regula ciertas formas de disolver el vínculo matrimonial: el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados.

En el primer caso, el canon 1119 señala "El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y la otra que no lo está, se disuelve tanto por la disposición del Derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas aunque la otra se oponga".

En la segunda forma de disolver el matrimonio, el canon 1120 expresa: "1.-El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio paulino ...". Dice Pallares que este privilegio "consiste en la facultad que tiene el cónyuge no creyente, que se convierte al cristianismo, de disolver su

matrimonio y contraer otro nuevo, si su consorte se niega a hacerse cristiano o a cohabitar pacíficamente con él ..."⁴. Se funda en el texto de San Pablo versículo 11 a los Corintios.

A diferencia de Montero Duhalt, Pallares considera que esas dos causas no son de disolución del vínculo, sino sólo de nulidad del matrimonio y que el Derecho Canónico sólo regula el llamado Divorcio-Separación. Consiste el mismo en la separación del lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo. Las causas para pedir la separación son varias, entre ellas el adulterio (canon 1129), el separarse un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia, y la sevicia (canon 1131).

En el caso del adulterio, el mismo canon 1129 establece que hay condonación tácita si el cónyuge inocente, después de tener certeza del crimen de adulterio, convivió espontáneamente con el otro cónyuge con afecto marital; se presume la condonación si en el plazo de seis meses no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima.

Respecto a las consecuencias de la separación con relación a los hijos, el canon 1132 dice: "Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge inocente, y si uno de los cónyuges es acatólico, al lado del cónyuge católico, a no ser que en uno y otro caso haya el Ordinario decretado otra cosa atendiendo al bien de los mismos hijos, y dejando siempre a salvo su educación católica."

Esta disposición es a todas luces injusta, ya que deja de lado la inocencia o no de un cónyuge para que al final todo se determine en función a si se profesa la religión católica o no.

Este Derecho Canónico tuvo gran influencia en la Europa Medieval. Sin embargo, debido a la influencia germánica, prevaleció el divorcio vincular en la mayoría de los países y fue hasta el concilio de Trento (1545-1563) cuando se elevó el matrimonio a la categoría de Sacramento, que se prohibió totalmente el divorcio vincular, salvo las dos discutidas excepciones ya señaladas del matrimonio no consumado y del privilegio paulino, en cuanto a saber si se disuelve el vínculo o no.

⁴ PALLARES Eduardo. Op. Cit. Pag. 11.

4.- EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

En las leyes españolas, históricamente no aparecen demasiadas normas relativas al divorcio. Esta omisión se debe fundamentalmente, a que todo lo concerniente al matrimonio y al propio divorcio pertenecía a la jurisdicción eclesiástica y la iglesia, mediante decretales, resolución de Concilios y el Código Canónico, reglamentaba estas materias.

Afirma Margadant que "desde la capital visigótica, Toledo, y con fuerte influencia eclesiástica, en varios Concilios se elaboró un Derecho Español territorial en sustitución del Breviario y del CODIX EURICIANUS (derechos personales), siendo el resultado el FUERO JUZGO (o liber iudicium), del cual hubo varias ediciones cada vez más ampliadas, desde 654"⁵. En este Fuero Juzgo encontramos en el Libro Tercero, sexto título, las siguientes disposiciones:

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

3.- Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal, pierde la dote que recibió y no tiene derecho a ninguno de los bienes de la mujer...

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

Lo anterior demuestra que en esta ley el divorcio no era indisoluble, ya que como se afirmó anteriormente es hasta el Concilio de Trento, cuando adquiere este carácter.

Posteriormente en la obra legislativa de Alfonso el Sabio, aparece el FUERO REAL (1255), destinado a regir directamente en las tierras dependientes de la Corona. En el Fuero Real, la Ley 9, Título I, Libro II, autoriza el divorcio en cuanto al vínculo cuando alguno de los cónyuges, o los dos, quieran disolver el matrimonio para entrar en una orden monástica; pero siempre que el matrimonio no se hubiese consumado.

Tiempo después, encontramos en la obra de Alfonso X una combinación de su legislación positiva y sus consideraciones moralistas y filosóficas acerca del Derecho. Esto dio por resultado su creación que más influencia ha tenido: LAS SIETE PARTIDAS

⁵ FLORIS Margadant, S. Guillermo. INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO; Edit. Esfinge, Séptima Edición; México, D.F., 1986; pag. 24

(primera versión, 1256-1263; segunda, 1265). En esta obra predomina también el Derecho Romano.

Pallares afirma que las Siete Partidas tratan con mayor extensión el divorcio en la Partida Cuarta, en los títulos noveno y décimo. Ejemplo de esa leyes son:

La Ley I del título décimo establece que "Divortium, en latín, tanto quiere decir en romance como departimiento, y esto es cosa que departe la mujer del marido é el marido de la mujer por embargo que ha entre ellos cuando es probado en juicio derechamente. Tomó este nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron".

El mismo Pallares sostiene que entre las principales leyes que se encuentren en el título noveno, están las siguientes:

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

La ley tercera autoriza también la separación de los esposos cuando el matrimonio se celebró, no obstante, existir un impedimento dirimente y también si los esposos son cuñados.

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

En vista de esta cristalización de la vida española alrededor de ciertas cortes monárquicas, la unión de dos de las coronas más importantes (matrimonio de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón en 1469; consolidación política de sus dos reinos, en 1479) significa un paso hacia una superunificación, no dentro de cada monarquía, sino entre las monarquías mismas. Con esto, se inicia una nueva fase en la historia del pueblo Español.

CAPITULO II

EL DIVORCIO

EL DIVORCIO.

1.- CONCEPTO DE DIVORCIO. SIGNIFICADO JURIDICO.

A) Concepto General de Divorcio.

En el Diccionario Enciclopédico Ilustrado OCEANO UNO, Se establecen los siguientes conceptos relativos al divorcio:

"Divorciar": separar por sentencia legal a dos casados. Separar personas o cosas que debían estar juntas".

"Divorcio": Acción y efecto de divorciar o divorciarse"¹.

La palabra divorcio proviene del latín DIVORTIUM que significa separarse lo que estaba unido. Para Montero Duhalt, el "Divorcio es la antítesis del matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse dos seres bajo el mismo yugo: conyugal"².

Genéricamente, de estos dos conceptos, podemos inferir que divorcio es la ruptura de un vínculo, de una unión; seguir caminos diferentes los que antes marchaban por el mismo.

Este concepto amplio de divorcio va a adquirir características especiales al aplicarlo al terreno de lo legal, al definirlo jurídicamente

B) Significado Jurídico del Divorcio.

En nuestro país, en tanto institución jurídica y en lo que toca al alcance de sus efectos, el Divorcio ha variado a lo largo del tiempo y en las diversas legislaciones.

¹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO. OCEANO UNO. Edición 1993.

² MONTERO Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA. Edit. Porrúa, Quinta Edición; México, D.F., 1992. pag. 196

En sentido amplio, podemos decir que el concepto Divorcio significa extinción de la vida conyugal. Algunas de las definiciones que se han dado del concepto jurídico del divorcio en base a nuestra legislación, son las siguientes:

Pallares afirma que el Divorcio es "un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros"³.

Aquí debemos observar que esta definición de Pallares contempla la posibilidad de que el divorcio sea un acto administrativo, en virtud de que el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 272 contempla el divorcio voluntario de tipo administrativo.

Ignacio Galindo Garfias afirma que 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"⁴.

Montero Duhalt, establece que "el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido"⁵.

Estas dos últimas definiciones no hacen referencia a si es autoridad administrativa o judicial la que decreta el divorcio sino que se limita a decir que debe ser decretado por autoridad competente.

En el caso de la legislación del Estado de Guanajuato, se determina que sólo la autoridad judicial debe decretar el divorcio, al admitir la misma, sólo el divorcio necesario y el voluntario por mutuo consentimiento (Artículo 323 del Código Civil del Estado) y no el divorcio de tipo administrativo.

Para comprender de manera completa lo que el divorcio sea, es necesario explicar aunque sea brevemente, lo que el matrimonio es.

Se acepta que el matrimonio es un contrato solemne, de interés público, por el cual un solo hombre y una sola mujer establecen una comunidad de vida total y permanente, al que la ley y la sociedad consideran el fundamento de la familia.

³ PALLARES Eduardo. EL DIVORCIO EN MEXICO. Editorial Porrúa; Sexta Edición, México, D.F.; 1991. pag. 36

⁴ GALINDO Garfias, Ignacio. DERECHOS CIVIL. Décima segunda edición; Edit. Porrúa; México, D.F., 1993. pag. 577

⁵ MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. pags. 196 y 197.

Este contrato solemne debe llenar una serie de requisitos sustanciales y formales, para que se le considere válido. Esto va a crear en los que lo contraen, el estado civil de casados, con todas sus consecuencias jurídicas de derechos y obligaciones recíprocas.

Un matrimonio válido solo puede terminar por dos causas: la muerte o el Divorcio.

Extinción del Matrimonio		Nulidad.- En la vida de los cónyuges y por causas anteriores a su celebración. Divorcio.- En vida de los cónyuges y por causas posteriores a su celebración. Muerte.- De un Cónyuge
--------------------------------	---	---

Es por lo anterior que para extinguir un matrimonio válido, como contrato especial de derecho de familia, el orden jurídico ha creado la forma del Divorcio, el cual sólo podrá llevarse a cabo ante y por decisión de autoridad competente, cuando se ha demandado por causas señaladas en la ley. Esto quiere decir que la simple separación de hecho de los cónyuges, ya sea física o espiritual, o ambas, no es divorcio, ya que los cónyuges seguirían unidos legalmente y no pueden contraer un nuevo matrimonio válido.

2.- EL DIVORCIO COMO FIGURA CONTROVERTIDA.

El divorcio, y concretamente el divorcio vincular, siempre se ha considerado una figura controvertida y polémica. El divorcio separación, el que no rompe el vínculo, nunca tuvo problemas para ser aceptado en las legislaciones de las distintas culturas y en los diferentes tiempos históricos.

Del divorcio vincular, se han establecido una gran cantidad de razones tanto en contra como a favor, desde los diferentes ángulos de carácter religioso, político, ético psicológico, etc..

Desde el punto de vista religioso, ya dijimos que el catolicismo, como principal religión, percibe al matrimonio como algo indisoluble en vida de los cónyuges, razón por la cual prohíbe el divorcio vincular.

Además del aspecto religioso, se critica moralmente al divorcio por implicar una solución contraria a los ordenamientos morales que debe regir la constitución de la familia,

como son la permanencia de la misma y su estabilidad. Se aduce que el divorcio estimula la disgregación de la familia. también ataca a la ética por lesionar los derechos de terceros, como son los hijos cuando los hay, al ser éstos las verdaderas víctimas del divorcio.

Se sostiene también, que el Estado, como mandatario de la sociedad, debe mostrar interés en el mantenimiento y salud de la base social, llamada familia.

Psicológicamente, el divorcio tiene repercusiones sobre uno de los cónyuges o ambos, o sobre los hijos principalmente, siendo variable el grado de afectación.

Por último se puede sintetizar que todos los argumentos en contra del divorcio llegan a la misma conclusión: el divorcio es un mal.

Por otro lado, también existen argumentos a favor de la comprensión del divorcio, como un mal necesario. Se dice que el divorcio no es más que la expresión final y legal de un realidad, del fracaso de la unión conyugal. En muchos casos, el divorcio constituye la única salida para eliminar males mayores.

Es falso que el divorcio vaya contra la ética, como dicen los moralistas. No es el divorcio en sí mismo, inmoral. Es más bien la solución a la convivencia inmoral de los que ya nada tienen entre sí de lazos afectivos. Cuando sólo existe entre los consortes desprecio, rencor, agresión, etc.. Cuando *de factum* ya no son matrimonio y sólo las une el lazo legal, debe éste romperse. El instrumento legal para ello es el divorcio. Más bien se podría calificar de inmoral la obligatoriedad legal de seguir unido algo que ya no es matrimonio, propiciando muchas veces uniones clandestinas e ilícitas, privando a los sujetos de un bien personal: la libertad de unirse legalmente con quien desee.

Ripert y Boulagner, citados por Ignacio Galindo Garfias en su libro titulado "Derecho civil" se expresan a sí del divorcio desde el punto de vista social: "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 las clases de la población... Se termina por considerar al divorcio como la solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la Institución de la familia"⁶.

⁶ GALINDO Garfias, Ignacio. Op. Cit. pags. 582-583

En relación a los hijos, que como dije, son las verdaderas víctimas del divorcio cuando existen, no es en sí el divorcio como forma legal de ruptura del matrimonio lo que los lesiona gravemente. Es la falta de amor entre los padres, la situación permanente de malestar en el núcleo familiar, las discusiones, las riñas, las injurias, las constantes escenas de disgusto y de tensión. Afirma Montero Duhalt que mediante el divorcio sufrirán menos o más los hijos la separación de sus padres, pero no serán los testigos impotentes de sus pasiones negativas.

Para concluir, diré que el divorcio siendo un mal menor, impide males mayores. Es de verdad, un mal necesario.

3.-EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO. ANTECEDENTES HISTORICOS.

A) Derecho prehispánico.

Es muy elemental y escaso lo que se conoce actualmente respecto de la organización jurídica de las culturas que ocuparon lo que actualmente es nuestro territorio nacional antes del arribo de los españoles a principios del siglo XVI.

Los aztecas, pueblo que enfrentó de manera directa a los conquistadores, fueron quizá la cultura más destacada y se afirma que entre ellos el divorcio vincular era aceptado con base en causa que ameritaran la disolución.

Garfias sostiene que "en el derecho azteca se aceptaba el divorcio en los casos de adulterio o esterilidad de la mujer"⁷.

Por otro lado, autores como Montero Duhalt, en su obra que hemos mencionado, distingue entre causas de divorcio que podía invocar el hombre y las que servían de base a la mujer para pedirlo.

El marido podía exigir el divorcio en los casos en que la mujer fuera pendenciera impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

⁷ Op. Cit. pag. 50

Por su parte la mujer tenía las siguientes causas: que el marido no pudiera mantener a ella o a los hijos, o que la maltratara físicamente. Sin embargo, y a pesar de todo esto, el divorcio no era tan frecuente ni era bien visto por el pueblo de los aztecas.

B) Derecho Colonial.

Una vez consumada la conquista y consolidada la posterior dominación española, poco podemos comentar de la legislación en materia de divorcio durante esos casi tres siglos. La razón de ello es que siempre la legislación colonial estuvo impregnada de las disposiciones del Derecho Español, que no conoció el divorcio vincular en el pasado, por estar influido en gran medida por el Derecho Canónico que ya comentamos, y lo cual se refleja en las colonias.

C) México en la Vida Independiente.

Al nacer México a la vida independiente en 1821, en su organización, siguió influyendo el viejo Derecho Español, básicamente el de las Partidas.

Fue hasta la época de la reforma cuando nuestra legislación en material privada adquirió grandes tintes de originalidad. Destacan algunas disposiciones como la Ley del Matrimonio Civil de 1859 expedida por Benito Juárez, en la cual se desconocía el carácter sacramental del matrimonio, para considerarlo a partir de ese momento como un acto regido por las leyes civiles.

Posteriormente, es hasta 1870 cuando se elabora el primer Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California. Este código va a tener una vigencia de 14 años, ya que va a ser sustituido por el Código Civil que entraría en vigor en 1884.

Las características más importantes de estos dos códigos es que no aceptaron el divorcio vincular y sólo el divorcio por separación de cuerpos. Veamos lo más importante que establecieron estos códigos en materia de divorcio:

a) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

Este código, que entra en vigor el 1 de Marzo de 1870 viene a unificar la materia civil en todo el territorio de la República, al servir de modelo a cada Entidad Federativa. El capítulo V de dicho ordenamiento regula lo relativo al divorcio, se parte de la idea del matrimonio como unión indisoluble y, por consecuencia no se admite el divorcio vincular. El artículo 239 disponía: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este código".

Por otro lado, el artículo 240 establecía: "Son causas legítimas de divorcio: 1.- El adulterio de uno de los cónyuges; 2.- 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 cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción; 5.- El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6.- La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Como podemos apreciarlo, este código estableció siete causas para pedir el divorcio. Respecto a la regulación de este código, Rojina Villegas opinó: "Este ordenamiento se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio una serie de trabas y formalidades. Al efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto, para que diesen por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva. Así mismo, se prohibía el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio llevaba veinte años o más de constituido. Ahora bien el Código Civil de 1870 señalaba como condición *sine qua non*, para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubiera transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de Divorcio era improcedente"⁸.

⁸ ROJINA Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO I. Edit. Porrúa, Vigésima Primera Edición, México, D.F., 1986. pag. 357.

Como se observa, en este código no se establece de manera expresa como causal de divorcio, la negativa de uno de los cónyuges a ministrar alimentos.

b) Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California y Tepic de 1884. Este ordenamiento, en su artículo 226 reproduce el correlativo del código de 1870 (artículo 239), por lo que tampoco acepta el divorcio vincular. De la misma manera, reprodujo en gran medida los preceptos del código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, pero redujo los trámites necesarios para la consecución del mismo.

A diferencia del anterior, estableció en el artículo 227 trece causas legítimas de divorcio, agregando a las de el código anterior, el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo (fracción II); la negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley (fracción IX); los vicios incorregibles de juego o embriaguez (fracción X); una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de lo cual no haya tenido conocimiento el otro cónyuge (fracción XI); la infracción de las capitulaciones matrimoniales (fracción XII) y, el mutuo consentimiento.

En este código ya encontramos como causa expresa de divorcio en la fracción IX, la negativa de cumplir la obligación alimentaria por parte de los cónyuges.

c) Ley del Divorcio Vincular de 29 de Diciembre de 1914.

Esta ley fue expedida en Veracruz por Venustiano Carranza. En dos únicos artículos dispone:

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

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

Artículo 2.- Entretanto se establece el orden constitucional en la República, los gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos códigos civiles las modificaciones necesarias, a fin de que esta ley pueda tener aplicación".

d) Ley sobre Relaciones familiares de 1917.

Esta Ley fue expedida por Venustiano Carranza, primer jefe del Ejército Constitucionalista, el 9 de Abril de 1917.

Con esta nueva ley, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y que por lo tanto, el divorcio si daba término a dicho vínculo, permitiendo a los divorciados celebrar nuevas nupcias. Al efecto, el artículo 75 estatuye: "El Divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Con esto, la regla general ya no va a ser en nuestra legislación, el divorcio separación, sino el divorcio vincular.

En cuanto a las causales, la ley se asemeja al Código Civil de 1884, pero con la aclaración de que en ésta ya son causales de divorcio vincular. Sin embargo, en esta ley no se maneja de manera expresa en una fracción, la negativa de los cónyuges a darse alimentos, como causal de divorcio.

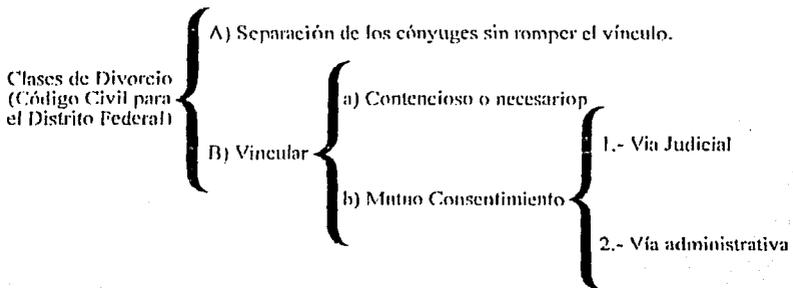
Como consecuencia de esta innovación en cuanto al divorcio, el artículo 102 disponía: "Por virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto por el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio, pues en éste último caso, el cónyuge culpable no podrá contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio".

D) Código civil vigente.

Con todos los antecedentes históricos ya mencionados, llegamos a la expedición del Código Civil para el Distrito Federal vigente desde el 2 de octubre de 1932, el cual sigue vigente hasta nuestros días y será motivo de análisis en el punto siguiente.

4.- ESPECIES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

El Código Civil para el Distrito Federal establece la regulación de la figura del Divorcio en los artículos del 266 al 291. En estas disposiciones se regula tanto el divorcio vincular, como lo que la doctrina llama Simple Separación Judicial con persistencia del vínculo. El divorcio vincular se divide en dos clases: el necesario y el voluntario. El primero puede ser solicitado por un solo cónyuge en base a una causa concretamente señalada por la ley (artículo 267, primeras XVI fracciones y fracción XVIII, y el artículo 268). Por otra parte, el voluntario es el pedido por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Esta segunda presenta a su vez dos situaciones que dependen de las circunstancias en que encuentren en cada caso los esposos. Estas dos situaciones son: el divorcio voluntario judicial y el divorcio voluntario administrativo; los cuales, como su nombre lo indica, uno se pide al juez de lo familiar y el administrativo ante el Juez del Registro civil. Gráficamente quedaría de la siguiente manera:



De acuerdo a este ordenamiento legal, a continuación explicaré en que consiste cada tipo de divorcio, sin profundizar en comentarios, por escapar ello al objetivo del presente estudio, que se enfoca al análisis de esta figura, pero en relación a la legislación del Estado de Guanajuato.

A) DIVORCIO SEPARACION O DIVORCIO NO VINCULAR.

Este tipo de divorcio que regula el Código Civil del Distrito Federal, y que propiamente no lo es, consiste en la facultad que tienen los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial, persistiendo muchos de los deberes derivados del matrimonio. En el Código Civil vigente, el artículo 277 contiene los únicos casos en que se permite la separación de los cónyuges sin pedir el divorcio. El artículo mencionado a la letra dice: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez, con conocimientos de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio." Las causas a que se refieren las fracciones citadas son: el padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio (fracción VI); y el padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente (fracción VII).

En estos casos se requiere la intervención del juez de lo familiar, para que mediante sentencia judicial, se decrete la separación de cuerpos, autorizándose a los cónyuges a una vida separada. Como principales consecuencias de esta separación podemos citar las siguientes: serán relevados del cumplimiento de algunos de los deberes conyugales y en especial del débito conyugal. No trae como consecuencia sanción en contra del cónyuge enfermo, impotente o enajenado. Ambos cónyuges conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En relación a la sociedad conyugal, el cónyuge enfermo podrá seguir administrando los bienes de la misma, salvo que la separación obedeciera a enajenación mental, de tal forma que el cónyuge sano sea quien administre los bienes de la sociedad legal. Se releva a los consortes de vivir en el domicilio conyugal. Los cónyuges deberán cuidarse de no incurrir en alguna de las demás causales de divorcio, ya que esto podría originar un juicio de divorcio que acabe con el vínculo conyugal.

B) DIVORCIO VINCULAR

Siguiendo con la exposición del esquema presentado de la clasificación del divorcio en el Código Civil del Distrito Federal, corresponde entrar ahora al estudio del divorcio vincular. Este auténtico divorcio es lo que conocemos como la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente por causa posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente en la ley. El Código Civil para el Distrito Federal no define el divorcio y se limita a decir en el artículo 266 que "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Exponemos enseguida los tipos de divorcio vincular que maneja esta Legislación.

a) Divorcio contencioso o necesario.

El divorcio necesario es ya en particular la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley.

El Código, que es uno de los más casuísticos del mundo, enumera las causas de divorcio necesario. Estas causas son de carácter limitativo y no ejemplificativo. Las causales se establecen en el artículo 267 fracciones I a XVI y XVIII, ya que la XVII se refiere al mutuo consentimiento; y en el artículo 268 del mismo ordenamiento. Para afecto de cumplir con los fines del presente trabajo me permitirá transcribir textualmente los artículos y las fracciones del Código Civil del Distrito Federal, en donde se asientan las causales, a fin de poder compararlas en el siguiente capítulo cuando se analice el fin primordial de este trabajo, que es el divorcio en el Código Civil para el Estado de Guanajuato.

Artículo 267.- son causas de Divorcio:

- I.-El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.-El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que Judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo 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;

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

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

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

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

X.-La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de 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;

XII.-La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por algunos de los cónyuges, de la sentencia ejecutoria en el caso del artículo 168;

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

XIV.-Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir un pena de prisión mayor de dos años;

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

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

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

Artículo 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiese desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

b). Divorcio por mutuo consentimiento.

Es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges. Veamos las dos formas de divorcio que se pueden dar en este caso, dependiendo de la autoridad ante quien se tramite y de las circunstancias en que se encuentren los cónyuges.

1.-Divorcio Voluntario Administrativo.

Es el solicitado de mutuo acuerdo por los cónyuges ante el Juez del Registro Civil del domicilio conyugal, quien es una autoridad administrativa.

El Artículo 272 del Código Civil contiene las disposiciones relativas a este tipo de divorcio. Para proceder al mismo se requiere:

- 1.-Que los consortes convengan en divorciarse.
- 2.-Que ambos sean mayores de edad.
- 3.-Que no tengan hijos.

4.-Que hayan liquidado la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron.

5.-Que tenga más de un año de casados (Artículo 274 del Código Civil del Distrito Federal).

Satisfechos los presupuestos señalados "se presentarán personalmente ante el Juez del Registro civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestaran de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse".

El Juez, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud del divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro civil de los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior. En el supuesto de que se compruebe que los consortes no reúnan los requisitos señalados, el divorcio no producirá efectos.

Eduardo Pallares afirma a este respecto que "la frase que emplea la norma parece referirse a su inexistencia cuando dice "no surtirá efectos legales" o, lo que es igual, no existirá dicho acto ante la ley. Sin embargo, la cuestión es dudosa, porque en el capítulo del Código Civil relativo a la inexistencia de los actos jurídicos, únicamente se consideran inexistentes cuando falte totalmente el consentimiento de quien lo ejecuta o el objeto sobre los cuales recaen (artículo 2224 del Código Civil del Distrito Federal). Como en el caso no faltan esos requisitos, el acto solo cabe considerarse nulo de pleno Derecho"⁹.

Se añade además, que en este caso los cónyuges sufrirán las penas que establece el Código de la materia, es decir el Código Penal, y la pena correspondiente será la del delito de falsedad en declaraciones ante una Autoridad Publica.

Este tipo de divorcio fue objeto de profundas críticas cuando se implantó, afirmándose que propiciaba la disolución de la familia al dar tan exageradas facilidades para terminar el matrimonio. Al implantarlo, la comisión redactora expuso los siguientes motivos: "El divorcio en este caso solo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también esta interesada la sociedad en que los hogares no

⁹ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. pag. 13.

sean focos constantes de disgustos y en que cuanto no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos".

Se puede observar que la ley considera este tipo de divorcio como un acto personalísimo y en el que el Juez, a diferencia del que se promueve ante la autoridad Judicial, cumple solo una función pasiva como dice Pallares, al no exigírsele en el artículo 272 que debe exhortar a los cónyuges a permanecer unidos. A este respecto considero que esta innovación que presenta la legislación sustantiva civil para el Distrito Federal, es en cierta forma positiva pero en cualquier forma de divorcio que se establezca, se debe buscar por todos los medios posibles la permanencia del matrimonio, ya que muchas ocasiones la circunstancia que da origen a la decisión de divorciarse puede ser superada con un poco de madurez y asesoría, siendo aquí donde el Estado, a través de algunas de sus instituciones debe tener una participación elemental, para nunca perder de vista que el divorcio debe ser una excepción y no la regla general. Además, como dice Pallares, el Código debería de exigir pruebas respecto a todos los requisitos y no sólo al de la mayoría de edad y al de estar casados, es decir, al concerniente al domicilio y el de no haber procreado hijos, así como al que se haya liquidado la sociedad conyugal.

Esto indica que se admiten como verdaderas las declaraciones que a este respecto hagan los cónyuges, sin exigirles siquiera el requisito previo de la protesta de decir verdad. Todo ello, de no corregirse, se puede prestar a un manejo inadecuado y frecuente de este tipo de divorcio.

2.-Divorcio Voluntario Judicial.

El último párrafo del artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal, nos dice que "los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordene el Código de Procedimientos Civiles".

Esto significa que deben recurrir a este divorcio aquellos que, independientemente de que sean mayores o menores de edad, tengan hijos y no hubiesen liquidado su sociedad conyugal. El Código de Procedimientos Civiles contiene en sus artículos del 674 al 682, reglamentación especial para el divorcio por mutuo consentimiento. Esta regulación está

separada de la Jurisdicción Voluntaria, por lo que no debe considerarse como tal. Es un procedimiento especial para esta materia.

El Artículo 674 del Código Adjetivo Civil exige que los consortes deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del Código Civil, el cual establece de manera sintética lo siguiente: El convenio debe fijar los siguientes puntos:

1.-La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

2.-El modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después.

3.-El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

4.-Los alimentos que un cónyuge dará al otro en los términos del artículo 288 tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.

5.-La forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidarlo al ejecutoriarse el divorcio. Se exige también a los cónyuges que presenten al juez una copia certificada del acta de matrimonio y las de nacimiento de los hijos menores. Recibida la solicitud, el tribunal cita los cónyuges y al Ministerio Público a una primera junta de avenencia, después de los ocho días y antes de quince días de admitida la solicitud. En la misma intentará conciliar a los cónyuges y si no lo logra, aprobará provisionalmente el convenio oyendo previamente al Ministerio Público. Dictará las medidas provisionales a que se refiere el artículo 282 del Código Civil.

Si insisten los cónyuges en divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta de avenencia, volverá a exhortarlos a reconciliarse y si no lo logra, y en el divorcio quedan garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo un vez más al Ministerio Público, dictará la sentencia de divorcio y resolverá sobre el convenio presentado.

Este tipo de divorcio, al igual que el administrativo, no podrá pedirse si los cónyuges no llevan más de un año de casados.

CAPITULO III

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

I.-CLASES DE DIVORCIO QUE REGULA EL CODIGO.

El Código Civil del Estado de Guanajuato fue publicado en el periódico oficial del Estado en 1967. En el artículo primero transitorio se dispuso que dicho ordenamiento legal entraría en vigor el día quince de julio de 1967, con motivo del centenario de la restauración de las Instituciones Republicanas, con la entrada del presidente Don Benito Juárez a la capital de la República.

Siguiendo la doctrina tradicional, en este código podemos distinguir los dos grandes sistemas de divorcio: El divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular.

A.-En cuanto a lo que la doctrina llama Divorcio por Separación de Cuerpos, esta denominación no se establece de manera expresa en la legislación del Estado y sólo se limita a decir el artículo 332 de dicho ordenamiento que "el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 323, podrá sin embargo solicitar que se suspenda su OBLIGACION DE COHABITAR CON EL OTRO CONYUGE, y el Juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

Podemos afirmar que este derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial, propiamente no es un divorcio, al no darse esa separación legal, ya que permanece unidos y subsistiendo una serie de obligaciones propias del matrimonio. Es más bien un estado jurídico que suspende la cohabitación, como lo establece el Código.

Las causas de este mal llamado Divorcio-Separación son lo que la doctrina llama "causa eugenésicas", que se establecen en nuestro Código en las fracciones VI y VII del artículo 323, a las cuales remite el mencionado artículo 332 y que a la letra dicen:

"Fracción 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 la edad.

Fracción VII.- Padecer enajenación mental incurable".

Tal como se desprende del Artículo 332, estas dos fracciones otorgan a uno de los cónyuges la opción de pedir el divorcio vincular o solicitar la simple separación judicial. Esta disposición amerita alguna otra censura que comentaré posteriormente.

En la razón de ser de estas causales, el legislador tomó en cuenta dos factores: 1.- Que la convivencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad prescritas, puede ser nociva y hasta peligrosa para el cónyuge sano y sus hijos, y 2.- Los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el que da la causa.

Esta disposición, que tiene su arraigo en el Derecho Canónico que considera indisoluble el matrimonio, trae como consecuencia, el hecho de que subsistan obligaciones como la de fidelidad y la obligación de alimentos, la patria potestad, etc. Sin embargo, sí termina la figura del domicilio conyugal, al poder señalar cada cónyuge su propio domicilio voluntario.

En cuanto a la custodia de los hijos, el artículo 337 fracción III del mismo ordenamiento dispone que en estos casos, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, conservando el consorte enfermo los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos.

Refiriéndose a este tema, Montero Duhalt afirmó que "la mayor parte de las legislaciones modernas aceptan la separación judicial por cualquier causa incluyendo el mutuo consentimiento, como un paso previo y necesario (y hasta conveniente añadiríamos) para obtener posteriormente el divorcio vincular"¹.

Con relación a lo que manifesté en el sentido de que la simple separación no es en estricto lenguaje un divorcio, Baqueiro y Buenrostro señalan que "no es en realidad un

¹ MONTERO Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA. Edit. Porrúa; Quinta edición; México, D.F., 1990; pag. 149

divorcio sino sólo un Estado en el que los esposos han sido dispensados de las obligaciones de cohabitación y débito carnal².

B.-DIVORCIO VINCULAR.

En nuestra legislación, el Código Civil reproduce en los mismos términos en su artículo 322, el artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal y establece que el divorcio si disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

El divorcio vincular se divide en nuestra legislación sustantiva civil local en los dos sistemas tradicionales: El necesario y voluntario.

El primero, también llamado Divorcio Contencioso Necesario, es el que puede pedirse por el cónyuge que se considera inocente cuando el otro ha cometido uno de los hechos o circunstancias que enuncian los artículos 323 fracción I a XVI y XVIII y 324 del Código Civil y que se consideran como causas de divorcio.

El segundo tipo es el divorcio voluntario, el cual es solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Este divorcio tiene su base legal en el artículo 323 fracción XVII y en cuanto al procedimiento, el artículo 328 del Código Civil remite en cuanto a su tramitación al Código de Procedimientos Civiles. A su vez, este código adjetivo lo regula en los artículos del 696 al 701.

Estos dos tipos de divorcio vincular que regula nuestro Código Civil y que sí rompen el vínculo matrimonial, serán motivo de análisis especial en los siguientes puntos de este trabajo.

Como se puede apreciar, nuestro código no reglamenta el divorcio voluntario de tipo administrativo que regula el Código Civil del Distrito Federal, y que se comentó con anterioridad.

² BAQUEIRO Rojas, Edgard y BUENROSTRO Báez, Rosalín. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Edit. Harla; México, D.F., 1990; pag. 149

2.- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Como ya lo habíamos expresado, este tipo de divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges decretada por autoridad judicial ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos consortes.

Este divorcio vincular tiene su base legal en el artículo 323 fracción XVII del Código Civil de Guanajuato, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 328 del mismo, se tramitará en la forma que establezca el Código de Procedimientos Civiles local. Sin embargo, no podrá pedirse sino pasado un año de celebrado el matrimonio (Artículo 329).

El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, precisa una tramitación sencilla para el divorcio por mutuo consentimiento en los artículos del 696 al 701 del libro tercero, título tercero de dicho ordenamiento.

El Juez competente para conocer de este tipo de Juicio será el del domicilio conyugal según lo determina el Artículo 33 del citado Código.

Los cónyuges que hayan convenido divorciarse voluntariamente, deberán ocurrir al tribunal competente, acompañando a la solicitud una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores (artículo 696 del Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato).

Estos documentos son absolutamente indispensables porque lógica y jurídicamente el divorcio presupone la existencia del matrimonio y su prueba. Además se acredita que los peticionarios han procreado hijos y también se demuestra la minoría de edad de éstos.

Una vez presentada la solicitud con los documentos mencionados, el Juez citará a los cónyuges y al Representante del Ministerio Público a una junta, que se efectuará después de ocho días y antes de quince, contados a partir de la presentación de la demanda. Si no asisten los cónyuges a esta junta, se les considerará desistidos de sus pretensiones y se mandará archivar el juicio. Si asistieren, procurará el Juez reconciliarlos. Si logra la reconciliación, en el acta en que se haga constar se ordenará el archivo del expediente; si no la lograre, con audiencia del Representante social acordará provisionalmente lo relativo a la situación de los hijos menores o incapacitados y dictará las medidas necesarias para el aseguramiento de alimentos, y citará, además, a los cónyuges a una nueva junta, que se efectuará después de ocho días y antes de quince días de verificada la primera. Si en esta junta tampoco se lograra la reconciliación, se resolverá

en ella definitivamente sobre la situación de los hijos menores o incapacitados y sobre los alimentos, con audiencia del Ministro Público, y se dictará sentencia en la que se ordene la disolución del vínculo matrimonial. Si los cónyuges no asistieren a esta nueva junta, se les considerará desistidos y se ordenará el archivo del juicio (artículo 697).

El cónyuge menor de edad, necesita de un tutor especial durante todo el trámite del divorcio voluntario (artículo 698).

De la redacción del Artículo 699 del Código Adjetivo Civil de nuestro Estado, se puede inferir que los cónyuges pueden hacerse representar por procurador, excepto en la junta de avenencia en donde sí se requiere su comparecencia personal, sin estar acompañados de otras personas.

La sentencia que decreta o niegue el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en ambos afectos (artículo 700). Respecto a este punto, afirma Galindo Garfias, refiriéndose a la legislación del Distrito Federal, lo siguiente; "Es obvio que los cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento, no pueden apelar de la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial. Pero podrán interponer el recurso de apelación contra la sentencia que niegue el divorcio y contra los puntos resolutive 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 y disolución de la sociedad conyugal"³.

Una vez que cause estado la sentencia de divorcio, el Juez mandará remitir copia de ella a la Oficina del Registro civil de su jurisdicción, a la del lugar en el que el matrimonio se haya celebrado y a la de los lugares de nacimiento de los divorciados (capítulo 701).

Por otro lado, también se dispone que la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aun no hubiese sentencia ejecutoriada. En este caso no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año de esa reconciliación (capítulo 331 del Código Civil de Guanajuato).

³ GALINDO Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL. Décimosegunda edición. Edil. Porrúa; México, D.F., 1993. pag. 593.

De la misma manera, la muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, tanto al solicitarlo por mutuo consentimiento como al pedido por uno solo de los cónyuges. En estas circunstancias los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio. (artículo 344 del Código Civil).

Después de haber analizado cómo reglamenta nuestra legislación sustantiva civil local el divorcio por mutuo consentimiento, cabe hacer algunos comentarios al respecto.

A pesar de que el artículo 697 faculta al Juez, en el código adjetivo civil local, para acordar provisionalmente y posteriormente en forma definitiva en la sentencia, lo relativo a la situación de los hijos menores o incapacitados, así como dictar las medidas necesarias para el aseguramiento de alimentos; sería conveniente que en nuestro Código Civil se adoptara como requisito para la procedencia del trámite, el hecho de que los cónyuges presenten al Juez un convenio como lo hace el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 273. Sin embargo, al contenido de ese convenio que ya expresamos al ver los tipos de divorcio en la legislación del Distrito Federal, cabría adicionarle las estipulaciones relativas al derecho de visita que correspondería al progenitor que no tiene la custodia del hijo con el fin de continuar la convivencia con ellos y participar en lo que le corresponde en el ejercicio de la patria potestad. De esa manera se evitan conflictos futuros.

El agregado de este convenio podría llevarse a cabo adicionando lo relativo al mismo en el segundo párrafo del artículo 328 del Código Civil, el cual remite al Código de Procedimientos Civiles para su tramitación, y para ésta, sería requisito esencial la presentación de dicho convenio. Es decir, el aceptar esta reforma, implica también modificar el artículo 696 del Código de Procedimientos Civiles de Guanajuato, adicionando como uno de los requisitos, acompañar a la solicitud el convenio en comento que se exigiría en el Código Civil.

Otro argumento a favor es que este convenio que serviría de base al divorcio, le da una mayor protección y seguridad a los cónyuges y sobre todo a los hijos, en cuanto a sus derechos y obligaciones durante el procedimiento y después de finalizado éste. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 342 del Código Civil de Guanajuato establece que en el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que este artículo concede. se reconoce aquí fácilmente la posibilidad de pactar en este tipo de divorcio y la

reglamentación actual puede acarrear graves peligros al dejar desprotegido a un cónyuge débil, ignorante o sin recursos.

Además, aún cuando al presentarse el convenio se supone que hubo un acuerdo de las partes, para ser válido, requiere la aprobación del juez de la causa, sin la cual no podría decretar la disolución del vínculo. Esto obliga también al juez a que de verdad vele por los intereses y garantías que deben asegurar los derechos de los hijos y de los alimentos que un cónyuge debe prestar al otro.

Es triste ver en nuestros tribunales que los jueces no hacen ni el mínimo esfuerzo para buscar la reconciliación de los cónyuges en las juntas de avenencia y que el representante social ni siquiera tiene una participación seria en estos procedimientos, por lo que se mantiene indiferente de si los derechos de los cónyuges y sobre todo de los hijos, quedan debidamente garantizados, lo cual es una cuestión de interés público y social. Aún más, sería conveniente que el Estado tuviera una mayor participación a través no sólo del Ministerio Público sino de otras de sus instituciones, a fin de evitar hasta donde sea posible la disolución del vínculo matrimonial, ya que muchos conflictos conyugales, que en este tipo de divorcio se ocultan, se podrían superar con un poco de comprensión y madurez.

De no prestar mayor atención en la conservación de la célula de la sociedad, como lo es la familia, vamos a desembocar en las farsas procesales y en el absurdo de establecer tramitaciones fáciles como la del artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal, que como dijimos, sin una reglamentación más severa, termina por vulgarizar el matrimonio como institución y con sus terribles consecuencias.

Por último vale agregar que en el tercer párrafo del artículo 343 del Código Civil de Guanajuato se dispone que los cónyuges que se divorcian voluntariamente pueden volver a contraer matrimonio sólo cuando haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

3.-EL DIVORCIO NECESARIO. ESTRUCTURA CASUISTICA DEL ARTICULO 323.

Como ya se asentó, este tipo de divorcio es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causas expresamente señaladas en la Ley.

El Código Civil del Estado de Guanajuato, que siguió la técnica del Código Civil del Distrito Federal, es también una reglamentación demasiado casuística al enumerar una gran cantidad de causales del divorcio necesario.

antes de entrar al análisis de estas causales en particular, que se señalan en el artículo 323, excepto la fracción XVII que se refiere al mutuo disenso, y en el artículo 324, es conveniente sentar algunos principios que según lo ha determinado la doctrina y la Jurisprudencia, rigen en esta materia.

a) El divorcio como excepción. En virtud de que el matrimonio es permanente en lo civil e indisoluble en lo religioso, la excepción al mismo es el divorcio, y como tal, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio, debiendo tratarse de causas de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea como consecuencia de una enfermedad, o bien, como un acto ilícito de un consorte contra el otro; pero evitando siempre que sean el egoísmo o el hedonismo las causas generadoras del divorcio, porque afectarían seriamente la estabilidad familiar y la estructura de la sociedad.

b) Principio de limitación de las causas. De acuerdo con este principio, sólo son causas de divorcio necesario las que limitativamente enuncian los artículos señalados líneas arriba. Dada la gravedad de la disolución del vínculo conyugal, el legislador no ha querido que los tribunales tengan la facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró las únicas justificadas. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente Jurisprudencia: "La enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y los códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas de otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón".

Al referirse a este principio, Eduardo Pallares asienta: "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 deshonraran al cónyuge culpable... En mi concepto, debe subsistir dicha incompatibilidad como una de las causas generadoras del divorcio.

También pasó por alto el legislador, los casos más frecuentes ahora de que el marido sea un invertido que mantenga relaciones sexuales con otro varón, hecho éste que no constituye un auténtico adulterio aunque tenga grandes semejanzas con él⁴.

c) Principio de aplicación restrictiva de las causas de divorcio.

La II. Suprema Corte de Justicia ha establecido la Jurisprudencia de que las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, completando o combinando lo que unas dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma.

d) Partes.- Son partes en el juicio los cónyuges; ambos tiene capacidad para participar en el juicio. Aquí el Ministerio Público no interviene a diferencia del divorcio Voluntario Judicial. Para Manuel F. Chávez Asencio, "Es una anomalía porque si es tan importante que comparezca y actúe en el divorcio voluntario, más lo es su presencia en el necesario, en donde las pasiones de los cónyuges pueden afectar a ambos o a los hijos"⁵.

e) Las causas deben probarse plenamente.- En virtud de que la institución del matrimonio es de orden público, la sociedad está directamente interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad.

f) Caducidad de la acción.- La caducidad es la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley, sin que se pueda evitar esa extinción interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo. Quiere esto

⁴ PALLARES, Eduardo. EL DIVORCIO EN MEXICO. Edit. Porrúa. Sexta edición; México, D.F.;1991. pag. 60

⁵ CHAVEZ Asencio, Manuel F. LAFAMILIA EN EL DERECHO. Edit. Porrúa, 2a. edición. México, D.F., 1990. pag.164.

decir que si transurre un determinado tiempo sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio, éste caduca. Es decir se extingue de manera fatal.

Por otro lado, la prescripción es una forma de extinguir acciones, derechos u obligaciones por el transcurso del tiempo; pero se pueden interrumpir o en su caso suspender los plazos de prescripción que señale la ley. Esta no trae consigo de manera fatal e ineludible la extinción de situaciones jurídicas.

El código, de manera total, afirma en el artículo 333. "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funda su demanda".

Con relación a esto, Rojina Villegas manifiesta: "No todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, porque ello dependerá de la naturaleza de la acción de que se trate. Desde luego, tendremos que distinguir las acciones que implican causas de realización momentánea y las que implican causas de tracto sucesivo. Cuando la causa es de tracto sucesivo, quiere decir que día a día se comete el acto que da motivo al divorcio y, por lo tanto, no puede correr un término de seis meses, tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa, supuesto que vienen enseguida otros en los que se reincide en la misma falta que da origen al divorcio; o bien, en la misma situación, aún cuando no implique una falta, como las enfermedades crónicas e incurables, que sean contagiosas o hereditarias... una interpretación literal de este precepto (refiriéndose al artículo 278 del Código Civil del Distrito Federal), podría llevarnos a considerar que incluso en los hechos de tracto sucesivo, cuando el cónyuge que no haya dado causa al divorcio, conozca estos hechos,... comenzará a computarse el término de caducidad de seis meses"⁶.

g) La acción de divorcio es personalísima, porque no puede ser intentada por los herederos. En este punto sin embargo, Chávez Asencio considera en la obra citada, que en el caso de que uno de los cónyuges estuviese sujeto a interdicción posterior a la celebración del matrimonio, puede acontecer que se hubiese iniciado el juicio de divorcio antes de la interdicción, en cuyo caso el tutor debe continuar el juicio en representación del enajenado. Pero puede también acontecer que no habiendo causa alguna de divorcio, después de declarado interdicto a uno de ellos, o el cónyuge sano diere causa de divorcio; en este caso estima que el tutor puede iniciar y tramitar el juicio de divorcio a nombre del

⁶ ROJINA Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO I. Edit. Porrúa; Vigésima primera edición, México, D.F., 1986. pags. 410 y 411.

cónyuge enfermo, pues puede causarle daños por la actitud ilícita del sano, que inclusive, puede repercutirle patrimonialmente. Siendo una acción personalísima. En este caso estima que el tutor puede actuar.

Por último, y a fin de proceder al estudio de cada una de las fracciones del artículo 323 del Código Civil de Guanajuato, a continuación me permito transcribir de manera literal la estructura casuística de dicha disposición legal.

"Artículo 323.- Son causas de divorcio:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse 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 inconfinencia 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 se 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 la 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 dió 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 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;

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 hubiesen cumplido catorce años, podrán elegir a su custodia. 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".

Estos causales señalados en el anterior artículo, han sido motivo de diversos criterios de clasificación. Para hacerlo seguiré el sistema que maneja Rejina Villegas, sin hacer una enumeración, en virtud de que la redacción del artículo 323 no sigue un criterio sistemático y sí, demasiado carente de técnica jurídica. Podemos agruparlas en las siguientes especies:

- 1.-Las causas que implican delitos (fracciones I, VI, V, XI, XIII, XIV, XVI).
- 2.- Las que constituyen hechos inmorales (fracciones II, III, y V).
- 3.- Las casuales que implican actos contrarios al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de obligaciones conyugales (fracciones VIII, IX, X, XII, y XVIII).
- 4.-Las causas que implican determinados vicios (fracción XV).
- 5.-Las causas que implican ciertas enfermedades (fracción VI y VII).

4.-BREVES COMENTARIOS SOBRE LAS CAUSAS DE DIVORCIO NECESARIO.

Procedo enseguida a analizar de manera breve, cada una de las causas de divorcio contencioso o necesario que regula el Código Civil del Estado de Guanajuato.

FRACCIÓN I.-EL ADULTERIO DE UNO DE LOS CONYUGES.

A diferencia del Código Penal para el Distrito Federal, nuestra legislación sustantiva local penal, si establece una definición de lo que es el adulterio y en su Artículo 262 expresa "Adulterio es la cópula de persona casada con otra que no sea su cónyuge, si se

realiza con escándalo o en el domicilio conyugal". La fracción I del Artículo 323 del Código Civil de Guanajuato, sólo establece que será causa de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges; del Distrito Federal manifiesta que el adulterio será debidamente probado, lo cual desde mi punto de vista resulta inútil puesto que no podemos hablar de adulterio si éste no se ha comprobado. Además, todas las causales deben ser debidamente probadas.

En este caso, no se requiere la previa sentencia del orden penal y el Juez puede apreciar libremente, con las pruebas que se aporten, si se está en presencia de un adulterio comprobado o no.

Francisco González de la Vega, distingue el adulterio que corresponde al Derecho civil que considera que "la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consiste en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial. Esta infidelidad carnal constituye un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas, pero no solamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas. En otras palabras, no todo acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio"⁷.

Afortunadamente, la igualdad de los sexos ha hecho que actualmente ya no exista diferencia entre el adulterio cometido por la mujer y el realizado por el hombre, como ocurrió en el Código Civil de 1884 y en la Ley Sobre Relaciones Familiares. Confirma esto el artículo 325 del Código Civil de Guanajuato al determinar que "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio". Como ya se ha dicho, el fundamento de esta causal es que con el adulterio se violan los deberes de fidelidad y la singularidad que caracteriza al matrimonio. La fidelidad debe ser conservada y lo que la rompe en la forma más brutal es el adulterio. Tan es así, que siempre, a través de la historia de la humanidad, se ha considerado como causa de divorcio y repudio.

Por último resta mencionar que respecto a la prueba del adulterio, la prueba directa es casi imposible, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que "Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable". Un ejemplo de esta prueba es el hecho de que la

⁷ GONZALEZ de la Vega, Francisco. DERECHOS PENALES MEXICANOS. LOS DELITOS. TOMO III. DELITOS SEXUALES. Impresos Unidos, S. de R.L.; México, D.F., 1944, pag.228.

esposa de a luz a un hijo durante la ausencia del marido, lo cual presume relaciones adúlteras.

FRACCION II.- EL HECHO DE QUE LA MUJER DE A LUZ, DURANTE EL MATRIMONIO, UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE CELEBRARSE AQUEL Y QUE JUDICIALMENTE SEA DECLARADO ILEGITIMO.

Respecto a esta fracción, cabe mencionar que el hijo sólo podrá ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que se cumplan los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, porque si el hijo nace después, se presumirá legítimo y por lo tanto, del marido. Esto lo obtenemos de la interpretación de la fracción I del artículo 381 del Código Civil de Guanajuato. Sin embargo, esta presunción es juris-tantum, es decir, admite prueba en contrario.

Esta causal tiene su base no en un delito, pero sí en un grave hecho inmoral, porque ello demuestra una absoluta deslealtad de la mujer, al no revelar a su futuro cónyuge que se encuentra encinta, y que evidentemente implica además una injuria, que es lo que se sanciona como causa de divorcio.

Por otra parte, el artículo 385 dispone que "el marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

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

II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento, y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer, y

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

La acción de divorcio en este caso, únicamente puede ser intentada después de que se obtenga por el marido sentencia ejecutoria que declare la ilegitimidad del hijo, lo que en la práctica da lugar a un juicio bastante largo, debido a la lentitud de nuestros tribunales. Sin embargo, aunque la ley no lo exprese, está de acuerdo a la lógica y a la justicia, que el término de seis meses dentro del cual debe intentarse la acción de divorcio para evitar su

caducidad, no comienza a correr, en esta causal, sino a partir de la fecha en que cause estado la sentencia que declare al hijo ilegítimo.

Para esto, no debemos pasar por alto que la acción de desconocimiento de la paternidad sólo puede ser intentada por el marido dentro del término que señala el artículo 387 del Código Civil, es decir, "...sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar si estuvo ausente o desde el día en que descubrió el engaño, si se le ocultó el nacimiento".

FRACCION III.- LA PROPUESTA DEL MARIDO PARA PROSTITUIR A SU MUJER, NO SOLO CUANDO EL MISMO MARIDO LA HAYA HECHO DIRECTAMENTE SINO CUANDO SE PRUEBE QUE HA RECIBIDO DINERO O CUALQUIERA REMUNERACION CON EL OBJETO EXPRESO DE PERMITIR QUE OTRO TENGA RELACIONES CARNALES CON SU MUJER.

En esta causal de divorcio, de no mucha frecuencia en nuestra sociedad, se violan muchos valores y características del matrimonio. Existe una evidente falta grave de respeto a la dignidad de la mujer. Se hace referencia aquí a los lenones, es decir, a los maridos que explotan especialmente a su cónyuge, obligándola a tener comercio carnal con otras personas. Estos sujetos siempre han sido históricamente sancionados, por los legisladores. En esta causal se rompe la característica de exclusividad de las relaciones sexuales entre marido y mujer. Se obliga a la mujer a romper la fidelidad prometida.

Como se puede apreciar de la redacción de la fracción, esta causal sólo puede ser intentada por la mujer, toda vez que al marido siempre lo considera como culpable.

Aún cuando cabe advertir, que la causal no se identifica totalmente con el delito de lenocinio, en virtud de que éste tiene modalidades muy diferentes y que puede ser cometido por personas que no se encuentran unidas por el vínculo del matrimonio con la mujer que se entrega a la prostitución, es conveniente hacer mención del artículo 195 del Código Penal del Estado de Guanajuato, que a la letra dice: "Se sancionará con prisión de uno a seis años y de diez a cincuenta días multa: I.- Al que explote el cuerpo de otro por medio del comercio carnal u obtenga de él un lucro cualquiera; II.- Al que induzca o sirva de intermediario a una persona para que con otra comercie carnalmente o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y III.- Al que regentece, administre o

sostenga prostibulos, casas de citas o lugares de concurrencia en donde se explote la prostitución u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

Por otro lado, no es necesario que la jurisdicción penal declare la existencia de éste delito contra la sociedad, para que el marido se considere culpable y pueda la mujer demandar el divorcio.

También es de observarse que en esta causal de divorcio, la actitud del marido puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando hay propuesta del marido para prostituir a su mujer y tácita cuando permite la prostitución.

Por último, afirma Pallares que "para que el lenocinio sea causa de divorcio, es necesario que el marido reciba en cambio de la prostitución de su esposa, una recompensa, que no es indispensable que se traduzca en dinero. Puede haberla de distinta naturaleza, como por ejemplo, obtener el nombramiento de un cargo público, una concesión administrativa para enriquecerse y, en general, cualquier otra forma de retribución"⁸.

FRACCION IV.- LA INCITACION O LA VIOLENCIA HECHA POR UN CONYUGUE AL OTRO PARA COMETER ALGUN DELITO, AUNQUE NO SEA DE INCONTINENCIA CARNAL.

Esta cuarta causal que maneja el artículo 323 del Código Civil de Guanajuato, al igual que la anterior, tiene un tratamiento igual al que se le da en la Legislación del Distrito Federal. Aquí nuevamente encontramos que esta incitación puede tipificar el delito previsto por el artículo 177 del Código Penal de nuestro Estado, que textualmente estatuye: "Al que incitare públicamente a la comisión de un determinado delito, se le aplicará de tres días a tres años de prisión y de uno a treinta días multa". Como se aprecia, esta disposición requiere que la incitación a la comisión de un delito sea pública, en cambio esta causal de divorcio no requiere que esa provocación sea pública, bastando que un cónyuge incite al otro a cometer un delito, aún cuando no sea de incontinencia carnal o bien que lleve a cabo una violencia física o moral para que cometa el delito. Es decir podrá haber tanto causa de divorcio como delito; pero penalmente, no se necesita que el delito se realice, pero si se realizare, entonces habrá una coparticipación y ambos serían

⁸ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. pag. 70

responsables del delito. Al no especificar la causal qué clase de delito, podemos inferir que puede ser de cualquier naturaleza. Al respecto, el mismo Eduardo Pallares afirma es frecuente entre las personas pertenecientes a la clase humilde, que la mujer provoque el valor del hombre, apelando a su honor, para que ejecute un acto violento. La conocida frase "no seas cobarde" o "no te dejes" ha sido causa de que en México se hayan cometido y se comenta muchos delitos de sangre. Con relación a esto, considero que no sólo se da en la clase humilde, aunque sí es más frecuente, pero en las clases opulentas se puede llegar a dar, sobre todo en otro tipo de delitos.

FRACCION V.-LOS ACTOS INMORALES EJECUTADOS POR EL MARIDO O POR LA MUJER CON EL FIN CORROMPER A LOS HIJOS, ASI COMO LA TOLERANCIA EN SU CORRUPCION.

Para muchos juristas, ésta es quizá, la causa más culpable de divorcio y la que demuestra mayor depravación, aún cuando muchas ocasiones se dan estos actos por la extrema pobreza o miseria en que viven las familias, pero esto, no los justifica de ninguna manera.

Con esta causal, se viola el mutuo respeto que se deben los padres e hijos y que es básica en la relación filial. Se violan además deberes propios de la patria potestad, que comprende la custodia, la educación y la obligación de observar una conducta que sirve a los hijos de buen ejemplo. Al afecto el artículo 447 establece que "los que ejercen la patria potestad tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente".

Esta fracción está relacionada con el artículo 326 que establece que "la tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio por la causa señalada en la fracción V del artículo 323, debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones".

Esta causa también se relaciona con el delito de corrupción de menores que regulan los Artículos 192, 193 y 194 del Código Penal del Estado, pero no se identifican con él porque no es necesario que se realicen todos los actos que constituyen ese delito, para que se produzca la causal, además de que puede ser cometido por personas que no sean padres de familia. Además, esta causal hace referencias a los hijos independientemente de su edad.

La corrupción o tolerancia en la misma que menciona la fracción, puede consistir en la prostitución, en la embriaguez, en el uso de sustancias estupefacientes, en la práctica del robo, o incluso en la mendicidad. El vocablo corrupción tiene una connotación tan amplia que dentro de él caben toda clase de miserias morales, de muy diversa índole.

Para Eduardo Pallares, es un error que la Ley exija pluralidad de "actos inmorales", bastando uno solo para revelar la indignidad del progenitor y la necesidad de que pierda la patria potestad. Afirma que es frecuente en algunas zonas de la República que los padres consientan que un hombre tenga acceso carnal con sus hijas, o que se hagan de la vista gorda ante la prostitución de las mismas, llegando incluso a suceder que persona adineradas toleren que sus hijas tengan relaciones carnales con gobernantes o políticos, para obtener un beneficio personal.

FRACCION VI.-PADECER CUALQUIER ENFERMEDAD CRONICA O INCURABLE QUE SEA ADEMAS CONTAGIOSA O QUE CIENTIFICAMENTE HAGA PREVER ALGUN PERJUICIO GRAVE O DEGENERACION PARA LOS DESCENDIENTES DE ESE MATRIMONIO O PADECER IMPOTENCIA INCURABLE, SIEMPRE QUE NO SE ESTE EN ALGUNA DE LAS EXCEPCIONES SEÑALADAS POR LA FRACCION VIII DEL ARTICULO 153. NO ES CAUSA DE DIVORCIO LA IMPOTENCIA EN UNO SOLO DE LOS CONYUGES SI SOBREVINO AL MATRIMONIO Y COMO CONSECUENCIA NATURAL DE LA EDAD.

FRACCION VII.-PADECER ENAJENACION MENTAL INCURABLE.

Estas dos fracciones del Artículo 323, que ya fueron analizadas cuando hablé del mal llamado Divorcio-separación, constituyen lo que la doctrina conoce como causas eugenésicas o causas remedio. Para empezar, conviene hacer las diferencias siguientes: se desprende del texto que la enfermedad debe ser crónica o incurable y contagiosa, o que bajo un dictamen científico permita prever algún perjuicio grave para los descendientes. En el caso de la impotencia incurable, la fracción VI exige que sobrevenga al matrimonio, pero no a consecuencia de la edad, si la impotencia incurable es anterior al matrimonio, será un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo, siempre y cuando no sea conocida por los cónyuges (artículo 153 fracción VIII del Código Civil de Guanajuato) al respecto, el artículo 302 señala que la nulidad que se funda en alguna de las causas expresadas en la fracción VIII del artículo 153 sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de 60 días, contados desde que se celebró el matrimonio.

Existe una duda en la doctrina respecto a que si la impotencia se debe referir exclusivamente al marido y no a la mujer. Con relación a esto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado: "consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia sino esterilidad", que no es causa de divorcio. La impotencia puede afectar tanto al hombre como a la mujer, "pues se incurre en un error cuando se expresa que la causal de impotencia solo la concede la ley a la mujer, por no ser posible que ésta sea impotente, puesto que la existencia de obstáculos vulvares o vaginales pueden ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la cópula". En este caso de las enfermedades no podemos considerar que hay un hecho imputable, que haya una culpa susceptible de perdón, por lo que el término de caducidad no debe operar. Además, la razón de esta causal debe ser de interés público para proteger la especie y evitar el contagio.

Esta causal establecida en la fracción VI esta relacionada con el artículo 233 del Código Penal de Guanajuato, que dispone: "El que sabiendo que padece cualquier enfermedad grave y en periodo infectante ponga en peligro de contagio a otro, será sancionado con prisión de 3 días a 2 años y de cinco a treinta días multa.

Entre cónyuges o concubinos, solo se procederá por querrela del ofendido.

En el Código Civil del Distrito Federal (artículo 267 fracción III), la cual nombra enfermedades como la sífilis y la tuberculosis, que en la época de la redacción del código eran terribles por contagiosas, crónicas, incurables y hereditarias. Sin embargo, con los avances de la medicina moderna, ambas son perfecta y prontamente controlables si se detectan en las primeras etapas.

Por otra parte, la fracción VII establece como causal la enajenación mental incurable, lo cual también constituye un impedimento para contraer matrimonio. Aquí no se exige como en el Distrito Federal, que se declare previamente la interdicción del cónyuge demente requiriendo el juicio previo correspondiente. Esta fracción VII se relaciona con el Artículo 327 que establece que para que pueda proceder la acción de divorcio por esta causal, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó padecerse la enfermedad.

⁹ Amparo Directo 4663/1959, Resuelto el 8 de Julio de 1961. 5 votos. Ponente: Mtro. Ramírez Vázquez. 3ª sala. Boletín 1961; pag. 412, sexta época, volumen XLVIII, cuarta parte, pag. 165 (Ediciones Mayo, Civil, No. 922, pag. 419).

Por último, estas causas remedio tienen una justificación desde el punto de vista moral en defensa de la prole y para proteger al cónyuge sano y a los hijos ya existentes. Sin embargo, y justamente por razones de interés público, sería conveniente que no se dejara a la voluntad total del cónyuge sano el decidir sobre seguir cohabitando o no, por lo que considero adecuado que en estos casos concretos de algunas enfermedades que reúnan los requisitos que menciona la fracción VI, debería agregarse una disposición en la que se faculte al Ministerio Público, representante social, a solicitar, por razones de interés público, la separación de los cónyuges, suspendiendo su cohabitación, pero permaneciendo la acción de divorcio como personalísima del cónyuge sano, pero no totalmente la de cohabitar o no con el enfermo. Al respecto Rojina Villegas opina: "No debería dejarse a la voluntad del cónyuge sano el pedir la separación de cuerpos o en su caso el divorcio vincular, tratándose de enfermedades hereditarias o incurables, porque no debe depender de su voluntad, el que se transmita la enfermedad a los hijos que tuviese, como tampoco deberá depender de su voluntad cuando exista la enfermedad contagiosa, si hubiese hijos, que la misma se les pueda transmitir. No ha llegado nuestra Ley al grado de decretar un divorcio obligatorio por razón de estas enfermedades que ponen en peligro la especie humana, sino que deja exclusivamente a la voluntad del cónyuge sano el divorcio, o la separación de cuerpos. No podría, por ejemplo, la acción del Ministerio Público, la instancia de los padres de los cónyuges o incluso de los mismos hijos mayores de edad, substituirse a la voluntad del cónyuge sano. Se mantiene la acción de divorcio como personalísima, según ya hemos explicado, aun cuando en ocasiones hay un interés digno de tutela jurídica, como es el de evitar el contagio o la transmisión hereditaria de la enfermedad."¹⁰

Desde mi punto de vista, Rojina Villegas está en un error al querer quitarle, en este caso de enfermedades contagiosas y hereditarias, el carácter personalísimo a la acción de divorcio, ya que una solución sería, como mencioné, darle esa facultad al Ministerio Públicos, pero sólo para solicitar la separación de cuerpos, es decir, suspender la cohabitación. Tampoco debe extenderse la facultad a los padres del cónyuge sano o a los hijos mayores, porque esto provocaría una serie de irregularidades. Además, aquí cabe señalar que esto que se propone, requiere de que el Ministro Público, como representante social, cumpla debidamente con las funciones que se le encomienden, sobre todo en otras áreas donde extiende su participación sobre el ámbito del derecho penal.

¹⁰ ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. pag. 446.

FRACCION VIII.-LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA.

La realización de esta causal significa el incumplimiento de uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, como lo es el de vivir juntos en el domicilio conyugal. Este hecho contrario al estado matrimonial hace cesar la vida en común por cierto tiempo, por lo que se autoriza el divorcio.

Gramaticalmente el vocablo "separación" es el acto y el efecto de separarse, y el verbo separar significa poner a una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otra; enemistad, desavenir, romper los lazos o vínculos morales que unían a dos personas, alejarse de un lugar.

En este supuesto, no importa que el cónyuge que deja el hogar sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes del sostenimiento del hogar. Basta el hecho objetivo de haberse roto la cohabitación por más de seis meses para tener causas de divorcio.

Por otro lado, la separación debe ser del hogar conyugal, por eso, debemos recordar que el artículo 160 del Código Civil de Guanajuato establece que "los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que fijen de común acuerdo". La Suprema Corte de justicia de la Nación ha emitido Jurisprudencia en el sentido de que los cónyuges no deben vivir en calidad de arimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia o libre disposición en el hogar. El concepto de causa justificada es bastante amplio y depende en gran parte de varios factores que cambian según el temperamento, la educación y las costumbres de los cónyuges.

Pallares comenta en su obra de EL DIVORCIO EN MEXICO, que para las personas delicadas serán causa justificada determinados hechos que para otros carecerían de importancia. Por ejemplo, el lenguaje grosero, etc.

Al analizar los elementos que integran esta causa, y en relación a su prueba, se venía sosteniendo que la injustificación de la separación debía probarla el actor. Sin embargo esta hermenéutica ha sido modificada por Jurisprudencia de la Suprema Corte de justicia de la Nación, como se demuestra en al siguiente emisión que cita Chávez Asencio y la cual no debe dejar lugar a duda en los juzgadores: "La actual integración de la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no comparte el criterio que se había venido sosteniendo en el sentido de que, para la procedencia de la causal de divorcio por la

separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal, compete al actor demostrar, entre otros extremos, la separación injustificada del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, y no comparte dicho criterio porque con ello equivaldría a obligar al actor a probar generalmente un hecho negativo, cuando es que la separación no es justificada, y siendo un principio de derecho que el que afirma está obligado a probar, la conclusión que se impone es que si el cónyuge abandonante admite la separación del hogar conyugal, pero agrega que esta tuvo causa o motivo, como por ejemplo, que su consorte lo golpeo, lo corrió o lo amenazó de muerte, etc.; es el cónyuge abandonante a quien incumbe acreditar esos hechos que justificarían la separación. Así pues, para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal, a que se refiere la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal y de los códigos civiles de los Estados que tiene igual disposición, al actor sólo compete demostrar: 1) La existencia del matrimonio; 2) La existencia del domicilio conyugal y; 3) La separación del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, acreditando el hecho de la separación o abandono del hogar conyugal. Corresponde al cónyuge demandado demostrar que tuvo causa justificada para hacerlo".¹¹

FRACCION XI.-LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE GRAVE PARA PEDIR EL DIVORCIO, SI SE PROLONGA POR MAS DE UN AÑO, SIN QUE EL CONYUGE QUE SE SEPARO ENTABLE LA DEMANDA DE DIVORCIO.

LA ACCION CONCEDIDA AL CONYUGE QUE DIO CAUSA A LA SEPARACION DEL OTRO DEL DOMICILIO CONYUGAL, SOLAMENTE TIENE POR OBJETO OBTENER LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL; PERO LOS EFECTOS QUE POR ESTO SE PRODUZCAN EN RELACION A LA SITUACION DE LOS HIJOS Y LAS OBLIGACIONES DE SUMINISTRAR ALIMENTOS, SE RESOLVERAN TENIENDO COMO CONYUGE CULPABLE AL QUE SE COMPRUEBE QUE INCURRIO EN ALGUNA DE LAS CAUSA MENCIONADAS EN LAS DEMAS FRACCIONES DE ESTE ARTICULO.

Tenemos en esta causal una segunda forma o manera de separación del hogar conyugal, pero en ésta, el cónyuge que se separa no viola los deberes y obligaciones señalados en la anterior fracción, ya que se separa habiendo causa suficiente. Sin embargo, al no demandar basándose en la causal que tiene a su favor, y dar la oportunidad

¹¹ CHAVEZ Asencio, Manuel F. Op. Cit. 497.

para que el cónyuge que quedó en el domicilio lo demande, viola el deber de vida en común, es decir, la unidad a la que se comprometieron y la convivencia en el domicilio conyugal, y la permanencia del matrimonio como características de la institución.

Es equivocado pensar que esta disposición otorga la acción de divorcio al cónyuge que se separó, ya que concede la misma al cónyuge abandonado. Esta acción se le concede a fin de que su situación jurídica no quede indefinida por más tiempo, cumpliendo así con uno de los fines del derecho, que es dar seguridad a las personas.

Eduardo Pallares considera que no hay razón alguna para dejar de aplicar el artículo 323 que en general y sin establecer ninguna excepción, dispone el plazo de seis meses, que comenzará a contarse desde que el cónyuge que abandona el domicilio haya tenido conocimiento de la causa justificada por la cual se separa de su consorte, a efecto de no dejar caducar la acción.

Se puede agregar que dentro de los seis meses siguientes el cónyuge inocente puede reintegrarse al hogar conyugal y evitar así que el culpable tenga derecho de demandar el divorcio.

Concluyendo, debemos interpretar que la demanda debe entablarse dentro del año, a partir de la separación, porque de lo contrario es jurídico interpretar que, al pasar los seis meses, quedó perdonada la causa de divorcio que se tuvo para separarse y comienza a crecer el término de seis meses de separación injustificada, según *Rojina Villegas*.

Respecto al problema de saber cual es la causa justificada que hace legítima la separación, la misma fracción soluciona el problema al considerar como tal, a los hechos que dan nacimiento a la acción de divorcio, es decir, las que enumera el mismo artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato.

FRACCION X.-LA DECLARACION DE AUSENCIA LEGALMENTE HECHA O LA DE PRESUNCION DE MUERTE, EN LOS CASOS DE EXCEPCION EN QUE NO SE NECESITA, PARA QUE SE HAGA, QUE PROCEDA LA DECLARACION DE AUSENCIA.

La declaración de ausencia constituye una de las modalidades del Estado Civil de las personas que, por su propia naturaleza, hace imposible que el cónyuge ausente cumpla

con las obligaciones que derivan del matrimonio. Por ello, con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro consorte la acción de divorcio.

Esta declaración está regulada por los artículos 717 y demás del Código Civil del Estado de Guanajuato y solamente procede cuando han pasado dos años desde el día en que haya sido nombrado el Representante.

En lo que se refiere a la presunción de muerte, está regulada por el artículo 756 del mismo ordenamiento que previene "cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el Juez, a instancia de parte interesada declarará la presunción de muerte"....

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, de una nave destruida o accidentada, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otros siniestros semejantes, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, si que en esos casos sea necesario que previamente se declare la ausencia; pero si se tomarán las medidas provisionales a que se refiere el capítulo I de este título.

La causa de divorcio parece a todas luces razonable si se basa en la declaración de ausencia, pero la que se basa en la presunción de muerte es, según Pallares criticable. Al efecto, establece: "puede censurarse al legislador que otorgue la acción de divorcio contra un persona que se presume ya muerta. En efecto, por una parte la muerte disuelve el vínculo matrimonial por lo que no hay necesidad del juicio de divorcio para obtener la ruptura de dicho vínculo; por otra parte, el juicio de divorcio concluye igualmente por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, todo lo cual demuestra que es antijurídico el sistema establecido por el legislador en esta materia".¹²

Esta opinión es contraria a la de Chávez Ascencio que dice "estimo que este caso no debe tratarse semejante a la muerte. Ciertamente es que la muerte termina el matrimonio, pero en el caso de presunción de muerte es sólo la presunción mas no la comprobación de defunción".¹³

Para Sara Montero Duhalt, esta causa es absolutamente inútil en la legislación, pues para obtener una sentencia en que se declare la ausencia o la presunción de muerte, se

¹² Op. Cit. pag. 81.

¹³ Op. Cit. pag. 501.

requiere el transcurso de varios años y ya se ha señalado que con el solo lapso de seis meses de la separación del hogar conyugal se tiene causa suficiente de divorcio. Dice al respecto "creemos, sin embargo, que sería más práctico y conveniente que, en lugar de ser estas sentencias causas de divorcio, fueran causas automáticas de disolución del matrimonio".¹⁴

Pallares trata también los problemas relativos a si el presunto muerto se presenta y trata de hacer valer sus derechos. A lo cual afirma que si ya se dictó sentencia ejecutoria, no pueden volver las cosas al estado anterior a su declaración de muerte. Por otro lado, si se presenta tramitándose el juicio antes de que haya sentencia ejecutoria que declare disuelto el matrimonio, en concepto del autor citado, le corresponderían los mismo derechos que la ley atribuye al litigante declarado rebelde.

FRACCION XI.-LA SEVICIA, LAS AMENAZAS O LAS INJURIAS GRAVES DE UN CONYUGE PARA EL OTRO, QUE HAGAN IMPOSIBLES LA VIDA CONYUGAL.

En esta causal, nuestra legislación, a diferencia de la del Distrito Federal, impone una carga de prueba mayor, pues no basta que se prueben la sevicia, las amenazas o las injurias graves, sino también que éstas hagan imposible la vida conyugal.

En realidad, encontramos tres causales que son: la sevicia, las amenazas y las injurias graves, que pueden invocarse cada una aislada, o bien, conjuntamente cuando se presenten en un caso determinado. Además, debemos observar que los hechos deben ser de un cónyuge para el otro, lo que quiere decir que se excluyen a los miembros de la familia.

Aunque, como se podrá observar, también existen delitos en relación a estas causales, tampoco se requiere que se compruebe y que haya sentencia ejecutoria que condene al cónyuge culpable.

a) SEVICIA.-La sevicia se refiere a la crueldad excesiva, malos tratos y golpes. La sevicia, según Rojina Villegas, la constituyen los tratamientos de obras que revelan crueldad en quien los ejecuta, sin que, sin embargo impliquen un peligro para la vida de las personas. Para que se dé la causal, los actos deben hacer imposible la vida en común.

¹⁴ MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. pags. 231 y 232.

b) AMENAZAS.- Amenazas, según el diccionario de la Real Academia Española significa "dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer un mal a otro". Las amenazas según el mismo Rojina Villegas, son actos en virtud de los cuales se hacen nacer en un individuo el temor de un mal inminente sobre una persona, sus bienes o sobre la persona o bienes de los seres que le son queridos.

También encontramos las amenazas como delito, tipificado en el artículo 243 del Código Penal de Guanajuato que dice: "Se aplicará prisión de un mes a dos años y de cinco a cincuenta días multas, al que valiéndose de cualquier medio intimide a otro con causarle daño en sus bienes jurídicos o en los de un tercero, con el que se encuentra ligado por cualquier vínculo o lo obligue por ese medio a hacer, omitir o tolerar algo". Aquí también, el juzgador debe analizar si las amenazas ameritan la disolución del vínculo conyugal.

a) INJURIA.- La injuria viene del latín "iniuria". Aggravio, ultraje de obra o de palabra".

Injuria es toda acción proferida o toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, o con el fin de hacerle una ofensa.

En el Código Penal de Guanajuato, la injuria como delito contra el honor, lo tipifica el artículo 256 y el cual la define así: "Injuria es toda conducta dolosamente dirigida a ofender o manifestar desprecio a otro".

En esta causal de divorcio se especifica que la injuria debe ser grave, es decir, que haga imposible la vida conyugal. En esto, debemos tomar en cuenta que en México existe un amplio mosaico de culturas, por lo que no es posible aceptar como injurias quizás en algunos matrimonios, lo que en otros significa una verdadera injuria grave.

Como se puede apreciar, el concepto de injuria tiene un contenido muy amplio. En la doctrina y en la Jurisprudencia se señalan muchas situaciones que constituyen verdaderas injurias y que su gravedad ocasiona el divorcio porque implican vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que atendiendo a la condición social de los cónyuges, y a las circunstancias en que se proferan las palabras o se ejecuten los hechos, implican tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hace imposible la vida conyugal por la dañada intención con que se proferen o ejecutan para humillarse o despreciarse.

FRACCION XII-LA ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO POR DELITO INTENCIONAL, QUE MEREZCA PENA MAYOR DE DOS AÑOS DE PRISION.

La acusación calumniosa que haga un cónyuge del otro constituye una profunda deslealtad, lo cual implica una aversión profunda del cónyuge calumniador respecto del otro, que evidencia la ruptura total de afecto conyugal.

Este hecho que también puede constituir un delito, se tipifica en el artículo 260 que la define como "Al que dolosamente impute a otro un hecho determinado que la ley califique como delito, si este hecho es falso o es inocente la persona a quien se imputa".

Para que la calumnia sea causal de divorcio, en nuestra legislación se exige que el delito que se imputa merezca pena mayor de dos años de prisión y además, a diferencia de el Código Civil del Distrito Federal, que el delito imputado sea intencional, es decir, que sea doloso.

Por otro lado, como este delito según el artículo 264 del Código Penal de Guanajuato, es perseguido por querrela de parte, Pallares planteó la interrogante de si el desistimiento de dicho querrela por parte del cónyuge ofendido produce la extinción del derecho de pedir el divorcio. Afirma que en pro de una solución afirmativa, puede alegarse que ese desistimiento constituye un acto de perdón tácito de la calumnia y siendo ésta la causal de divorcio, produce la extinción de la acción de divorcio. En este caso nos sujetaríamos a lo que establece el artículo 33-I del Código Civil de Guanajuato. Como postura contraria afirma que siendo la acción penal diferente de la acción civil y de divorcio, el perdón que extingue aquella no hace caducar a la segunda. Como se observa, el punto es discutible.

Por último, cabe mencionar que para que esta causal proceda hasta la acusación calumniosa.

Al respecto, Chávez Ascencio cita la siguiente Jurisprudencia: "Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumnioso para los efectos de divorcio, lo que apreciara en cada caso el Juez civil tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro, de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de

prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas, reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges, que hace imposible la vida en común".¹⁵

FRACCION XIV.- HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO QUE NO SEA POLITICO, PERO QUE IMPLIQUE DESHONRA PARA EL OTRO CONYUGE O PARA SUS HIJOS, POR EL QUE SE LE IMPONGA UNA PENA DE PRISION MAYOR DE DOS AÑOS.

Para que esta causa se configure, se necesitará que exista forzosamente una sentencia que cause ejecutoria en la cual se declare culpable a un cónyuge de un delito que no sea político, pero que implique deshonra para el otro cónyuge o sus hijos y en la cual se le imponga una pena mayor de dos años de prisión.

Se ha interpretado que dos son las razones de esta causal: Primera, el derecho del cónyuge inocente de no compartir la deshonra cometida por el otro; segunda, la interrupción de la vida conyugal prolongada por mas de dos años, por culpa del cónyuge delincuente.

En Guanajuato se exige que el delito cause deshonra y en el Distrito Federal, que el delito sea infamante, lo cual es una idea o concepto que ha desaparecido de la legislación nacional. Además, en sentido amplio, cualquier condena penal constituye descrédito en el honor, la reputación, o el buen nombre de una persona.

FRACCION XV.- LOS HABITOS 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.

Las distintas causa de divorcio que se invoquen en esta fracción, afectan la vida familiar y conyugal que debe ser en común dentro del hogar y en un ambiente de unidad. Se afecta también la estructura económica familiar dejando muchas veces en ruina a la

¹⁵ Op. Cit. pag. 516.

familia o dificultando gravemente el sostenimiento del hogar. Es casi imposible el diálogo conyugal con personas enfermas, en estado de embriaguez o adictos a drogas enervantes.

Debemos observar que los vicios a los que se refiere esta fracción, por sí mismos no son causales de divorcio, sino "cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Hay que acotar que en general, los juegos a los que se refiere esta fracción, son los juegos de azar, con las consiguientes pérdidas económicas que se traducen en la ruina de la familia. En cuanto a las drogas, se señala como necesario "el uso indebido y persistente", lo que excluye el uso de ellas por prescripción médica o en forma aislada. En este punto, Pallares censura al legislador por esta limitación, ya que considera que "El drogadicto no puede cumplir ni como esposo ni como padre, por lo cual debería suprimirse la mencionada condición".¹⁶ Esta opinión de Pallares me parece atinada en cuanto a la redacción de la fracción.

FRACCION XVI.--COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DEL OTRO, UN ACTO INTENCIONAL QUE SERIA PUNIBLE SI SE TRATARA DE PERSONA EXTRAÑA, SIEMPRE QUE TAL ACTO TENGA SEÑALADA EN LA LEY UNA PENA QUE PASE DE UN AÑO DE PRISION.

Esta norma se refiere a cierta clase de delitos que no son punibles cuando los comete un cónyuge contra el otro. Por ejemplo, las lesiones culposas contempladas en el tercer párrafo del artículo 218 del Código Penal y el robo cometido por un cónyuge contra el otro regulado por el artículo 271 del mismo código.

La esencia de la causa que se señala consiste realmente en la conducta desleal hacia el cónyuge, que implica además, falta de consideración, de respeto y de protección a los intereses del cónyuge. Significa que el matrimonio se ha roto en su esencia.

Respecto a la correlativa de esta fracción en el Distrito Federal, Pallares comenta que parece lógico inferir en la misma, que los delitos cometidos por un cónyuge en contra del otro, diferentes de los que la propia norma menciona, no son causa de divorcio, ya que la ley sólo considera como causa aquellos actos que serían punibles si los ejecutasen personas extrañas al vínculo conyugal, pero tal conclusión la considera absurda e injusta,

¹⁶ Op. Cit. pag. 93 y 94.

porque no permitiría a los cónyuges demandar el divorcio cuando cometieron delitos graves el uno contra el otro.

FRACCIÓN XVIII.- LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE LA HAYA ORIGINADO, LA CUAL PODRA SER INVOCADAS POR CUALQUIERA DE ELLOS.

LA ACCION PODRA EJERCITARSE EN CUALQUIER TIEMPO Y NO TENDRA MAS OBJETO QUE DECLARAR LA DISOLUCION DEL VINCULO, CONSERVANDO AMBOS LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS Y QUEDANDO VIGENTES TODAS LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A ALIMENTOS. LA CUSTODIA DE LOS MENORES LA TENDRA EL CONYUGE CON EL CUAL HAYAN VIVIDO, PERO LOS MENORES QUE HUBIESEN CUMPLIDO CATORCE AÑOS, PODRAN ELEGIR A SU CUSTODIO. EL CONTRATO DEL MATRIMONIO CON RELACION A LOS BIENES TERMINARA AL DECLARARSE EL DIVORCIO Y SE PROCEDERA A LA LIQUIDACION EN LOS TERMINOS DE LA LEY, SIN PERJUICIOS DE LO QUE LAS PARTES CONVINIEREN AL RESPECTO.

Esta causal fue agregada primero en el Código Civil del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, para entrar en vigor 90 días después. Posteriormente, nuestra legislación local la adoptó, adicionando avances importantes.

El divorcio, que da forma legal a una situación de hecho, significa que el matrimonio se ha deteriorado de tal manera que ya no existe entre los cónyuges la tradicional affectio maritalis de que hablaban los romanos. En estas condiciones, cuando los cónyuges han roto el vínculo afectivo que los unía y viven separados por un tiempo más o menos largo (2 años pide la causal) parece que existe causa justa para pedir y obtener la sentencia de divorcio que dé seguridad jurídica a una situación incierta.

Afortunadamente, al igual que en la fracción IX del artículo 323, la legislación local, superando a la del Distrito Federal, sí regula los efectos del divorcio por esta causal, dando mayor seguridad a los cónyuges en cuanto a alimentos, la custodia de los hijos y la

sociedad legal del patrimonio de los cónyuges, en casos de existir. En el capítulo de consecuencias del divorcio se ampliarán los comentarios de estos efectos.

Ramón Sánchez Medel considera esta causal como un verdadero atentado al matrimonio y comenta que "Sólo existe cuando la mencionada separación de dos años constituye de manera inequívoca y objetiva una ruptura de la vida en común durante esos dos años, equivalente a la efectiva separación de la *affectio maritalis* del antiguo derecho romano, y que se integra conjuntamente con un elemento subjetivo (la intención de los dos o de uno de los consortes de romper definitivamente con la vida en común) y un elemento objetivo (separación del lecho, mesa y habitación), ya que este último solo no basta".¹⁷

Un antecedente interesante de esta causal lo encontramos en los Códigos Civiles de los Estados de Sonora y Zacatecas, en los que se establece como causal de divorcio "la separación del hogar conyugal por desavenencia entre los cónyuges, si se prolonga por más de un año: en este caso, cualquiera de ellos puede pedir el divorcio"(artículo 357 fracción IX y 425 fracción VIII respectivamente). Aquí observamos que en estos dos códigos, no basta la simple separación, como aparece en la fracción que analizamos, sino que se agrega como elemento de la causal la "desavenencia entre los cónyuges".

CAUSAL DEL ARTICULO 324 DEL CODIGO CIVIL DE GUANAJUATO.

EL Artículo en mención establece:

CUANDO UN CONYUGE HAYA PEDIDO EL DIVORCIO O LA NULIDAD DEL MATRIMONIO POR CAUSA QUE NO HAYA JUSTIFICADO O QUE HAYA RESULTADO INSUFICIENTE, EL DEMANDADO TIENE A SU VEZ EL DERECHO DE PEDIR EL DIVORCIO, PERO NO PODRA HACERLO SIN PASADOS TRES MESES DE LA NOTIFICACION DE LA SENTENCIA EJECUTORIA. DURANTE ESTOS TRES MESES LOS CONYUGES NO ESTAN OBLIGADOS A VIVIR JUNTOS.

CUANDO SE DECRETE EL DIVORCIO POR ESTA CAUSA, LOS CONYUGES CONSERVARAN LA PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS.

¹⁷ SANCHEZ Medel, Ramón. LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA DE MEXICO. 2ª Ed., Edil. Porrúa México, D.F., 1991. pag. 96.

A pesar de que esta causal esta regulada por separado, la razón de la misma es idéntica a la de las fracciones del artículo 323, es decir, la constatación del rompimiento del afecto matrimonial. Si un cónyuge ha solicitado el divorcio o la nulidad del matrimonio, quiere decir que ya no desea seguir casado con su pareja. Si no logra justificar debidamente su demanda, no obtendrá la disolución legal del matrimonio, pero el mismo quedo roto de hecho. En este caso, el cónyuge demandado obtendrá para sí esta causa de divorcio.

Pallares, comentando el artículo 268 del código civil del Distrito Federal manifiesta: "Esta causa tiene una fisonomía especial, porque no concierne al incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, sino algo muy diferente, como es el de no haber tenido éxito en el juicio promovido por uno de los cónyuges en contra del otro. Los que conocemos todos los factores que entran en juego para obtener una sentencia favorable, en las tribunales mexicanos, no podemos menos que dudar de la justicia intrínseca de la norma que se analiza, porque no es insólito perder un juicio, aunque asista toda la razón al actor"¹⁸. Hay bastante razón en lo que menciona Pallares, porque por ejemplo, el juicio de divorcio se encomienda a un abogado, que es el encargado de presentar a tiempo y en forma las pruebas suficientes. Si por su negligencia se pierde el juicio de nulidad o de divorcio, estas causas no son imputables al que va sufrir las consecuencias del subsiguiente divorcio.

En la legislación del Distrito Federal, por reforma de 1983 se cambio el "resultado insuficiente" por el "desistimiento de la acción o de la instancia sin la conformidad del demandado", con lo cual se trató de evitar la práctica de demandar sin bases sólidas, en forma temeraria y ofensiva.

¹⁸ Op. Cit. Pág. 95.

CAPITULO IV

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO

I.-EFECTOS PROVISIONALES DEL DIVORCIO EN GENERAL.

En nuestra legislación, vamos a distinguir los efectos provisionales del divorcio, de las consecuencias definitivas del mismo.

Al efecto, el artículo 336 dispone que "al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiese urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

Fracción I.-Separar a los cónyuges en todo caso.

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

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

Fracción 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.

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

Fracción VI.-Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubiesen designado los cónyuges, pudiendo ser un 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."

Además de la disposición anterior, el artículo 338 establece que "antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o la tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores".

2.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO NECESARIO.

En el momento en que se declara la ejecutoriedad de la sentencia que decreta el divorcio, se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del vínculo matrimonial. Para comenzar, y dado lo anterior, el juez de Primera Instancia de lo Civil correspondiente, dará cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 117 del Código Civil. En este numeral, se obliga al juez mencionado a remitir copia de la misma al oficial del Registro civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente, y para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.

Estas consecuencias poseen una triple naturaleza: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los bienes de los mismos y en cuanto a los hijos.

A) EN RELACION A LOS CONYUGES.

El efecto lógico y directo del divorcio es la extinción del vínculo conyugal. Los excónyuges obtienen libertad para contraer un nuevo matrimonio válido (artículo 322 del Código Civil de Guanajuato y primer párrafo del artículo 343). El cónyuge declarado inocente puede contraer un nuevo matrimonio de inmediato; pero el mismo artículo 343 dispone que "el cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decreta el divorcio". En el caso de la cónyuge, es decir de la mujer, aunque fuere inocente, se le impide contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que durante ese plazo diere luz a un hijo (artículo 155 del código civil). Esto tiene por objeto evitar la confusión de paternidad con respecto al hijo que la mujer pueda dar a luz en los plazos que la ley señala para imputar certeza de paternidad al marido.

B) EN RELACION A LOS BIENES DE LOS CONYUGES.

Reza el artículo 340 que "el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiese dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste, el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho".

El divorcio disuelve la sociedad conyugal, procediendo a la división de los bienes comunes, tomándose además las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos, obligándolos a contribuir en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos varones

hasta que lleguen a la mayor edad o después de ésta si están imposibilitados para trabajar y carecen de bienes propios. Respecto a las hijas, la obligación subsiste hasta que contraigan matrimonio, siempre y cuando vivan honestamente (artículo 341).

Por otro lado, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva de manera honesta. Por el contrario, el marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Si por el divorcio se originan daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el cónyuge culpable responderá como autor de un hecho ilícito (artículo 342).

C) EN RELACION A LOS HIJOS.

Según lo dispuesto por el artículo 337, la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a determinadas reglas que ahí mismo se enuncian.

Fracción I.- Si la causa de divorcio esta comprendida en las fracciones III, V, y XV del artículo 323, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si ambos fueron culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, o en su defecto, se nombrará tutor.

En este último caso, el ascendiente que corresponda lo determina el artículo 468 del Código Civil que ubica a los abuelos maternos enseguida de los abuelos paternos en el ejercicio de la patria potestad. Aquí, debería otorgársele facultad al juez para que discrecionalmente decida cuál de los ascendientes es el más conveniente para el ejercicio de la patria potestad.

En la fracción II del artículo 337 se establece que en todos los demás casos, el juez decidirá sobre los derecho y obligaciones inherentes a la patria potestad y a la custodia de los hijos menores de edad, determinando su conservación, pérdida o suspensión para uno o ambos cónyuges, sin importar el carácter de vencedor o perdedor en juicio, mirando siempre al beneficio de los menores. En su caso, llamará a quien legalmente corresponda al ejercicio de la patria potestad o designará tutor.

Por último, la fracción tercera, que debería de ser la segunda por precisar y mejorar la disposición, señala que en los casos de las fracciones VI y VII del artículo 323, los hijos quedarán bajo el poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservara los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos.

Atinado a lo antes expresado, el artículo 339 señala que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

3.-CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

A) EN CUANTO A LAS PERSONAS DE LOS CONYUGES.

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio válido. Sin embargo, podrán volver a hacerlo, pero cuando haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio. Lo anterior se consigna en el artículo 343, párrafo tercero.

B) EN CUANTO A LOS HIJOS.

En este caso, es lógico suponer que al no existir cónyuge culpable en el juicio, ambos excónyuges conservan la patria potestad sobre los hijos menores, con las obligaciones inherentes a la misma.

C) EN CUANTO A LOS BIENES.

Los cónyuges llegarán a un acuerdo en lo relativo a la administración de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, mientras dure el procedimiento y ejecutoriado éste.

En las consecuencias de este tipo de divorcio es donde más se nota lo indispensable de agregar a nuestra legislación un convenio similar al que se refiere el artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal, para precisar todo este tipo de situaciones y garantizar protección a los cónyuges y sobre todo, a los hijos.

CAPITULO V

ESTUDIO COMPARATIVO DE LA FRACCION XII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL Y SUS CORRELATIVAS EN OTRAS LEGISLACIONES.

ESTUDIO COMPARATIVO DE LA FRACCION XII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL Y SUS CORRELATIVAS EN OTRAS LEGISLACIONES.

1.-REGLAMENTACION EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La fracción XII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal establece que es causa de divorcio "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168".

La primera parte de esta fracción ya fue analizada en el capítulo anterior. Sólo resta comentar que en la parte final de la misma, y a raíz de la reforma de 1974 (D.O. 3-XII-1974) se agregó como causal de divorcio "...el incumplimiento sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168". Para entender esta causal, preciso es recordar lo que el citado artículo 168 establece: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán en común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo el juez de lo familiar resolverá lo conducente".

Con ésta disposición ya ninguno de los consortes en concreto tiene a su cargo el cuidado y la atención de los trabajos del hogar, porque por encima de la educación y de la formación familiar de los hijos, considera el legislador que es más importante garantizar a uno y a otro progenitor que puedan apartarse del hogar para dedicarse a las actividades lucrativas que sean de su agrado, con base en lo dispuesto por el artículo 169. Además, se establece en el artículo 168 el cogobierno de tres para el régimen interno de la familia, al dejar al Juez de lo familiar en última instancia, la decisión de cuál de los dos cónyuges y en que forma se ocupe de lo referente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos, en lugar de establecer el deslinde respectivo, como se hacía en la redacción anterior. Dice Ramón Sánchez Medal que "tanta importancia concede la reforma de 1975 a la intervención del Juez de lo familiar en el gobierno interno de la familia para dirimir las desavenencias domésticas entre marido y mujer, que llega al extremo de crear una nueva y

especial causa de divorcio, pero ya no para sancionar ahora la falta de un cónyuge al otro, como acontece por ejemplo en el caso de adulterio, injurias y las sevicias, sino para sancionar ahora la falta o desacato que un cónyuge ha cometido a ese tercero, que es el Juez de lo familiar".¹

Por otra parte, dice Montero Duhalt, que esta causal es un tanto inoperante, ya que significa "que si los cónyuges no se ponen de acuerdo en todas las cuestiones de su vida en común, deben recurrir al juez para que resuelva lo conducente. Así, en el hipotético caso en que recurran a un juez y éste resuelva mediante sentencia que cause ejecutoria, los cónyuges están obligados a cumplir la determinación judicial. El incumplimiento a la misma constituye la causa de divorcio señalada en la fracción XII".²

En nuestra legislación se establece un deslinde importante de responsabilidades en los artículos 164 y 165 que a la letra dicen:

"Artículo 164.-El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre algunos de los puntos indicados, el juez de lo civil correspondiente procurará averirlos, y si no lo lograre, resolverá sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos".

"Artículo 165.-Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar".

2.-LA CAUSAL DE LA FRACCION XII Y SUS CORRELATIVAS EN OTRAS ENTIDADES FEDERATIVAS.

A efecto de comparar como se regula esta fracción XII del artículo 323 de nuestro Código Civil en otras Entidades Federativas, a continuación expongo su reglamentación en los códigos civiles de algunos Estados de la República Mexicana:

¹ SANCHEZ Medal, Ramón. LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN MEXICO. 2ª Ed. Edit. Porrúa; México, D.F., 1991. pag. 69.

² MONTERO Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA. Edit. Porrúa, Quinta Edición; México, D.F., 1992. pag. 234.

AGUASCALIENTES

El artículo 289 fracción XII de éste Estado regula esta causal dándole un tratamiento igual al que se le da en el Estado de Guanajuato.

CAMPECHE

El artículo 287 fracción XI del Estado de Campeche dispone: "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 175 y el incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada, por alguno de los cónyuges, en el caso del artículo 179".

COLIMA

El artículo 267 fracción XII del Estado de Colima dispone: "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges, en el caso del artículo 168".

CHIHUAHUA

El artículo 256 fracción XVIII del Código Civil de este Estado dispone: "La negativa de los cónyuges a ministrar al otro los alimentos que le correspondan conforme a la ley".

COAHUILA

El artículo 267 fracción XII del Código Civil de Coahuila dispone: "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento sin justa causa de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168".

DURANGO

El artículo 262 fracción XI del Código Civil del Estado de Durango, regula la causal en comento igual a como lo hace en el código Civil del Estado de Guanajuato.

ESTADO DE MEXICO

El artículo 253 fracción XII del Código Civil del Estado de México, regula la causal del comento igual a como lo hace el Código Civil del Estado de Guanajuato.

MICHOACAN

El artículo 226 fracción XII del Código Civil del Estado de Michoacán regula la fracción de referencia de manera similar a como lo hace el Código Civil de Guanajuato.

PUEBLA

El artículo 454 fracción XIV del Código Civil de Puebla dispone: "La negativa injustificada a cumplir la obligación alimentaria respecto al otro cónyuge y a los hijos".

QUERETARO

El artículo 267 fracción XII del Código Civil del Estado de Querétaro regula la fracción en comento en forma igual a como lo hace el Código Civil del Distrito Federal.

SONORA

El artículo 425 fracción XII del Código Civil de Sonora dispone: "La negativa de los cónyuges para darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 256, siempre que no pueda hacerse efectivo el derecho que le concede el artículo 257".

VERACRUZ

El artículo 141 fracción XI del Código Civil de Veracruz dispone: "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 100 y el incumplimiento sin justa causa de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 102".

YUCATAN

El artículo 206 del Código Civil de Yucatán, curiosamente no dispone nada al respecto, en la enunciación de las causales de divorcio.

3.-TESIS JURISPRUDENCIALES RELACIONADAS CON ESTA CAUSAL.

A efecto de conocer uno de los instrumentos más importantes tanto en la procuración de justicia como en la impartición de la misma, es interesante apuntar la interpretación y los criterios que han establecido los Tribunales Federales respecto a la causal contenida en la fracción comentada. Para ello, me permití extraer del libro de Rogelio Alfredo Ruiz Lugo y Jorge Guillén Mandujano³, las Jurisprudencias y Ejecutorias más importantes emitidas por los Tribunales mencionados en relación a esta causal, de 1917 a 1988, y las cuales a continuación anoto:

³ GUILLEN Mandujano, Jorge y otros. COMPILACION DE JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS IMPORTANTES EN MATERIA DE FAMILIA 1917 A 1988. TOMO II. DIVORCIO. México, D.F., 1992. pags. 108-109-122-136-138-139-140-249-294-295-300-306-321.

1.-DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS COMO CAUSAL DE.-Para que proceda la causal de divorcio por la negativa de uno de los cónyuges a dar alimentos a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales y los Códigos de los Estados que tienen igual disposición como regla general, debe demostrarse que previamente al ejercicio de la acción y ante la negativa del cónyuge demandado para ministrar alimentos, el cónyuge actor pidió el aseguramiento de bienes o el embargo de sueldos en contra de aquél, y que a pesar de esto no logró hacer efectivos los derechos establecidos en los artículos 165 y 166 del mencionado Código Civil, a no ser que el demandado carciera de bienes o de trabajo. por el cual percibiera un sueldo o un salario, sobre los cuales pudiera hacer efectiva la pensión alimenticia, en cuyo caso bastaría demostrar esta circunstancia, que haría innecesaria la promoción de las medidas de aseguramiento antes mencionadas.

Amparo directo 1472/73.-Soledad Amparo Gomar Hernández.-15 de abril de 1974.-5 votos.-Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.-Secretario: José Rojas Aja.

Boletín. Año I. Abril-Mayo, 1974. Núms. 4 y 5. Tercera Sala. Pág. 66.

2.-DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS. CARGA DE LA PRUEBA (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL).-En virtud de que en el juicio de donde deviene el acto reclamado se hizo valer, entre otras, la causal de divorcio contenida en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, que se refiere a la falta de ministración de alimentos por parte del demandado para con su cónyuge e hijos, y dicho enjuiciado opuso como defensa de esta causal, que nunca ha dejado de aportar lo necesario para el sostenimiento de su familia, éste debió haber acreditado fehacientemente tal hecho.

Amparo directo 1894/78.-Emilio Huerta Castillo.-11 de enero de 1979.-Unanimidad de 4 votos.-Ponente: Raúl Lozano Ramírez.-Secretario: Carlos Alfredo Soto Villaseñor.

Informe. 1979. Tercera Sala. Núm. 30. Pág. 27.

3.-DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS A LOS HIJOS COMO CAUSAL DE.-No es exacta la consideración en el sentido de que la falta de ministración de alimentos a los hijos habidos en el matrimonio no es causa de divorcio, puesto que la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, establece como causal para disolver aquel vínculo, la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 del propio ordenamiento, y de acuerdo con este precepto, los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de los mismos.-En los términos que la ley establece, motivo por el cual sí es causa de divorcio el que uno de los cónyuges no contribuya económicamente en la alimentación de sus hijos.

Amparo directo 1580/77.-María Ramírez de Quiroz.-7 de marzo de 1978.-
Mayoría de 3 votos.-Ponente: Salvador Mondragón Guerra.-Disidentes: J.
Ramón Palacios Vargas y J. Alfonso Abitia Arzapalo.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vols. 109-114. Cuarta
Parte. Enero-Junio, 1978. Tercera Sala. Pág. 100.

4.-DIVORCIO, INJURIAS GRAVES Y SEVICIA COMO CAUSALES DE. NO LAS CONSTITUYE EL HECHO DE QUE UNO DE LOS CONYUGES SE ABSTENGA DE PROPORCIONAR ALIMENTOS AL OTRO (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).-La falta de ministración de alimentos de un cónyuge para el otro constituye una causal autónoma de divorcio que sólo puede hacerse valer en las condiciones que el propio precepto señala y que, por tanto, no puede hacerse recaer dentro de otra causal como es la de injurias graves y sevicia; no se puede hablar de sevicia por el hecho de que el esposo deje de proporcionar alimentos a la esposa y a los hijos, ya que tal situación es una causal independiente de divorcio que, para que prospere, exige que el cónyuge que tenga derecho a los alimentos demuestre no haber podido hacer efectivos los derechos que le conceden los artículos 149 y 150 del Código Civil del Estado de Tamaulipas; de suerte que la simple abstención de proporcionar esos alimentos, aún debidamente probada, no constituye sevicia ni injuria grave.

Amparo directo 5044/76.-Marta Elva López.-13 de abril de 1977.-5 votos.-
Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.-Secretario: José Rojas Aja.

Informe. 1977. Tercera Sala. Pág. 102.

5.-DIVORCIO, LA FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS A LOS HIJOS COMO CAUSAL DE.-No es exacta la consideración de la sala responsable en el sentido de que la falta de ministración de alimentos a los hijos habidos en el matrimonio, no es causa de divorcio, puesto que la fracción XII del artículo 267 del Código Civil establece como causal para disolver aquel vínculo, la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas por el artículo 164 del propio ordenamiento, y de acuerdo con este precepto, los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de los mismos, en los términos que la ley establece, motivo por el cual, contrariamente a lo sostenido por la responsable en esa parte de su sentencia, sí es causa de divorcio el que alguno de los cónyuges no contribuya económicamente en la alimentación de sus hijos.

Amparo directo 1580/77.-María Ramírez de Quiroz.-7 de marzo de 1978.-5 votos.-Ponente: Salvador Mondragón Guerra.-Secretario: Eduardo Lara Díaz.

Informe: 1978. Tercera Sala. Núm. 68. Pág. 48.

6.-DIVORCIO, NEGATIVA A PROPORCIONAR ALIMENTOS COMO CAUSAL DE (FRACCION XII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL).-La imposibilidad de la actora para hacer efectivos los alimentos por parte del demandado, queda demostrada con las actuaciones en que se demandan esos alimentos, aunque éstas no hayan concluido con sentencia ejecutoria, si de las mismas se desprende que el demandado confiesa que no tiene bienes y deja de demostrar que percibe ingresos económicos por otros conceptos en qué hacer efectivos los alimentos que se le demandan.

Amparo directo 5212/73.-Miguel Angel Alvarez Aguilar.-30 de junio de 1975.-
Mayoría de 4 votos.-Ponente: David Franco Rodríguez.-Secretario: Salvador
Tejeda Cerda.-Disidente: Rafael Rojina Villegas.

Boletín. Año II. Junio, 1975. Núm. 18. Tercera Sala. Pág. 56.

7.-DIVORCIO, NEGATIVA A DAR ALIMENTOS COMO CAUSAL DE.-De conformidad con lo dispuesto en la fracción XII del artículo 322 del Código Civil, para que proceda la acción de divorcio intentada con base en la negativa de los cónyuges para darse alimentos, es necesario que no hayan podido hacerse efectivos los derechos consignados en los artículos 154 y 155 de dicho ordenamiento, lo cual, por ser uno de los elementos de la acción, toca a la parte actora demostrar en forma plena, en los términos del artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles. Puede ocurrir que el cónyuge demandado no tenga bienes, ni ingresos sobre los cuales pudieran hacerse efectivos los derechos de que se trata, en cuyo caso, también queda a cargo del demandante la prueba de esa circunstancia.

Para que proceda la causal de divorcio por la negativa de uno de los cónyuges a dar alimentos al otro, es indispensable que el acreedor alimentista pida el aseguramiento de bienes o el embargo de sueldos del deudor alimentista, ya que no basta la simple negativa de dar alimentos, siempre que éstos puedan hacerse efectivos en la forma prescrita por la ley a menos de que, careciendo de bienes el deudor no perciba sueldo o salario del que pueda descontarse la cantidad de dinero suficiente para cubrir la pensión alimenticia.

Amparo directo 6492/66.-Enrique Venegas Arana.-14 de julio de 1967.-5 votos.-
Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Precedentes:

Quinta Epoca:

Tomo LXII, Pág. 1987.

Tomo CXXX, Pág. 632.

8.-DIVORCIO, NEGATIVA A DAR ALIMENTOS COMO CAUSAL DE.-Una interpretación lógica de la causal contenida en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, en lo relativo a la imposibilidad de la esposa para hacer efectivos sus derechos de preferencia en los bienes e ingresos de su marido, debe ser en el sentido de que esos derechos de preferencia se refieran a pensiones de alimentos actuales, y no a la imposibilidad de asegurar alimentos vencidos. La razón de lo anterior estriba en que los alimentos actuales, o sea los que se están causando miran a la subsistencia directa y real del acreedor, en tanto que los alimentos vencidos se concretan o se relacionan con las deudas que pudo haber adquirido el acreedor para lograr su subsistencia, o sea que el punto fundamental de la necesidad inmediata de que el acreedor se le proporcionen alimentos sólo está presente en las pensiones de alimentos que se van causando y no en las que ya se causaron; de no admitirse este criterio, se llegaría a la situación de considerar que todo cónyuge obligado a proporcionar alimentos a su consorte, debe contar con un fondo monetario más o menos considerable para responder en todo momento por deudas atrasadas por alimentos que tenga con su acreedor y que de no tener esa reserva, indefectiblemente tendrá que prosperar en su contra la demanda de divorcio fundada en la causal que se viene comentando, lo cual iría en contra del interés de la sociedad en mantener el matrimonio como institución de orden público, pues con sólo ocurrir el acreedor, al expediente de acumular un número considerable de pensiones por alimentos caídos, lograría la disolución del vínculo matrimonial, con base ya no en la negativa del cónyuge a proporcionarlos, sino más bien en la insolvencia del deudor.

Amparo directo 5508/73.-María de Lourdes Fierro Peschard de Licono.-25 de junio de 1975.-5 votos.-Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Vol. 78. Cuarta Parte.
Junio, 1975. Tercera Sala. Pág. 26.

9.-DIVORCIO, LA FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS CONSTITUYE UNA CAUSAL AUTONOMA DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA).-Dado el contenido de la fracción decimasegunda del artículo 267 del Código Civil del Estado de Baja California, debe estimarse que la falta de ministración de alimentos de un cónyuge para el otro constituye una causa destacada y autónoma de divorcio que sólo puede hacerse valer en determinadas condiciones que el propio precepto señala y que, por tanto, no puede hacerse recaer dentro de otra causal como es la de injurias.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. LXVII, Pág. 76. A.D. 1308/61.-María Luisa Gallego Castro.-5 votos.

10.-DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS COMO CAUSAL DE.-Cuando se solicita el divorcio por falta de ministración de alimentos, debe acreditarse que con anterioridad al ejercicio de la acción, la actora promovió el juicio o procedimiento idóneo para asegurar los alimentos y que no logró hacerlos efectivos; o bien dicha actora, debe expresar en la demanda de divorcio, que no promovió el citado procedimiento por carecer el demandado, de bienes o trabajo.

Amparo directo 530/82.-Juz Angélica de la Torre Padilla.-17 de marzo de 1983.-Unanimidad de votos.-Ponente: Enrique Arizpe Narro.-Secretario: Faustino Azpeitia Arellano.

Amparo directo 303/83.-Alma García Charó.-7 de octubre de 1982.-Unanimidad de votos.-Ponente: Enrique Arizpe Narro.-Secretario: Faustino Azpeitia Arellano.

Informe. 1983. Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Núm. 16. Pág. 320.

11.-DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS COMO CAUSAL DE.-Cuando se solicita el divorcio por falta de ministración de alimentos, la regla es que el cónyuge actor, debe demostrar que con anterioridad al ejercicio de

la acción promovió el juicio o procedimiento idóneo para asegurar los alimentos y no logró hacerlos efectivos. La excepción a tal regla se da cuando el deudor alimentario carece de bienes o trabajo, pues en estos casos no es necesario demostrar que se promovió el procedimiento judicial para asegurar los alimentos ya que la promoción del mismo sería inútil. Empero, la excepción sólo opera cuando la parte actora en su demanda de divorcio hace valer el hecho de no haber promovido el procedimiento de alimentos por carecer el demandado de bienes o trabajo, es decir introduce a la litis, el hecho que implica estar en el caso de excepción a la regla. Es además necesario que el actor acredite el hecho de que el demandado carecía de trabajo y bienes.

Amparo directo 303/82.-Alma García Saró.-7 de octubre de 1982.-Unanimidad de votos.-Ponente: Enrique Arizpe Narro.-Secretario: Faustino Azpeitia Arellano.

Informe. 1982. Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Núm. 8. Pág. 280.

12.-DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS COMO CAUSAL DE. CARGA DE LA PRUEBA.-Corresponde al demandado, en su carácter de deudor alimentista, acreditar el cumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos a sus acreedores alimentarios, como correctamente lo estimaron el Juez natural y el Tribunal de alzada en la sentencia reclamada, sin que sea óbice a lo anterior el que las autoridades de instancia omitieran el señalamiento concreto del precedente jurisprudencial en que apoyó el juez de la causa tales razonamientos, supuesto que tal criterio lo ha establecido el más Alto Tribunal de la Nación en la jurisprudencia 255 de la Cuarta Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1975, Tercera, Sala, página 796 que dice: "PAGO O CUMPLIMIENTO. CARGA DE LA PRUEBA.-El pago o cumplimiento de las obligaciones corresponde demostrarlo al obligado y no el incumplimiento al actor". Por tanto, al inconforme, como obligado a ministrar alimentos, le incumbía demostrar haber cumplido con tal obligación, ya que de lo contrario se imponía indebidamente al acreedor alimentista la carga de probar un hecho negativo. Además tratándose de la causal prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, la reforma que se hizo a dicha fracción en el año de mil novecientos

setenta y cuatro, ya no exige como requisito de procedencia de la acción fundada en dicha fracción, que no pudieran hacerse efectivos los derechos que se conceden en los artículos 164 y 166 del citado ordenamiento, pues tal requisito fue suprimido en el texto vigente de la mencionada fracción.

Amparo directo 313/85.-Rodolfo Alcántara Lugo.-16 de mayo de 1985.-Unanimidad de votos.-Ponente: José Rojas Aja.-Secretario: Enrique Ramírez Gámez.

13.-DIVORCIO, INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA FAMILIAR (ARTICULO 267 FRACCION XII DEL CODIGO CIVIL DE NUEVO LEON).-La nula actividad laboral del deudor alimentista, que determinó la falta de aportación monetaria para gastos de habitación, alimentos, vestido y educación, acredita el incumplimiento de ministrarlos, como previene el artículo 164 del Código Civil y por tanto la citada causal de disolución del vínculo matrimonial, sin que la desvirtúen aportaciones económicas mínimas esporádicas, la atención médica y la entrega de artículos de vestir a los menores hijos por el padre del obligado, menos por aportaciones también mínimas verificadas, cuando ya se había entablado la demanda de divorcio y porque si bien afirmó tener empleo, no lo demostró. Circunstancias que llevan a concluir que por no recibir salario del que se pudiera descontar la pensión alimenticia, resultaba inútil un previo requerimiento y aseguramiento de bienes, conforme al artículo 165, de acuerdo con lo que señala en la parte final la tesis jurisprudencial civil 175, "Divorcio, negativa a dar alimentos como causal de", del Apéndice de 1975 del Semanario Judicial de la Federación.

Amparo directo 582/87.-Mercedes González de González.-19 de noviembre de 1987.-Mayoría de votos.-Ponente: Federico Taboada Andraca.

14.-DIVORCIO, POR INCUMPLIMIENTO A LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR (ARTICULO 267, FRACCION XII, DEL CODIGO CIVIL); REQUISITOS.-La procedencia de la causal de divorcio establecida por el artículo 267, fracción XII, primera parte, del Código Civil, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1974, exige la demostración de los dos requisitos fundamentales: en primer lugar, la negativa injustificada del cónyuge demandado a cumplir con las obligaciones de contribución, cooperación y asistencia que ordena el artículo 164 del mismo ordenamiento; y en segundo, que ese incumplimiento sea de tal gravedad, que revele en el cónyuge culpable una actitud de profundo desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a sus hijos, que haga imposible la vida conyugal. La gravedad del incumplimiento, que debe ser apreciada por el juez, distingue la acción de divorcio de la que tiene por objeto de petición de alimentos entre cónyuges.

Amparo directo 247/82.-Arturo Elizarraraz García.-28 de julio de 1982.-Unanimidad de votos.-Ponente: Juan Díaz Romero.-Secretaria: Ma. de Lourdes Delgado Granados.

Informe. 1982. Primer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. Núm. 9. Pág. 108.

15.-DIVORCIO POR INCUMPLIMIENTO A LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR (ARTICULOS 267, FRACCION XII, DEL CODIGO CIVIL); DISTINCION CON LA ACCION DE PETICION DE ALIMENTOS ENTRE CONYUGES.-La causal de divorcio establecida en esta fracción requiere de una cuidadosa aplicación, porque se corre el riesgo de que, por confusión, se le dé el tratamiento que corresponde a la acción de petición de alimentos entre los cónyuges, confusión derivada de que ambas acciones tienen como causa aparente el mismo contenido, esto es, el incumplimiento del cónyuge demandado a la obligación de ayuda que le impone el matrimonio. Pero ambas acciones de divorcio y de petición de alimentos entre cónyuges, tienen procedimientos diversos y reglas propias de comprobación, diferencias que provienen fundamentalmente de que persiguen finalidades contrarias, pues mientras la primera destruye el matrimonio la segunda

tiende a conservarlo. El concepto objetivo de diferenciación radica en el grado, calidad o gravedad del incumplimiento. Así, cualquier falta, aunque sea mínima al deber de proporcionar alimentos, funda la acción de petición de alimentos o de aseguramiento en contra del cónyuge incumplido; en cambio, los elementos de la causal de divorcio especificada en la fracción de mérito, son en primer lugar, la negativa injustificada a cumplir con las obligaciones que impone el artículo 164 del mismo ordenamiento y, en segundo, que ese incumplimiento tenga la gravedad suficiente para poner de manifiesto el desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a los hijos, que haga imposible la vida en común.

Amparo directo 1194/85.-Jaime Joel Torres Loyola.-24 de febrero de 1986.-
Unanimidad de votos.-Ponente: Rafael Corrales González.-Secretario: Arturo
Ramírez Sánchez.

Precedentes:

Amparo directo 247782.-Arturo Elizarraraz García.-28 de julio de 1982.-
Unanimidad de votos.-Ponente: Juan Díaz Romero.-Secretaria: María de
Lourdes Delgado Granados.

Amparo directo 1521783.-Teódulo Vilchis Pérez.-16 de noviembre de 1984.-
Unanimidad de votos.-Ponente: Rafael Corrales González.-Secretaria: María
Elisa Tejeda Hernández

Amparo directo 547784.-Ursulino Angeles Sánchez.-28 de mayo de 1984.-
Unanimidad de votos.-Ponente: Juan Díaz Romero.-Secretario: Pedro Villafuerte
Gallegos.

16.-INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA,
CONFIGURACION DEL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE
TLAXCALA).-Del contenido del artículo 233 del Código Penal del Estado de
Tlaxcala, se desprende que el delito de incumplimiento de la obligación alimentaria
se configura cuando el sujeto activo incurra en un incumplimiento total al deber de
proporcionar alimentos de tal manera que de ser insuficientes las sumas entregadas
para cubrir las necesidades económicas de los acreedores alimenticios, lo precedente

es gestionar en la vía civil el señalamiento del monto adecuado por concepto de pensión alimenticia.

Amparo de revisión 1054781.-Joaquín Vázquez Pérez.-2 de diciembre de 1981.-
Unanimidad de votos.-Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.-Secretario: Rubén Bretón
Cuesta.

Informe. 1982. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Núm. 26. Pág. 229.

CAPITULO VI

LA FRACCION XII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL DE GUANAJUATO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

LA FRACCION XII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL DE GUANAJUATO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

1.- ESTRUCTURA ACTUAL DE LA FRACCION.

La estructura actual de la fracción XII del artículo 323 como causal de divorcio, esta redactada de la siguiente forma: "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".

A su vez, el artículo 161 del mismo ordenamiento legal dispone: "El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar; pero si la mujer tuviera bienes propios o desempeñare algún trabajo o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos; a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella".

por su parte, el artículo 162 establece que "La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos por las cantidades que corresponden para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá derecho sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos".

El último artículo que se menciona en la fracción citada es el 163 que a la letra dice: "El marido tendrá el derecho que a la mujer concede el artículo anterior, en los casos en que ésta tenga obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia y del hogar".

Esta es pues, la redacción vigente de la fracción XII del artículo 323, así como de los artículos a los que la misma remite. Su estudio se llevará a efecto en los siguientes puntos de este capítulo.

2.-ALIMENTOS COMENTARIOS GENERALES Y ARTICULO 161 DEL CODIGO CIVIL.

A) ALIMENTOS.

Antes de analizar la regulación de los alimentos en la fracción XII del artículo 323 del Código Civil, es conveniente hacer algunos comentarios de los alimentos en general.

Afirma Sara Montero Duhalt, que la obligación alimentaria es "el deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario de ministrar a otro, llamado acreedor, de acuerdo con las posibilidades del primero y las necesidades del segundo, en dinero o en especie, lo necesario para subsistir".¹

La obligación alimentaria lleva implícita un profundo sentido ético, pues significa la conservación del valor primario, como lo es la vida. El fundamento ético de esta obligación legal reposa en el vínculo de solidaridad que enlaza a todos los miembros del consorcio familiar, y en la comunidad de interés, causa de que las personas pertenecientes a un mismo grupo, se deban mutua asistencia.

En cuanto al contenido del concepto, la connotación etimológica de la palabra la encontramos en el Diccionario de la Real Academia Española, al expresar: alimento m. del latín alimentum, de alere, alimentar. Señala Froylán Bañuelos Sánchez que "Alimentos, como concepto jurídico, encierra un significado de contenido de mayor adecuación social, puesto que, además de conservar la vida, ya que se desprende no de la materialidad de dar lo indispensable para la vida, sino el procurar el bienestar físico del individuo poniéndolo en condiciones de que puede basarse a sí mismo, se pueda sostener con sus propios recursos y así, pueda ser un miembro útil a la familia y a la sociedad".²

Nuestro Código Civil precisa el contenido de los alimentos en el artículo 262 de la siguiente forma: "los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad; respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales". Como lo podemos apreciar, difiere mucho el concepto del

¹ MONTERO Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA. Edit. Porrúa; Quinta edición; México, D.F., 1992. pag. 60

² BAÑUELOS Sánchez, Froylán. EL DERECHO DE ALIMENTOS. Edit. Sista, Tercera Edición; México, D.F., 1992. pag. 3.

lenguaje común, que el que se maneja en el terreno de lo jurídico. En este caso, a fin de adecuar el artículo a las circunstancias actuales, debe cambiarse el concepto "educación primaria" por el de "educación básica", por la ampliación que hubo en estos niveles escolares.

Debemos advertir que la fuente principal que hace surgir la obligación alimentaria es la relación familiar: cónyuges, parientes y la relación paramatrimonial, surge también por divorcio, por el derecho sucesorio, por convenio, etc.

Esta obligación alimentaria es recíproca, sucesiva, divisible, alternativa, imprescriptible, asegurable y sancionada en su incumplimiento. Rebase los objetivos de estos comentarios el analizar en particular cada característica.

B) ARTICULO 161 DEL CODIGO CIVIL DE GUANAJUATO Y SU RELACION CON LA FRACCION XII DEL ARTICULO 323.

Más relacionado con el tema, y continuando con los alimentos, diremos que los primeros obligados recíprocamente a darse alimentos son los cónyuges entre sí. Dice el artículo 356 "los cónyuges deben darse alimentos...". Esto es totalmente explicable en razón de que, siendo los alimentos la primera y más importante consecuencia de las relaciones familiares, los sujetos primarios de la relación familiar son los cónyuges, ya que siempre se ha considerado al matrimonio como la forma legal, moral y socialmente aceptada de creación de una nueva célula familiar.

Este deber de alimentos entre los cónyuges es regulado por los artículos 161, 162, y 163, del Código Civil de Guanajuato en forma general, dejando la carga al marido de sufragar los gastos para el sostenimiento del hogar y la obligación de dar alimentos a la familia. Sólo por una verdadera excepción, cuyos supuestos deberán comprobarse en todo caso, se puede desplazar parcial o totalmente esta responsabilidad a la esposa. Dice el artículo 161: "El marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, pero si la mujer tuviera bienes propios o desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces los gastos serán por cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella".

Es interesante comentar que en el Código Civil del Distrito Federal, en el artículo correlativo al nuestro, el numeral 164 dispone con la nueva reforma: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuir la carga en la forma y proporción que acuerden para este afecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos, los derechos y obligaciones que hacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

A este respecto, y no obstante que la ley declara la igualdad jurídica de los sexos, considero más conveniente seguir, como lo hace nuestra legislación, con la tradición en lo relativo a la obligación de sostener económicamente a la familia, imponiendo ésta en primer término al marido y sólo en caso excepcionales a la mujer.

Esta reforma realizada en el Distrito Federal pone en grave peligro la unidad de la familia y la armonía de la misma. Sánchez Medal hace una interesante crítica al respecto diciendo: "ya ahora no existe en la ley, como regla general y sin necesidad de prueba, la pensión alimenticia a favor de la esposa y a cargo del marido, sino que cuando la mujer casada demanda elementos a su esposo, deberá ella probar que está imposibilitada para trabajar, cosa muy difícil, porque conforme a las nuevas ideas, los dos cónyuges tienen iguales posibilidades de dedicarse a toda clase de actividades lucrativas, y probar también que carece ella de bienes propios, ya que en caso de no rendirse previamente por la esposa esta doble prueba, no puede reclamar ella alimentos al esposo, porque tan obligado está un cónyuge como el otro a subvenir a las necesidades del hogar".³

Estas duras críticas contra esa reforma, provocaba que la mujer se cuestionara si tendría que salir forzosamente del hogar para desempeñar un empleo remunerado, y en realidad, la omisión en el código de un artículo expreso en el cual se señale que los trabajos del hogar constituyen en sí un aporte económico, cualquiera que sea el cónyuge que los desempeñe (por tradición la cónyuge), se presta a estas interpretaciones.

Por fortuna, la Suprema Corte enmendó el claro despropósito de la reforma y solucionó dudas al respecto al señalar que: "La presunción de que la mujer casada necesita alimentos no se desprende de lo dispuesto en los artículos 164 y 168 del Código Civil del

³ SANCHEZ Medal, Ramón, LOS GRANDES CAMBIOS DEL DERECHO DE FAMILIA EN MEXICO. 2ª Ed., Edit. Porrúa; México, D.F., 1991. pags. 62 y 63.

Distrito Federal... sino de un hecho notorio que, de conformidad con lo que dispone el artículo 286 de Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, no necesita ser probado y puede ser invocado de oficio por el juez, aunque no haya sido alegado por las partes. En efecto, es de sobra conocido que en la familia mexicana, por regla general, el hombre aporta los medios económicos para sufragar los gastos del hogar, en tanto que la mujer contribuye con los trabajos y el cuidado de la casa, la atención de los hijos y la administración doméstica. Esta situación se originó por las limitaciones que se han impuesto históricamente a la mujer para su desarrollo social, económico, y cultural, cuyas consecuencias no pueden erradicarse en toda la sociedad sino con el transcurso del tiempo, a pesar de haberse elevado a rango constitucional el principio de igualdad del hombre y la mujer ante la ley, es decir, mientras esa igualdad establecida formalmente en la ley no se traduzca en realidad generalizada. Ahora bien, como la presunción emana de este hecho, debe persistir hasta que esa situación real desaparezca, siempre que no exista alguna disposición legal expresa en contrario".⁴

Con esta interpretación, pienso que la Suprema Corte de Justicia de la Nación da la razón en el sentido de que debe continuar la tradición regulada en la legislación del Estado de Guanajuato, haciendo innecesaria la reforma del Distrito Federal. Lo único que podría ser aceptable es hacer expreso en el artículo 161 la obligación del marido de alimentar a los hijos, lo cual se consigna ya en el capítulo de alimentos, en el artículo 357.

Por otro lado, en base a lo que menciona el artículo 161 del Código Civil de Guanajuato, el legislador estableció como causa de divorcio en la fracción XII del artículo 323, "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".

La primera parte de esta fracción habla de "la negativa de los cónyuges...". Considero que por técnica jurídica debe agregarse que sea "la negativa injustificada de los cónyuges de darse alimentos...", toda vez que puede existir una causa justificada por la que los cónyuges se nieguen a darse alimentos. Ahora bien, el problema es determinar ¿Cuál podría ser esa justificación para no dar alimentos?. Aquí caben dos posibilidades: aplicar el artículo 375 del Código Civil que señala los casos en que la obligación cesa, o bien, limitarse a la causa que establece el artículo 161 del mismo código. Chávez Asencio opina refiriéndose al correlativo en el Distrito Federal: "Entiendo que sólo existe una causa

⁴ Amparo Directo 4300/78. Manuel Humberto Guzmán Salazar. 21 de septiembre de 1979. 5 votos. Informe rendido por el Presidente de la SCJN al pleno de la misma, año 1979. No. 9. pag. 10.

justificada y es la que establece el artículo 164 (artículo 161 en Guanajuato) donde sólo está eximido o justificado para no contribuir económicamente "el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios". Es decir, no está excluido quien carezca de trabajo, el perezoso, etc.. Todos, salvo el imposibilitado para trabajar que careciere de bienes, deben contribuir económicamente para el sostenimiento del hogar y para los alimentos al cónyuge e hijos. Por lo tanto, el imposibilitado que tenga bienes debe contribuir".⁵

De lo anterior se puede interpretar que el acreedor alimenticio no necesita probar la obligación del otro cónyuge de contribuir económicamente, pues es una obligación prevista en la ley y de orden público, de la cual no debe eximirse nadie salvo por el único caso previsto en la misma. Corresponde al deudor alimenticio probar que se encuentra en el caso de excepción. Es decir, el acreedor, comprobado su carácter, sólo debe expresar que no ha recibido la pensión alimentaria, mas no probar porque se trata de un hecho negativo.

Sin embargo, para Montero Duhalt, las verdaderas causas de extinción de la obligación serían las señaladas en el artículo 375 (artículo 320 fracción III del Código Civil del Distrito Federal) y la fracción III del artículo 374, que en Guanajuato es causa de suspensión, y que a la letra dicen:

Artículo 374.-Se suspende la obligación de dar alimentos:

Fracción III.-Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas:

Artículo 375.-Cesa de obligaciones de dar alimentos en caso de injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos.

Por último, y para terminar con el análisis de la primera parte de la fracción, debo señalar que sí es suficiente con que la ley diga que la negativa sea de "darse alimentos" por todo lo que el concepto jurídico de alimentos comprende. Es por ello, que se hace

⁵ CHAVEZ Ascencio, Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Edit. Porrúa. Segunda Edición. México, D.F., 1990. pag. 512

innecesario y repetitivo que se precisen todas las obligaciones que señala el artículo 164 del Código Civil del Distrito Federal.

3.-INCONVENIENCIA DE AGOTAR PRIMERO EL JUICIO DE ALIMENTOS PARA OBTENER LA ACCION DE DIVORCIO.

Continuando con el estudio de la fracción XII del artículo 323, vemos que en la última parte dispone como requisito para la procedencia de la causal lo siguiente: "...siempre que no puedan hacer afectivos los derechos que les conceden los artículos 162 y 163".

Cuando el alimentante no cumple con el deber a su cargo, el acreedor tiene acción para reclamarle judicialmente su cumplimiento.

De acuerdo a la redacción actual de la fracción, es necesario haber obtenido una sentencia judicial que obligue al cónyuge incumplido a dar alimentos, y que no obstante esa resolución, no se pudieran hacer efectivos los alimentos, lo cual hace verdaderamente difícil esta causal. A pesar de que en los artículos 162 y 163 ya enunciados se precisa un derecho indiscutible de la mujer a los alimentos, a diferencia del artículo 165 del Código Civil del Distrito Federal, que no lo establece, lo que en nuestro medio ambiente hace más gravosa la situación para la mujer, al obligarla a probar la necesidad de los alimentos y cuantificar los mismos. Dicho artículo 165 dispone que "los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos". Por el contrario, nuestro artículo 162 da el derecho preferente a la mujer para la alimentación de ella y de sus hijos. El artículo 163 concede ese mismo derecho al marido, sólo en el caso de excepción ya mencionado.

Lo anterior quiere decir que, en principio el incumplimiento de la obligación de alimentos entre los cónyuges, que es necesaria al estado matrimonial, no es causa de divorcio, si hay la posibilidad de que el cónyuge acreedor pueda embargar bienes para que el deudor cumpla con su obligación alimentaria. Sólo que exista imposibilidad habrá causa de divorcio.

Una interesante crítica al tipo de sistema establecido por nuestro código, es la llevada a cabo por Eduardo Pallares en la obra que hemos venido citando, al afirmar que sólo se otorga la acción de divorcio cuando halla sido imposible al acreedor alimentario obtener el pago de los alimentos mediante un procedimiento judicial, como lo es el juicio de alimentos. Se dice que como este procedimiento puede durar en nuestros tribunales un tiempo muy prolongado, el cónyuge inocente se ve privado de ejercitar la acción de divorcio durante todo ese tiempo. Afirma Pallares "este inconveniente es, además, contrario a los principios jurídicos, porque equivale a establecer respecto a todos los contratos en general, que únicamente se podrá solicitar la rescisión de los mismos cuando haya sido imposible al contratante que los cumplió debidamente, obtener por la vía judicial que la otra parte cumpla a su vez las obligaciones correlativas. Nada más absurdo sería establecer una norma que, con el carácter de general, ordenare lo mismo que previene la fracción XII que se comenta".⁶

En lugar de este sistema, Pallares propuso que el Código autorice que la acción de divorcio, en el caso que se examina, proceda si el otro cónyuge se negare a suministrar alimentos, después que haya sido requerido por la vía judicial o por medio de un Notario Público para suministrarlos.

Después de analizado lo anterior, considero que lo más adecuado sería que la negativa injustificada de los cónyuges de darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161, debe ser una causa directa de divorcio y no se someta a la inconveniencia del juicio previo de alimentos, lo cual sería bastante gravoso para el acreedor alimentario. Además, la acción de petición de alimentos y la acción de divorcio por esta causal, aun cuando pueden tener el mismo contenido, no siguen el mismo procedimiento y llevan fines distintos; una es conservar el matrimonio y la otra a destruirlo, obligando con ello a un cónyuge que ya no quiera continuar el vínculo, a seguir primero el juicio de alimentos, y si fracasa, ahora sí pueda pedir el divorcio. Es más conveniente que cada cónyuge elija, de acuerdo a su situación concreta, si desea continuar el matrimonio o no, cuando se ha dado el incumplimiento en comento. En el primer caso elegirá la acción de alimentos, y en el segundo la acción de divorcio. Aunado a ello, debemos darnos cuenta que un altísimo número de matrimonios de nuestra sociedad están conformados por personas de escasos recursos económicos, lo cual les hace imposible pagar un juicio, mucho menos lo harán con dos. Apoya esta opinión la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la

⁶ PALLARES Eduardo. EL DIVORCIO EN MEXICO. Edit. Porrúa; Sexta Edición; México, D.F., 1991. pag. 88.

Nación citada por Chávez Asencio, que dice: "Esta causal de divorcio requiere de una cuidadosa aplicación, porque se corre el riesgo de que, por confusión se le dé el tratamiento que corresponde a la acción de petición de alimentos entre los cónyuges, confusión derivada de que ambas acciones tienen como causa aparente el mismo contenido, esto es, el incumplimiento del cónyuge demandado a la obligación de ayuda que le impone el matrimonio. Pero ambas acciones de divorcio y de petición de alimentos entre cónyuges, tiene procedimientos diversos y reglas propias de comprobación, diferencias que, provienen fundamentalmente de que persiguen finalidades contrarias, pues mientras la primera destruye el matrimonio, la segunda tiende a conservarlo.

El concepto objetivo de diferenciación radica en el grado, calidad o gravedad del incumplimiento. Así cualquier falta, aunque sea mínima al deber de proporcionar alimentos, funda la acción de petición de alimentos o de aseguramiento en contra del cónyuge incumplido; en cambio, los elementos de la causal de divorcio especificada en la fracción de mérito son en primer lugar la negativa injustificada a cumplir con las obligaciones que impone el artículo 164 del mismo ordenamiento y, en segundo que ese incumplimiento tenga la gravedad suficiente para poner de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a los hijos que haga imposible la vida en común".⁷

Es por lo anterior, que considero conveniente que la causal proceda sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos que puedan tender a su cumplimiento.

Para terminar, resta mencionar que independientemente de la causal como divorcio, el acreedor alimentario puede buscar acudir a los tribunales penales, ya que el incumplimiento comentado puede constituir un delito, según se determina en la sección tercera de la Parte Especial del Código Penal de Guanajuato, al estatuir como un delito contra la familia en el artículo 196, el incumplimiento de las obligaciones de Asistencia Familiar, que a la letra dice: "Al que injustamente deje de satisfacer obligaciones alimentarias, no suministrando a otro los recursos necesarios para que subsista, se le aplicará prisión de seis meses a tres años y de tres a treinta días multa".

⁷ CHAVEZ Asencio, Manuel F. Op. Cit. pag. 511.

4.-PROPUESTA DE REFORMA A LA FRACCION XII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL.

Para concluir el presente capítulo, cabe mencionar que en base a todas las consideraciones y argumentos expuestos en el número, puedo precisar que el objetivo es que la reforma a la fracción XII del artículo 323 del Código Civil de Guanajuato debe quedar en los siguientes términos:

ARTICULO 323.- SON CAUSAS DE DIVORCIO:

FRACCION XII.-LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES DE DARSE ALIMENTOS DE ACUERDO CON LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 161, SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR PREVIAMENTE LOS PROCEDIMIENTOS TENDIENTES A SU CUMPLIMIENTO.

CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

Una vez que he concluido el presente estudio sobre el divorcio en el Código Civil de Guanajuato en general y la fracción XII del artículo 323 en particular, considero conveniente resumir en esta parte final, las conclusiones que se obtuvieron a lo largo del mismo. Además, es pertinente anotar algunas ideas que quizá logren coadyuvar a despertar la reflexión en la materia que nos ocupa. Las conclusiones las iré presentado en el orden de seguimiento de los capítulos.

I.-Para comenzar, es necesario señalar que fue muy importante conocer los antecedentes históricos del divorcio en la Biblia, el Derecho Romano, el Derecho Canónico y la Legislación Española, porque ello nos enseña, cuales son los orígenes remotos de esta importante Institución Jurídica, y su diferente reglamentación en cada uno de esos sistemas legales.

II.-En nuestra legislación, es el divorcio la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad judicial y fundado en algunas causas expresamente señaladas en la ley, permitiendo a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido. Esta definición del concepto de divorcio en el Código Civil de Guanajuato, la obtuve producto de una posición mental hasta cierto punto ecléctica y basada en las distintas definiciones que se presentaron de varios juristas. En esta definición se especifica que es decretado por "Autoridad judicial", porque en este ordenamiento no hay otra que lo pueda decretar.

Se concluye además, que el divorcio siempre ha sido y será una figura jurídica controvertida, con argumentos a su favor en su mayoría, y en su minoría, en contra.

Además se analizaron los antecedentes históricos del divorcio en nuestro país y se observó que todas las legislaciones o proyectos legislativos del siglo XIX en materia de divorcio, tienen como semejanza un solo tipo de divorcio: el llamado Divorcio-Separación, con ligeras variantes en cuanto a las causales, requisitos formales y

consecuencias jurídicas, son básicamente semejantes. Es hasta la Ley del Divorcio Vincular de 1914, cuando nuestra legislación nacional comienza a aceptar el divorcio vincular.

Se expusieron además, en este capítulo II, los distintos tipos de divorcio que reglamenta el Código Civil del Distrito Federal, por ser este ordenamiento, el que siempre ha marcado la pauta a las legislaciones de las Entidades Federativas. Estas especies de divorcio son: El llamado Divorcio-Separación, el Divorcio Necesario o Contencioso y el Divorcio Voluntario por Mutuo Consentimiento, que entran ya dentro del Concepto Vincular. A su vez, se analizaron las dos vías por las que en el Distrito Federal se puede obtener el divorcio voluntario, como son, la vía judicial y la vía administrativa. Esta última da origen al Divorcio Voluntario de tipo administrativo que se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil (En el Distrito Federal se le sigue denominando "Juez" y no "Oficial"). Es ésta una forma polémica de obtener el divorcio por la ligereza y facilidad con que se decreta la disolución del vínculo matrimonio de los cónyuges que se encuentran en los supuestos exigidos por el artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal. Este medio, no lo censuro como forma de obtener el divorcio, ya que puede ser aceptable que la autoridad ante quien se celebró el matrimonio pueda también declarar su disolución. El problema es la simpleza de trámites que maneja la legislación del Distrito Federal para obtenerlo, en virtud de que, como atinadamente afirma Pallares, se deben exigir mayores medios probatorios que acrediten fehacientemente que es imposible ya la vida en común. Por otro lado, considero que es aquí también donde algunas instituciones estatales interesadas directamente en la permanencia y estabilidad de los matrimonios, deben intervenir y ser enterados mediante una participación obligatoria en el caso concreto de los cónyuges que se pretenden divorciar, ya que al conocer el problema, posiblemente éste pueda ser superado mediante la intervención seria y responsable de esos organismos. De otra forma se da una salida fácil para los cónyuges que pretenden disolver el matrimonio. Quiere decir esto, que con una regulación más seria y estricta, este tipo de divorcio podría ser aceptado por nuestra legislación civil local.

En el divorcio necesario y en el voluntario por vía judicial, fueron interesantes algunas formas que ha llevado a cabo la legislación del Distrito Federal, que comentamos más ampliamente al analizar el divorcio en el Código Civil de Guanajuato.

III.-En el capítulo III se estudió el divorcio en el Código Civil de Guanajuato, y en este ordenamiento, a diferencia de el Distrito Federal, no se reglamenta el divorcio voluntario administrativo. Solamente se regulan el mal llamado Divorcio-Separación, que no rompe el vínculo conyugal y el divorcio vincular con sus dos especies, que son: El Divorcio Necesario o Contencioso y el Voluntario por Mutuo Consentimiento.

a) Si tomamos en cuenta que una de las profesiones que más requiere de un manejo preciso del lenguaje es el Derecho, podemos notar un problema de conceptualización en lo que la doctrina llama Divorcio por Separación de Cuerpos, ya que me parece incorrecto denominarlo así, toda vez que en el auténtico divorcio vincular también existe una separación de cuerpos. Es más, esta separación de este supuesto divorcio no existe de manera legal, ya que subsisten en ambos cónyuges las demás obligaciones propias del matrimonio, excepto la de cohabitar juntos. Se concluye que es más bien, un Estado Jurídico en donde, como dispone el artículo 332 del Código Civil, se suspende sólo la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, quedando subsistentes las mencionadas obligaciones.

b) En la reglamentación del divorcio por mutuo consentimiento me parece adecuado que nuestra legislación agregue como requisito para el mismo, la presentación de un convenio similar al que se refiere el artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal, ya que ello dará mayor seguridad a los cónyuges, y sobre todo a los hijos, en cuanto a sus derechos y obligaciones, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado éste. Pienso que este convenio podría agregarse como un párrafo más al artículo 328 del Código Civil de Guanajuato, quedando en los siguientes términos:

Artículo 328.-El divorcio por mutuo consentimiento se tramitará en la forma que establezca el Código de Procedimientos Cíviles.

Los cónyuges que tramiten este tipo de divorcio están obligados a presentar al juez para su aprobación, un convenio en el que se fijen los siguientes puntos:

I.-Designación de la persona a quien sean confiados los hijos, en caso de existir estos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II.- Lo relativo al derecho de visita que corresponde al cónyuge que no tenga la custodia de los hijos, en caso de existir éstos;

III.- El modo de subvenir las necesidades de los hijos, en caso de existir éstos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

IV.- El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

V.- En caso de pactarse, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlas, y

VI.- La manera de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento, si bajo este régimen se casaron, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Al efecto, también será necesario agregar en el artículo 696 del Código de Procedimientos Civiles, la exigencia de acompañar este convenio a la presentación de la demanda de divorcio por mutuo consentimiento, quedando de la siguiente manera:

Artículo 696.-Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse voluntariamente, deberán ocurrir al tribunal competente, presentando el convenio que se exige en el artículo 328 del Código Civil, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de sus hijos menores.

Aunado a lo anterior es necesario modificar también el artículo 697 del Código Adjetivo Civil, a fin de adicionar lo relativo a la aprobación del convenio, y decisión sobre el hecho de que queden debidamente garantizados los derechos de cónyuges e hijos.

De esta manera, se da una estructuración más precisa y completa al divorcio por mutuo consentimiento.

c)Se analizó además, la estructura casuística del artículo 323 del Código Civil de Guanajuato, y del mismo se desprende la justificación de reformar algunos puntos. Por ejemplo:

En la regulación de la fracción VI que maneja una causa eugenésica del divorcio; con relación al artículo 332 del mismo ordenamiento, pienso que a este artículo debería agregarse una disposición que faculte al Ministerio Público, como Representante Social, a poder solicitar la suspensión de la cohabitación de los cónyuges, en virtud de que no debe dejarse a la absoluta voluntad del cónyuge sano, el pedir dicha separación o no, porque

ello implica que sería éste quien decida si se transmite o no la enfermedad a los hijos si los hay, ya que es obvio que en este supuesto hay una razón de interés público para ello. Prueba de esto es que este acto, el Código Penal lo tipifica como delito en el artículo 233. Sin embargo, no se debe llegar tampoco a la exageración que pretende Rojina Villegas, de establecer un divorcio obligatorio, el cual según él, puede ser pedido por el Ministerio Público, los padres o los hijos mayores. Desde mi punto de vista, no se debe privar a los cónyuges de poseer la facultad exclusiva de ejercer la acción de divorcio. De por sí, el otorgar al Ministerio Público la facultad de suspender la cohabitación es un acto delicado que requiere una reestructuración y revaloración adecuada en la función de este representante social, a fin de que no se preste dicha facultad a un manejo ligero y vulgar, sino siempre velando por los intereses en este caso, del cónyuge sano, y sobre todo de los hijos, en caso de contagio si ya existen o de transmisión hereditaria si no los hay todavía.

Por otro lado, en relación a la fracción X del mismo artículo, considero que la Declaración de Ausencia debe subsistir como causa de divorcio; pero la Declaración de Presunción de Muerte, sí debe ser causa automática de disolución del matrimonio. Aunque como dice Chávez Asencio, no es lo mismo la muerte comprobada que la presunción de la misma, sin embargo, la declaratoria de presunción de muerte trae muchas consecuencias jurídicas como si fuera una muerte comprobada, por lo que sería lógico que también extinguiera automáticamente el matrimonio.

IV.- Se llevó a cabo con una exposición breve de las consecuencias jurídicas del divorcio, justificando la necesidad de una amplia reflexión sobre las mismas, a fin de buscar, cada día, la forma de dar mayor seguridad y protección, tanto a los cónyuges como a los hijos, una vez que se decreta la disolución del vínculo matrimonial. Por ejemplo, reformar el artículo 468 que da el ejercicio de la patria potestad, después de a los padres, a los abuelos paternos y luego a los maternos; debiéndose modificar para que el juez decida a que ascendiente debe entregarse, de acuerdo a lo que más convenga a los hijos.

V.- Se estudiaron las correlativas a la fracción XII del artículo 323 del Código Civil, en otras Entidades Federativas y se estableció la Jurisprudencia más importante emitida por los Tribunales Federales, con lo cual se aclara lo que proponemos, aún cuando

algunos Códigos Civiles Locales, se limitan a seguir la reglamentación que vaya dando la Legislación del Distrito Federal.

VI.-En lo que concierne al análisis de la fracción XII del artículo 323 del Código Civil de Guanajuato, se concluye que su estructura actual debe ser modificada en el sentido de agregar que la negativa de los cónyuges de darse alimentos debe ser injustificada, ya que pudiera existir una causa de justificación que fundamente esa negativa. Además, se propone que se otorgue la acción de divorcio de manera directa, sin necesidad de hacer valer primero los derechos que correspondan para hacer efectivos los alimentos. Es por ello que en base a las consideraciones expuestas en el capítulo VI, se propone que la citada fracción quede en los siguientes términos:

Artículo 323.- SON CAUSAS DE DIVORCIO:

FRACCION XII.-LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES DE DARSE ALIMENTOS DE ACUERDO CON LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 161, SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR PREVIAMENTE LOS PROCEDIMIENTOS TENDIENTES A SU CUMPLIMIENTO.

Cabe observar también, que a fin de garantizar a los menores su educación, y con el objetivo de adaptar el Código Civil a la nueva realidad en materia educativa, sería conveniente que al artículo 362 se le suprima lo relativo a "educación primaria" y se agregara "educación básica". De esa manera queda otra vez completo el contenido de concepto de alimentos.

Por último, debo manifestar que de todo lo observado a lo largo del presente trabajo, aprendí también que una Institución Jurídica tan importante como lo es el Divorcio, no puede agotarse en un sólo estudio, sino que requiere de un inmenso análisis que lleve al legislador a irlo perfeccionando cada vez más. Podemos inferir que el

Matrimonio está viviendo una severa crisis en todos los aspectos, que conllevan a un gran deterioro de la organización familiar, como célula de la sociedad. Existe una crisis impresionante de valores. El hombre está descuidando su aspecto axiológico.

No se necesitan datos estadísticos para palpar a nuestro alrededor, la proliferación del divorcio, el fracaso de los matrimonios. Esto nos permite pensar que el problema no está en el divorcio, como remedio a ésta situación, sino en la enfermedad que están viviendo los hogares. Este trabajo, fue para mí un trampolín que me lanzó a plantearme una gran cantidad de cuestiones referentes a estas dos instituciones.

Se debe revalorizar y redefinir el matrimonio, no sólo en lo jurídico, sino en el nivel de conciencia social, y ello implica una labor educativa permanente, constante y prolongada, a través de las nuevas generaciones.

Se puede cuestionar por ejemplo, la estructura casuística del artículo 323, y hay autores que pretenden suprimirlo y reducir todo a una sola razón; el matrimonio se ha roto.

Se plantea también como indispensable el auxilio a los Jueces de Instituciones Estatales interesadas en el bienestar de los hijos menores y la adecuada integración del hogar. Las Instituciones educativas podrían cumplir una labor importante al respecto.

Debería existir un organismo estatal encargado de establecer cursos prematrimoniales, como condición para contraer matrimonio, a fin de que conozcan la realidad jurídica y social a la que se van a incorporar y no lleguen a ser los cónyuges, como un mueble más en el hogar. Por ejemplo, la realidad nos demuestra que son verdaderas excepciones, aquellos matrimonios que deliberan acerca de la conveniencia de la separación de bienes o de la sociedad conyugal, y se limitan a firmar en el acto, los documentos que les exhibe el Oficial del Registro Civil.

Son pues, bastantes los cuestionamientos que nos pudiéramos plantear y a los cuales convendría dedicar un amplio estudio.

Como una voz de alerta, es necesario un acercamiento entre el legislador y la realidad que vive la organización familiar y el caso del divorcio. No debemos olvidar, que la ley en general, pero muy especialmente en el derecho de familia, debe establecerse en un sentido profundamente humano y protector de los miembros del grupo familiar que se encuentran más vulnerables a sufrir una situación de desventaja o injusticia: los menores

de edad, la mujer dedicada al trabajo del hogar, los incapacitados, los enfermos, los ancianos, etc. El legislador no debe monopolizar su atención a cuestiones electorales o administrativas, sino enfocarse a estudiar las Instituciones que están en peligro de llevar a la sociedad al naufragio. Sin duda, es una prioridad, debemos buscar los medios legales de mejorar la organización familiar para que sean cada vez menos los matrimonios que terminen en divorcio; y cuando irremediablemente se presente éste, regularlo de la manera que se busque proteger y dar la mayor seguridad posible, para que los excónyuges y sobre todo los hijos, continúen buscando su desarrollo humano integral.

BIBLIOGRAFIA.

I.- LIBROS Y COMPENDIOS

- 1 ALONSO Schökel y Juan Mateos; NUEVA BIBLIA ESPAÑOLA. Ediciones Cristiandad. Madrid, España, 1975.
- 2 BAÑUELOS Sánchez Froylán. EL DERECHO DE ALIMENTOS. Edit. Sista, Tercera edición; México, D.F.; 1992.
- 3 BAQUEIRO Rojas, Edgar y otro. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Edit. Harla. México, D.F.; 1990.
- 4 CHAVEZ Asencio, Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Edit. Porrúa. Segunda edición. México, D.F.; 1990.
- 5 FLORIS Margadant, S. Guillermo. INTRODUCCION A LA HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO. Edit. Esfinge; Séptima edición; México, D.F.; 1986.
- 6 GALINDO garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL. Décima segunda Edición; Edit. Porrúa.; México, D. F. 1993.
- 7 GONZALEZ de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. LOS DELITOS. TOMO III. DELITOS SEXUALES. Impresos Unidos, S. de R.L.; México, D.F.; 1944.
- 8 GUILLEN Mandujano, Jorge y otro. COMPILACION DE JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS IMPORTANTES EN MATERIA DE FAMILIA. 1917 a 1988. TOMO II DIVORCIO. México, 1992. Imprenta Aldina.
- 9 MONTERO Duhalt, Sara. DERECHO DE FAMILIA. Edit. Porrúa; Quinta Edición; México, D.F.; 1992.
- 10 PALLARES, Eduardo. EL DIVORCIO EN MEXICO. Edit. Porrúa.; Sexta edición; México, D.F.; 1991.

- 11 ROJINA Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO I Edit. Porrúa; vigésima primera edición; México, D. F.;1986.
- 12 SANCHEZ Medal, Ramón. LOS GRANDES CAMBIOS DEL DERECHO DE FAMILIA EN MEXICO. Segunda edición: Edit. Porrúa; México, D.F.: 1991.

II.- LEYES Y CODIGOS

- 13 Código Civil para el Estado de Aguascalientes.
- 14 Código Civil para el Estado de Campeche.
- 15 Código Civil para el Estado de Coahuila.
- 16 Código Civil para el Estado de Colima.
- 17 Código Civil para el Estado de Chihuahua.
- 18 Código Civil para el Distrito Federal.
- 19 Código Civil para el Estado de Durango.
- 20 Código Civil para el Estado de Guanajuato.
- 21 Código Civil para el Estado de México.
- 22 Código Civil para el Estado de Michoacán.
- 23 Código Civil para el Estado de Puebla.
- 24 Código Civil para el Estado de Querétaro.
- 25 Código Civil para el Estado de Sonora.
- 26 Código Civil para el Estado de Veracruz.
- 27 Código Civil para el Estado de Yucatán.

- 28 Código Civil para el Estado de Zacatecas.
- 29 Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.
- 30 Código Penal para el Estado de Guanajuato.
- 31 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 32 Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.

III.- DICCIONARIOS

- 33.- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO. OCEANO UNO Edición 1993.