



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

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

320809
24
2ej

"ANALISIS DE LOS ARTICULOS 268 Y 281 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S

QUE PRESENTA

**LUIS MANUEL
HERNANDEZ CAYON**

PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS:
LIC. CARLOS OCAÑAS BENAVIDES

MEXICO, D.F.

1994

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERCHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ANALISIS DE LOS ARTICULOS 268 Y 281 DEL CODIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL

TESIS QUE PRESENTA

LUIS MANUEL HERNANDEZ CAYON

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. CARLOS OCAÑAS BENAVIDES.

CON AMOR Y RESPETO
A MIS PADRES, MANUEL Y
LUZ MARIA; DE QUIENES
ESTOY ORGUYOSO.
GRACIAS.

A MI HERMANA
LIZBETH, DE QUIEN DESDE
SU INICIO EN LA VIDA,
CAMINAMOS JUNTOS HASTA
LOGRAR ESTA META.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS
POR SU AMISTAD Y APOYO,
VALOR INSUPERABLE.
GRACIAS.

CON TODA ADMIRACION Y CARINO,
AL LIC. RAUL ZENIL Y ORONA COMO
EJEMPLO DE UN BRILLANTE PROFESIONAL
EN LA CIENCIA DEL DERECHO; Y A SU
FAMILIA, ESPECIALMENTE A TI. ELI.

GRACIAS.

A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
POR HABERME ABIERTO LAS PUERTAS Y
PERMITIRME SER PARTE DE ELLA, Y LOGRAR
UNA DE MIS METAS MAS ANHELADAS; POR LO
CUAL AGRADEZCO SU APOYO.

CON UN AMOR SINCERO, A ALGUIEN
QUE COMPARTIO MOMENTOS FELICES
Y DIFICILES A MI LADO, Y QUE
CON SU COMPRESION Y APOYO,
HIZO POSIBLE EL TERMINO DE MIS
ESTUDIOS. A TI.

GRACIAS.

A DIOS

POR DARMÉ LA OPORTUNIDAD DE VIVIR Y
POR DARMÉ SERENIDAD PARA ACEPTAR LAS
COSAS QUE NO PODEMOS CAMBIAR, VALOR
PARA CAMBIAR LAS QUE PODEMOS Y SABIDURIA
PARA CONOCER LA DIFERENCIA.

A MIS MAESTROS

POR LOS CONOCIMIENTOS QUE ME DIERON
EN MI VIDA ESTUDIANTIL, Y POR ENSEÑARME
QUE LA LIBERTAD NATURAL Y TOTAL DEL SER
SOLO EXISTE EN SU EQUILIBRIO.

AL LIC. CARLOS OCAÑAS BENAVIDES
Y AL LIC. JOSE LUIS RIPOLL GOMEZ
ASESOR Y DICTAMINADOR RESPECTIVAMENTE
DE LA PRESENTE TESIS, POR SU APOYO Y
TIEMPO BRINDADO, GRACIAS.

AGRADEZCO A MI SENSEI, JAIME ESCAMILLA
QUE EN LA DISCIPLINA DEL KARATE, ME HIZO
COMPRENDER LA JUSTICIA, CORTESIA, TOLERANCIA Y
CONSTANCIA; ASI COMO EL RESPETO A DIOS, A NUESTROS
PADRES, MAESTROS Y SEMEJANTES EN GENERAL.

GRACIAS.

ME AGRADESCO ESPECIALMENTE, POR SER
UN HOMBRE, QUE PARA LOGRAR ALGO EN
LA VIDA, SE NECESITA VALOR, ESTUDIO,
DEDICACION, TOLERANCIA, AMOR Y FE;
QUE AUNADAS LOGRARON ESTA META.

A MI.

A MIS GRANDES AMIGOS:

FERNANDO, RAMON, GUILLERMO Y
SUSANA; POR SER UN APOYO EN
MI VIDA.

QUE DIFICIL ES GANAR UN AMIGO
EN UN AÑO; PERO QUE FACIL ES
PERDERLO EN UN MOMENTO.

SE ENNOBLECE LA VIDA:

Cultivando tres cosas:

la bondad, la sabiduría y la amistad.

Buscando tres cosas:

la verdad, la filosofía y la comprensión.

Amando tres cosas:

la caballerosidad, el valor y el servicio.

Gobernando tres cosas:

el carácter, la lengua y la conducta.

Apresando tres cosas:

la cordialidad, la alegría y la decencia.

Defendiendo tres cosas:

el honor, los amigos y los débiles.

Admirando tres cosas:

el talento, la dignidad y la gracia.

Excluyendo tres cosas:

la ignorancia, la ofensa y la envidia.

Combatiendo tres cosas:

la mentira, el ocio y la calumnia.

Conservando tres cosas:

la salud, el prestigio y el buen humor.

" Todo hombre tiene libertad para hacer lo que quiera,
siempre y cuando no infrinja la libertad de otro hombre. "

I N D I C E

ANALISIS DE LOS ARTICULOS 268 Y 281 DEL CODIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION.	I
CAPITULO I	
NOCIONES GENERALES DEL DIVORCIO.	2
1.1. Antecedentes históricos del divorcio.	2
1.1.1. El Código Civil de 1870.	2
1.1.2. El Código Civil de 1884.	5
1.1.3. Ley sobre el Divorcio de 1914.	6
1.1.4. Ley de Relaciones Familiares.	7
1.1.5. El Código Civil de 1928.	8
1.2. Concepto de Divorcio.	11
1.3. Clases o tipos de divorcio.	14
1.3.1. El Divorcio Administrativo.	14
1.3.2. El Divorcio Voluntario o Judicial.	16
1.3.3. El Divorcio Necesario o Contencioso.	17
1.4. Efectos jurídicos del divorcio.	22
1.4.1. En cuanto a los cónyuges.	22
1.4.2. En cuanto a los hijos.	23
1.4.3. En cuanto a los bienes.	25
CAPITULO II	
EL DESISTIMIENTO PROCESAL.	28
2.1. Concepto de desistimiento.	28
2.2. Elementos del concepto de desistimiento.	31
2.3. Tipos de desistimiento procesal en México.	34

2.3.1. El desistimiento de la acción.	34
2.3.2. El desistimiento de la instancia.	42
2.4. Efectos del desistimiento en general.	50
CAPITULO III	
ANALISIS DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.	55
3.1. Antecedentes históricos del artículo 268 del Código Civil .	55
3.1.1. En el Código Civil de 1870.	55
3.1.2. En el Código Civil de 1884.	56
3.1.3. En la Ley sobre el Divorcio de 1914.	57
3.1.4. En la Ley de Relaciones Familiares.	58
3.1.5. En el Código Civil de 1928.	58
3.2. Interpretación de el artículo 268 vigente.	59
3.2.1. Elementos de el artículo 268 del Código Civil vigente.	60
3.3. Ventajas y desventajas del artículo 268.	72
CAPITULO IV	
ANALISIS DEL ARTICULO 281 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.	77
4.1. Antecedentes históricos del artículo 281 del Código Civil.	77
4.1.1. En el Código Civil de 1870.	77
4.1.2. En el Código Civil de 1884.	78
4.1.3. En la Ley sobre el Divorcio de 1914.	79
4.1.4. En la Ley de Relaciones Familiares de 1917.	80
4.1.5. En el Código Civil de 1928.	80
4.2. Interpretación del artículo 281 vigente.	81

4.2.1. Elementos del artículo 281 del Código Civil.	82
4.4. Ventajas y desventajas del artículo 281.	89
4.5. Propuestas.	90

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

INTRODUCCION.

El Derecho de Familia es de gran interés para la sociedad mexicana - en virtud de los valores primordiales que esta rama de la ciencia jurídica salvaguarda.

La familia es el centro del ordenamiento social, no solamente porque constituye el grupo por excelencia que asegura la reproducción de la especie a través de las generaciones, sino por que en su seno es donde se generan y desarrollan los más altos valores de la convivencia humana.

Sin embargo cuando existen conflictos en el seno familiar, el Estado a través de los órganos públicos jurisdiccionales o legislativos, debe intervenir para resolverlos de acuerdo con la legislación vigente; surge así el mal necesario llamado divorcio, en cuya regulación el Estado vela también por la integridad familiar, restringiendo entonces los medios de disolución familiar y de ahí la importancia de un estudio de las causales - que provocan la ruptura del vínculo conyugal, causales que han aparecido, desaparecido o transformado según las necesidades familiares.

Ahora bien, por la importancia que ha venido adquiriendo la institución del divorcio dentro de nuestra estructura social, es necesario que - el legislador analice a fondo los preceptos legales que regulan dicha institución, de ahí que el motivo del presente trabajo sea el análisis de 2 importantes artículos, por medio de los cuales también puede disolverse - el matrimonio, siendo estos, el 268 y el 281 ambos del Código Civil para el Distrito Federal, ya que de los mismos se sugieren distintas posturas -

II

interpretativas, que en algunos casos según el criterio que se adopte podrían terminar indebidamente con una relación matrimonial y de ahí la importancia de su análisis.

Una vez analizados los preceptos jurídicos antes citados, se podrá comprender su aplicación en la práctica.

Para lograr el objetivo planteado, fue necesario dividir nuestro trabajo en cuatro capítulos, en los cuales hemos utilizado el método deductivo, aportando al final las conclusiones a las cuales se llegó.

En el primer capítulo haremos mención de las nociones generales del divorcio, señalando sus antecedentes históricos desde 1870 hasta la actualidad; su concepto, clases o tipos de divorcio que existen en México y los efectos jurídicos del mismo.

Asimismo, en el segundo capítulo trataremos lo que es el desistimiento procesal, iniciando con el concepto y sus elementos, y después los tipos de desistimiento que existen en nuestro país y sus efectos jurídicos.

Posteriormente, en nuestro tercer capítulo realizaremos un análisis particular del artículo 268 del Código Civil actual, desde sus antecedentes históricos de 1870 hasta la actualidad, estudiando sus elementos y finalmente mencionando las ventajas y desventajas jurídicas de este sistema.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo expondremos un análisis particular del artículo 281 del mismo ordenamiento, señalando sus antecedentes históricos desde 1870 hasta la fecha, sus elementos y estudiaremos

III

la relación que guarda con el artículo 268, mencionando así las ventajas y desventajas del sistema y concluyendo con las propuestas que sugerimos es necesario se lleven al cabo, para poder resolver el problema planteado.

Para llevar al cabo lo anteriormente expuesto, utilizamos como fuente de investigación únicamente la documental, consistente en bibliografía nacional y extranjera, así como, nuestra legislación y opiniones que han sustentado nuestros máximos tribunales, como cortes de otros países.

Resta señalar que el estudio del tema al que hemos avocado, no sólo tiene una importancia y aplicación teórica o doctrinal, sino que además - lleva en sí un interés práctico, ya que día a día, nuestros tribunales - interpretan y actualizan las normas jurídicas que aquí se analizan, aplicandolas en sentencias de casos concretos que les son sometidos a su consideración.

Esperamos que con la realización de este trabajo se haya contribuido a un mejor entendimiento de los artículos antes citados, ya que en el curso del mismo, se intentaron plasmar los elementos idóneos que permitan al lector comprender los problemas de interpretación y aplicación, así como, la dimensión de sus consecuencias jurídicas e incluso sociales.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DEL DIVORCIO

SUMARIO

1.1. Antecedentes históricos del divorcio. 1.1.1. El Código Civil de 1870. 1.1.2. El Código Civil de 1884. 1.1.3. Ley sobre el Divorcio de 1914. -- 1.1.4. Ley de Relaciones Familiares. 1.1.5. El Código Civil de 1928. 1.2. Concepto de divorcio. 1.3. Clases o tipos de divorcio. 1.3.1. El Divorcio Administrativo. 1.3.2. El Divorcio Voluntario o Judicial. 1.3.3. El Divorcio Necesario o Contencioso. 1.4. Efectos jurídicos del divorcio. 1.4.1. En cuanto a los cónyuges. 1.4.2. En cuanto a los hijos. 1.4.3. En cuanto a los bienes.

Por lo que toca a este capítulo primero del trabajo a exponer, nos referiremos a los antecedentes históricos del divorcio en las diferentes legislaciones que han surgido en México apartir de 1870 hasta la ley vigente; así como, también daremos algunos conceptos del divorcio, que dan diferentes tratadistas, para después, señalar los diferentes tipos de divorcio que se regulan en nuestro país, y posteriormente concluir con los efectos jurídicos que acarrea el citado divorcio.

1.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.

En este punto haremos un breve comentario del mencionado divorcio en las diferentes legislaciones de México, como es el caso del Código Civil de 1870; El Código Civil de 1884; Ley sobre el Divorcio de 1914; Ley de Relaciones Familiares; y El Código Civil de 1928.

1.1.1.- EL CODIGO CIVIL DE 1870.

No obstante que durante los años de 1858 y 1860, Don Justo Sierra, por encargo del Presidente Benito Juárez, elaboró un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, que se inspiraba en instituciones más evolucionadas del Derecho Francés, su entrada en vigor se demoró por espacio de diez años debido a los acontecimientos que convulsionaron al país durante ese tiempo. No fue sino hasta el 8 de diciembre de 1870, fecha en que ya restaurada la República, la comisión forma-

da, por Antonio Martínez de Castro, a la sazón Ministro de Justicia, aprobó entre otros cuerpos legales, el expresado proyecto de Código Civil elaborado por Justo Sierra. (1)

Dentro de las innovaciones importantes que en materia de divorcio introdujo este Código, encontramos las siguientes:

El Código Civil de 1870, fue el primer cuerpo legal de México que reglamentó el divorcio por mutuo consentimiento, claro no disolviendo el vínculo matrimonial, sólo permitiendo la separación de los cuerpos, evolucionando con el concepto tradicionalmente aceptado de que el Estado no podía dejar al arbitrio de los particulares la separación de los cuerpos, ya que ello atentaba contra los fines y estructura de la familia.

Al respecto el Maestro Rojina Villegas dice que " Este ordenamiento se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio como la institución indisoluble, debido a lo cual, impuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades." (2)

Tan es así, que los cónyuges para obtener finalmente su separación debían pasar por lo menos por una serie de separaciones temporales y en las que las que el juez exhortaba a los cónyuges al finalizar cada una de ellas a que se desistieran del juicio de divorcio, y finalmente intentaba en la última audiencia que se reconciliaran antes de que pronunciara la -

-
- (1) PAZ NAVARRO, Martha del Rocío. Tesis sobre iniciativa de reformas al Capítulo de Patria Potestad en el Código Civil Vigente. Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, Universidad Intercontinental México, 1984, Pág. 18.
- (2) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 6ª Edición, Porrúa, México, 1985, Pág. 389.

sentencia definitiva. En este Código se prohibía el divorcio por separación de cuerpos cuando se tratara de un matrimonio que llevara veinte años o más de constituido, y para que se pudiera llevar a cabo el divorcio por separación de cuerpos debían haber transcurrido dos años como mínimo, desde que se hubiera celebrado el matrimonio, ya que si no era así, la acción de divorcio era improcedente.

Consecuentemente con lo anterior, es importante resaltar que atinadamente el legislador de 1870, no incluyó al divorcio por mutuo consentimiento, entre las causas de divorcio necesario, ya que el mencionado divorcio voluntario debe tener una reglamentación específica, pues aquí sólo importa como motivo que origine la separación, la voluntad de los cónyuges que es disolver el vínculo matrimonial, lo cual por razones de tipo sistemático, debe estar contemplado en un apartado diverso en cualquier Código Civil que se trate.

A continuación, señalaremos las causales de divorcio que contemplaba el Código Civil de 1870, en su artículo 240, que a la letra dice:

"Artículo 240.- 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 cualquiera 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 connivencia a su corrupción;
- 5@ El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;
- 6@ La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél; y
- 7@ La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro."

De la descripción del anterior artículo, podemos comentar que, es muy parco y débil, ya que no hace mención a otras causas que podían surgir ya en el matrimonio por la desavenencia de los cónyuges o bien por la incompatibilidad de caracteres.

Podemos decir a lo anterior que lo único que los diferencia al Código de 1870 con el de 1884, es que el primero establecía mayores requisitos, - audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos; mientras que el segundo redujo considerablemente dichos trámites.

1.1.2. - EL CODIGO CIVIL DE 1884.

En este Código, cuando ambos cónyuges querían separarse del lecho y - habitación debían acudir ante el juez para que éste decretara la separación de cuerpos, ya que forzosamente debía decretarse tal divorcio por una autoridad competente, no bastando la simple voluntad de los cónyuges.

Como se dijo anteriormente, este Código redujo notablemente los trámites de divorcio y por lo tanto, hizo más fácil la separación de cuerpos.

Por lo que respecta al Código Civil de 1884 en su artículo 227 menciona las siguientes causas de divorcio:

- 1) El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer.
- 3) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea por incontinencia carnal.
- 4) El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la - convivencia en su corrupción.

- 5) El abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de un año.
- 6) La sevicia, las amenazas o las injurias de un cónyuge para con el otro.
- 7) La acusación falsa hecha de un cónyuge para con el otro.
- 8) La negativa de uno de los cónyuges a administrar alimentos al otro conforme a la ley.
- 9) El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrado el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- 10) Los vicios de juego incorregibles de juego y embriaguez.
- 11) La enfermedad crónica e incurable.
- 12) La infracción a las capitulaciones matrimoniales.
- 13) El mutuo consentimiento.

En este precepto, podemos ver que, ya hay más causas de divorcio que en el de 1870, introduciendo, ya el mutuo consentimiento dentro de éstas, fracción que para nosotros debía estar regulada en un artículo especial de la ley, asimismo, sigue siendo débil este artículo, por lo cual deberá de analizarse más a fondo.

1.1.3.- LEY SOBRE EL DIVORCIO DE 1914.

Dentro de las legislaciones del siglo XIX se encuentra la Ley del Matrimonio civil de 1859 expedida por Benito Juárez, en la cual le quitan el carácter sacramental al matrimonio, originando con esto que se pueda establecer el divorcio vincular. (3)

(3) MONTERO DUHALT, Sara. Voz " Divorcio ", Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M, México, 1983, Tomo II, Pág. 1185.

La Ley de 1914 en su artículo primero dispuso que: " El matrimonio - podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo o libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas, que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima."(4)

Fue esta ley el inicio de una nueva etapa en materia familiar, pues - rompió con los tradicionales modales de la indisolubilidad del matrimonio, - para dar un gran paso al permitir la ruptura del vínculo conyugal. En seguida analizaremos la Ley de Relaciones familiares, que fue una de las más sobresalientes de su género.

1. 1.4.- LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

En 1917 el primer Jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza promulga la Ley de Relaciones Familiares que viene a romper definitivamente con las ideas del Derecho Canónico y declarará en su artículo 13 de una manera clara y determinante, que el matrimonio es un vínculo disoluble y en su artículo 65 manifiesta que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Así pues, la Ley de Relaciones Familiares introdujo el divorcio ya - no como una simple separación de cuerpos, sino como disolución del vínculo.

(4) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit. Pág. 376.

En cuanto a esta ley, el Maestro Eduardo Pallares manifiesta:

"La importancia de esta reforma, la subrayé en el comentario la Ley de que se trata, publicado por mí poco tiempo después de la promulgación de dicho ordenamiento. Dije entonces:

La nueva Ley de Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, y destructora del núcleo familiar. Sacude al edificio social en sus cimientos, y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable." (5)

Con respecto al anterior criterio, es de manifestarse que si bien es cierto, que el divorcio concebido por la ya citada Ley es destructor del núcleo familiar, también lo es que esta institución es necesaria para el desarrollo armónico de los integrantes de la familia sino de la colectividad.

1.1.5.- EL CODIGO CIVIL DE 1928.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, desde el 2 de octubre de 1932, regula el divorcio en sus artículos del 266 al 291. Permite este ordenamiento tanto el divorcio vincular, como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. Reprodujo las mismas causales de la Ley de Relaciones Familiares y suprime las infracciones a las capitulaciones matrimoniales que regulaba el Código Civil de 1884, como causal e introduce nuevas como son padecer vicios, y dentro de éstos no sólo la embriaguez consuetudinaria, sino también el uso inmoderado de drogas enervantes y el juego.

(5) PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 3ª Edición, Porrúa, México, 1981, Págs. 35 a 36.

Finalmente se establecen 18 causas de divorcio en nuestro artículo 267 del multicitado Código vigente. Con la entrada en vigor del expresado ordenamiento, se inició un proceso legislativo tendiente a la igualdad del varón y la mujer frente a la ley, proceso que ha continuado evolucionando hasta la actualidad.

por lo que hace al artículo 267 señala las causas de divorcio, el —
cual preceptúa :

"Artículo 267.- Son causales de divorcio:

- I.- El adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges;
- I.I.- 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;
- I.I.I.- 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;
- I.V.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge a otro para cometer un 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;
- V.I.- 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;
- V.I.I.- Padecer enajenación mental incurable;
- V.I.I.I.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- I.X.- La separación del hogar conyugal 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 presunción de muerte, en los casos de excepción en que no necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia.
- X.I.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;
- X.I.I.- La negativa injustificada de los cónyuges a darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que

no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden, los artículos 165 y 166;

- X.I.I.I.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- X.I.V.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político pero que sea infamante, por lo cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- X.V.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina - de la familia o constituyen continuo motivo de desaveniencia conyugal;
- X.V.I.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.
- X.V.I.I.- El mutuo consentimiento;

Soñ estas, las causales de divorcio que regulaba el Código Civil de 1928.

Respecto de dicho artículo, podemos decir que, el legislador amplió más las causas de divorcio, pero sigue estando contemplado en las causales el mutuo consentimiento, siendo que debería estar estipulado en un precepto muy especial, toda vez, que no es causa de divorcio, ya que es la misma voluntad de los cónyuges separarse.

Por otro lado, no puede decirse que en rigor este Código precise el concepto de divorcio, sino que opta, conforme a una atinada técnica legislativa, por definir sólo las consecuencias que produce el divorcio, ya que el citado artículo 266 del ordenamiento aludido, dice:

"Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Por lo anterior, podemos ver que, si efectivamente el artículo 266 señala las consecuencias jurídicas que trae consigo el divorcio.

Una vez, que hemos hecho un breve comentario a cerca de los antecedentes históricos del divorcio en México, pasaremos ahora a realizar una serie de conceptos que los tratadistas del derecho han hecho, así como, los que el legislador ~~de~~ ^{de} ~~de~~.

1. 2.- CONCEPTO DE DIVORCIO.

El término divorcio, proviene " De las voces latinas divortium y divertere, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes." (6)

Ahora bien, los distintos tratadistas del derecho, han elaborado un gran número de conceptos de lo que debe entenderse por divorcio.

Así la Maestra Sara Montero Duhalt dice:

"La palabra divorcio deriva de la voz latina divortium, que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis del matrimonio." "En sentido figurado puede decirse que viven divorciados los cónyuges que ya no comparten los intereses fundamentales de la existencia." (7)

Por lo que hace al Maestro Eduardo Pallares nos comenta:

"El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal, y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros." (8)

Asimismo, se dice que el divorcio es: " La forma legal de extinguir un matrimonio válido, en vida de los cónyuges, por causas surgidas con - -

- (6) MONTERO DUHALT, Sara. Voz " Divorcio " Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M, México, 1983, - - Tomo III, Pág. 1184.
 (7) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 10 Edición, Porrúa, México, 1982, Pág. 33
 (8) PALLARES, Eduardo. Ob.Cit. Pág. 36

posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados -
contraer después un nuevo matrimonio válido." (9)

En nuestra legislación, el divorcio se ha definido de una forma parca
así pues, el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal vigen-
te señala: " El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cón-
yuges en aptitud de contraer otro."

De semejante manera se expresan al respecto otros Códigos de las En -
tidades Federativas, como por ejemplo el del Estado de Hidalgo, que ac -
tualmente en nuestro país tiene la más avanzada y especializada legislación
familiar; en el artículo 98 se dejó a la interpretación precisando que son
los cónyuges o uno de ellos los que están facultados para solicitar el di-
vorcio, y no una tercera persona, salvo el caso de los incapacitados, cuya
regulación es especial. Dicho artículo versa de la siguiente manera: " Di-
vorcio es la ruptura del vínculo conyugal, a petición de uno de los espo -
sos, o de ambos, dejándolos en aptitud de contraer un nuevo matrimonio."

Socialmente, el divorcio es, el fracaso de todo un cúmulo de aspira -
ciones y anhelos que una pareja lleva consigo al contraer matrimonio. Se
dá éste cuando cuando uno o ambos cónyuges no encuentran lo que en tal ma-
trimonio buscaban, por que éste no es lo que en sus sueños de noviazgo - -
jaban o por que uno o ambos han cambiado sus intereses y pierden la anima-
ción del matrimonio, lo que produce una desaveniencia, haciéndose insopor-
table la vida en común, ya sea por acción de uno o ambos de los cónyuges -

(9) MONTERO DUHALT, Sara. Voz "Divorcio", Ob. Cit. Pág. 329.

que ofendan gravemente su moral o dignidad o por un constante de sacuerdo de voluntades.

Visto lo anterior, creemos que el divorcio puede conceptualizarse de la siguiente manera: " Divorcio es un acto jurídico por virtud del cual, - se permite a una pareja unida en matrimonio, separarse jurídicamente uno - del otro, bajo las condiciones que señale la ley respectiva, y que deja a ambos en posibilidad de volver a contrer nupcias."

De dicho concepto, podemos encontrar como elementos característicos - los siguientes:

- 1.- El divorcio es un acto jurídico, es decir, acto voluntario que se realiza a fin de producir determinados efectos jurídicos.
- 2.- La existencia de un matrimonio legalmente establecido: Esto es, que los cónyuges se haya casado conforme a derecho.
- 3.- Existe una separación jurídica: Es decir, desvincular lo que estaba - unido anteriormente.
- 4.- Cumplimiento de requisito legales: Significa reunir varios puntos necesarios, marcados por la ley.
- 5.- La consecuencia de poder contraer matrimonio posteriormente: Esto es, que una vez disuelto éste, pueden volverse a casar.

A continuación, pasaremos a comentar brevemente las clases o tipos de divorcio existente en nuestro país, según lo marca la legislación respectiva.

1.3.- CLASES O TIPOS DE DIVORCIO.

Una vez que se ha hecho mención a la evolución histórica del divorcio, desde el punto de vista legislativo, como también doctrinario de lo que la Ley señala, respecto al multicitado divorcio, es factible exponer ahora las clases de divorcio que hay en la legislación vigente en México, como son el Divorcio Administrativo o ante el Juez del Registro Civil, el Divorcio Voluntario o Judicial y el Divorcio Necesario o Contencioso.

1.3.1.- EL DIVORCIO ADMINISTRATIVO.

El divorcio administrativo se regula en el Código Civil en su artículo 272; este divorcio facilita de una manera extraordinaria la disolución del vínculo matrimonial por que con sólo cumplir con los requisitos establecidos por el citado artículo y que haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio, se obtiene la disolución del vínculo.

El artículo 272 dice:

"Artículo 272.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentaran personalmente al Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio, con las copias certificadas respectivas de que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de separarse. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados levantando el acta respectiva y haciendo las anotaciones correspondientes en la de matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado la sociedad conyugal, y entoces aquellos sufrirán las penas que establece el Código de la materia..."

Del anterior artículo el Maestro Chávez Asencio Manuel dice que, para tramitar el divorcio administrativo se deben reunir como requisitos indispensables los siguientes: " I.- Tener un año cumplido desde la fecha en que hayan contraído matrimonio; II.- Que los consortes convengan en divorciarse; III.- Que sean mayores de edad; IV.- Que hayan liquidado la sociedad conyugal; V.- Que se presenten personalmente al Juez del Registro Civil de la jurisdicción donde tuvieron ubicado su domicilio; VI.- Que acrediten con actas certificadas de nacimiento y de matrimonio que son mayores de edad y que existe el vínculo matrimonial respectivo; y VII.- No haber procreado hijos. " (10)

En consecuencia, señala Pallares (11), que si se comprueba que uno de estos elementos llegare ha ser contrario a lo establecido en el artículo 272, esto es, que no se demuestre alguno de ellos, entonces no procederá el mencionado divorcio en términos del citado artículo, que a la letra dice: " El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado la sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establece el Código de la materia."

El Juez del Registro Civil, en este tipo de divorcio tiene funciones parecidas a las del notario público porque hace constar los actos efectuados, dándole fe al divorcio, por medio de un acto de autoridad que le da el Estado.

(10) CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, La Familia en el Derecho. 1ª Edición, Porrúa, México, 1979, Pág. 452.

(11) PALLARES, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 39.

1.3.2.- EL DIVORCIO VOLUNTARIO O JUDICIAL.

Este cuando el rompimiento de la relación matrimonial es solicitada voluntariamente por ambos cónyuges, ante autoridad judicial competente, - misma que lo decretará mediante sentencia firme, previo los requisitos y formalidades que señala la ley en su artículo 272 al 276 del Código Civil.

El juicio de divorcio voluntario se substancia de la siguiente forma: En primer término se presenta la solicitud o escrito inicial suscrito por ambos cónyuges, siempre que tengan un año a más de casados, el cual se - presentará al juez competente, acompañado de copias certificadas de las - actas de matrimonio y de nacimiento de los menores hijos si los hubiere y del convenio que exige la ley en su artículo 273 del citado ordenamiento; después se citará a los cónyuges a una junta de aveniencia, en la que se les exhortará a que se reconcilien, y de no conseguirlo, dentro de un - término no menos de ocho días y no mayor a los quince, los citará el juez a una nueva junta, volviéndolos a exhortar y si ambos insistieren en di- vorciarse, el juez oyendo al Ministerio Público respecto del convenio que presentaron los consortes, cree que éste garantiza los derechos de los menores hijos o incapacitados dictará sentencia declarando disuelto el vín - culo matrimonial; y si no fuere aprobado no habrá divorcio.

En el convenio mencionado se establecerá en el clausulado lo referen - ce a la persona a quien seran confiados los hijos, tanto durante el proce - dimiento como después de ejecutoriado el divorcio; el modo de subvenir a - a las necesidades de los hijos durante el juicio y después de éste; la ca - sa que servirá de habitación para los cónyuges durante el procedimiento;

los alimentos que un cónyuge proporcionará al otro, cuando procedan; la manera de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la forma de liquidarla. Lo anterior está fundamentado en el artículo 273 del multicitado ordenamiento jurídico.

Ahora daremos cuenta de lo que respecta al más solicitado e importante divorcio necesario, o bien conocido como divorcio contencioso.

1.3.3.- EL DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

Este divorcio se tramita ante el juez de primera instancia del domicilio conyugal, mediante demanda presentada por uno de los cónyuges y por estimar que se actualiza o encuadra cualquiera de las hipótesis del artículo 267 del Código Civil vigente.

Sara Montero Duhalt nos dice al respecto del divorcio necesario que:

Este procedimiento requiere la existencia de los siguientes presupuestos: a) Existencia de un matrimonio válido; b) Acción ante el juez competente; c) Una causal previamente determinada por la ley; d) Legitimación procesal; e) Tiempo hábil; f) Que no haya habido perdón; y g) Formalidades procesales. (12)

Este Código Civil enumera 19 causas de divorcio, que son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene valor autónomo y no pueden involucrarse unas con otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

(12) MONTERO DUHALT, Sara. Voz " Divorcio ", Ob. Cit. Pág. 1188.

Ahora bien, vamos a hacer mención de lo que preceptúa el artículo 267 del Código Civil vigente, respecto a las causas de divorcio, el cual a la letra dice:

"Artículo 267.- Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de celebrado este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a la 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 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 la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad - crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- IX. La separación del hogar conyugal originado por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que 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 alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;
- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

- XV. Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI. Cometer un delito contra la persona o bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extrana, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII. El mutuo consentimiento;
- XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, el cual podrá ser invocado por cualquiera de ellos."

De lo anterior podemos observar, que el legislador adicionó las fracciones VII y XII, dándoles más fuerza y facilidad de invocar. Asimismo, crea una nueva causal de divorcio, siendo ésta la fracción XVIII, permitiendo la separación de los cónyuges por el motivo de que se hayan separado más de dos años, no importando la causa que lo haya originado.

De la simple lectura de las causales que la ley señala como suficientes para que un cónyuge pueda reclamar el divorcio al otro, se advierte la extrema gravedad de éstas, con excepción de las causales señaladas en las fracciones XVII Y XVIII del 267 mencionado, por tanto, quien reclame la disolución matrimonial fundada en cualquiera de las 18 causales (excepto la fracción XVII) deberá probar plenamente sus afirmaciones en el procedimiento judicial.

Por el contrario bajo la pena de que en caso de no probarlas, la resolución del juicio se inclinará a favor del demandado, y ésta será suficiente para que éste pueda, a su vez, reclamar del que no logró probar sus imputaciones por causa injustificada, la disolución del vínculo matrimonial, ya que así lo dispone el artículo 268 del citado Código Civil, que señala:

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

De acuerdo con éste precepto se considera que el cónyuge que ha sido injustificadamente demandado, se le ha causado una injuria y por lo tanto, se le concede la facultad para demandar el divorcio con base en la sentencia absolutoria o de acuerdo con el momento procesal en que se haya presentado el desistimiento.

Por lo que la Corte no da su criterio sobre las causales, las cuales se deben probar y que dice:

"DIVORCIO. LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE.- La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por lo 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."

Sexta Epoca, Cuarta Parte;

Vol. XXV, Pág. 138. A.D. 6805/58.- Maria Luisa Pacheco Benavidez.- 5 votos.

Vol. XXVI, Pág. 69. A.D. 5329/58.- Beatriz Margarita Machín de Moreno.- 5 votos.

Vol. XXXI, Pág. 49. A.D. 1461/59.- Dolores Rodríguez.- 5 votos.

Vol. XLIII, Pág. 50. A.D. 5296/59.- José Guadalupe Sánchez.- 5 votos.

Vol. LXVIII, Pág. 21. A.D. 1383/62.- Ranulfo Pérez Cuervo.- 5 votos. (13)

(13) Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte, Tercera Sala, Pág. 517.

Del criterio anterior sustentado por la Corte, notamos que las causas de divorcio que se invoquen en una demanda se deben probar plenamente.

Finalmente, debemos observar que el legislador no obstante la gravedad de los hechos o abstenciones a que se refieren las causales de divorcio, con un agudo conocimiento de la naturaleza humana, y en especial de la realidad social mexicana, previó que el procedimiento de divorcio necesario pudiese terminar en cualquier tiempo debido y por varias formas entre éstas, a la reconciliación de los cónyuges o cuando el cónyuge actor otorgare el perdón, tal y como lo preceptúan las siguientes disposiciones del Código Civil vigente en sus artículos 280 y 281 que a la letra dicen respectivamente:

"La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En éste caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación."

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

Por lo que notamos que el legislador previó estas situaciones a que pueden llegar los cónyuges.

Asimismo, estableció, que no podrá reclamarse el divorcio por ninguna causa (salvo las que implican continuidad de hecho, como la impotencia in curable, la enajenación mental incurable, entre otras.) después de 6 meses

de conocerse la falta cometida, como lo marca el artículo 278 de la materia, que a la letra dice:

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

En este precepto, el legislador quiso decir, que si no se entabla la demanda de divorcio dentro de los seis meses al día en que conoció de tal hecho en que funde su demanda, caducará tal acción.

A continuación, señalaremos los efectos en general que trae el divorcio una vez decretado.

1.4.-EFECTOS JURIDICOS DEL DIVORCIO.

Una vez que la sentencia se decreta, declarando el divorcio, y la misma causa ejecutoria se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del vínculo matrimonial. Estas por naturaleza pueden presentar tres efectos, que son en primer lugar, en cuanto a los cónyuges, después en cuanto a los hijos y por último en cuanto a los bienes.

1.4.1.-EN CUANTO A LOS CONYUGES.

En este caso , los efectos jurídicos que recaen en los cónyuges son, para la maestra Sara Montero Duhalt (14) en el efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo matrimonial. Los antes cónyuges dejan de serlo y adquieren libertad para contraer un nuevo matrimonio de inmediato; y el

(14) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho... Págs. 250 y 251.

cónyuge inocente deberá esperar trescientos días para volverse a casar.

En cuanto al culpable, la ley impone como sanción dos años de espera para volver a contraer matrimonio válido.

Bien, ahora pasaremos a mencionar los efectos jurídicos del divorcio en relación a los hijos si los hubiere.

1.4.2.-EN RELACION A LOS HIJOS.

Por su parte los efectos que trae la disolución del matrimonio en los menores hijos si los hubiere, mencionamos que, antes de las reformas al Código Civil, que fueron publicados el 27 de diciembre de 1983 en el Diario Oficial de la Federación, la ley establecía como sanción al cónyuge culpable la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, que indicaba en forma enumerativa el artículo 283 las causas por las cuales se perdía o se suspendía ésta.

La redacción actual del artículo 283 del Código Civil es la siguiente:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de la más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida o suspensión o limitación según el caso, y en especial a la custodia y el cuidado de los hijos - debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, o en su caso, o designar un tutor."

Nos comenta la maestra Sara Montero Duhalt (15) sobre lo anterior, que la derogación del artículo que señalaba la pérdida o suspensión de la pa -

(15) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho... Pág. 252.

tría potestad derivada de las causas de divorcio, nos parece totalmente acertada, pues los efectos del divorcio no deben recaer en las relaciones de padres a hijos. Los que se divorcian son los cónyuges no los padres de sus hijos, un individuo puede ser mal cónyuge, adúltero, etcétera., pero puede ser al mismo tiempo un progenitor responsable y amoroso al que no debe privarse de la patria potestad, que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación y contacto con el hijo.

La patria potestad es una institución que tiene su origen en la filiación, en relación padres a hijos, ascendientes- descendientes y tiene por objeto la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados. Por lo que se puede decir, que ésta institución siempre a existido.

Lo que debe que debe quedar bien claro es, que la pérdida de la patria potestad, no libera al padre ni a la madre de las obligaciones que tienen con sus hijos, ya que así lo marca la ley en su artículo 285, asimismo el 287 del mismo ordenamiento, siendo éste el Código Civil, señala que están obligados en proporción a sus bienes e ingresos los consortes a la subsistencia y a la educación de sus hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

El Maestro Ignacio Galindo Garfias comenta al respecto (16) que en todo caso la pérdida o suspensión de la patria potestad, no extingue las obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, entre ellas, la de proporcionarles alimentos.

(16) GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso, 10ª Edición, Porrúa, México, 1990, Pág. 614.

Ahora bien, pasaremos a mencionar por último los efectos que recaen en los bienes de los cónyuges al decretarse el divorcio.

1.4.3.- EN RELACION A LOS BIENES DE LOS CONYUGES.

Uno de los efectos que trae consigo el divorcio, es que el cónyuge culpable pierde en favor del cónyuge inocente, todo lo que hubiere dado o prometido por su consorte u otra persona en consideración al matrimonio (donaciones antenuptiales entre consortes). El cónyuge inocente en su caso conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho, ya que así lo estipula el artículo 286 del Código Civil Vigente.

El cónyuge culpable, además debe pagar al inocente los daños y perjuicios que le produzca el divorcio.

También se debe liquidar la sociedad conyugal y en la sentencia deberán decretarse las medidas precautorias necesarias, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Asimismo, los consortes divorciados, tendrán la obligación de contribuir en proporción a sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos hasta su mayoría de edad.

El juez que dicte la sentencia, enviará copia de la misma, al juez de el Registro Civil donde se casaron para que levante el acta respectiva y un extracto de la resolución se publicará durante un palzo de quince días en las tablas destinadas al efecto, ya que lo marca el 291 del multicitado ordenamiento.

Concluyendo, podemos decir que, una vez expuesto en este primer capítulo lo relativo a las generalidades del divorcio desde sus antecedentes a partir de 1870 hasta la actualidad, así como, analizar su concepto y elementos, y después de enunciar los tipos de divorcio y concluir con los efectos jurídicos que trae el mismo, pasaremos a otro capítulo donde nos concretaremos a mencionar el desistimiento procesal ya que es muy importante su comprensión para analizar este trabajo de tesis.

CAPITULO II

EL DESISTIMIENTO PROCESAL

SUMARIO

2.1. Concepto de desistimiento. 2.2. Elementos del concepto de desistimiento. 2.3. Tipos de desistimiento procesal en México. 2.3.1. El desistimiento de la acción. 2.3.2. El desistimiento de la instancia. 2.4. Efectos del desistimiento en general.

En este capítulo trataremos el concepto de lo que se entiende por desistimiento, sus elementos de tal definición, asimismo las clases de éste que existen en nuestro país y concluir con los efectos generales que trae aparejado el desistimiento.

2.1.- CONCEPTO DE DESISTIMIENTO.

Comenzaremos transcribiendo la definición que a este respecto nos da el diccionario de la Real Academia Española, en el que se establece lo siguiente:

"Desistimiento es, acción y efecto de desistir, es decir, apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar, hablando de un derecho, abdicarlo o abandonarlo."(17)

Por su parte el maestro Santiago Barajas Montes de Oca nos explica - que (18) la palabra proviene del latín desistere, que en términos genéricos se contrae al acto abdicatorio que lleva a cabo el actor en un juicio y que consiste en el reconocimiento del derecho de demandar con posibilidades de éxito. Acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de abandonar una instancia o no continuar con el ejercicio de una acción, la reclamación de un derecho o la realización de cualquier otro trámite de un procedimiento iniciado.

De lo anterior podemos observar, que el desistimiento ,es apartarse de el ejercicio de un derecho o facultades procesales ya iniciados y que

(17) Real Academia Española. Voz "Desistimiento" Diccionario manual e ilustrado de la Lengua Española, Tomo II, España, Espasa-Calpe, 1983, Pág. 752.

(18) PARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Voz "Desistimiento". Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1983, Tomo II, Pág. 1100.

es provocado por la parte actora a través, de un acto de voluntad.

Para Rafael De Pina Vara, (18) el concepto de desistimiento es términos generales el ejercicio de la facultad reconocida legalmente a una persona para hacer dejación por propia voluntad, de un derecho, pretensión o ventaja. Acto jurídico que pone fin al ejercicio de un derecho o a una actuación jurídica cualquiera.

Respecto de este concepto, podemos decir, que el desistimiento es el accionar de un derecho que le reconoce la ley a un individuo y que a través de un acto de voluntad unilateral, abandona o deja tal derecho o cualquier acto que se haya realizado en el proceso, hasta antes que se le ponga fin a éste.

Asimismo, Carlos Arellano García nos da una definición sobre lo que entiende por la palabra desistimiento señalando que " Es la prerrogativa que tiene el titular del derecho de acción para renunciar, expresamente a su derecho de continuar el ejercicio de la acción, con lo que termina la instancia o acción, previo cumplimiento de las condiciones legales." (20)

Notamos que el maestro Arellano García, precisa el ya citado concepto de desistimiento, haciendo notar que es la renuncia que tiene el actor en un juicio y se manifiesta a través de una forma expresa y en la cual ya no se desea o quiere continuar con la instancia ó accionar, lo que trae consigo como consecuencia de lo anterior, que se dé por terminada la mencionada instancia o acción, claro, es importante hacer notar que deben cumplirse -

(19) PINA VARA, Rafael De. Voz "Desistimiento", Diccionario de Derecho. 9ª Edición, Porrúa, México, 1976, Pág. 244.

(20) ARELLANO GARCIA, Carlos. Teoría General del Proceso. 3ª Edición, Porrúa, México, 1989, Pág. 156.

los requisitos o condiciones que para tal acto estipula la ley misma.

Por su parte el tratadista Niceto Alcalá Zamora y Castillo nos da un concepto de desistimiento el cual, es el siguiente:

"El desistimiento significa, la renuncia a la pretensión de tutela o protección jurídica recabada a la demanda por el actor o bien en la reconvencción por el demandado, que se comporta en este sentido como parte atacante. El desistimiento es un acto unilateral del actor que no requiere la aquiescencia del demandado, pero éste tiene derecho a impugnar sus vicios." (21)

Por lo que hace a este concepto, entendemos que el desistimiento es la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvencción, siendo de forma unilateral o sea, por una voluntad, y que no es necesario que el demandado otorge su consentimiento, pero puede éste impugnar su validez.

Asimismo, Alcalá Zamora añade a su anterior concepto de desistimiento que hay que hablar del desistimiento de la pretensión y no del derecho, por que dilucidar si existe o no éste, es un posteriorius procesal, vinculado al contenido de la sentencia que no llega a recaer. Además, tampoco debe confundirse el desistimiento de la pretensión con el del proceso o sea el de la instancia, que no extingue aquél y permite iniciar en un momento ulterior un nuevo proceso o resolver autocompositivamente un conflicto. (22)

Por su parte J. Ramiro Podetti nos expone su concepto de desistimiento, el cual nos dice que, consiste en " Retirar la pretensión o pedido -

(21) ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho Procesal Penal. Tomo II, 2ª Edición, Porrúa, México, 1990, Pág. 212.

(22) Loc. Cit.

de protección jurídica con efecto consuntivo sobre la facultad ejercitada sino se obtiene la conformidad expresa de la contraria, para que el desistimiento no impida deducir de nuevo el juicio. (23)

Visto lo anterior, creemos que el desistimiento es el derecho que poseen las partes del proceso para renunciar o abandonar de una forma expresa el derecho de continuar con la acción o bien con la instancia, con el propósito de ponerle término al procedimiento en cualquier etapa en que se encuentre, cumpliendo para tal efecto con lo que marca la ley para que dicho acto tenga validez, concepto que nos da el maestro Arellano García.

Una vez expuesto una gran variedad de conceptos del término desistimiento, pasaremos a hacer una breve descripción de los elementos que integran tal concepto.

2.2.- ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE DESISTIMIENTO.

Hemos considerado según lo manifestamos, que la definición que a nuestro parecer reúne el mayor número de características es el que nos da el maestro Arellano García, mismo que de nueva cuenta transcribiremos para poder analizarle detenidamente; esta definición es la siguiente: Es la prerrogativa que tiene el titular del derecho de acción para renunciar expresamente, a su derecho de continuar con la instancia o a su derecho de continuar el ejercicio de la acción, con lo que termina la instancia o acción previo cumplimiento de las condiciones legales.

De dicha definición procederemos a una explicación de sus elementos:

(23) RAMIRO PODETI, J.
1963, Pág. 233.

Teoría y Técnica del Proceso. Editores, Argentina,

a) Establece un derecho subjetivo: Esto es, la facultad que por orden jurídico es atribuida al individuo como otras tantas posibilidades de actuación, o sea, es una facultad resultante de la norma y que debe ser respetada por todos. En otras palabras, es la facultad de obtener algo, como poder de conseguir un resultado.

b) El titular de ese derecho: Es decir, El derecho de desistirse corresponde al titular del derecho de acción. Todo derecho subjetivo necesita de un sujeto al cual sea atribuido el poder que le confiere el derecho.

c) En el desistimiento se renuncia la tutela jurídica solicitada por el actor y renuncia a la pretensión jurídica solicitada en la demanda por el actor o bien por el demandado en la reconvencción: En este punto, es necesario distinguir lo que se entiende por desistimiento de lo que implica el término renuncia.

Por renuncia debe entenderse la manifestación unilateral del titular del derecho subjetivo de no hacer uso de su derecho, de no desear la protección posterior de los órganos jurisdiccionales para actualizar tal derecho.

El desistimiento implica algo menos, tan sólo es abandonar momentáneamente la tutela jurisdiccional de que es objeto el derecho subjetivo puesto en ejercicio.

De aquí surgen grandes opiniones de tan variadas direcciones en las que se cuestiona si el derecho de acción es susceptible de desistirse o de renunciarse; igual sucede con la instancia intentada mediante demanda, los

efectos jurídicos que producen los actos procesales que integran una instancia, se desisten o renuncian ?

Lo cierto es que el término desistimiento, en nuestro sistema, implica un abandono del ejercicio de derechos subjetivos por parte de su titular, la duda surge si tales derechos pueden ser hechos valer de nueva cuenta en otro juicio contra el mismo demandado y por la misma causa.

d) La renuncia debe ser expresa: Por lo anterior entendemos que tal acto de renunciar debe estar especificado, ya sea por escrito o verbal, y que tal acto sea plasmado en un documento público por autoridad competente para que surta efectos legales.

e) Termina la instancia o la acción: Significa que se le dá fin en el primer supuesto al conjunto de actos, plazos y formalidades que tiene por objeto la iniciación, instrucción y fin del proceso. Ahora bien, refiriéndonos a la acción, se da por concluido la potestad que le corresponde al hombre de obrar en juicio, siendo la potestad misma un derecho, por lo que la acción es un derecho y se extingue.

f) Previo cumplimiento de las condiciones legales: El desistimiento está sujeto a los requisitos que el legislador ha deseado establecer en la ley. Así verbigracia, en el Derecho Procesal Civil, específicamente en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 34, regula el desistimiento de la instancia y el de la acción, que a la letra dice:

"Admitida la demanda, así como formulada la contestación no podrá modificarse ni alterarse, salvo en los casos que la ley lo permita.

El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá del consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin consentirlo el demandado.

El desistimiento de la demanda produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla. El desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento, o el de la acción, obligan al que lo hizo a pagar costas y los daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario."

Una vez, que se han expuesto los elementos del concepto de desistimiento, pasaremos a continuación a explicar los tipos de desistimiento que nos interesan como son el de la instancia y el de la acción, así como hablaremos de el desistimiento de los actos procesales.

2.3.- TIPOS DE DESISTIMIENTO PROCESAL EN MEXICO.

En este punto haremos referencia a las clases de desistimiento que el Derecho Procesal Mexicano regula, y que es necesario diferenciar, mismos que se prestan a diferentes criterios de interpretación dado su distinta naturaleza y contenido.

2.3.1.- EL DESISTIMIENTO DE LA ACCION.

Para poder dar una exacta comprensión del desistimiento, o mejor dicho el adecuado deslinde entre las diferentes figuras que en México reciben tal nombre, estimamos se requiere arrancar del básico concepto de acción el cual daremos antes de entrar a lo que es propiamente el desistimiento de la acción.

Fernando Flores García define a la acción como: " Un derecho abstracto de obrar procesal de carácter público, cívico, autónomo, para pretender la intervención gubernamental a través de la prestación de la actividad ju

jurisdiccional y lograr una justa composición del litigio planteado."(24)

De esta definición podemos observar que la acción es un derecho que tiene un individuo para accionar la actividad procesal del Órgano del Estado encargado de la jurisdicción a fin de lograr un justo juicio del problema legal planteado.

Por otro lado, el maestro Eduardo Pallares, nos da diversas definiciones respecto del concepto de acción, citando para ello otros tratadistas:

"MAFRENDI: La acción es la potestad que corresponde al hombre de obrar en juicio para la protección y eficacia de todos sus derechos, siendo ella misma un derecho.

MIGUEL Y ROMERO: La acción es el medio de obtener en juicio la declaración, la conservación y la verificación o reitegración del derecho.

DERENBURG: La acción es el derecho del actor a una sentencia justa.

CHIOVENDA: La acción es el poder jurídico que da vida a la condición para la actuación de la voluntad concreta de la ley.

Chiovenda agrega; La acción es un poder que corresponde -- frente al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a nada ante éste poder, solamente está sujeto a él, la acción desa parece con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla, ni para satisfacerla."(25)

De las anteriores definiciones, consideramos que la más completa es la que nos proporciona el tratadista Chiovenda, quien nos dice de una forma amplia que es la acción, el cual se concreta a darnos a entender, que es un derecho potestativo mediante el cual una persona hace actuar a los tribunales para que en un caso determinado, se cumpla con la voluntad de la ley.

(24) FLORES GARCIA, Fernando. Voz "Acción" Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1993, Tomo I, Pág. 33.

(25) PALLARES, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. 4ª Edición, Porrúa México, 1981, Págs. 32 y 33.

Una vez entendida la definición de la palabra acción, pasaremos a comentar qué se entiende por el desistimiento de la acción.

Para Eduardo Pallares el desistimiento de la acción es " Un acto procesal por medio del cual el actor renuncia a la acción que ha ejercitado, en el juicio." (26)

La palabra acción en este caso está tomada como un derecho subjetivo procesal de poner en marcha la maquinaria judicial y dado que no es posible concebir derechos subjetivos sustantivos sin acción, el desistimiento de ésta implica también el del derecho sustantivo subjetivo.

Por otro lado, el Maestro Rafael De Pina dice que el desistimiento de la acción no es más que " El acto procesal mediante el cual el demandante renuncia a la intentada pero en realidad en estos casos no se desiste de la acción, sino de la pretensión o pretensiones formuladas en la demanda." (27)

Lo que podemos comprender en este concepto, es que el desistimiento de la acción es una renuncia a la o las pretensiones invocadas en su escrito inicial de demanda.

Santiago Barajas Montes de Oca no da su opinión en relación al desistimiento de la acción, manifestandonos que éste es " La extinción de la relación jurídico procesal, por que quien la haya intentado deja sin efecto legal alguno su propósito inicial." (28)

(26) PALLARES, Eduardo. De Voz " Desistimiento ", Diccionario de Derecho Procesal Civil. 9ª Edición, Porrúa, México, 1976, Pág. 253.

(27) PINA VARA, Rafael De. De Voz " Desistimiento ". Ob. Cit. Pág. 244.

(28) BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. De Voz " Desistimiento " Ob. Cit. Pág. 1100.

Aquí encontramos la palabra extinguir una relación jurídico procesal, esto es dejar sin efecto tal acción, por lo consiguiente su propósito que originó.

El desistimiento de la acción se puede efectuar de manera legal, sin la necesidad de que el demandado otorge su consentimiento o aceptación.

Para los tratadistas mexicanos el desistimiento de la acción no afecta el derecho reclamado, ya que el mismo subsiste como obligación natural, esto es, pues, puede haber desistimiento de la acción sin que ello implique renuncia a un derecho aun cuando no se demuestre tal en un momento dado.

Ahora bien, hemos dicho que en el desistimiento de la acción, no es necesario que el demandado otorgue su conformidad al actor, por lo que, podemos decir, que éste es pues unilateral.

Así el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala:

"Admitida la demanda, así como formulada la contestación, no podrá modificarse, ni alterarse, salvo en los casos que la ley lo permita.

El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá del consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aun sin consentirlo el demandado..."

De la transcripción del artículo anterior, podemos comprender que en la última parte del segundo párrafo, se hace mención de que no se necesita el consentimiento del demandado para que el actor se desista de la acción.

A este respecto el maestro Carlos Arellano García dice (29) que el -

(29) ARELLANO GARCIA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 159.

desistimiento de la acción extingue ésta y no requiere el consentimiento del demandado y puede haberse alcanzado el objeto perseguido en el juicio, produciéndose el efecto de dar fin al proceso y de extinguir la acción, o sea, se habrá extinguido el derecho de acción, ya que antes de tal desistimiento poseía el derecho de acción.

Por su parte, Cipriano Gómez Lara opina, que el desistimiento de la acción es " La renuncia del derecho o de la pretensión, caso en el cual éste desistimiento prospera aun sin consentirlo el demandado." (30)

De la anterior definición de Gómez Lara, pensamos que es muy concreta y no clara, por lo que se puede prestar a confusión.

Entendemos pues, que lo que quiere darnos a entender Cipriano Gómez Lara es que se renuncia a la pretensión hecha en su demanda y por consiguiente el derecho a dicha pretensión.

Al renunciarse la pretensión o el derecho o el derecho a ésta, se entiende que se está solucionándose el litigio al no haber ya pretensión, ya que sin su existencia, no puede subsistir el proceso.

Por otro lado los maestros argentinos Nelsón C. Lodi y Ernesto Guelperin (31) nos comentan por lo que hace al desistimiento de la acción que es renunciar a la prosecución del juicio reservándose el derecho de hacerlo en otra oportunidad. Y agregan que su jurisprudencia no es precisa en -

(30) GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. U.N.A.M, México, 1981, Pág. 36.

(31) C. LODI, Nelsón y GUELPERIN, Ernesto. De Voz " Enciclopedia jurídica Omeba. Tomo VIII, Driskill, Argentina, Págs. 553,554, 555 y 556.

la terminología de lo que es desistimiento de acción y desistimiento de la instancia, ya que frecuentemente se habla de desistimiento de la acción, cuando en rigor se trata de desistimiento de la instancia.

Sin embargo añaden algunos fallos que han propiciado que se sustenten las siguientes doctrinas: El desistirse de la instancia es renunciar temporalmente a continuar los trámites del juicio, conservando y reservando, el derecho de accionar nuevamente. No supone en modo alguno hacer abandono de la acción ni tampoco negar o renunciar al derecho que se alegó, y por lo que hace al desistimiento de la acción, es renunciar a la misma, y aun cuando no se desista del derecho, existirá la imposibilidad de hacerlo valer en otro juicio, salvo que se accionará por otra causa por cuanto sólo mediante la acción puede hacerse valer el derecho.

Para la interpretación jurisprudencial de sus tribunales, el desistimiento de la acción no es la renuncia del derecho, sino la del juicio, la de la instancia.

Es preciso distinguir dos situaciones con respecto a la oportunidad en que se formula el desistimiento; a) Cuando se desiste antes de la notificación de la demanda y, b) Cuando se desiste después de trabarse la litis.

En el primer caso, no se requiere el consentimiento del demandado, para desistirse de la acción, e incluso puede haber comparecido espontáneamente el demandado a los autos y opuesto excepciones, pero si éste no a contestado la demanda no habrá relación jurídico procesal y hasta ese momento puede el actor modificar, ampliar o retirar su acción.

Podemos afirmar, pues, que el desistimiento de la acción producido - antes de trabarse la litis, es un acto unilateral, que no requiere conformidad alguna para perfeccionarse.

En cambio, en el caso de que se haya hecho el desistimiento después de trabada la litis, será necesario la conformidad de la contraria, así mismo puede desistirse de la instancia o de la acción, sin desistirse del derecho, es decir, reservándose la facultad de iniciar de nuevo, requiriendo la conformidad del demandado.

En consecuencia, del escrito por el que se desiste de la acción, corresponde dar traslado a la parte contraria, quien deberá expresar su conformidad o disconformidad con el mismo. Esta última debe ser expresa, no se presume y obligará al actor a continuar con el procedimiento hasta la sentencia cuando no se acepte su desistimiento.

La conformidad en cambio puede ser tácita, surgiendo del silencio al no formular oposición alguna.

En un mismo orden de ideas, si se tuviere por desistido de la acción al actor, sin previa conformidad del demandado, o mediante oposición del mismo, el auto respectivo adolecerá de nulidad.

El desistimiento de la acción puede ser tácito, cuando surga como exteriorización del litigante su voluntad de abandonar o dar por terminado el pleito, claro que tal decisión debe expresarse en forma que no deje lugar a dudas sobre la intención del accionante.

El desistimiento no resulta de las palabras que se emplean para formularlo sino de los efectos del acto procesal. La interpretacion de la voluntad de los litigantes de desistir de la accion debe ser realizada en forma restrictiva.

Por otro lado el legislador uruguayo nos dice que el desistimiento de la accion es la extincion del derecho y como logica consecuencia la imposibilidad de reanudar el proceso, ya que en su artículo 529 dice, que el desistimiento de la accion es el apartamiento o renuncia de algun derecho o accion ya deducidos.

Ahora bien, una vez comentado lo que los tratadistas piensan del desistimiento de la accion, tanto para los mexicanos, como para los argentinos y uruguayos, haremos uso exclusivamente para el desarrollo de este trabajo, de los términos y conceptos como nuestros autores entienden esta figura del desistimiento.

Visto lo anterior, estimamos pertinente acoplarnos o apegarnos a lo que el maestro Rafael De Pina piensa de lo que es desistimiento de la accion, la cual creemos es la más clara.

Finalizando, pasaremos a continuacion a desarrollar lo que se entiende por desistimiento de la instancia mal llamado demanda, como otro tipo de desistimiento que existe en nuestro país.

Lo anterior con la finalidad de que el presente trabajo pueda ser comprendido, ya que como dijimos anteriormente no es lo mismo desistirse de la accion que de la instancia o demanda.

2.3.2.-EL DESISTIMIENTO DE LA INSTANCIA.

Antes de abordar a lo que es propiamente el desistimiento de la instancia mal llamado demanda, daremos unas definiciones de lo que se entiende por instancia y por lo que es demanda.

El maestro Eduardo Pallares dice que la instancia es " El conjunto de actos, plazos y formalidades que tiene por objeto, la iniciación, la instrucción y el fin del proceso."(32)

Por lo que podemos ver la palabra instancia tiene dos acepciones, una general con la que se expresa cualquiera petición, solicitud o demanda que se hace a la autoridad, y otra especial, que quiere decir el ejercicio de la acción judicial desde la demanda hasta la sentencia definitiva.

Por otro lado, Santiago Barajas Montes de Oca, piensa que la instancia es " Un conjunto de actos procesales comprendidos a partir del ejercicio de una acción en juicio y la contestación que se produzca hasta la sentencia definitiva." (33)

De la definición anterior notamos que también se dice que es una serie de actos que se desarrollan en el proceso desde su principio hasta el fallo que ponga fin al proceso.

Pensamos entonces que la instancia es todo un conjunto de actos que se ejecutan en el proceso, desde que se interpone la demanda, o sea, desde

(32) PALLARES, Eduardo. Voz "Instancia" Diccionario... Pág.426.

(33) BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Voz "Instancia" Ob.Cit. Pág. 1744.

su inicio, hasta que se dé término a dicho proceso.

Ahora veremos, qué es la demanda, de lo que el maestro Eduardo Pallares nos comenta que es "El acto de declaración de voluntad del actor en el que pide al órgano jurisdiccional que aplique la ley frente al demandado."

(34)

De la anterior definición vemos que se refiere a un acto en el cual el actor pide al órgano del Estado, que se encarga de la justicia, aplique la ley al demandado, o sea, que mediante las peticiones que se hacen en su escrito inicial, se haga justicia por medio de la aplicación del derecho. No se refiere al escrito por medio del cual se inicia el ejercicio de la acción sino a toda clase de peticiones que haga el actor.

José Ovalle Favela dice que la demanda es " Un acto procesal por el cual una persona que se constituye por el mismo en parte actora o demandante, formula su pretensión, expresando la causa o causas en que intente fundarse ante el órgano jurisdiccional y con el cual inicia un proceso y solicita una sentencia favorable a sus pretensiones." (35)

Podemos notar que en la definición anterior, se señala que la demanda es un acto que el actor realiza ante una autoridad jurisdiccional en el que expresa sus pretensiones y con el cual da principio a un juicio, pidiendo se dicte una sentencia a su favor.

A nuestro criterio podemos pensar qué entendemos por demanda, lo cual

(34) PALLARES, Eduardo. Voz "Demanda" Diccionario... Pág. 231.

(35) OVALLE FAVELA, José. Voz "Demanda" Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M, Tómo II, México, 1993, Pág. 889.

es un acto que hace el actor en forma escrita o verbal, en el cual menciona o nos da a conocer sus pretensiones pidiendo a la autoridad decisora de el proceso dicte una sentencia a su favor, fundado en la causa o causas - que para tal efecto se señalen.

Una vez, precisado lo que entendemos por instancia y demanda, haremos mención de lo que se entiende por desistimiento de la instancia, mal llamado demanda, según se ha expuesto anteriormente.

Rafael de Pina Vara (36) dice que el desistimiento de la instancia - es un acto procesal en virtud del cual el demandante renuncia a su derecho de seguir actuando en el proceso por el incoado, así como a los efectos producidos por su actuación anterior, sin perder la posibilidad legal de plantear de nuevo la cuestión hasta entonces debatida.

El desistimiento de la instancia, sólo importa la pérdida de todos sus efectos producidos hasta ese momento, y si requiere el consentimiento del demandado.

Alfredo Domínguez del Río opina que el desistimiento de la demanda es " Un acto en el que se da la pérdida de la instancia, como derecho a que se tramite y concluya normalmente por sentencia el proceso iniciado y requiere el consentimiento del demandado." (37)

El mismo autor nos comenta que el desistimiento de la demanda no trae consigo la extinción de la acción, pero requiere el consentimiento de la

(36) PINA VARA, Rafael. De Voz " Desistimiento". Ob.Cit. Pág. 244.

(37) DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo. Compendio Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil. Porrúa, México, 1977, Págs. 115 y 117.

contraria, el cual puede oponerse a tal desistimiento, ya que el actor no puede desistirse unilateralmente, toda vez que toda clase de juicios implica desembolsos económicos, molestias, pérdida de tiempo y muchas preocupaciones, por lo cual se le consagra a el demandado el derecho de oponerse a tal desistimiento, en atención a la posibilidad de que por no extinguir la misma el derecho de acción sobre el mismo punto litigioso deja al reclamante en aptitud de volverla a intentar.

El desistimiento de la instancia, aunque no expresamente aludido por la ley procesal, equivale a un desistimiento de la demanda y así, debe ser tratado, no extingue la acción más requiere la conformidad del demandado.

Por su parte, Humberto Briseño Sierra nos dice respecto de el desistimiento de la instancia, que denomina desistimiento del proceso, que es -- "Una declaración que pone fin a la relación procesal sin sentencia de fondo y, por consiguiente, sin perder el derecho de ejercer la pretensión de nuevo en otro proceso." (38)

Podemos observar que la definición anterior se señala que es un acto que pone un final a todo lo actuado en la relación procesal, y sin llegarse a decidir sobre el fondo de el asunto, y desde luego sin perder el derecho a volver a ejercer la pretensión en un ulterior proceso.

Por su lado, el maestro Alcalá Zamora y Castillo (39) comenta que el desistimiento de la instancia o abandono de la misma es un acto indefinido

(38) BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Vol. III, Cárdenas Editores y Distribuidor, México, 1969, Pág. 497.

(39) ALCALÁ, ZAMORA y CASTILLO. Niceto. Derecho Procesal Mexicano. Tomo I, 2ª Edición, Porrúa, México, 1985, Págs. 271, 273 y 279.

que presenta el actor en el juicio, ya que puede emprenderse un nuevo proceso en cualquier momento antes de que opere la prescripción extintiva.

Este tipo de desistimiento deja sin decidir el pleito y ya que la instancia pertenece a los dos litigantes requiere para su validez el consentimiento del demandado. De lo anterior, que el desistimiento de la acción o pretensión sea unilateral, y el de la instancia tenga que ser bilateral. La razón fundamental para ello, es que en tanto si el actor se desiste de la acción el demandado queda protegido frente a la contingencia de una nueva demanda, con la excepción de cosa juzgada.

Y por lo que hace al desistimiento de la instancia, corre el riesgo el demandado, mientras la acción o pretensión no prescriba, de que se le vuelva a esgrimir un nuevo juicio.

A este respecto Carlos Arellano García (40) comenta que el desistimiento de la instancia es la facultad que tiene el titular del derecho de acción para renunciar a su derecho de continuar la instancia, pero conservando viva su acción, si es que ésta no se ha extinguido por la prescripción.

En consecuencia el desistimiento de la instancia requiere para su validez el consentimiento de la parte demandada, produciendo el efecto de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la presentación de la demanda. Es decir, implica perder todo lo actuado en el procedimiento, sin llegar a dictarse sentencia de fondo.

(40) ARELLANO GARCIA, Carlos. Ob. Cit. Págs. 156 y 157..

Para nosotros el desistimiento de la instancia es un acto que ejecuta el individuo en cualquier momento procesal hasta antes de que se dicte la sentencia de fondo, por el cual se abandona todo lo actuado, requiriéndose del consentimiento del demandado, y conservando claro, su acción para volverla a manifestar en un nuevo juicio.

En un mismo orden de ideas, para los tratadistas argentinos Nelson C. Lodi y Ernesto Guelferin (41) tratan el desistimiento del derecho como nosotros entendemos el de la acción, el cual lleva implícito el desistimiento de la instancia.

Asimismo, tales tratadistas comentan que el desistimiento de la instancia es la renuncia temporal a continuar los trámites del juicio, conservando y reservando el derecho de accionar nuevamente, es decir, retrotraer la situación al estado en que se encontraba antes de iniciarse el pleito. No supone en modo alguno hacer abandono de la acción ni tampoco negar o renunciar al derecho que se alegó.

Por lo que podemos entender que tal desistimiento es un acto que se abandona con la intención de proseguir en juicio, pero pudiendo intentarla de nuevo en otro juzgado, por lo que no puede interpretarse como renuncia a la acción.

Puede también desistirse de la instancia o de la acción, sin desistirse del derecho, es decir, reservándose la facultad de iniciarla de nuevo pero con el consentimiento del demandado.

(41) C. LODI, Nelson y GUELPERIN, Ernesto. Ob. Cit. Págs. 557 y 558.

Por lo que concierne al desistimiento del derecho, éste es la abdicación de una pretensión jurídica e implica, la renuncia de la acción y de continuar con los trámites del proceso, ya que no pueden llevarse éstos a delante, carentes de la sustentación proporcionada por un interés jurídico que es su principio y su fin,

De lo mencionado anteriormente, pensamos que lo que se entiende en Argentina como desistimiento del derecho, es la renuncia a las pretensiones jurídicas que una vez formuladas no pueden alegarse en otro pleito.

En cuanto al consentimiento que debe de dar la contra parte, la doctrina argentina está dividida; unos señalan la necesidad del consentimiento de la contraria y otros que no por cuanto a la abdicación del derecho y el finiquito de la acción que lleva implícito, que en nada puede afectar a la contraparte, que ya nada tendrá que temer en un futuro por cuanto podrá oponer la excepción de cosa juzgada.

En cuanto a la forma de el desistimiento del derecho, éste debe ser expreso y manifestarse en forma clara y que no deje lugar a dudas de lo - que el renunciante quisó manifestar.

Una vez, analizado lo que es desistimiento de la instancia tanto para los tratadistas mexicanos como para las argentinos, tomaremos como base para éste trabajo en lo que hace al desistimiento de la instancia lo que opinan nuestros tratadistas.

En otro orden de ideas, comentaremos lo que se entiende por desistimiento de un acto procesal, ya que puede prestarse a la interrogativa de

qué es lo que sucede si sólo se desea desistir de un acto procesal?, por lo cual a continuación diremos en que consiste éste.

Humberto Briseño Sierra dice que el desistimiento de un acto procesal es " La mínima abdicación de un acto procesal, y que puede ser realizado por el actor o por el demandado."(42)

Lo anterior es que por la relación jurídico procesal que se constituye entre las partes al trabarse la litis, crea para las mismas derechos y obligaciones en cuanto al proceso en sí, como ejemplo de derechos, señalaremos el de ofrecer pruebas, el de apelar, el de acusar la rebeldía, etcétera, que pueden ser desistidos por ambas partes.

En cuanto hace a la forma en que debe darse este desistimiento de actos procesales, puede ser expreso o tácito, por lo que es un acto unilateral, que no requiere ni está condicionado a la conformidad de la contraria.

Por la natural extensión y numerosa variedad de casos que se pueden presentar, no resultaría práctico intentar enunciar los diferentes supuestos que admite el desistimiento de los actos procesales. Por ello, para sólo ampliar las reglas genéricas que anteceden, mencionaremos algunos casos de tal desistimiento, como son: El de las pruebas que la ley permite abandonar, el de el recurso, etcétera.

Una vez que se ha comentado lo que se entiende por las clases o tipos de desistimiento que existen en México, así como en Argentina, pasaremos -

(42) BRISEÑO SIERRA, Humberto. Ob. Cit. Pág. 49.

a realizar una breve explicación de los efectos que produce el desistimiento en general, sea éste el de la acción, instancia o acto procesal.

2.4.- EFECTOS DEL DESISTIMIENTO EN GENERAL.

En este punto trataremos los efectos jurídicos que trae el desistimiento en general, debido a la gran importancia que reviste tal acto.

El desistimiento en general extingue la relación jurídico procesal entre las partes y trae aparejadas diversas consecuencias procesales que varían de acuerdo al estado procesal en que se realicen.

Uno de los principales efectos jurídicos es que todas las cosas vuelven al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, lo cual está fundamentado en el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su último párrafo, el cual dice:

"...El desistimiento de la demanda produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla..."

El desistimiento de la demanda o instancia trae consigo la pérdida de los derechos y situaciones procesales favorables a ella que se han producido en la misma y ésta se sobresee.

En el desistimiento de la acción, además del efecto anterior se produce la pérdida del derecho de volver a accionar en otro juicio, lo anterior produce el efecto de cosa juzgada, el cual es aprovechado por el demandado, mismo que queda protegido frente a la contingencia de una nueva demanda por el actor.

Asimismo con el desistimiento de la instancia, el demandado corre el riesgo, mientras la pretensión o acción no prescriba, de que se le vuelva a demandar un nuevo juicio en su contra.

Otro de los efectos del desistimiento de la acción y de la instancia es que obligan al que lo hizo a pagar los gastos y costas causados en juicio y los daños y perjuicios que haya sufrido el demandado en el mismo.

Lo anterior se encuentra regulado en la última parte del citado artículo 34 del Código Adjetivo, que a la letra dice:

"...El desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento, o el de la acción, obligan al que lo hizo a pagar costas y daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario."

En esta última parte podemos ver que dicho cargo o sanción puede ser objeto de convenio, lo cual permite eximir al sancionado de éste. Por otro lado, también se puede eximir del pago de costas al actor cuando se desiste antes del emplazamiento del demandado.

A continuación mencionaremos algunos efectos que trae también aparejado el desistimiento, pero que son específicos:

a) En relación al derecho: Al desistirse de la acción se pierde el derecho a la pretensión de nueva cuenta en otro juicio, pero en el de la instancia no se pierde tal derecho, pudiendo volver a entablar otra demanda sobre el mismo hecho o causa.

b) Por lo que hace al efecto de cosa juzgada: En el desistimiento de la acción se da tal efecto, no pudiendo volver a accionar sobre lo mismo; pero en el de la instancia, no surte el efecto de cosa juzgada, pudiéndose actuar de nuevo en otro caso similar.

c) Por lo que se refiere a las medidas provisionales o precautorias: Estas deben dejarse sin efecto inmediatamente después de desistido el actor de la acción, ya que al no proseguirse la misma, carecen de razón de ser las diligencias provisionales o cautelares practicadas, de igual manera se procederá en el desistimiento de la instancia.

d) En tratándose de la excepción de litispendencia: Es tal, con el peligro de evitar la contradicción de dos sentencias que tuvieran la misma litis, la cual no procede alegarla, cuando el procedimiento anterior terminó con el desistimiento de la acción o de la instancia, toda vez, que en este supuesto ya no existe un juicio de pendiente resolución.

e) Cuando se desiste de algun acto procesal: El efecto es el de tenerlos por no hechos.

Antes de terminar este capítulo , es necesario decir que hay casos en que es improcedente el desistimiento, como el de desistirse de una sentencia, toda vez, que está causó efecto de cosa juzgada. Asimismo, entre otros están los derechos irrenunciables en función de que el sistema jurídico protege o tutela de una forma especial y que afectan al orden e interés público, como son los derechos de familia, derechos alimentarios, derechos sociales regulados por el Derecho del Trabajo o por el Derecho Social.

Lo anterior en virtud de la irrenunciabilidad de ciertos derechos, la vulneración del principio de orden público, los cuales no pueden ser renunciados por el individuo, por lo tanto, son improcedentes los actos de desistimiento que quieran efectuar las partes en un juicio.

Una vez expuesto lo relativo al concepto de desistimiento, las clases que existen en nuestro país, como son el de la acción, instancia y de actos procesales, así como, los efectos jurídicos de tal acto, pasaremos a continuación a otro capítulo importante de nuestro trabajo que es el análisis de el artículo 268 del Código Civil Vigente.

Cabe señalar que tal precepto mencionado en el párrafo anterior, así como el del artículo 281 que se analizará en otro capítulo posterior, se presenta el fenómeno del desistimiento, y es por eso que en el presente capítulo se habló de una manera específica sobre tal concepto, toda vez que para la comprensión de los capítulos siguientes, es necesario que en principio se comprenda lo que debe entenderse por desistimiento, pues de lo contrario se puede prestar a confusiones o a una mala interpretación.

CAPITULO III

ANALISIS DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE

SUMARIO

3.1. Antecedentes históricos del artículo 268 del Código Civil. 3.1.1. En el Código Civil de 1870. 3.1.2. En el Código Civil de 1884. 3.1.3. En la Ley sobre el Divorcio de 1914. 3.1.4. En la Ley de Relaciones Familiares. 3.1.5. En el Código Civil de 1928. 3.2. Interpretación del artículo 268 - vigente. 3.2.1. Elementos del artículo 268 del Código Civil vigente. 3.3.- Ventajas y desventajas del artículo 268.

En este capítulo analizaremos el artículo 268 del Código civil actual principiando con su estudio desde el Código de 1870 hasta el que nos rige actualmente, asimismo, daremos la interpretación de tal precepto, desglosando sus elementos y terminaremos señalando las ventajas y desventajas de su aplicación.

3.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL.

En éste punto explicaremos cómo se ha venido regulando el artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal, en las diferentes legislaciones civiles de México a partir de 1870 hasta la actualidad, así como sus reformas más recientes.

3.1.1.- EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

Para comenzar este apartado debemos mencionar que el actual artículo 268 del mencionado Código, tiene como antecedente directo en nuestra legislación el numeral 244 del Código Civil del 70 para el Distrito Federal y territorio de Baja California, mismo que menciona lo que ahora conocemos con el nombre de divorcio fallido, estipulándose lo siguiente:

"Artículo 244.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad de matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, así como haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido."

Al analizar este precepto, nos damos cuenta que el legislador dispuso que cuando un cónyuge mediante una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio que no logre probar en juicio, cause una calumnia que lastima los ánimos y cree odio entre los consortes al grado de que se hace absolutamente imposible la felicidad en el hogar conyugal, resulta entonces, para el demandado todo derecho de poder pedir el divorcio en base con el artículo 244, ya que no sólo se puede pedir el divorcio por las causas enumeradas en el 240, ahora 267 vigente, sino también por este precepto.

Asimismo, pensando el legislador en una remota reconciliación entre los consortes, ha querido apoyar dicha aveniencia y en base a ésto señaló en el mismo precepto que la acción de divorcio no puede ejercitarse antes de cuatro meses contados desde la notificación de la última sentencia, con ésto puede el demandado hacer uso o no de tal derecho.

3.1.2.- EN EL CODIGO CIVIL DE 1884.

Por otro lado el Código Civil de 1884 en tratándose del divorcio que nosotros conocemos como fallido, en su artículo 230 señala lo mismo que el 244 del 70, por lo que podemos ver que el legislador no cambió nada sobre éste artículo, otorgándole el mismo derecho al demandado para poder hacer o no uso de su derecho a divorciarse ante la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio que no haya probado el actor o por su insuficiencia, así como en que lo haya acusado judicialmente.

Una vez observado que no hubo reforma alguna al artículo 230 del Código Civil de 1884, pasaremos a analizar lo que señalaba la Ley sobre el Divorcio de 1914, sobre el divorcio fallido.

3.1.3.- EN LA LEY SOBRE EL DIVORCIO DE 1914.

En la Ley Sobre el Divorcio de 1914, en su artículo 230, aparece ya - una reforma sobre el divorcio que conocemos como fallido, mismo que a la letra dice:

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

En este precepto podemos notar que el legislador hizo algunas variantes, suprimiendo la frase "... así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge...", y reduciendo el plazo para ejercitar la acción de divorcio a tres meses y ya no de cuatro como en el Código de 1870 y en el de 1884.

Por lo que hace a la reducción de el plazo de cuatro meses a tres para intentar la demanda de divorcio por el cónyuge originalmente demandado, estimamos se debió a que el legislador pensó que debía de darse menos tiempo, debido a la desaveniencia conyugal que podría ocasionar un mayor problema; claro, es pertinente aclarar que tampoco el plazo debería ser menor de tres meses, dando pauta a una reconciliación entre ambos.

A continuación, mencionaremos lo que la Ley de Relaciones familiares de 1917, expedida por Don Venustiano Carranza, Jefe de el Primer Ejército - Constitucionalista, mencionaba sobre el divorcio fallido.

3.1.4.- EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES.

Por lo que hace a la Ley Sobre Relaciones Familiares expedida en 1917, referente al multicitado divorcio fallido, marcaba en su numeral 79 lo mismo que la Ley Sobre el Divorcio de 1914, sin realizarse cambio alguno en tal precepto, y por lo tanto facultaba el derecho al demandado de hacer o no uso de tal derecho encuadrado en el artículo 79 y otorgándole un plazo de tres meses para ejercitar tal acción o abstenerse de hacerlo.

Ahora señalaremos lo que el Código Civil de 1928 mencionaba sobre el divorcio fallido, el cual se encuentra plasmado en su artículo 268 .

3.1.5.- EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

En tal Código Civil, mismo que fue expedido por en antes Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Plutarco Elías Calles, señalaba en su Título Quinto, Capítulo Décimo, artículo 268 lo relativo al divorcio fallido, que a la letra dice:

"Artículo 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad de matrimonio, por causa que no haya justificado o — que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez, el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

Lo que podemos observar en este artículo, es que se modifica la frase "...la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido.", por la de "... los cónyuges no están obligados a vivir juntos." , por lo que a ninguno de los dos puede obligárcele a vivir unidos, es decir, ya no sólo se le otorga ese derecho a la mujer, sino también al hombre.

En tal precepto vemos que el legislador sigue otorgando el derecho al demandado para ejercer su acción si el actor no probó su demanda o ésta fue insuficiente, pudiendo o no ejercer la acción que le da el artículo 268 del Código Civil.

3.2.- INTERPRETACION DE EL ARTICULO 268 VIGENTE.

En este punto analizaremos el precepto que actualmente regula el divorcio conocido como fallido, así como sus elementos que lo integran, para después mencionar su ventaja y desventaja de su aplicación.

Por principio mencionaremos que el artículo 268 del Código Civil originalmente regulaba el divorcio fallido como en el punto anterior hemos citado y el 27 de diciembre de 1983 fue adicionado, quedando de la siguiente forma y que hasta la fecha a la letra dice:

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

De el precepto transcrito podemos observar que el legislador adicionó la frase "... o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado...", asimismo por lo que hace al término para solicitar el divorcio fundado en dicha norma específica, se añadió otro supuesto con la frase "... o del auto que recayó al desistimiento...", estas dos adiciones se analizarán a continuación en el siguiente punto en donde se estudiarán los elementos que componen el artículo 268 actual.

3.2.1.- ELEMENTOS DE EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

En este punto desglosaremos los elementos que lleva implícito el numeral antes citado, explicando brevemente cada uno de ellos, así como la problemática que se presenta en alguno de ellos. Tal desglose lo estimamos del todo necesario, toda vez, que en torno a este precepto han surgido diversas posturas interpretativas que trataremos de aclarar; tales elementos son:

a) Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad de matrimonio.

Esto es, cuando un cónyuge solicita la intervención del órgano jurisdiccional, en este caso el Juez de lo familiar, a fin de que, en base a alguna de las causas de divorcio marcadas en el artículo 267 para el primer caso o de alguna de las que señala el artículo 235 para la nulidad de matrimonio, aplique la ley y dicte una sentencia a su favor, solicitando la disolución del vínculo matrimonial o la nulidad de matrimonio, y por su parte el demandado solicita al juez la absolución en el juicio.

Por lo anterior podemos notar que sólo puede demandar el divorcio o la nulidad de matrimonio el cónyuge que crea tener causa suficiente marcada por la ley para tales casos.

b) Por causa que no haya justificado.

En este supuesto, el lógico pensar que si un cónyuge demanda el divorcio o la nulidad de matrimonio y en el procedimiento e incluso una vez concluido el juicio no prueba su petición el actor, el demandado tiene a su vez, el derecho de solicitar divorcio fundado en dicha causal, ya que fue injusto

tificadamente demandado y se estima le ha ocasionado una injuria.

La injuria es una conducta o acto, siempre que implique menosprecio, ultraje, ofensa que atendiendo a la condición social de los cónyuges, así como a las circunstancias de las palabras o hechos de la misma, implique gravedad contra el respeto y afecto que se deben los cónyuges, por la dañada intención con que se proliferan o ejecutan tales para humillar y despreciar al ofendido.

A este respecto estamos totalmente de acuerdo en que si se presenta tal supuesto, se aplique al respecto el precepto aludido, sin pensarlo profundamente.

En este punto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido su opinión precisándose lo siguiente:

" DIVORCIO, LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE.- La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción, la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por lo tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causa invocada que de plenamente probada, así como que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad.

Vol. XXV, Pág. 138. A.D. 6805/58.- Maria Luisa Pacheco Benavides.- 5 votos.
 Vol. XXVI, Pág. 69. A.D. 5329/58.- Beatriz Margarita Maichín de Moreno.- 5 votos.
 Vol. XXXI, Pág. 49. A.D. 1461/59.- Dolores Rodríguez.- 5 votos.
 Vol. XLIII, Pág. 50. A.D. 5296/59.- José Guadalupe Sánchez Unanimidad de 4 votos.
 Vol. LXVIII, Pág. 21. A.D. 1383/62.- Ranulfo Pérez Cuervo. 5 votos." (43)

(43) Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917 a 1988, Sexta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, jurisprudencia 174, Pág. 530.

Del anterior criterio que nos da nuestro Tribunal Supremo, desprendemos que las causas de divorcio se deben probar plenamente, para que se pueda aplicar la ley al caso concreto, y disolverse éste.

c) Así como se hubiere desistido de la demanda sin la conformidad del demandado.

En este punto se presentan varias interpretaciones veamos: según vimos en el segundo capítulo de nuestro trabajo, existe una gran diferencia entre demanda e instancia, y al referirse a esta última se precisó que puede haber desistimiento de la demanda sin el consentimiento del demandado, cuando no haya sido emplazado a juicio, por lo cual se preguntaría, ¿Puede entonces el demandado demandar en base al artículo 268, si no ha sido llamado a juicio?

En este punto se presentan varios problemas según sean los distintos posturas de interpretación que se adopten, veamos:

En primer término, el legislador señala el desistimiento de la demanda sin la conformidad del demandado.

Habíamos visto en el capítulo segundo del presente trabajo que existe una gran diferencia entre lo que es desistimiento de la acción y el de la instancia, en este punto que pensamos el legislador se refiere al desistimiento de la demanda.

Hablar de desistimiento de la demanda y de la instancia no es lo mismo, y el factor principal de tal diferencia está en la necesidad o no de obtener el consentimiento del demandado para obtener tal efecto.

Esto es así; se dice teóricamente que existe desistimiento de la demanda cuando el demandado no ha sido emplazado a juicio, y no estando formada la relación jurídica trilateral, no se requiere del consentimiento de el demandado para que el actor pueda validamente retirar la demanda interpuesta. Por el contrario, se habla del desistimiento de la instancia cuando el demandado ya ha sido notificado, y por lo tanto se requiere de su consentimiento, y reservándose el actor el derecho de poder volver a accionar en un nuevo juicio.

En este punto que tratamos, ¿ puede entonces el demandado demandar con fundamento el el artículo 268, si no ha sido llamado a juicio?

Estimamos que no, pues en este numeral el legislador trata el caso en que el actor desistió sin consentimiento del demandado, supuesto éste de lo que se conoce teóricamente por desistimiento de la instancia.

Podemos concluir que lo que el legislador quiso decirnos es que si el actor en un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio se desiste sea-- de la misma instancia o demanda, se requiere siempre que se haya emplazado al demandado y efectuandose el desistimiento sin la conformidad de éste, se le pueda a su vez demandar el divorcio fundado en el artículo 268 de el Código Civil vigente.

En este punto estimamos que nuestro legislador debería tratar el desistimiento de la instancia, ya que en ella va implícita la demanda, e implica por lo tanto, que ya ha sido notificado el demandado y entonces sí es necesario el consentimiento de éste, para que el actor pueda desistirse de la instancia.

Al respecto de lo anterior, la Suprema Corte ha pronunciado un criterio a cerca del consentimiento del demandado, el cual dice:

"**DEMANDA DESISTIMIENTO DE LA. CONSENTIMIENTO DEL DEMANDADO.** Cualquiera que sea el criterio doctrinal que se acepte sobre el particular, debe admitirse que cuando una persona ocurre ante el órgano jurisdiccional, solicitando la tutela jurídica de sus pretensiones y se llama a la contraparte, y ésta opone las excepciones que estima pertinentes, existe una litispendencia, y por lo mismo, ha surgido una relación jurídico procesal, que es autónoma, compleja y perteneciente al Derecho Público, surgen para los contendientes derechos y obligaciones. Por lo que respecta al demandado, puede decirse que tiene una facultad a obrar en forma contradictoria al actor, por lo que así como aquél tiene derecho a pedir una declaración sobre la existencia de una relación jurídica concreta que lo beneficie. Además, desde el inicio de la relación surge para el demandado el derecho de que se resuelva el fondo de la cuestión que hubiere planteado el actor; es decir, nace el derecho del demandado para que se dicte una sentencia. De otro punto de vista, debe decirse que como dentro del proceso deben estar colocados el actor y el demandado en un plazo de igualdad, ambos deben ser titulares de derechos recíprocos; así, uno tiene la facultad de que se le permita probar los extremos de la demanda y de que en su caso se dicte una sentencia condenatoria y el otro tiene el derecho de expresar sus defensas, probarlas y de que el órgano jurisdiccional al dictar la sentencia las tome en cuenta y lo absuelva. La doctrina y el derecho positivo están acordes en que aquella relación procesal puede terminar normalmente, con una sentencia, o en una forma anormal, por caducidad, transacción, desistimiento de la demanda, etcétera. El desistimiento es la declaración de la voluntad del demandante que unida a la conformidad del demandado, tiene por objeto dar por terminada la litispendencia, la relación procesal sin sentencia. El desistimiento de la demanda no significa la absolución de la acción, y por lo tanto, el demandado queda expuesto al inicio de un nuevo proceso, con base en la misma pretensión, con todas las consecuencias que ello acarrea. En el orden de ideas antes expuesto, es pertinente decir que si el demandado tiene o puede tener interés en que la cuestión se resuelva dentro del proceso, mediante una sentencia en que se examinen sus defensas e interés en que dicha cuestión no se suscite nuevamente, ello basta para estimar que la cesación de la relación procesal, no debe depender de la voluntad del actor, sino que para que surta efectos el desistimiento de la demanda, debe someterse a la consideración de la parte demandada, a fin de que ésta exponga sus puntos de vista y, en su caso, consienta o se oponga a la pretensión de aquél.

A.D. 9894/ 1968. María de la Luz León Correa. Octubre 6 de 1969. 5 votos. Ponente: Ntro. Enrique Martínez Ulloa."(44)

Del criterio antes mencionado, podemos ver que es muy claro y específico, por lo que, estamos de acuerdo con él, no dando lugar a su explicación, todavez, que es genérico y muy claro.

Por otro lado, en el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, menciona como sinónimos tanto el desistimiento de la demanda como el de la instancia, cosa que como ya establecimos, son dos situaciones diferentes; ahora bien, si relacionamos este precepto con el artículo 268 del Código Civil, notamos la contradicción e incluso aberración.

A este respecto dice el artículo 34 del Código Adjetivo, en su segundo y último párrafo:

"... El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá el consentimiento del demandado..."

"...El desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento o el de la acción obligan al que lo hizo a pagar costas..."

Asimismo, el artículo 268 del Código Sustantivo en su primer párrafo dice:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad de matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado..."

Por lo que antecede, pensamos que el legislador quiso decir, que se puede aplicar el 268 si hay desistimiento de la instancia o demanda una

(44) Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1971 - 1973, III Actualización, Séptima Epoca, Cuarta Parte, 3ª Sala, Pág. 22.

vez emplazado el demandado, debiéndose establecer únicamente la palabra, instancia en ambas leyes, para evitar la confusión o contradicción.

d) Cuando el actor se hubiere desistido de la acción sin la conformidad del demandado.

Aquí se presentan varios problemas de interpretación y que es importante mencionar, uno de ellos, el más claro, es en el 268 el cual nos habla de que puede haber desistimiento de la acción sin la conformidad del demandado, pero que si se hace tal, el actor se adjudica una sanción que es la señalada en el multicitado artículo.

Ahora bien, como sabemos y según los tratadistas del derecho mexicano y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nos dicen, que el desistimiento de la acción no requiere esencialmente del consentimiento del demandado.

Recordemos que el desistimiento de la acción es la renuncia a las pretensiones que se formulan en la demanda, y que tiene por objeto darle fin al proceso y extinguir la acción, y el cual no requiere el consentimiento del demandado.

Asimismo, el Código Adjetivo de la materia, en su artículo 34, párrafo segundo dice:

"... El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá el consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aun sin consentirlo el demandado..."

Por lo que podemos ver que no se requiere el consentimiento de la contraria, para que el actor se desista de la acción.

Notamos entonces una contradicción que se presenta, la cual es evidente y consiste en que no es posible concebir que el artículo 268 del Código Civil vigente requiera para desistirse de la acción la conformidad del demandado, toda vez, que como hemos entendido no es necesario tal consentimiento, según los tratadistas y la ley misma; asimismo, notamos pues una contradicción entre los artículos 268 de la ley sustantiva y el 34 de la ley adjetiva.

Esto es, el artículo 268 sustantivo nos da a entender que es necesario el consentimiento del demandado para que el actor pueda desistirse de la acción, y el 34 de la ley adjetiva no dice que para desistirse de ésta sea requisito esencial que la contraparte dé su consentimiento.

Claro, es pertinente mencionar que si hay desistimiento de la acción por el actor en un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, pueda el demandado demandar a su vez, el divorcio fundado en el 268 sustantivo, toda vez, que se le han hecho cargos calumniosos al demandado y con tal desistimiento se impide que el juez dicte sentencia, pues no puede seguir conociendo del asunto por tal acto unilateral, recayendo así, solamente un auto, el cual es suficiente para que el demandado pida el divorcio por la causal señalada en el 268 del Código Civil actual.

En un mismo orden de ideas, lo que creemos que quiso decir el legislador es que cuando un cónyuge se desista sin que haya rendido pruebas, debe considerarse que ese desistimiento implica la confesión de que su demanda no quedó probada, y entonces, aun cuando no llegue a pronunciarse la sentencia, el demandado podrá invocar el 268 sustantivo.

Por consiguiente, y en virtud de que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, debe el juez considerar que lo que quiere el legislador es sancionar una demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio presentada injustificadamente.

Esto debe ser así, ya que con tal presentación de la demanda rompe toda posibilidad de armonía conyugal, se provoca un distanciamiento de los cónyuges y más aun si han llegado al grado de que se presente una demanda y no se prueben cargos serios que se hagan; el cónyuge injustificadamente demandado o absuelto, cuando se desistió el actor, debe tener a su vez, incluso sin llegarse a resolver el litigio, la acción de divorcio.

Estimamos es necesario que se modifique la frase "... o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado.." por la de "... o se hubiere desistido de la acción o de la instancia sin la conformidad del demandado..."

Lo anterior a fin de evitar las confusiones a que da lugar el multi-citado artículo 268 del Código Civil actual, visto en relación con el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles vigente.

e) El demandado tiene a su vez, el derecho de pedir el divorcio.

Este punto es claro ya que en el inciso anterior comentamos que si un cónyuge fue injustificadamente demandado y absuelto o injustificadamente demandado dado el desistimiento del actor, aquél debe tener el derecho para demandar el divorcio aun si no hubiere sentencia de fondo.

Esto es, que en base al auto que recayó al desistimiento, si no hubo

consentimiento del demandado, éste puede invocar el 268 citado y demandar el divorcio.

f) No podrá hacerlo, sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento.

Aquí podemos ver que se refiere al término para poder ejercer la acción de divorcio por el cónyuge absuelto o injustificadamente demandado en la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio.

Respecto de los términos para ejercer la acción de divorcio fundada en el artículo 268, la Suprema Corte de Justicia nos da su criterio, el cual es el siguiente:

" DIVORCIO FECHA EN QUE PRINCIPIAN LOS TERMINOS DE EJERCICIO Y CADUCIDAD DE LA ACCION EN EL CASO DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- La acción de divorcio del cónyuge absuelto en juicio de divorcio anterior, a que se refiere el artículo 268 del Código Civil, puede ejercitarse hasta después de tres meses de la notificación de la sentencia que establece la cosa juzgada, o sea, la de amparo, y no la de segunda instancia, debiéndose distinguir entre amparo negado y amparo concedido. En efecto, si se negó la protección constitucional, el término de tres meses principia desde la fecha en que la ejecutoria de amparo quedó notificada por conducto de la autoridad responsable. En cambio, cuando el amparo se concede, la fecha de iniciación del cómputo, es desde que la autoridad responsable, en cumplimiento de la ejecutoria de amparo, pronuncie y notifique su nueva resolución, dejando sin efecto la reclamada, y ajustándose a los términos de la ejecutoria de la Corte. Consecuentemente también, el término de caducidad de seis meses que para el ejercicio de la acción que fija el artículo 278, principia después de transcurridos los tres meses, contados a partir de la notificación o cumplimiento de la ejecutoria de amparo, de la manera antes precisada.

Quinta Epoca:

Tomo LXXXIII. Pág. 1515. A.D. 9495/43. Ramón Meléndez Rodríguez Unanimidad de 4 votos.

Tomo CIII. Pág. 2276. A.D. 7288/45. Antonio Carmona Pifa. 5 votos.

Tomo CXXIV. Pág. 835. A.D. 3137/54. Amado Ortíz Zavala. 5 votos
 Tomo CXXVI. Pág. 659. A.D. 2342/57. Genoveva Vara de Vésquez.
 Unanimidad de 4 votos.

Séxta Epoca, Cuarta Parte:
 Vol. XI. Pág. 89. A.D. 3492/57. Felíz Galindo. Unanimidad de 4
 votos." (45)

Añadamos pues, para que quede más claro como debe computarse el término para la acción de divorcio del 268 otro criterio que la Corte Suprema nos da, el cual a la letra dice:

" DIVORCIO POR LA CAUSAL PREVISTA POR EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Disponiendo el precepto invocado que la acción de divorcio debe instaurarse pasados tres meses de la notificación de la última sentencia, ésta debe entenderse como el fallo de primer grado no recurrido, el de segunda instancia en caso de apelación y, a demás, en el evento de impugnarse este último mediante el juicio de amparo directo, la sentencia que se pronuncie en el juicio de garantías, pero bajo la condición de que la demanda constitucional, se haya entablado — dentro del término que señala la ley, de tal modo que, por esa razón, el juicio de divorcio se encontraba sub-judice y por ende impedía iniciar el cómputo de los tres meses de la notificación de la última sentencia, que en esa situación, sólo podía actualizarse respecto a la pronunciada en el juicio de garantías. Este criterio, en lo que hace a tener el fallo del amparo como cosa juzgada de la acción de divorcio, es acorde a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que bajo el número 168 aparece en la página 518, Cuarta Parte II, de la Compilación de fallos por los años 1917-1975.

Amparo directo 466/83.- Adalberto García Salazar. 21 de julio de 1983.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: José Becerra Santiago.- Secretario: Gustavo Sosa Ortíz." (46)

-
- (45) Jurisprudencia Mexicana 1917-1985. IV Civil, Cárdenas Editores y Distribuidor, Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985. Novena Parte, Pág. 342.
- (46) Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917-1988. Informe, 1983. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Núm. 16, Pág. 153.

Creemos que ha quedado entendido cómo se computa el término para que se pueda ejercer la acción de divorcio fundada en el artículo 268 sustantivo, así como su caducidad, la cual se contempla en el 278 del mismo ordenamiento jurídico.

f) Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Una vez, que se ha entablado la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio por alguno de los cónyuges, es lógico pensar que hay una desavenencia conyugal, o sea que, el matrimonio se ha roto, al grado de causar-se uno al otro ofensas o calumnias, que hacen imposible la vida en común, por lo que, se corre el riesgo de que la relación marital degenera a tal grado, que se suscitan situaciones violentas, en perjuicio de todos los integrantes de la familia, no sólo de los cónyuges, sino también de terceros, en este caso de los hijos si los hubiere.

Por lo anterior es conveniente que no vivan juntos los cónyuges, durante el procedimiento y al final del mismo.

Cabe mencionar que el inciso anterior relativo al término de tres meses para ejercer la acción de divorcio, se relaciona con el presente inciso, que señala que no pueden ser obligados a vivir juntos los cónyuges, -- pero ¿que sucede si en ese lapso de tiempo se quieren volver a unir? -- el legislador previó la reconciliación de los cónyuges, otorgando entonces ese plazo, pudiendo si quiere o no el demandado hacer uso del derecho que le otorga el artículo 268 del Código Civil vigente.

En otro orden de ideas, es pertinente mencionar a continuación las ventajas y desventajas que puede traer consigo la aplicación del mencionado artículo 268.

3.3.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL ARTICULO 268.

En este punto analizaremos las ventajas y desventajas que ocasiona el artículo 268 del Código Civil actual, ya que puede ser una arma de dos filos para la justicia familiar.

En primer lugar este sistema ofrece como ventaja la protección para el cónyuge que ha sido injustificadamente demandado, sea que el actor no logró probar su acción en juicio o cuando se desistió de la instancia o demanda sin el consentimiento del demandado o de la acción, toda vez, que es lógico pensar que se le ha causado una injuria, de ahí que surja un derecho de poder pedir el divorcio fundado en dicho numeral.

Por otro lado nuestro actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, regula de manera riesgosa para el actor, el destino del procedimiento intentado, ya que si no logrará probar su pretensión en juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio o se desiste de la instancia o demanda sin la conformidad del demandado o de la acción, se le puede en primer término dictar sentencia como conyuge culpable y demandarle a su vez, el demandado el divorcio con fundamento en el 268 sustantivo, actuando éste ahora como cónyuge inocente o absuelto.

Lo anterior, puede prestarse a una injusticia, pues como de todos es sabido, un litigio está sujeto a un procedimiento que si no es adecuadamente dirigido, puede recaerle una sentencia adversa.

Con lo antes mencionado, se quiere decir, que un cónyuge no obstante que ha realizado actos reprimibles por la ley, en este caso el Código Civil y los calificados como hechos suficientes para disolver el matrimonio con la habilidad de un buen abogado es posible que obtenga sentencia favorable, en el proceso en que fue demandado por su cónyuge, que aunque con motivos suficientes para hacerlo le faltó habilidad procesal para demostrarlos, recayéndole un fallo adverso.

Lo anterior ocasiona que un cónyuge inocente se convierta en culpable dentro de un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, produciéndose una injusticia.

Así otra desventaja para el cónyuge que tiene el derecho de pedir el divorcio, es que si no lo hace dentro del término fijado por la ley, tal derecho caduca y no es posible después ejercitarlo.

Del párrafo anterior se desprende una ventaja para el cónyuge que no logró probar su pretensión en juicio anterior, el cual es, si su cónyuge no entabla la demanda dentro del término de tres meses establecidos en el 268 sustantivo, ya no podrá ejercer tal acción, por su caducidad.

Una de las ventajas que ofrece nuestra actual legislación, es que se pretende que los cónyuges continúen con el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores, si los hubiere. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos da su criterio al respecto, el cual es el siguiente:

"PATRIA POTESTAD, NO DEBE SER CONDENADO A PERDERLA EL CONYUGE CULPABLE, CUANDO LA CAUSAL DE DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL.- El artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales, no incluye, en relación con la pérdida de la patria potestad, la causal de divorcio señalada en el artículo 268, y por ello mismo la aplicación analógica del 283 no es procedente al respecto, ya que la disposición en él contenida sólo es aplicable en los casos a que el mismo precepto se contrae, por tener el carácter de norma excepcional respecto a la general, relativa a que la patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, y es bien sabido que conforme al artículo 11 de el Código Civil, las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Quinta Epoca:

Suplemento de 1956, Pág. 345. A.D. 299/50.- Adolfo Gárza.- 5 votos.

Tomo CXXV, Pág. 608. A.D. 2738/54.- Ivenes Bernal Edmundo.- 5 votos.

Tomo CXXVII, Pág. 379. A.D. 2014/55.- Manuela Barbosa de Charles.- 4 votos.

Tomo CXXXI, Pág. 273. A.D. 2967/56.- Esperanza de Ornelas.- Unanimidad de 4 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XI, Pág. 145. A.D. 3880/57.- Rodrigo Vásquez Cuellar.- Unanimidad de 4 votos." (47)

Del criterio antes mencionado, confirmamos que ninguno de los cónyuges será condenado a perder la patria potestad de sus menores hijos, si los hubiere, si la causal fundada es el artículo 268 del Código Civil.

Como otra ventaja secundaria que trae el numeral antes citado, es que se puede evitar la separación de los cónyuges, o sea, la desintegración familiar, solamente no haciendo uso de tal precepto y reconciliándose ambos.

(47) Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917 - 1988. Tomo II, 2ª Edición, Aldina, México, 1992, Pág.181.

Asimismo, se puede evitar tal desintegración familiar si dicha acción caduca, según lo marca el artículo 278 del Código Civil Vigente; ya que la razón de ser de la caducidad, es la necesidad legal y moral de mantener y preservar la familia, que es de orden público; y ambas cosas se verían atacadas, si la posibilidad legal de demandar el divorcio subsistiera indefinidamente ya que, si entre los cónyuges no puede comenzar ni correr, la - - prescripción mientras subsista el vínculo matrimonial, la amenaza del cónyuge con derecho a demandar el divorcio, sería constante y esta forma de coacción moral afectaría, con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio.

Concluimos este capítulo, por lo que pasaremos a analizar el artículo 281 del citado Código Civil, ya que éste, se puede prestar también a confusión interpretativa, e incluso si lo relacionamos con el 268 aparece una contradicción, por lo que señalaremos como se puede aplicar dicho numeral, siendo éste el 281.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL ARTICULO 281 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE

SUMARIO

4.1. Antecedentes históricos del artículo 281 del Código Civil. 4.1.1. En el Código Civil de 1870. 4.1.2. En el Código Civil de 1884. 4.1.3. En la Ley sobre el Divorcio de 1914. 4.1.4. En la Ley de Relaciones Familiares de 1917. 4.1.5. En el Código Civil de 1928. 4.2. Interpretación del artículo 281 vigente. 4.2.1. Elementos del artículo 281 del Código Civil. 4.4.- Ventajas y desventajas del artículo 281. 4.5. Propuestas.

En este capítulo comentaremos cómo se ha regulado el artículo 281 del Código Civil desde 1870 hasta la actualidad, analizando los elementos del mismo, así como, relacionándolo con el artículo 268 sustantivo, señalando su único caso de aplicación y las ventajas y desventajas que ofrece la actual regulación del 281, finalizando con las propuestas que se sugieren.

4.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARTICULO 281 DEL CODIGO CIVIL.

En este punto explicaremos cómo se ha venido rigiendo el artículo 281 del citado Código Civil para el Distrito Federal, en las diferentes leyes de nuestro país desde 1870 hasta la fecha, así como sus reformas más recientes.

4.1.1.- EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

Comenzaremos indicando, que el actual precepto 281, tiene sus antecedentes en el numeral 265 del Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, mismo que en la actualidad lleva el numeral 281, dicho numeral 265 del Código del 70 decía a su letra:

"Artículo 265.- El cónyuge que no haya dado causa al divorcio, puede aún después de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; más en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el anterior, aunque sí por otros nuevos aun de la misma especie."

En tal precepto podemos ver que el legislador quiso decir que como la sociedad está particularmente interesada en que los matrimonios se conserven en la mayor armonía, toda vez que la familia es una de sus bases fun-

damentales , y por lo mismo, las leyes han procurado dejar abiertas las --
puertas del perdón y el arrepentimiento, autorizando el mal necesario del di
vorcio. Por la misma razón ha encerrado dentro de estrechos límites el ejer
cicio de la acción de divorcio y ha concedido al que no ha dado causa la
facultad de prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él
aún después de ejecutoriada la sentencia, pero prohibiéndole que pueda pe
dir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el anterior,
pero sí por otros de la misma especie.

También podemos notar que al prohibirle al cónyuge inocente volver a
pedir el divorcio por los mismos hechos del anterior, creemos pues, que
en tal prohibición hay un desistimiento de la acción implícito en tal artícu
lo 265 sustantivo, ya que al haber tal desistimiento de la acción se ex
tigue ésta y no puede volverse a solicitar por los mismos hechos a los cua
les se desistió.

4.1.2.- EN EL CODIGO CIVIL DE 1884.

Por otro lado , en el Código Civil de 1884 en su numeral 243 se regu
laba lo que en la actualidad se marca en el 281, el cual decía lo mismo --
que el de 1870, por lo que podemos afirmar que el legislador no hizo modi
ficación alguna respecto del mismo.

Notamos puesqué se le concedía el mismo derecho al cónyuge inocente, o
sea, al que no hubiere dado causa al divorcio, de prescindir de sus dere
chos y obligar al otro a reunirse con él, aún después de ejecutoriada la
sentencia. Pero asimismo, prohibiéndole volverlo a pedir por los mismos
hechos anteriores, pero no por otros nuevos o de la misma especie.

**ESTA TESTIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

A continuación pasaremos a ver lo que se regulaba en la Ley Sobre el Divorcio de 1914 sobre el artículo 181 actual.

4.1.3.- EN LA LEY SOBRE EL DIVORCIO DE 1914.

Esta ley fue promulgada por Don Venustiano Carranza el 29 de diciembre de 1914 en el Estado de Veracruz, en la cual ya se encuentra un cambio en el artículo que ahora conocemos con el número 281, en el cual decía a su letra lo siguiente:

"El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie sentencia que ponga fin al litigio, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él, más en este caso no puede pedir de nuevo el divorcio, por los mismos hechos que motivaron el juicio anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie."

Aquí notamos que el legislador modificó el precepto, pudiendo el cónyuge que pide el divorcio prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él, antes de que el juez dicte la sentencia que dé fin al juicio, y ya no después de ejecutoriada la sentencia como lo regulaba antes el Código Civil de 1870 y el de 1884.

En este punto ya se nota la inaplicabilidad de dicho precepto y consiguientemente la del actual artículo 281, razón que analizaremos más adelante cuando estudiemos cómo es regulado éste en el Código Civil de 1928.

En tal artículo también se concedía el derecho al cónyuge que no hubiere dado causa al divorcio a prescindir de sus derechos, pero acto que sólo podía hacer antes de que se pronunciara la sentencia que pusiera fin al litigio.

4.1.4.- EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Esta ley fue expedida por Venustiano Carranza, el cual en su contenido se encontraba el artículo 92, que ahora conocemos como el 281, en el cual el legislador no hizo cambio alguno, ni lo modificó, quedando como estaba regulado en la Ley del Divorcio de 1914 analizada en el punto inmediato anterior.

En esta Ley de Relaciones Familiares de 1917 se da el mismo derecho al cónyuge que pide el divorcio de prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él, pero siempre que sea dicho acto antes de que el juez dicte la sentencia que dé término al juicio que se está ventilando a su cargo, es decir, la que dé fin al litigio.

Asimismo, aquí notamos también la inaplicabilidad de tal artículo, cuestión que trataremos a continuación al analizar el estudio del artículo 281 del Código Civil de 1928.

En otro orden de ideas, podemos ver que tanto en la Ley del Divorcio de 1914, como en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 al prohibírcele al cónyuge que no haya dado causa al divorcio volver a pedir el mismo por los mismos hechos del juicio anterior, creemos pues que en dicha limitante se encierra un desistimiento de la acción implícito en dichos preceptos.

4.1.5.- EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

Este Código fue expedido por el antes Presidente Plutarco Elías Calles en 1928, el cual en su Título Quinto, Capítulo Décimo Artículo 281 mismo que actualmente lleva dicho numeral, regulaba lo mismo que la ley

Familiar de 1917, sin que hubiera alguna reforma; dicha regulación se encuentra ahora en el 281.

De lo anteriormente señalado, notamos que actualmente se impide la aplicación del artículo 281 del Código Civil vigente, ya que antes de que exista sentencia no es posible saber quién es el cónyuge que no ha dado causa al divorcio, y por que además, esa interpretación conduciría al absurdo de que el cónyuge culpable pudiera en forma audaz, solicitar el divorcio al cónyuge inocente, por causas ficticias, para después desistirse de supuestos derechos, logrando así un fraude a la ley y una sangrienta burla a la sociedad y al cónyuge ofendido. Semejante interpretación no puede ser admitida.

En el mismo orden de ideas, se puede ver que tal abandono de derechos es manifestado a través del desistimiento de la acción, ya que no puede el actor volver a pedir el divorcio, por los mismos hechos a los anteriores al juicio pasado, pero sí por otros de la misma especie o nuevos.

A continuación mencionaremos lo que se preceptúa en la actualidad, es decir, el vigente una vez reformado en 1983.

4.2.- INTERPRETACION DEL ARTICULO 281 VIGENTE.

Por principio mencionaremos que el artículo 281 del Código Civil fue reformado el 27 de diciembre de 1983, quedando de la siguiente forma, y el cual a la letra dice:

"Artículo 281.- El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos he

chos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio, anterior, pero sí por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio."

En éste artículo podemos ver que aparece una reforma, la cual puede prestarse a una confusión, así como, una contradicción si se relaciona con el artículo 268 del Código Civil, problemas que más adelante analizaremos, al estudiar los elementos del artículo 281 sustantivo.

4.2.1.-ELEMENTOS DEL ARTICULO 281 DEL CODIGO CIVIL.

Aquí desglosaremos los elementos que trae aparejados el mencionado artículo, explicando brevemente cada uno de ellos, así como la problemática que se presenta en alguno de éstos, ya que dicho precepto tiene diversas posturas interpretativas que aclararemos: tales elementos son los siguientes:

a) El cónyuge que no haya dado causa al divorcio:

En este elemento, podemos ver que se puede prestar a una doble interpretación, siendo la primera que, por cónyuge se entiende al que pide el divorcio, o sea el actor, cuestión que criticamos, ya que no es posible que en dicho numeral, se diga el cónyuge que no haya dado causa al divorcio, — siendo que en dicho juicio no se logra establecer si hay cónyuge inocente o culpable en caso de que el actor dé el perdón a su consorte.

Por otro lado, la segunda interpretación que existe es que se refiera al cónyuge inocente en un juicio de divorcio que fue ventilado con antelación, donde ya hubo sentencia y se especifican las calidades de ambos,

por lo que aquí sí es aplicable en este supuesto dicho artículo 281.

Por lo antes mencionado, entonces nos preguntamos ¿ En qué caso es aplicable el artículo 281 sustantivo ?,

Estas cuestiones las trataremos al analizar la relación del artículo 281 con el 268 del Código Civil Vigente.

b) Puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio.

En este punto, notamos que se refiere a que el actor, en un juicio de divorcio en el cual se encuadra en la hipótesis de que exista o no una o varias causales: que señale el artículo 267 sustantivo, sin tener su calidad de inocente, o bien, el que ya tenga dicha calidad por haber sido calificado así en un juicio anterior, puede antes de que se dicte la sentencia que dé término al litigio otorgar el perdón a su consorte.

Lo anterior se refiere a que puede el actor otorgar su perdón aún desahogadas las pruebas e incluso antes de que el juez dicte la sentencia.

Por lo que toca al perdón, lo analizaremos a continuación, siendo éste otro elemento más del precepto aludido en este capítulo.

c) Otorgar a su consorte el perdón respectivo.

Este elemento es el que se presta a la mayor confusión, ya que se puede de considerar el desistimiento como el perdón tácito que hace el cónyuge inocente al culpable. Por lo que vemos que el perdón se manifiesta a través de el desistimiento.

Al respecto el maestro Eduardo Pallares dice (48) hay razones serias para considerar el desistimiento como el perdón tácito que hace el cónyuge inocente al culpable.

Cabe señalar que hay dos clases de perdón, el tácito y el expreso. Este último se otorga mediante la palabra verbal o escrita, y aquél por medio de determinados hechos que necesariamente lo presuponen, o por lo menos es de presumirse que exista, por que así se infiere de los hechos en que se hace consistir el perdón.

Asimismo, el perdón no consiste propiamente hablando en el olvido de la ofensa o de la mala acción que se perdona, por que puede subsistir el recuerdo y no por ello deja de existir el perdón con todos sus efectos. Consiste en realidad en la declaración de voluntad por parte de quien lo otorga de no hacer efectivas las sanciones y responsabilidades que tiene derecho a ejercitar en contra de cónyuge culpable. Perdonar no es olvidar, sólo no castigar.

Tratándose del perdón tácito, muchas veces bastará un beso, un abrazo que el cónyuge ofendido dé al ofensor para manifestar su perdón, pero todo depende de que en efecto, el acto de que se trate, sea de palabra, por escrito o de cualquier otra manera, pero que implique necesariamente la voluntad mencionada de no hacer efectivas las sanciones y responsabilidades en que haya incurrido el cónyuge ofensor.

Por lo anterior podemos notar que el perdón se manifiesta a través del desistimiento, en este caso de la acción, y más adelante explicaremos por qué se trata de la acción.

(48) PALLARES, Eduardo. El Divorcio... Pág.120 y 121.

A este respecto la Suprema Corte da un criterio sobre el perdón tácito el cual es el siguiente:

" DIVORCIO, DESISTIMIENTO DE LA ACCION DE. Perdón tácito (legislación del Estado de Veracruz).- Cuando el actor se desiste del juicio de divorcio, se presupone el perdón tácito y le impide solicitar nuevamente el divorcio fundado en los mismos hechos ... En consecuencia el actor pierde los derechos que pudiera haber tenido en ese juicio y con fundamento en los mismos hechos - no puede promover una nueva demanda de divorcio.

Amparo directo 3123/1955. Rafael A. Ruiz. Enero 19 de 1956. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Mariano Ramírez Vázquez"(49)

Por lo anterior, vemos que el desistimiento de la acción se equipara al perdón tácito que otorga el ofendido al ofensor en un juicio de divorcio.

En otro orden de ideas, si relacionamos el artículo 281 con el 268 - veremos que existe una contradicción , situación que analizaremos al estudiar la relación entre ambos.

d) Más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón, y que motivaron el juicio anterior.

En este punto vemos que se refiere a que ya no se puede volver a demandar el divorcio por los mismos hechos anteriores, con lo cual queda - el inciso anterior relativo al perdón confirmado aquí, ya que se refiere al desistimiento de la acción, toda vez, que como mencionamos en el segundo capítulo de nuestro trabajo, que el desistimiento de la acción extingue ésta, y no puede volverse a intentar por los mismos motivos que los ante-

(49) Jurisprudencia 1917-1965 Y Tesis Sobresalientes 1955-1965, I Actualización, 3ª Sala Civil, Mayo Editores, México, 1967, Pág.553.

nada con las palabras "... o se haya desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado..." consideramos que esta adición va en contra del artículo 281 que prescribe que " el cónyuge que no haya dado causa al divorcio, puede antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo..."el desistimiento de una demanda de divorcio lleva implícito, creemos, el perdón que motiva la demanda.

De lo mencionado con anterioridad, creemos que lo que la maestra Sara Montero quisó decir es que por un lado el artículo 268 nos permite el perdón por medio del desistimiento, pero con la sanción de que si se hace sin el consentimiento del demandado, éste nos puede demandar el divorcio fundado en tal precepto; y por otro lado el artículo 281 nos dice que el actor puede antes de que se dicte sentencia otorgar a su consorte el perdón respectivo, ésto a través, de un desistimiento de la acción, ya que en dicho numeral no exige la conformidad de la contraria y prohíbe volver a ejercer la acción de divorcio por los mismos hechos anteriores.

Por lo cual, en el artículo 281 sustantivo no menciona que si nos desistimos de la acción, nos hacemos acreedores a la sanción del artículo 268 del Código Civil, por lo que sí vemos de la manera antes mencionada estos se contradicen.

Asimismo, el maestro Eduardo Pallares (51) dice que de los términos del mencionado artículo se colige que al efectuar la renuncia, el actor -

(51) PALLARES Eduardo. El Divorcio... Pág.124.

se desiste de la acción. De lo que se sigue que podrá más tarde continuar el juicio de divorcio, pero no iniciar otro nuevo por la misma causa que sirvió de fundamento al anterior.

De lo anterior notamos que el maestro Eduardo Pallares, también entiende el perdón que señala el artículo 281 sustantivo como el desistimiento de la acción.

Ahora bien, veamos el único caso de aplicación del artículo 281 del Código Civil el cual es el siguiente: El artículo 281 que se analiza, no da derecho al cónyuge que pide el divorcio a otorgar el perdón a su consorte, sino que le otorga tal derecho al cónyuge que no haya dado causa al divorcio y al que por tanto, tenga efectivamente derechos adquiridos por virtud de una sentencia de la que pueda inferirse su condición de cónyuge inocente.

Lo anterior fundado en que el artículo 281 al iniciar dice que "el cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, ..." De aquí podemos ver que para aplicar tal precepto se debe entender que existe una sentencia que declare un cónyuge culpable y un inocente, para que éste pueda a su vez aplicar el 281 sustantivo.

En consecuencia, el único caso de aplicación posible del artículo 281 del Código Civil actual, se puede presentar durante la tramitación del juicio previsto en la hipótesis del artículo 268 sustantivo, en el cual se puede dar tal calidad a los cónyuges y así encuadrarse el cónyuge inocente en tal precepto, siendo tal el 281.

En resumen, sólo en el caso de que se tramite un juicio de divorcio que se haya fundado en el artículo 268 del Código Civil, puede el actor, o sea, el cónyuge absuelto en el primer juicio de divorcio, antes de que se pronuncie el fallo en el segundo juicio otorgar a su consorte el perdón — respectivo, es decir, desistirse de sus derechos nacidos de la sentencia ab solutoria, pero no pudiendo volver a demandar por los mismos hechos, pero sí por otros nuevos o de la misma especie.

4.4.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL ARTICULO 281.

Una de las ventajas que ~~trae~~ consigo la aplicación del sistema antes citado, es que el cónyuge culpable en el primer juicio de divorcio, al otorgarle el cónyuge inocente el perdón respectivo, es decir, al desistirse de la acción ya no se le van a hacer efectivas las sanciones o responsabilidades a que se pudo hacer acreedor al dictarse la sentencia.

Por otro lado una desventaja para el cónyuge actor en el juicio de di vorcio, es que al otorgar el perdón o desistirse de la acción ya no puede volver a solicitar el divorcio por los mismos hechos anteriores, por lo — tanto, es ésta una limitación que establece el artículo 281 del Código Civil, por otra parte, es una ventaja. para el cónyuge demandado o culpa— ble ya que al darse el supuesto desistimiento no puede el actor solicitar— le de nuevo el divorcio por los mismos hechos del juicio pasado.

En un mismo orden de ideas, este sistema trae una ventaja para el — cónyuge inocente o actor, si se da el supuesto de que tenga tal calidad, por existir sentencia anterior en relación con el artículo 268 del ordena— miento antes mencionado, ya que sin duda alguna, al demandarle el divorcio

fundado en el 268, puede si quiere hacer uso o no del artículo 281 sustantivo, es decir, otorgar a su consorte el perdón respectivo.

Una desventaja muy importante de este sistema, es que no se aplica en realidad el artículo 281 citado por las situaciones mencionadas con anterioridad; habiendo sólo un caso de aplicación teniendo lugar en el supuesto de que se haya dado la calidad de cónyuge inocente y culpable por haberse sustanciado un juicio de divorcio fundado en el numeral 268 multicitado.

4.5.- PROPUESTAS.

En este punto trataremos de sugerir algunas propuestas relacionadas con nuestro tema de trabajo, el cual en sí se refiere al análisis de los artículos 268 y 281 del Código Civil Vigente, así como de el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que el mismo tiene relación con los antes mencionados, por lo cual mencionaremos las propuestas o sugerencias referidas.

En principio de orden nos referiremos al artículo 268 del Código Civil actual dice a su letra lo siguiente:

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

Consideramos debería decir lo siguiente:

"Artículo 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad de matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la acción o de la instancia 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."

Lo anterior con el fin de que no se preste a confusión, ya que como vimos antes, el desistimiento de la acción no requiere el consentimiento del demandado.

Asimismo, si se relaciona con el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal salvamos la contradicción que actualmente existe ya que tal disposición dice que el desistimiento de la acción no requiere el consentimiento del demandado.

Por otro lado, es necesario se modifique el actual artículo 281 sustantivo, ya que si interpretamos dicho precepto en su primera parte entendiéndolo que se refiere al actor de un juicio de divorcio, sea inocente o no nos conduciría a una contradicción con el 268 del mismo ordenamiento legal.

Lo anterior por que si aplicamos el artículo 281 nos referimos a un perdón que se va a dar a través de un desistimiento de la acción, ya que así nos limita tal precepto, y al haber tal acto y relacionándolo con el artículo 268 que habla del desistimiento de la acción hecho sin el consentimiento del demandado, éste puede pedir el divorcio fundado en el 268.

Por lo cual notamos que el artículo 281 no plasma la sanción que mar-

ca el 268, el cual se puede hacer acreedor aquél que aplique el 281 de la forma que dijimos, o sea, en base al desistimiento de la acción, toda vez que no señala tal artículo que es necesario el consentimiento de la contra parte para desistirse de la acción, mismo que si lo analizamos nos guía a tal desistimiento, al decirnos que no podemos volver a pedir el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón.

Por otro lado, si el legislador quisiera decir que se refiere al cónyuge que realmente tenga la calidad de inocente en virtud de una sentencia anterior, es decir, si lo relacionamos con el artículo 268 sustantivo, entonces sí es aplicable el 281 actual del multicitado Código Civil, por lo que se sugiere sea más claro este artículo, de tal manera que nos haga ver que se refiere al cónyuge inocente de un juicio anterior.

De todo lo anterior, es pertinente decir que sugerimos sea aclarado el artículo 281 sustantivo el cual actualmente dice a su letra:

"Artículo 281.- El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero si por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio."

Por lo cual, consideramos debería quedar de la siguiente manera:

"Artículo 281.- El cónyuge que por sentencia no haya dado causa al divorcio puede, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero si por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio."

Con lo anterior se lograría que ya no se prestara a confusión dicho artículo y quedando claro el caso de aplicación del mismo.

En otro orden de ideas en relación con el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es necesario se modifique, de tal forma que se aclare bien los tipos de desistimiento que puede haber y sus condiciones y requisitos para tal acto, ya que nuestra actual legislación maneja indistintamente el desistimiento de la demanda y el de la instancia, siendo que como observamos anteriormente son dos situaciones distintas.

Asimismo, en la actual ley adjetiva, el artículo 34 dice:

"Artículo 34.- Admitida la demanda, así como formulada la contestación, no podrá modificarse ni alterarse, salvo en los casos en que la ley lo permita.
El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá del consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue esta aún sin consentirlo el demandado.
El desistimiento de la demanda produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquella. El desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento o el de la acción, obligan al que lo hizo a pagar costas y daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario."

El cual estimamos es necesario, quede redactado tal artículo 34 de la siguiente forma:

"Artículo 34.- Admitida la demanda, así como formulada la contestación, no podrá modificarse ni alterarse, salvo en los casos que la ley lo permita.
En el desistimiento de la demanda, instancia o acción se tendrá en cuenta;
I.- El desistimiento de la demanda hecho antes del emplazamiento no extingue la acción, no requiere el consentimiento del demandado, no obliga al acreedor a pagar costas y produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presenta-

ción de aquella, pero será responsable de los daños y perjuicios causados a la persona senalada como demandada, con motivo de la presentación;

II.-El desistimiento de la instancia, es decir, una vez emplazado el demandado, extingue ésta pero no la acción, requiere el consentimiento del demandado y produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de su presentación;

III.-El desistimiento de la acción extingue ésta en su totalidad no requiere el consentimiento del demandado, pero después de hecho el emplazamiento, el que se desista deberá pagar los gastos y costas judiciales, y además, los daños y perjuicios, salvo convenio en contrario;

IV.- El desistimiento de la demanda, instancia o acción, por haberse alcanzado el objeto perseguido en juicio, produce el efecto de dar fin al proceso."

La anterior propuesta fue tomada casi en su totalidad del artículo 235 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas; de igual forma lo regula el Código Adjetivo del Estado de Morelos en su artículo 19., ambos preceptos se refieren a lo que regula el artículo 34 de nuestro Código de Procedimientos Civiles.

Se concluye pues, que con tal propuesta al artículo 34 adjetivo se evitaría la contradicción citada, y quedaría más claro el numeral sobre los tipos de desistimiento que puede haber en un juicio, siendo tales el de la demanda, instancia y acción.

Por lo anterior damos por concluido el presente trabajo de tesis, y a continuación mostraremos un cuadro sinóptico de la problemática planteada de éste estudio, para mayor claridad en su comprensión.

Problema que plantean los artículos:

268

281

Misma hipótesis legal:

1.- Señala que el cónyuge demandante que se desista de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado.

1.- Señala que el cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede desistirse (otorgar el perdón).

Distintas consecuencias jurídicas:

Puede a su vez, resultar demandado por éste.

1.- No se indica que a su vez podría ser demandado por su consorte.

2.- Parte de la hipótesis de que el actor sea quien haya dado causa al divorcio.

INTERPRETACION:

1.- En ambas hipótesis legales se parte de la idea que el cónyuge actor puede desistirse del juicio de divorcio intentado.

2.- Sin embargo la confusión nace al reflexionar, por que si ambas hipótesis tienen el mismo supuesto (desistimiento), se establece por el legislador distinta consecuencia jurídica (que en un caso el cónyuge demandado puede a su vez solicitar acción de divorcio y en el otro caso no).

3.- SOLUCION:

La razón de ser del por que el legislador no establece consecuencia jurídica en el artículo 281 (que el cónyuge demandado pueda a su vez solicitar la acción de divorcio, al igual que establece el artículo 268), radica en que en este caso parte de la idea de que quien demanda es el cónyuge que no ha dado causa al divorcio o el inocente, en tal virtud no le resulta consecuencia jurídica alguna.

ABERRACION:

4.- No es posible aplicar el artículo 281, pues en éste se califica a priori que quien demanda es el cónyuge inocente (quien no haya dado causa al divorcio), lo cual sólo se puede determinar en una sentencia y no antes está como lo quiere el legislador.

UNICO CASO DE APLICACION DEL ARTICULO 281:

5.- Como dicho numeral parte del supuesto de que exista un cónyuge que no haya dado causa al divorcio (antes de una sentencia que así lo declare), estimamos que el único caso en que esto puede suceder, es el caso previsto por el artículo 268, esto es, cuando un cónyuge haya demandado al otro y no logre justificar su pretensión, o bien, se desista sin el consentimiento del cónyuge demandado.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto se concluye:

1.- El divorcio se debe entender como un acto jurídico por virtud del cual se permite a una pareja unida en matrimonio, separarse jurídicamente uno del otro, bajo las condiciones que señale la ley respectiva, y que deja a ambos en posibilidad de volver a contraer nupcias.

2.- Existen tres tipos de divorcio en nuestro país, siendo éstos: el divorcio administrativo, divorcio voluntario y divorcio necesario.

3.- El divorcio necesario o contencioso se inicia por medio de una demanda o escrito inicial en el cual uno de los cónyuges pide el divorcio fundado en hechos previstos en alguna de las causales que señala el artículo 267 e incluso en el caso del artículo 268, ambos del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

4.- Según nuestro Código Civil para el Distrito Federal, el juicio de divorcio termina -- de manera normal por sentencia y anormal por muerte de ambos o alguno de los cónyuges -- por reconciliación de los mismos, o bien por desistimiento o por el perdón.

Por lo que hace al perdón consideramos con mayor técnica que el legislador debió hacer referencia al desistimiento (sea de la acción o de la instancia o demanda) pues el perdón implica la renuncia de derechos existentes en la esfera jurídica de alguna de las partes.

5.- Se reconoce que existen tres tipos de desistimiento en México, sea el de la acción, de la instancia o demanda; o solamente de algún acto procesal.

7.- Los efectos jurídicos más importantes que trae consigo el divorcio son; la extinción del vínculo matrimonial sobre los cónyuges, la pérdida de la patria potestad sobre sus menores hijos si los hubiere a criterio del juez, según el artículo 283 del Código Civil vigente.

8.- Por desistimiento de la acción se entiende el acto procesal mediante el cual el demandante renuncia a la intentada, pero en realidad en estos casos no se desiste de la acción, sino de la pretensión o pretensiones formuladas en la demanda.

9.- Por desistimiento de la instancia entendemos, el acto que ejecuta el individuo en cualquier momento procesal hasta antes de que se dicte sentencia de fondo, por lo cual, se abandona todo lo actuado, requiriéndose del consentimiento del demandado, y conservándose el derecho de accionar de nuevo en otro juicio.

10.- Por desistimiento de un acto procesal se entiende la mínima abdicación de un acto procesal y que puede ser realizado por el actor o demandado, no requiriendo la conformidad de la contraria.

11.- Tanto la norma establecida en el artículo 268 como el artículo 281 del Código Civil para el Distrito Federal prevén una misma hipótesis legal, esto es, en ambos numerales se establece como supuesto que el cónyuge actor se desista del juicio de divorcio intentado.

Sin embargo las consecuencias que se prevén por dichas normas son distintas, ya que en el primer artículo se reconoce la posibilidad del cónyuge demandado para intentar posteriormente el divorcio del cónyuge que lo de-

mando; por su parte, en el artículo 281 no se señala tal consecuencia — esto es, que el cónyuge demandado no podrá demandar el divorcio a su — cónyuge.

12.- La razón de ser del porqué el legislador estableció distintas consecuencias jurídicas para ambos numerales, siendo que éstos tienen la misma hipótesis legal, es que en el artículo 281 el legislador parte de la premisa de que, quien demanda es el cónyuge que no ha dado causa al divorcio.

13.- Consideramos que realmente el artículo 281 no tiene aplicación práctica, pues como hemos mencionado, el legislador parte de la idea de que quien otorga el desistimiento durante el procedimiento, es el cónyuge que no ha dado causa al divorcio, y ésto no se puede determinar durante el mismo, sino hasta que exista una sentencia que así lo reconozca.

14.- Hemos señalado que son varias las causas que pueden dar motivo al divorcio (artículos 267 y 268) y por consiguiente la calificación de cónyuge culpable e inocente; para lograr determinar tal calificación, se requiere de una sentencia para los casos previstos en el artículo 267, pues en tratándose del artículo 268 sí puede determinarse cuál es el cónyuge que no dió causa al divorcio antes de la sentencia que señala el 281.

15.- Por tanto, sólo existe un hecho que tipifica la hipótesis legal del artículo 281, esto es, que el cónyuge inocente sea quien otorga el perdón válidamente y no pueda ser a su vez demandado por su consorte en términos del artículo 268, y este caso sucede con el cónyuge que fue demandado en términos del artículo 268 y su cónyuge se desistió o no logró probar su pretensión.

16.- En este único caso, realmente sí existe un " perdón " (renuncia a un derecho adquirido) pues por sentencia de un juicio de divorcio llevado - con motivo del artículo 268 ~~se desprende~~ que es un cónyuge culpable quien desistió o no logró probar su pretensión y su contraparte es quien tiene un derecho adquirido en juicio previo para intentar otro juicio y otorgar válidamente, si quiere, un perdón antes de la sentencia que marca el artículo 281 del Código Civil Vigente.

17.- En tal virtud, se propone una reforma a los artículos 268 y 281 respectivamente:

El primero para el efecto de que se depure el lenguaje que utiliza al confundirse los requisitos necesarios para la procedencia del desistimiento de la acción, y el segundo para que se señale que solamente podrá otorgar el perdón el cónyuge que por sentencia no haya dado causa al divorcio.

Asimismo, estimamos que el artículo 34 de el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal requiere de una reforma en que se precisen con técnica los términos utilizados, pues desde luego causan confusión.

BIBLIOGRAFIA

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

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho Procesal Mexicano. Tomo I, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho Procesal Penal. Tomo II, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

ARELLANO GARCIA, Carlos. Teoría General del Proceso. 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1989.

BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M., Tomo II, México, 1993.

BRISENO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Volumen III, 1ª Edición, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1969.

C. LODI, Nelsón y GUELPERIN, Ernesto. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII, Editorial Driskill, Argentina, 1986.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1979.

DOMINGUEZ DEL RIO, Alfredo. Compendio Teórico Práctico De Derecho Procesal Civil. 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1977.

FLORES GARCIA, Fernando. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., Tomo I, México, 1993.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General Del Proceso. 1ª Edición, U.N.A.M., México, 1981.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho De Familia. 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

MONTERO DUHALT, Sara. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto De Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M, Tomo II, México, 1983.

OVALLE FAVELA, José. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto De Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M, Tomo II, México, 1993.

PALLARES, Eduardo. Diccionario De Derecho Procesal Civil. 9ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1976.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio En México. 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1981.

PALLARES, Eduardo. Tratado De Las Acciones Civiles. 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1981.

PAZ NAVARRO, Martha Del Rocío. Tesis Sobre Iniciativa de Reformas al Capítulo de Patria Potestad en el Código Civil Vigente. Tesis para obtener el Título de Licenciado en Derecho, Universidad Intercontinental, México, 1984.

PINA VARA, Rafael De. Diccionario de Derecho. 9ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1976.

RAMIRO PODETI, J. Teoría y Técnica Del Proceso. Editorial S.A. Editores, Argentina, 1963.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1975.

Real Academia Española. Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española. Tomo II, 3ª Edición, Editorial Espasa-Calpe S.A, España, 1983.

L E G I S L A C I O N . C O N S U L T A D A

MEXICO. CONGRESO DE LA UNION. Código Civil para el Distrito Federal. 69ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

OBREGON HEREDIA, Jorge. Código Civil Concordado. 2ª Edición Actualizada, Editorial Jorge Obregón y Heredia, México, 1993.

PINA VARA, Rafael De. Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Editorial Ediciones Cicerón, México, 1955.

MEXICO. CONGRESO DEL ESTADO. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California. Adoptado para el Estado de Queretaro, Edición Oficial del Estado, Editorial J.M. Aguilar Ortiz, México, 1872.

MEXICO. CONGRESO DE LA UNION. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

O T R A S O B R A S C O N S U L T A D A S

Apendice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala.

Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917-1988. Tomo II, 2ª Edición, Editorial Aldina, México, 1992.

Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917 a 1988, Sexta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, Jurisprudencia 174.

Compilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917-1988. Informe 1983, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Número, 16.

Jurisprudencia 1917-1965 y Tesis Sobresalientes 1955-1965, I Actualización, Tercera Sala Civil, Mayo Editores, México, 1967.

Jurisprudencia Mexicana 1917-1985. IV Civil, Cárdenas Editores y Distribuidor, Apendice de Jurisprudencia 1917-1985, Novena Parte.

Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1971-1973. III Actualización, Séptima Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala.