

462
2e)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE CIVIL

ANALISIS CRITICO DEL ARTICULO 268 DEL
CODIGO CIVIL Y LA PROPUESTA A SU
MODIFICACION.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
HERLINDA LOPEZ BARRON Y AGUILAR



FALLA DE ORIGEN



MEXICO, D. F.

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

1994



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.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Cd. Universitaria, D. F., 24 de mayo de 1994.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE
LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

La alumna HERLINDA LOPEZ BARRON Y AGUILAR, pasante de la carrera de Licenciado en Derecho, ha estado inscrita en este Seminario a mi cargo, a fin de elaborar la tesis profesional intitulada "ANALISIS CRITICO DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL Y LA PROPUESTA A SU MODIFICACION".

Después de haber leído el trabajo recepcional aludido, estimo que satisface los requisitos que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado Aplicable, por lo que considero que puede ser Imprimido para su ulterior sometimiento a sínodo en el examen profesional correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

A t e n t a m e n t e.
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU.
El Director del Seminario.


LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE CIVIL

**ANALISIS CRITICO DEL ARTICULO 268 DEL
CODIGO CIVIL Y LA PROPUESTA A SU
MODIFICACION.**

T E S I S
que para optar al título de:
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
HERLINDA LOPEZ BARRON Y AGUILAR

México, D. F.

1994

A la memoria de mi amado
padre Lic. Miguel López Barrón,
por haberme trasmitido el amor
al Derecho.

A mi madre Sra. Herlinda Aguilar
Andaluz Vda. de López Barrón, a quien
con su apoyo y comprensión e infinito
amor y ternura debo lo que soy.

A mis hermanas con amor y
caríño por su apoyo incondicional

Al Lic. Moises Fausto Molina González,
por su demostración de amor y cariño,
y su constante motivación y apoyo para
la elaboración de esta tesis, gracias.

A la Universidad Nacional Autónoma
de México, con cariño y mi agradecimiento
por la oportunidad de haberme permitido
pertenecer a ella.

A mis maestros:

Lic. José Barroso Figueroa

Lic. Angel Guerrero Linares

Lic. Andrés Linares Carranza

Lic. Alfonso Carreño Morales

con mi más sincera gratitud.

A mis compañeros y amigos

Lic. Fernando Olivares Sánchez

Lic. Jaime Félix Martínez Sayago

**A todas aquellas personas que con
su presencia, palabra o pensamientos
han sido un apoyo en mi vida.**

Al Dr. Raul Ortiz Urquidí

In memoriam.

INDICE

	PAGINA
INTRODUCCION	8
CAPITULO I:	9
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN MEXICO	
1.1 Código Civil para el Estado de Oaxaca de 1827-1828	12
1.2 Proyecto del Código Civil de México de 1861-1866 (Proyecto del Código del Imperio)	13
1.3 Código Civil para 1870	15
1.4 Código Civil para 1884	17
1.5 Ley Sobre Relaciones Familiares	20
 CAPITULO II:	 23
EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO	
2.1 Alemania	23
2.2 España	25
2.3 Francia	30
2.4 Italia	31
 CAPITULO III.	 33
EL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE	
3.1 Concepto	33
3.2 Clases de divorcio	34
3.2.1 Administrativo	35
3.2.2 Judicial	38
3.2.2.1 Voluntario	39

3.2.2.2 Necesario	41
3.3 Efectos del divorcio	61
CAPITULO IV:	65
ANALISIS DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL	
4.1 Verdadera causal mexicana del divorcio necesario	65
4.2 Análisis crítico del artículo 268 del Código Civil	66
4.3 Término para ejercer la acción de divorcio, con fundamento en el artículo 268 del Código Civil	71
4.4 Término de caducidad de la acción del artículo 268 del Código Civil	74
4.5 Necesidad de modificar o adicionar el artículo 268 del Código Civil, estableciendo término expreso de caducidad.	75
CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFIA	80

INTRODUCCION

El propósito de este trabajo es analizar críticamente la causal de divorcio necesario contenida en el Artículo 268 del Código Civil vigente, causal independiente a las contempladas en el Artículo 267 del mismo Código Civil. Nos resulta interesante esta revisión, ya que consideramos que aquella fue producto del trabajo de reconocidos juristas mexicanos y que hasta donde sabemos no existe en ningún otro sistema jurídico.

Sin embargo, a pesar de ser una aportación mexicana al derecho es una causal que se invoca sólo excepcionalmente; por tanto, consideramos que el último párrafo del artículo que nos ocupa limita el ejercicio inmediato de la acción de divorcio y, de acuerdo con las necesidades prácticas y actuales del litigio no tiene necesidad ni justificación.

Tratamos de explicar cómo y por qué se da la posibilidad inmediata de demanda, una vez que se da lugar a la causal que hemos llamado "divorcio-sanción"; asimismo la propuesta relativa es que puede modificarse este párrafo del artículo, darle actualidad y vigencia.

El análisis que nos ocupa exigió la presentación de elementos históricos del Derecho tanto en México como en otros países. Asimismo nos precisó hacer un cuidadoso estudio del divorcio en nuestra Legislación vigente, con el objeto de situar la causal motivo de nuestro interés en su contexto social y jurídico, para poder fundamentar su propuesta de modificación, misma que plasmaremos en el cuerpo del presente trabajo.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN MEXICO.

- 1.1) Código Civil de Oaxaca de 1827-1828
- 1.2) Proyecto del Código Civil de México de 1861-1866 (proyecto del Código del Imperio).
- 1.3) Código Civil de 1870
- 1.4) Código Civil de 1884
- 1.5) Ley sobre Relaciones Familiares

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO EN MEXICO

En este capítulo planteamos una definición de divorcio, presentamos algunos elementos de su historia general y luego nos ocupamos de los antecedentes en nuestro país con el objeto de situar la problemática.

Podemos definir desde la perspectiva de los sistemas jurídicos modernos, al divorcio como la forma legal de extinguir el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges mediante el decreto de autoridad competente, fundamentado en las causales que limitativamente establece la ley.

"El término de divorcio proviene del latín *divortium*, que quiere decir partir, y toma este nombre para hacer notar el hecho de la partición de la vida en común que la pareja inicia al contraer nupcias".¹

¹ Pallares, Eduardo. - "El divorcio en México", ed. Porrúa, 1ª Edición. 1968. pag. 34

Una de las primeras alusiones que en la historia se tiene sobre el divorcio aparece en la Biblia, en donde se habla del procedimiento que se estableció entre los hebreos; en la organización social del profeta Moisés que reducía el procedimiento del divorcio a la entrega de un escrito a la familia de la mujer en el que era repudiada, además de entregar al padre de la cónyuge una indemnización económica.

En el Derecho Romano, se estableció un procedimiento de divorcio por el que el marido podría separarse de su cónyuge, con el sólo hecho de repudiarla en público sin que legalmente existieran causas.

Con el advenimiento del Cristianismo, el divorcio vincular desapareció de las legislaciones de Occidente y se concedió sólo la separación de cuerpos subsistiendo el vínculo.

Fue durante la Revolución Francesa cuando por primera vez se legisó sobre el divorcio vincular, aunque la liberalidad de dicha legislación se prestó al abuso de la misma.

Con la evolución de las modernas doctrinas en materia de derecho familiar, el divorcio vincular por causas graves fue aceptado primeramente por los países que seguían el sistema Comom Law.

En la época prehispánica, el matrimonio era una institución preponderantemente de carácter religioso y una consecuencia directa de la división del trabajo que se estableció entre los diversos grupos étnicos que poblaban el territorio nacional mexicano, antes de la llegada de los españoles.

Sin embargo, entre los grupos más avanzados, el divorcio que podemos llamar vincular era posible con la intervención de las autoridades para los casos en que se comprobaba alguna de las múltiples causas de incompatibilidad, tales como la sevicia, el incumplimiento de las obligaciones económicas, la esterilidad o la pereza de la mujer. El interesado en divorciarse debía de acudir ante el Juez, del Calpulli, para solicitar la disolución del vínculo, y una vez que eran probadas las causas en las que fundamentaba su petición, el culpable del divorcio perdía la mitad de los bienes que había adquirido con la cónyuge, los hijos se quedaban con el padre y las hijas con la madre, la mujer divorciada o la viuda tenía que observar un plazo de espera antes de que se le permitiera volver a casarse.

Al sobrevenir la conquista, comenzó a regir en México el Derecho Español, quedando la esencia católica del pensamiento peninsular, que prohibía tajantemente el divorcio vincular y sólo determinaba la existencia de la separación de los cónyuges por causas graves como el adulterio, o el que se descubriera que alguno de los cónyuges profesaba una religión distinta de la católica, casos en que con la intervención de los obispos de la jurisdicción se permitía la separación de los consortes.

Al consumarse la lucha de la Independencia, la situación general del país propiciaba que no se contara con las condiciones adecuadas para el desarrollo de una legislación civil independiente.

1.1) CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1827-1828

A pesar de la situación antes mencionada, en el año de 1828, el Estado de Oaxaca emitió el primer Código Civil de la República Mexicana y de Iberoamerica.

En dicho Código se establece el divorcio, al que define en su artículo 144: "Solamente la separación del marido y la mujer en cuanto al lecho y habitación con autorización del juez" ²

En este mismo precepto establece la existencia de dos tipos de divorcio: uno al que denomina perpetuo y al segundo como temporal.

El divorcio perpetuo podría ser solicitado por cualquiera de los cónyuges, por causa del adulterio, debiendo presentar la demanda ante el Tribunal Eclesiástico, y esta acción se extinguía por el perdón de cualquiera de los cónyuges.

El Divorcio Temporal, podría solicitarse por cualquiera de los consortes, en caso de que alguno de éstos hubiera caído en la herejía o apostasia; sin embargo, si el cónyuge se convertía de nuevo al Catolicismo, el otro tenía la obligación de volver a vivir con él.

² Ortiz Urquidí, Raul, - "Oaxaca, cuna de la Codificación Iberoamericana", ed. Porrúa, México, 1974. pp. 66-67.

1.2) PROYECTO DEL CODIGO CIVIL DE MEXICO 1861-1866

(proyecto del Código Civil del Imperio)

El emperador Maximiliano, deseando dotar a su imperio de una codificación civil moderna, estableció una comisión que se abocó a la redacción de un Código Civil, también conocido como el Código del Imperio, comisión formada por los Ministros de Justicia JESUS TERAN, JOSE MARIA LACUNZA, FERANANDO RAMIREZ, PEDRO ESCUDERO Y ECHANOVE Y LUIS MENDEZ, basándose en los trabajos del jurista campechano JUSTO SIERRA, y aunque este Código nunca entró en vigor, resulta interesante revisar lo que al respecto se establecía sobre el divorcio.

Este ordenamiento jurídico estableció en su artículo 91, que el divorcio no disuelve el matrimonio, de manera tal que ninguno de los divorciantes puede contraer otro matrimonio, o faltar a la fidelidad debida a su consorte.

Unicamente suspendía algunas de las obligaciones civiles relativas al matrimonio, por lo que en este proyecto de Código Civil, el divorcio era solo a nivel de separación de cuerpos.

Establecía como causales de divorcio:

- a) el adulterio
- b) el maltrato
- c) Sevicias

Este código plantea por primera vez en la legislación mexicana, el que podemos llamar divorcio sanción, dando la acción para pedir el divorcio a aquel cónyuge que hubiere demandado el divorcio al otro, siendo absuelto, estableciendo como término para ejercitar su acción cuatro meses, contados a partir de la notificación de la última sentencia, para poder iniciar la demanda correspondiente, fundándose en que la parte que pidió el divorcio y no probó su acción, concedió a su demandado la posibilidad de demandarle el divorcio, ya que generó la causal que contempla el artículo en comento. El anterior es el primer antecedente de la causal que nos ocupa que a continuación se transcribe.

El artículo 137 del proyecto del Código Civil de 1861-1866 establecía lo siguiente:

"Cuando un cónyuge haya pedido la nulidad del matrimonio ó el divorcio por una causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, ó acusado judicialmente a su cónyuge, el cónyuge demandado, tiene en cualquiera de estos casos causa legítima para pedir el divorcio, pero no puede intentar esta acción sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses, la mujer no puede ser obligada a vivir con su marido".³

1.3) CODIGO CIVIL DE 1870

En el año de 1870, restaurada la República, el gobierno del Lic. Benito Juárez García, expide el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal.

En el Código Civil de 1870, se consideró al divorcio sólo respecto a la separación de cuerpos, en virtud de que el espíritu del mismo era antidivorcista, ya que a la institución del matrimonio la consideraba como indisoluble; ésto se desprende de la simple lectura del artículo 239 que dice:

"El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende solo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en algunos de los artículos de este código"⁴.

Las causales de divorcio que establecía este código de 1870 eran las siguientes:

- I.- El adulterio de uno de los cónyuges
- II.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer
- III.- La incitación a la violencia, hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.
- IV.- El conato de alguno de los cónyuges para corromper a los hijos.

⁴ Código Civil de 1870, Ed. Porrúa, pág. 264

V.- El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años.

VI.- La sevicia del marido con su mujer o de ésta con aquél.

VII.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro. Esta última causal la encontramos en el artículo 240 de este mismo ordenamiento⁵

En su artículo 244: "cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio, pero no puede hacerlo sino pasado cuatro meses, de la notificación de la última sentencia, durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido".⁶

Aquí se establece por primera vez la causal de divorcio objeto de nuestro análisis, con un mes más del término actual.

En este Código Civil de 1870, además del divorcio necesario, reglamentó el divorcio por mutuo consentimiento, aunque era evidente que

⁵ Código Civil de 1870, Ed. Imprenta del comercio y d'ublin de Chávez, México, 1878, pág. 95

⁶ Artículo 244 del Código Civil de 1870, Ed. Imprenta del comercio y d'ublin de Chávez, México, 1878, pág. 95

perseguía una reconciliación entre los cónyuges, lo anterior se desprende por el tiempo que duraba el procedimiento, ya que en primer lugar, sólo se solicitaba pasados dos años de celebrado el matrimonio; una vez solicitado el juez citaba a una junta de avenencia entre los esposos, si lo anterior no se lograba, se fijaba a una nueva junta a los tres meses de celebrada la primera junta de avenencia, ésto solo a petición de parte y si en la segunda junta tampoco había avenimiento entre los consortes, se dejaban pasar otros tres meses para decretar el divorcio. Estaríamos hablando de dos años y seis meses que en el caso del artículo 244 sumaría 2 años 10 meses.

1.4) CODIGO CIVIL DE 1884.

El legislador del Código Civil del año de 1884, acepta como antecedente de la institución del divorcio lo establecido en el Código de 1870, sosteniendo igual e inalterablemente las disposiciones de éste.

Sus disposiciones sobre el divorcio se establecieron en el Capítulo V, lo instituye como mera separación de cuerpos, sin haber desde luego disolución del vínculo matrimonial. En cuanto al divorcio voluntario únicamente se reducen los términos procesales.

En cuanto a la causal que nos ocupa igualmente reprodujo el artículo 244 del Código anterior, contemplando el mismo término para su procedencia.

La Revolución Mexicana de 1910, como catalizadora de los anhelos sociales y políticos del pueblo mexicano dio entre sus primeros frutos legislativos el decreto promulgado por Venustiano Carranza, primer jefe del

Ejército Constitucionalista y encargado del Poder Ejecutivo, el veintinueve de diciembre de mil novecientos catorce, en el puerto de Veracruz sobre el divorcio y se admite como disolución del vínculo matrimonial, basada en los siguientes razones:

"Lamentablemente no siempre se alcanzan los fines del matrimonio. Y para las excepciones que pueden ser algunos casos, la Ley trata de suprimir relevando a los esposos de permanecer juntos o unidos para toda la vida, en una situación contraria a la naturaleza humana".⁷

La disolución se sustentaba, en la idea de considerar al matrimonio como un contrato de carácter civil, celebrado por la libre expresión de la voluntad de los contrayentes, siendo absurda su existencia cuando falta la voluntad completamente o cuando existen causas irreparables.

Desde esta perspectiva el divorcio como disolución del vínculo matrimonial, toma en cuenta que si los cónyuges están desunidos por causas o circunstancias que materialmente no les permitan seguir una vida en común, no tiene justificación que la Ley los mantenga juntos o vinculados en apariencia.

La ley que nos ocupa establece que: "El matrimonio, podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el motivo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, y en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de

⁷ Ley del 29 de Diciembre de 1914, Ed. Porrúa, pág. 21

los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer la nueva unión legítima".⁸

Como se ha mencionado, la ley de 1914, trató también el divorcio por mutuo consentimiento.

Esta Ley autorizaba a los gobernantes de los Estados para que en tanto se restablecía el orden constitucional en la República, realizaran en los respectivos Códigos Civiles de los Estados los cambios necesarios para que el decreto de divorcio pudiera tener aplicación.

⁸ Código Civil de 1884, Ed. Porrúa, pág. 206.

1.5) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

El 9 de abril de 1917, Venustiano Carranza ordenó la expedición de la denominada Ley Sobre Relaciones Familiares, que fue el primer ordenamiento a nivel mundial que codificó la materia familiar por separado del Derecho Civil Común.

"El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".⁹

Esta ley establecía en su Artículo 76 como causales de divorcio las siguientes:

- I.- El adulterio de uno de los cónyuges,

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

- III.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrar el matrimonio, y que judicialmente sea declarado ilegítimo,

- IV.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella, por la incitación a la violencia de uno

⁹ Artículo 76 de la Ley sobre Relaciones Familiares, Ed. Porrúa, pág. 24

de los cónyuges al otro para cometer algún delito; aunque no sea de incontinencia carnal, por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o a la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores.

- V.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz de llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, enajenación mental incurable; o cualquier otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria,
- IV.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos,
- VII.- La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio,
- VIII.- La sevicia, las amenazas, o injurias graves a los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstas y aquéllas sean de tal naturaleza que haga imposible la vida en común,
- IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años,
- X.- El vicio incorregible de la embriaguez.

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

XII.- el mutuo consentimiento" ¹⁰

Esta Ley establecía también como causal de divorcio lo dispuesto por el Artículo 79 que a continuación se transcribe:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido"¹¹

Esta Ley fue abrogada por el Código Civil vigente de 1928.

Con el objeto de indagar si en la actualidad algunos países tienen una causal de divorcio semejante a la del artículo 268 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el siguiente capítulo nos ocuparemos de las distintas causales en cuatro países europeos que por el adelanto en sus desarrollos económicos y culturales resultan ejemplos ilustrativos.

¹⁰ Idem., págs. 31 y 32.

¹¹ Idem., pág. 33

CAPITULO II

EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

2.1) Alemania

2.2) España

2.3) Francia

2.4) Italia

EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO

Los diversos sistemas jurídicos en el mundo, han demostrado ser muy desiguales sobre el número y naturaleza de las causales de divorcio que admiten. Unas legislaciones solamente admiten como tales las culpas graves cometidas por un cónyuge contra el otro.

Otras legislaciones permiten el divorcio por hechos que no tienen el carácter de incumplimiento a un deber matrimonial, como es la locura, el estado de ausencia, y ven en el divorcio un medio de liberar a uno de los cónyuges del vínculo matrimonial, tan pronto como no pueda alcanzarse ya el fin del matrimonio, aunque no haya ninguna culpa por parte del otro cónyuge.

Y otras normas que regulan sobre el presente tema, rechazan por completo la disolución del vínculo matrimonial como es el caso de Italia.

2.1) Alemania

El Código Civil Alemán, regula en el título séptimo las normas relativas a la disolución del vínculo matrimonial.

En el Artículo 1564 del señalado ordenamiento se indica: "El matrimonio puede disolverse por las causas determinadas por los Artículos 1565 al 1569"¹² y la disolución del matrimonio se produce a partir del momento en que entabla juicio de divorcio necesario, según criterio de los legisladores alemanes.

La legislación alemana admite la disolución del vínculo matrimonial, aún por ciertos hechos que no revisten el carácter de faltas, así, el Artículo 1565 establece que un esposo puede promover juicio de divorcio necesario, cuando se encuentre culpable a un cónyuge de una posible causa establecida en los Artículos 171 al 175 del Código Penal Alemán (ilícitos cometidos por un cónyuge contra el otro).

El divorcio es promovido exclusivamente por el esposo agraviado o por ser culpable uno de los cónyuges de participar en el adulterio o en un acto punible.

Un esposo puede demandar el divorcio cuando haya atentado contra su vida el otro cónyuge.

Las causales de divorcio en Alemania son las siguientes:

- I.- El adulterio
- II.- Abandono malicioso
- III.- Atentados contra la vida y sevicia grave

¹² Code Civil Allemand. Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1929, pág. 348.

- IV.- Incumplimiento a los deberes conyugales, por virtud del cual la vida común sea imposible
- V.- Ciertas condenas penales
- VI.- Locura incurable
- VII.- Por separación de cuerpos por un año, mediante declaración judicial
- VIII.- El mutuo consentimiento".¹³

La acción de divorcio basada en las causales establecidas en los Artículos 1565 al 1568, deben demandarse precisamente dentro de los seis meses contados a partir de que se hayan originado.

Se contempla en la legislación alemana el hecho de que al admitirse la demanda de divorcio necesario, se cite a los cónyuges a efecto de reconciliarse, y en cuyo caso no se continuará el juicio.

2.2).- España

El Código Civil de España establece en su Artículo 85 que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Y en su Artículo 86 enumera las causales de divorcio que son las siguientes:

*1.a.. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación

¹³ Idem., págs. 348 a 354.

formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.a. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandado o de quien hubiere formulado reconversión conforme a lo establecido en el Artículo 82 una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si habiendo transcurrido el expresado plazo, no hubiere recaído resolución en la primera instancia.

3.a. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos;

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba en curso en causa de separación.

4.a. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.a. La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por cualquiera de ellos con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañar a la demanda o al escrito inicial la propuesta, convenio regulador de sus efectos conforme a los Artículos 90 y 103 de este Código¹⁴.

En España, existe previo al divorcio un trámite de solicitud ante el Juez correspondiente, de Separación Judicial, que se establece en el Artículo 82 del Código Civil que son las siguientes:

¹⁴ Código Civil Español, Editorial Reus, S. A., pág. 35

"Son causas de separación:

- 1a.- El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales,
No podrá invocarse como causa de infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.
- 2a. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.
- 3a.- La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.
- 4a.- El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.
- 5a.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndolo expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra, por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas

provisionales a que se refiere el Artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

- 6a.- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante un plazo de tres años.
- 7a.- Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del Artículo 86 del Código Civil Español¹⁵

Como se observa en los Códigos Civiles Español y Alemán, no se hace mención alguna a la causal de divorcio necesario, originada por que en un procedimiento anterior de igual naturaleza no se prueban las causales invocadas, o bien sea abandonado el procedimiento o se promueve el desistimiento de la acción sin consentimiento de la parte demandada. Además, se demuestra de manera clara que en dichos Códigos sólo se señalan como causales para demandar la disolución del vínculo matrimonial el incumplimiento de los deberes matrimoniales que se deben los cónyuges.

15 Idem., p. 33.

16 Código Civil Francés, Editions Dalloz, 1990-1991, pág. 232.

2.3) Francia.

El Código Civil Francés es una de las legislaciones que reglamenta el juicio de divorcio, en forma limitativa y en la especie exclusivamente por las causales que se contienen en el tenor de los Artículos 229 al 232 de dicho ordenamiento sustantivo civil que en lo sustancial se refiere a:

- I.- Adulterio,
- II.- Abandono malicioso
- III.- Lesiones graves
- IV.- Conducta punible de un cónyuge hacia otro
- V.- Condena a pena aflictiva o infamante
- VI.- Violación de las obligaciones maritales que hacen imposible la vida en común
- VII.- El mutuo consentimiento¹⁶

En este orden de ideas, la legislación francesa menciona: "los hechos que no sean imputados al cónyuge demandado, como actos cometidos en contra del actor no pueden ser invocados como causas de divorcio necesario, aún cuando hagan imposible la vida en común"¹⁷

Y estos hechos tienen que referirse a las causas que especialmente determina el Código Civil en comento.

¹⁶ Código Civil Francés, Editions Dalloz, 1990-1991, pág. 232.

¹⁷ Planiol Marcelo. Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Ed. Cultura, S.A., pág. 335.

2.4) Italia

El Código Civil Italiano, omite hacer referencia al divorcio, pues es un país que lo rechaza; sin embargo, comprende en su Artículo 149 la terminación del matrimonio debido a la muerte de uno de los cónyuges.

En artículos posteriores de dicho ordenamiento sustantivo se hace alusión a la separación de los cónyuges por dos causas:

- a).- Por determinación judicial
- b).- Por consentimiento entre los cónyuges¹⁸

Existe otra clase de separación que contempla la legislación italiana, que es la que se da por condena penal, pero en todos los casos el juzgador está obligado a observar cuidadosamente los motivos por los cuales decreten la separación, ya sea por falta de cumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, o bien las que le soliciten los cónyuges, y en ambos casos serán las que verdaderamente hagan insostenible la vida en común.

De la información presentada respecto a las legislaciones sustantivas civiles de Alemania, España, Francia e Italia, podemos concluir que las causales de divorcio en que se funda la acción correspondiente, en forma invariable, se derivan de hechos motivados por el cónyuge culpable en dosobediencia o violación de las obligaciones matrimoniales, con excepción del Código Civil Italiano en el que no existe contemplado el divorcio; podemos

¹⁸ Código Civil Italiano, Editore Lulrico Hoepli Milano, 1958, pág. 250

añadir que no existen causas diferentes o externas a los deberes conyugales que puedan considerarse como causales para solicitar la disolución del vínculo conyugal, y en este supuesto también se comprenden los hechos punibles cometidos por un cónyuge hacia el otro, ya que en general estos hechos son violatorios de los deberes matrimoniales.

En cambio, en México sí existe una causal diferente y la misma se encuentra dentro del tenor a que se refiere el Artículo 268 del Código Civil vigente, y que es una causa original de creación mexicana, cuya redacción es motivo del presente trabajo, por tanto en el siguiente capítulo nos ocuparemos del divorcio en nuestra legislación vigente con el objeto de presentar en su contexto la causal que nos ocupa.

CAPITULO III

EL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE

3.1) Concepto

3.2) Clases de Divorcio

3.2.1) Administrativo

3.2.2) Judicial

3.2.2.1) Voluntario

3.2.2.2) Necesario

3.3) Efectos del Divorcio

EL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE.

3.1).- Concepto

El divorcio es un acto judicial o administrativo por el que se disuelve el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges, dejándolos en aptitud para posteriormente contraer nuevas nupcias.

En nuestra legislación vigente, el Artículo 266 del Código Civil no define propiamente al divorcio, sino que solamente nos indica sus efectos expresándolos de la siguiente manera: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".¹⁹

Para que pueda ser disuelto el vínculo matrimonial, debe haber una causal de las que establece el Código Civil para el Distrito Federal, en sus Artículos 267 y 268, y ésta es la forma legal de extinguir el matrimonio

¹⁹ Artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, pág. 60

contraído por los cónyuges, de forma válida, decretado por autoridad competente y dejando que los cónyuges divorciados puedan contraer nuevo matrimonio con posterioridad.

El divorcio se hace valer en ejercicio de la acción correspondiente o en ejercicio del procedimiento respectivo, en vida de los cónyuges, y para el caso que durante el trámite alguno de ellos falleciere, tal evento pone fin al juicio, o solicitud, según el caso.

El divorcio debe ser decretado por un juez competente mediante una sentencia debidamente fundada y motivada en la causal o causales que establece la ley.

Para la legislación mexicana, el divorcio es vincular y extingue totalmente el vínculo matrimonial, por tanto los cónyuges divorciados vuelven a consecuencia de la sentencia que disuelve el vínculo que los unía, a ser solteros y por tanto quedan en aptitud de contraer posteriormente nuevas nupcias.

3.2).- Clases de Divorcio

Nuestra legislación establece dos clases de divorcio que son:

3.2.1) El administrativo

3.2.2) El judicial

El divorcio judicial a su vez se clasifica en dos especies:

3.2.2.1) Voluntario

3.2.2.2) Necesario.

3.2.1).- Divorcio Administrativo

Este es un procedimiento simplificado, que se lleva a cabo ante el C. Juez del Registro Civil en donde se celebró el matrimonio, y éste sólo puede solicitarse y tramitarse cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- 1.- Cuando los consortes convengan en divorciarse
- 2.- Sean mayores de edad
- 3.- No hayan procreado hijos durante su matrimonio
- 4.- Haber liquidado la sociedad conyugal, si contrajeron matrimonio, bajo dicho régimen.
- 5.- Tener más de un año de casados

Este procedimiento como se indica se encuentra establecido en el Artículo 272 del Código Civil, que dice:

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentan personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias

certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse".²⁰

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 ratificar a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos o si son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, entonces aquellos que infrinjan estos requisitos se harán acreedores a las penas que establece el Código de la materia.

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo ante el juez competente de los tribunales del fuero común, en los términos que señala el Código de Procedimientos Civiles.

El acta que se levanta dentro del procedimiento de divorcio administrativo es en los términos del Artículo 272 del Código Civil, previa solicitud por escrito que presenten los cónyuges, y en ellas se expresarán los nombres y apellidos, edad, ocupación y domicilio de los solicitantes, la fecha

²⁰ Artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, pág. 65.

y lugar de la oficina en la que celebraron su matrimonio y el número de partida del acta correspondiente.

El acta de divorcio administrativo debe levantarse previa solicitud por escrito que presenten los cónyuges, y una vez que se ha llevado a cabo la audiencia ante el Juez del Registro Civil y se haya declarado divorciados a los cónyuges, se mandará anotar en el libro respectivo la disolución del vínculo matrimonial, anotación ésta que debe contener la fecha y el número del acta de divorcio así como el juzgado del Registro Civil en la que aquella se levantó.

La copia de la declaración administrativa de divorcio se archivará con el mismo número del acta de matrimonio.

En los divorcios administrativos, el Juez del Registro Civil, tiene funciones meramente declarativas como son las siguientes:

Cuando comparecen por primera vez los cónyuges, levantan un acta en la que hace constar su comparecencia y la declaración de voluntad de que éstos quieren divorciarse; tal parece que se da al llamado Juez del Registro Civil la Fé Pública necesaria para hacer constar la comparecencia de los cónyuges y su decisión.

Si todos los requisitos se cumplen, se citará a los solicitantes para que comparezcan dentro de los quince días siguientes ante el Juez del Registro Civil a efecto de que ratifiquen su voluntad de divorciarse y hecho lo anterior, como ya se indicó, los declarará divorciados procediendo a anotar la disolución del vínculo matrimonial en su respectiva acta de matrimonio.

La función declarativa del Juez del Registro Civil se debe a que no habiendo hijos ni conflicto de intereses pecuniarios derivados del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado reducen la importancia o el interés en que el vínculo conyugal subsista y considera el divorcio como una simple resolución de un contrato privado que sólo afecta a los cónyuges que obran con pleno conocimiento de lo que hacen y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio y no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.

3.2.2.- Divorcio Judicial

Como se ha mencionado, el divorcio judicial comprende dos clasificaciones: a saber son:

3.2.2.1) el divorcio voluntario

3.2.2.2) el divorcio necesario

Previamente, al referirnos a esta clasificación el divorcio judicial lógicamente debe su nombre a que es declarado mediante la potestad que tiene la autoridad jurisdiccional para sentenciar con base en la ley una pretensión o solicitud presentada por los justiciables ante su competencia.

En el primer caso, o sea en el divorcio voluntario, también la determinación del juez del Fuero Común en materia familiar, lo es, tomando en consideración que se cumplan y observen los requisitos que establece la ley en protección a los intereses de los hijos habidos en el matrimonio como de los bienes adquiridos por los cónyuges; sin embargo, no existe

propriadamente una controversia ya que obedece a una solicitud que es la de los divorciantes ajustada a la ley en términos del convenio anexo que deben acompañar a la primera; sin embargo, sí existe interés en el Estado y en la sociedad para preservar el vínculo matrimonial, demostrándose lo anterior con las dos juntas de avenencia que previa citación del Ministerio Público deben celebrarse, con el propósito de disuadir a los divorciantes de su objetivo de disolver su vínculo conyugal, y lo anterior por haber intereses familiares, con los hijos, y patrimoniales, y con respecto a los bienes adquiridos que deben preservarse y protegerse, como lo son los alimentos y todo lo adquirido materialmente y sujeto a apreciación económica durante la vigencia del matrimonio, independientemente de los deberes morales que deben inculcarse en los hijos y que aconteciendo el divorcio pueden deteriorarse por la desvinculación de la familia.

3.2.2.1) Divorcio Voluntario

El divorcio voluntario se tramita ante la autoridad jurisdiccional competente del Fuero Común, ocurriendo ambos consortes mediante una solicitud a la que, como ya se señaló, debe acompañarse un convenio y contener los siguientes puntos:

- I.- La designación de la persona a que serán confinados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

- II.- El modo en que han de subenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

- III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;
- IV.- En los términos del Artículo 288 del Código Civil, la cantidad que a título de alimentos, un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlos;
- V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores, extremo éste poco frecuente".²¹

A ese efecto se acompaña un inventario y avalúo de los bienes muebles e inmuebles de la sociedad conyugal.

Los cónyuges divorciantes deben presentar una solicitud acompañada de un convenio, donde las partes hayan pactado los puntos que se han mencionado y en esta clase de divorcio, las partes que intervienen son sólo los solicitantes, que son los conyuges, y el Ministerio Público que vela por los intereses y derechos de los menores e incapacitados.

El convenio que se presenta junto con la solicitud de divorcio voluntario es de Derecho Público, y causa Estado creando responsabilidades y derechos entre las partes independientemente de su voluntad individual

²¹ Artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, pág. 64

posterior, por que como ya se mencionó, el Estado y la Sociedad están interesados en que se otorgue conforme a las leyes que rigen el matrimonio y el divorcio en virtud de que existen intereses que proteger, con respecto a los menores, y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, lo cual concierne a la institución misma de la familia.

El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino hasta pasado un año de la celebración del matrimonio, este plazo fue considerado prudente por los legisladores porque estimaron que era un término razonable y adecuado para la adaptación de los cónyuges a la vida matrimonial, así lo preceptúa el Artículo 274 del Código Civil vigente.

3.2.2.2).- Divorcio Necesario

Este ha sido mencionado como un mal necesario destinado a remediar situaciones excepcionales. Sin embargo, se puede cuestionar en virtud de que este remedio por su repetición constante puede ser peor que el mal que pretende evitar, en virtud de que se considera que el mayor peligro proveniente del desorden que se llega a producir en la familia, agrava las inevitables querrelas conyugales y obstaculiza las reconciliaciones; sin soslayar que, el verdadero mal o las consecuencias gravemente insospechadas derivadas del divorcio, las sufren invariablemente los hijos, quienes no son responsables de los conflictos existentes entre sus progenitores; sin embargo, sí se ven afectados, por la separación de éstos y la desarticulación de su hogar.

Hay quienes creen que sin esta posibilidad de disolución del vínculo matrimonial, muchos matrimonios quedarían si no muy unidos, al menos lo suficientemente resignados para asegurar un hogar a los hijos, y en cambio con la oportunidad del divorcio estos mismos hogares se exponen a la ruptura y de esta idea a su realización, se hace fácil y rápidamente el paso a la posibilidad de divorciarse. Por otra parte, se cree que esta posibilidad precipita las uniones y las conduce directamente a la práctica del matrimonio ensayo.

Por otra parte, y con base en los motivos por los cuales puede otorgarse o demandarse el divorcio necesario, la legislación mexicana admite las causales determinadas y enumeradas en los Artículos 267 y 268 del Código Civil, por tanto, al igual que la legislación francesa la mexicana, se basa en un principio limitativo.

Otros autores opinan que el divorcio limitado que se da en nuestro país, lejos de agravar los conflictos los atenúa, debido a que otorga una válvula de escape, ante los abusos del cónyuge culpable evitando que el cónyuge inocente se llene de odio y rencor e incluso llegue a cometer una venganza contra leges.

Dada la importancia y gravedad que supone la disolución del vínculo matrimonial, el legislador ha querido que los tribunales carezcan de la facultad de establecer causas diferentes de las que él consideró como las únicas justificadas.

Al respecto el Artículo 267 del Código Civil, establece las siguientes causas de divorcio:

I.- El adulterio debidamente comprobado por uno de los cónyuges.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos pendientes 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 del juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

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

XVII.- El mutuo consentimiento;

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellas".²²

Además de las dieciocho causales de divorcio enunciadas en términos anteriores, el Artículo 268 del código Civil también enumera otra causal de divorcio que a continuación se transcribe:

"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 pasado tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que

²² Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, pág. 58

recayó al desistimiento. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos"²³

Enseguida haremos un análisis de las causales de divorcio aludidas en el Código Civil para el Distrito Federal:

"I.- El adulterio debidamente probado de los cónyuges"²⁴

No hay definición legal de adulterio, y se entiende como relaciones sexuales habidas entre personas casadas, con otras diferentes a su cónyuge.

En nuestro derecho, el adulterio asume dos formas distintas que son:

- a) Como causal de divorcio
- b) Como delito cuando es cometido en el hogar conyugal o con escándalo.

Para que el adulterio opere como causal de divorcio no es necesario que reúna el tipo legal; basta la comprobación del trato carnal de un cónyuge con otra persona distinta de su cónyuge, en cualquier circunstancia, pero en la mayoría de los casos se dificulta la prueba penal del adulterio.

Para ello, nuestros más altos tribunales han admitido la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable, y por ello constituye prueba plena el registro de un hijo por parte de un hombre casado, habido con mujer distinta de su cónyuge, o cuando vive probada y públicamente con otra mujer.

²³ Artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, pág. 59

²⁴ Idem, Fracción I.

El adulterio existe solamente como acto consumado, de tal manera que el Código Penal, no castiga la tentativa ni los actos preparatorios de este delito, y ésto también es válido en lo relativo al divorcio, porque es la esencia del adulterio lo que se consuma.

"II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente es declarado ilegítimo" 25

Esto infiere que la mujer que contrajo matrimonio fue sin haberlo confesado al esposo y que en su tiempo fue su prometido en estado de preñez y con intención de atribuirle una falsa paternidad.

Se considera hijo concebido antes de celebrado el matrimonio, el nacido dentro de los primeros ciento ochenta días contados a partir desde la celebración del matrimonio. Para que se pueda invocar esta causal de divorcio el marido necesariamente tuvo que desconocer al hijo y éste tuvo que haber sido declarado judicialmente ilegítimo, y a este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido su criterio que a continuación se transcribe:

"La fracción II del artículo 360 del Código Civil vigente en el Estado de Morelos, establece como causal de divorcio el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato y

25 Idem., Fracción II

que judicialmente sea declarado ilegítimo. La declaración judicial a que se refiere dicho precepto sólo puede emitirse mediante sentencia dictada en el juicio donde se hubiere debatido si el hijo debe o no reputarse como ilegítimo, con intervención del padre y de la madre, pero no en un procedimiento ajeno a esa cuestión, porque ello afectará la estabilidad misma de la familia²⁶

El marido no podrá desconocer que es el padre de los hijos nacidos dentro de ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio en los casos señalados por esta causal, y que la acción debe ser interpuesta dentro de sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente el marido o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Para poder intentar la acción de divorcio por esta causal, únicamente puede ser después de que obtenga el marido la sentencia ejecutoriada que declare la ilegitimidad del hijo, entre tanto subsiste el matrimonio y por ende las obligaciones que del mismo deriven a su cargo, como son la de los alimentos, e incluso el vivir con la cónyuge.

Conforme a la lógica y a la justicia, el término de seis meses para invocar esta causal de divorcio comienza a correr a partir de que se declare ejecutoriada la sentencia en donde se declare ilegítimo el hijo.

²⁶ Amparo directo 5372/55, Guillermo Nava Escamilla, Tercera Sala, Informe 1956, pag. 494, Tomo CXXIX, Quinta Época.

"III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer"²⁷

Este hecho destruye en primer término el nexo afectivo que se presume unió a los cónyuges, ya que implica una degradación de la moral y las buenas costumbres del marido, lo cual pone de relieve la imposibilidad de que el matrimonio llene la función que está llamado a cumplir, la formación física y moral de la familia, y esta conducta hasta podría tipificar el delito de lenocinio, de acuerdo con el Artículo 207 del Código Penal para el Distrito Federal.

"IV.- La incitación a la violencia, hecho por un cónyuge a otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal"²⁸

Cuando ocurren los hechos a los que se refiere esta causal se desvirtúa la función y finalidad del matrimonio, y el peligro que entraña esta incitación o el empleo de la violencia de un cónyuge al otro, para delinquir, por la intimidad de la vida que existe entre ellos, es un motivo grave suficiente para disolver el vínculo matrimonial, ya que incitar a la violencia, sería tanto como provocarla, pero sólo se produce si la provocación tiene por objeto inducir a la persona a cometer un delito y lo más frecuente es que uno de los cónyuges mueva al otro a cometer el delito.

27 Idem., Fracción III.

28 Idem., Fracción IV.

La causal de divorcio que se analiza es independiente de la responsabilidad penal en que puede incurrir el cónyuge provocado si el otro a instancias suyas, comete el delito, la provocación puede ser de palabra, por escrito e incluso por medio de determinados actos, como es el desprecio, el negarse a cumplir sus deberes conyugales y otros análogos, con lo que de una manera o de otra se lleve a cabo la provocación.

No es necesario que el delito que se ejecute como consecuencia de la incitación sea un acto violento.

"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"²⁹

Para que pueda invocarse esta causal es necesario que los cónyuges ejecuten actos tendientes a corromper a los hijos o que permitan que estos los ejecute un tercero con su condescendencia. No exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de las malas costumbres de los hijos, basta que la corrupción sea tolerada o provocada por los padres para que se configure la causa de divorcio.

La conducta inmoral de uno de los cónyuges o de ambos que pueda corromper a los hijos o la ejecución de actos que permitan la corrupción, justifica la disolución del vínculo matrimonial, porque es una conducta inmoral y reprobable por sí misma, en el matrimonio resulta intolerable e incompatible con la naturaleza de la institución del matrimonio. Y repugnada

con las funciones de la sana formación de los hijos que debe cumplir la familia. Esta es la evidente razón jurídica de la presente causal, ya que de acuerdo con la doctrina imperante médico-psicológica, los actos ejecutados por el marido o por la mujer que causan depravación de su parte, si tienden a corromper a sus menores hijos con resultados graves a mayor o menor plazo, por el trauma imborrable que dichos actos ocasionan en la conducta de sus hijos que entre más pequeños son más incapaces de resistir los actos inmorales ya que debido a su edad no tienen conciencia de los mismos, sobre todo tratándose de actos de índole sexual y el trauma queda grabado en su subconsciente, lo que ya en la edad adulta se manifiesta en forma de trastornos psicológicos-sexuales de tipo vicioso, así que el daño causado que por venir de los padres es más grave, ya que una vez cometido se encuentra latente hasta que se manifiesta en la adolescencia o en la edad adulta de los hijos.

De todas las causales de divorcio, tal vez ésta sea la más grave, ya que demuestra mayor depravación, y esta causal está relacionada con el delito de corrupción de menores, pero no se identifica con él, porque no es necesario que se realicen todos los actos que constituyen el delito, para que se produzca la causal, además de que el delito puede ser cometido por persona que no sean los padres.

La corrupción que menciona la causal que se analiza, puede consistir en la prostitución, en la embriaguez, en el uso de estupefacientes o psicotrópicos en la práctica del robo, ya que el vocablo corrupción tiene un sentido tan amplio, que dentro de él cabe toda clase de actos antisociales.

Para que se pueda constituir esta causal, es necesario que los cónyuges ejecuten actos inmorales, tendientes a corromper a sus hijos, y no sólo en que sean tolerantes o lo que es igual, que no sepan educarlos o carezcan de la autoridad necesaria para hacerlo debidamente.

En esta causal, la ley exige pluralidad de actos inmorales y no uno sólo, que podría ser bastante para revelar la indignidad del progenitor y la necesidad de que pierda la patria potestad.

La causal puede consistir en actos positivos que impliquen necesariamente la tolerancia de los progenitores respecto del estado de inmoralidad y corrupción en que viven los hijos, ya que sucede con frecuencia que los padres toleran la prostitución de una hija, cuyo dinero aceptan para cubrir los gastos familiares.

En este orden de ideas, los jueces gozan del prudente arbitrio judicial, para distinguir la auténtica falta de carácter de los padres en sus relaciones familiares, que les impulsa a la corrupción de sus hijos por el amor equivocado que les profesan, pero que no tiene la inmoral finalidad de explotar la 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" ³⁰

Para que esta causal pueda invocarse, es necesario demostrar la existencia de la enfermedad y ésta debe reunir ciertos requisitos que son:

- a) Ser crónica
- b) Contagiosa
- c) hereditaria
- d) incurable,

pero cabe hacer la aclaración que debido a los avances tecnológicos en la medicina y en la biología, la tuberculosis y la sífilis en ciertos estados de la enfermedad es curable, o por lo menos deja de ser contagiosa o hereditaria, por lo tanto deja de cubrir los requisitos establecidos por la ley.

Actualmente, existen limitaciones derivadas de estos dos males, pues dentro del género de enfermedades crónicas o incurables que sean además contagiosas o hereditarias, cabe cualquier otra que entrañe tanto el riesgo para el cónyuge como para los hijos, especialmente el SIDA.

El primero de los padecimientos que se establece en la presente causal es la sífilis, que ha venido siendo una enfermedad infecciosa de origen generalmente venéreo, y que en la época de la redacción del Código (1928), era terriblemente contagiosa, crónica, incurable y hereditaria. Con los avances de la medicina moderna son prontamente curables si se detecta en su primera etapa, por lo que puede decirse que en el estado actual de la ciencia médica moderna ya no representa un riesgo. El problema consiste en saber si el cónyuge sano puede pedir el divorcio en la primera etapa de la enfermedad.

Por lo que respecta a la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, en este aspecto desde luego debe destacarse que si el fin y objeto natural del matrimonio es la procreación para perpetuar la especie, resultará que la impotencia se manifiesta como una incapacidad para la realización de los actos que en la naturaleza son propios para lograr este fin del matrimonio, no se debe confundir este aspecto con la esterilidad, que resulta de una imposibilidad para generar la vida humana, sino en la incapacidad para la cópula, de ahí que la impotencia incurable, que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, es la que no existe antes de éste en virtud de que si hubiere padecido el cónyuge la impotencia, esto hubiere sido un impedimento para la celebración del matrimonio.

Y en relación a esta causal la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto la ejecutoria que a continuación se transcribe:

En lo tocante a la causal de impotencia alegada, procede asentar que la impotencia a que se refiere la ley, es la que consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia, sino esterilidad, y como mera esterilidad, no constituye causa de disolución del matrimonio, por que no imposibilita la cópula³¹

"VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto al cónyuge demente"³²

Para que pueda ser invocada como causal, primero se debe tramitar la interdicción, para que el cónyuge incapaz sea declarado judicialmente

31 Ejecutoria del 14 de octubre de 1960, Amparo Directo No. 101/60, Ed. Quinta Epoca.

32 Idem., Fracción VII

incapacitado, y se le demanda por conducto de su representante legal que puede ser su tutor o tutriz, según sea el caso.

Esta causal se ha considerado como un remedio, en virtud de que el cónyuge sano tiene que cargar con un sacrificio al estar unido con una persona perturbada de sus facultades mentales, además de que no se cumple con los fines del matrimonio.

"VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada"³³

El que uno de los cónyuges se separe del domicilio conyugal implica el incumplimiento de uno de los deberes que es el de vivir juntos en el domicilio conyugal, ya que se deja de cumplir con uno de los fines del matrimonio que es el de tener vida en común para poder procrear la especie, perpetuarla y transmitirle valores morales.

Esta causal se configura, aún cuando el cónyuge que ha abandonado el domicilio conyugal sigue cumpliendo con su obligación alimentaria, pues ésta se basa en la separación física del hogar conyugal, para que esta causal pueda hacerse valer como acción de divorcio, debe haber existido un domicilio conyugal, establecido de común acuerdo por los cónyuges, entendiéndose éste como un lugar donde los cónyuges vivan independientemente y con plena autoridad en el mismo y con igualdad de consideraciones.

33 Idem., Fracción VIII

"IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio" ³⁴

Si el cónyuge que abandona el hogar conyugal por una causa justificada demanda el divorcio antes de que transcurra el año, corre el peligro de ser él mismo quien sea demandado por abandono de hogar, el consorte que debía ser acusado se convierte en acusador y puede obtener una sentencia favorable de divorcio que lo declare cónyuge inocente. La separación constituye una situación contraria al estado matrimonial que no puede prolongarse indefinidamente. La ley puede no aceptar esta situación y opta por convertir al inocente en culpable, si después de un año no presenta demanda de divorcio.

La acción debe entenderse concedida en favor del cónyuge que permaneció en el hogar, o sea el abandonado, y no al otro, que se separó debido a que si este último tuvo causa justificada para separarse, debió demandar el divorcio por la causa que lo motivó a salirse.

"X.- La declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga ésta, que proceda la declaración de ausencia" ³⁵

34 Idem., Fracción IX.

35 Idem., Fracción X

Esta causal se funda en una realidad de hecho, que es el ya no realizarse los fines del matrimonio al suspenderse la vida en común y por otra parte hay que llevar previamente a esta causal un juicio donde sean declarado el cónyuge ausente y se presuma su muerte, y ésto requiere varios años, por lo que resulta más conveniente que el cónyuge presente funde su acción de divorcio en el abandono del domicilio conyugal, o la separación por más de dos años, emplazando por edictos.

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro³⁶

Primero, hay que definir a la sevicia, entendiéndose ésta como la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común, y el cónyuge que invoque esta causal, debe detallar la modalidad y la naturaleza de estos tratos, para que la otra parte pueda defenderse, y para que el juzgador esté en posibilidad de calificar y juzgar su gravedad, y si en realidad se configura la sevicia.

Las amenazas son las palabras o hechos, mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que pueda ocurrirle a él, o a sus seres queridos.

Injurias, es toda expresión proferida, o toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, desprestigiarlo, lastimar su honor, su honra. La injuria, para ser causa de divorcio, debe de ser grave, es decir debe tener características que hagan imposible la vida en común entre los consortes. El juez es quien debe calificar la gravedad de las injurias, por lo cual el cónyuge

³⁶ Idem., Fracción XI.

que ejercite su acción de divorcio invocando dicha causal, debe manifestar al juzgador las circunstancias de modo, tiempo y lugar, tomando en cuenta el juez la condición social de los cónyuges, su grado de educación con el objeto de examinar detenidamente si las frases injuriosas realmente lo ofenden o son de su uso frecuente y normal, y las circunstancias en que fueron proferidas las injurias, debiendo éstas ser varias.

Esta fracción en realidad tiene tres causales y en ellas puede quedar resumidas casi todas las demás, es por ello que es una de la causales que se invocan con más frecuencia.

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 del Código Civil³⁷

En cuanto a esta causal de divorcio, no es necesario agotar previamente el procedimiento al incumplimiento de las obligaciones alimentarias, debemos reconocer que en esta causal también se encuentra una conducta injuriosa pues el hecho de negarse injustificadamente a proporcionar los elementos básicos de subsistencia como son la comida, habitación, el vestido y la asistencia médica así como la educación, constituyen por si mismas formas de degradar al ofendido, sometiéndolo a una forma de humillación y desprecio.

37 Ídem.. Fracción XII

"XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión"³⁸

Esto constituye una gran deslealtad al otro cónyuge, lo cual indica que hay una ruptura evidente en el matrimonio haciendo imposible la vida en común.

Para que esta causal de divorcio exista, no es necesario que dé lugar a un proceso, ya que es posible que ante el Ministerio Público se archive la indagatoria y no se consigne a la autoridad judicial y sin embargo, ésta puede ser calumniosa para los efectos del divorcio.

En esta conducta por parte del cónyuge que caiga en el supuesto, es evidente que hay una falta de respeto y estimación entre los cónyuges que hacen imposible la vida en común y que ya no existe el afecto y consideración, por lo cual se han perdido los fines del matrimonio.

"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"³⁹

En cuanto a esta causal, para que sea procedente y poder configurarla, es necesario que haya una sentencia firme en la cual se declare culpable al cónyuge de un delito por el cual la pena del mismo, merezca una sanción mayor de dos años de prisión.

38 Idem., Fracción XIII

39 Idem., Fracción XIV

Además, el delito debe de ser calificado como infamante para que pueda invocarse como causal de divorcio, ya que así lo establece expresamente la fracción en comento.

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal⁴⁰

Para invocar la presente causal es necesario que se señalen y reúnan dos condiciones:

- a) El hábito vicioso y que amenace la ruina de la familia.
- b) El vicio que provoca una constante desavenencia conyugal.

En este caso, el juez de lo familiar debe de calificar en cada caso si reúnen las dos circunstancias, en virtud de que puede ser que el cónyuge inocente siempre haya tolerado por parte del otro su vicio y no amenaza la ruina de la familia.

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sea punible si se tratara de una persona extraña, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que pase de un año de prisión⁴¹

En realidad esta causal contempla la comisión de un delito grave y desde luego conducta violatoria a todo principio de convivencia no solo social,

40. Idem., Fracción IV

41. Idem., Fracción XVI

sino conyugal y una actitud de extrema peligrosidad del cónyuge culpable, en especial, si se encuentran bajo el mismo techo conviviendo con el cónyuge inocente.

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá invocarse por cualquiera de ellos⁴²

En cuanto a esta causal, es evidente que se ha deteriorado a grado tal el matrimonio, que los cónyuges han decidido separarse por más de dos años sin tener vida en común, y en domicilios diferentes, lo cual significa que ya no existen los lazos que unían al matrimonio, es justo que cualquiera de los cónyuges pida el divorcio, para dar por concluido un vínculo que judicialmente los une, pero de hecho ya no existe el matrimonio.

Como se observa del análisis de las causales del Artículo 267 transcritas se deduce que todas y cada una constituyen un incumplimiento de obligaciones y consideraciones derivadas del matrimonio.

3.3) Efectos del Divorcio

Los efectos o consecuencias del divorcio, empiezan a partir del momento en que se ha decretado la disolución del vínculo matrimonial, en sentencia que haya causado ejecutoria, éstos se clasifican de tres maneras:

I.- En cuanto a las personas de los que fueron cónyuges

42 Idem., Fracción XVII

II.- Con relación a los hijos

III.- Con relación a los bienes

I.- En cuanto a las personas de los que fueron cónyuges:

El efecto directo del divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, adquiriendo cada uno su libertad para celebrar nuevo matrimonio.

El cónyuge declarado inocente puede contraer un nuevo matrimonio de inmediato si es hombre.

"Y para el caso de la mujer tiene que esperar trescientos días desde la disolución del matrimonio o desde que se interrumpió la cohabitación, salvo que se dé el caso de que dentro del período indicado dé a luz un hijo"⁴³

El cónyuge culpable debe de esperar dos años después de disolverse el matrimonio, para poder contraer nuevamente nupcias, en virtud de que es sancionado.

"Si se trata de divorcio por mutuo consentimiento, los que fueron cónyuges deben esperar un año par contraer un nuevo matrimonio"⁴⁴

II.- En cuanto a la situación de los hijos, actualmente el artículo 283 del Código Civil refiere que el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ellos. El juez observará las normas del Código Civil para los

⁴³ Art. 158 del Código Civil para el Distrito Federal, p. 75)

⁴⁴ Idem., Artículo 289, pág. 66

fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ella, en su caso, o de designar tutor, en ésto es más flexible la intervención del juez, ya que permite que lo que resuelve en relación a los hijos sea más adecuado a la realidad. Además, los divorciados tienen la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento de los hijos habidos entre las partes de acuerdo a sus posibilidades, hasta en tanto los hijos alcancen la mayoría de edad, y si ya son mayores, si continúan estudiando.

III.- En cuanto a los bienes de los cónyuges, el divorcio disuelve la sociedad conyugal, para el caso de que se haya celebrado el matrimonio bajo este régimen, y se hace la división de los bienes comunes, tomándose todas las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que quedaron pendientes entre los cónyuges o con los hijos, correspondiéndole a cada cónyuge el cincuenta por ciento de los bienes adquiridos.

El cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el cónyuge culpable, mismos que son fijados por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, como es la capacidad para trabajar, así como la capacidad económica del cónyuge, esta obligación queda condicionada a que el cónyuge inocente tenga un modo honesto de vivir, y no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El cónyuge culpable nunca tiene derecho al pago de alimentos. Y para el caso de que ambos cónyuges sean declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos.

En los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso del matrimonio, hecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato, y el mismo derecho tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responde de ellos, como autor de un hecho ilícito, como lo establece el artículo 288 del Código Civil. Nos ocupamos en este capítulo de las causales de divorcio contenidas en el artículo 267 dejando para el siguiente apartado la causal establecida independiente en el artículo 268 del Código Civil.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

- 4.1) Verdadera causal mexicana de divorcio necesario
- 4.2) Análisis crítico del Artículo 268 del Código Civil
- 4.3) Término para ejercer la acción de divorcio, con fundamento en el Artículo 268 del Código Civil
- 4.4) Término de caducidad de la acción del Artículo 268 del Código Civil
- 4.5) Necesidad de modificar o adicionar el Artículo 268 del Código Civil, estableciendo término expreso de caducidad

ANALISIS DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1) Verdadera causal mexicana del divorcio necesario.

El texto actual del Artículo 268 del Código Civil contempla una causal de divorcio cuyo origen es netamente mexicano, y cuyo equivalente no es muy común en la mayoría de las legislaciones de los países con sistemas jurídicos romanistas. Así, los Códigos Civiles de Alemania, España, Francia e Italia, por citar algunos, no contemplan la generación de una causal diversa por el ejercicio fallido de una acción de divorcio necesario.

En la legislación mexicana esta causal aparece por primera vez en el ámbito del derecho positivo en el proyecto del Código Civil de México de 1861-1866 (Proyecto del Código del Imperio).

Es de destacarse la novedad legislativa que implicó el establecer una causal de divorcio no derivada de la falta de cumplimiento de los deberes del matrimonio, sino que se concentra en una conducta puramente procesal.

4.2) Análisis crítico del Artículo 268 del Código Civil.

El Artículo 268 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece textualmente lo siguiente:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causas 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"⁴⁵

El citado texto establece una causal de divorcio autónoma de las contempladas por el Artículo 267 del mismo ordenamiento sustantivo civil, estableciendo la posibilidad de que un cónyuge al que le fue demandado el divorcio o la nulidad del matrimonio, sin que el actor hubiese probado su acción, tenga a su vez la posibilidad de demandar, por su parte el divorcio;

⁴⁵ Artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, pág. 87.

por ello podemos decir que la causal de divorcio establecida por el Artículo 268, otorga una acción de revancha al cónyuge demandado y absuelto; sin embargo, esto se presta en ocasiones a injusticias en una sociedad que como la mexicana, tiene un bajo nivel cultural, ya que muchas veces lo infructuoso de la acción de divorcio intentada se debe a la negligencia o ignorancia del abogado patrono, siendo la persona que demandó el divorcio en primera instancia quien va a sufrir las consecuencias de la posible segunda demanda en la que el antes actor resultaría cónyuge culpable con las consecuencias legales inherentes a esto, como es la prohibición de contraer matrimonio por un determinado tiempo, o las consecuencias respecto a los bienes de la sociedad conyugal.

Asimismo en el texto vigente del artículo materia del presente trabajo, se omite regular la situación derivada de una acción de divorcio no probada, pero ejercida a través de reconvencción, ya que se puede dar el caso que el demandado a su vez reconvenga el divorcio y que al final, ninguna de las dos partes probase su acción, sin embargo, el Artículo 268 otorga al demandado original la posibilidad de una segunda demanda en la que no necesita probar la existencia de ninguna de las causales contempladas en el Artículo 267 del Código Civil, lo que a nuestro juicio constituye una violación al principio de cosa juzgada.

También se señala en este artículo, un término de tres meses que deben dejarse pasar, contados a partir de la última notificación, para poder demandar la disolución del vínculo matrimonial, término que fue establecido por los legisladores, con el fin de que si hubiere una posible reconciliación entre los consortes, volvieran a vivir nuevamente juntos o con armonía en el

matrimonio, cosa que casi es imposible y que en la práctica escasamente se da, ya que han estado en litigio, separados, y si no se dieron el perdón durante el procedimiento, menos lo hacen después de que la sentencia ha salido desfavorable a la parte actora que en principio demanda el divorcio necesario; por otra parte, actualmente se da con frecuencia el caso de que inmediatamente el actor que perdió el divorcio, vuelve a demandar la disolución del vínculo matrimonial pero ahora con base en la causal establecida en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, y no se espera el transcurso de estos tres meses para poder ser demandado y obtener el divorcio, por tanto resulta obsoleto este término, que prohíbe demandar el divorcio después de notificada la última sentencia o auto que le recaiga al desistimiento y por lo cual ya no se cumple con el espíritu del legislador que era el hacer posible la reconciliación entre los cónyuges, y que se siguiera conservando la familia en armonía; en consecuencia, tal dispositivo en los términos en que actualmente se encuentra redactado, carece de sentido práctico.

Por otra parte, el texto del artículo 268 resulta incompleto en la manera en que se encuentra actualmente redactado, ya que pueden existir múltiples causas por las que la parte actora del que podemos llamar primer juicio de divorcio, no haya podido justificar su pretensión:

- A) En primer término es muy común que la deficiencia en la defensa es en gran parte la causa principal por la que no prosperan las acciones.

- B) También, existen los imponderables como pueden serlo las afecciones físicas o accidentes que impiden a la parte actora asistir a sus audiencias, o diligencias, desde luego no desconocemos los alcances y efectos de los mandatos. Sin embargo, recordemos que hay pruebas que exigen la personal presencia de la parte actora, como es la confesional para absolver posiciones o el reconocimiento de documentos.
- C) También puede darse el caso que por presiones morales de la familia y entre ellos los hijos, no se presenten todas las pruebas de cargo en contra del demandado, en especial para no servir de antecedente de la conducta del enjuiciado en perjuicio de la formación de los hijos.

Estos ejemplos y los que la vida práctica señala generan muchas veces sentencias adversas a la pretensión del divorcio.

Por lo que se refiere a la segunda parte del numeral en comento, relativa al desistimiento de la acción sin la conformidad del demandado, son múltiples las causas que lo pueden generar y tan diversas como lo resulta la distinta personalidad de las partes, pero en general se pudiera observar que el abandono de manera formal del ejercicio de una acción de divorcio por vía de desistimiento se puede traducir en un acuerdo o reconciliación entre los divorciantes, presión moral de los hijos para que sus padres abandonen su propósito de continuar litigando uno contra el otro, el perdón de ofensas o agravios por la parte actora y en beneficio de su contaria que implica desde luego una resolución razonada y meditada de su decisión; sin embargo, éstos

o cualquiera que sean los motivos para el desistimiento, éste debe producirse sin el consentimiento de la parte contraria.

En esta situación, hay que reflexionar que no existe acuerdo o conciliación, ya que de haberlo, la parte demandada no se atrevería a iniciar un nuevo juicio de divorcio basado en la causal que se contiene en el Artículo 268 motivo de este análisis o bien de que exista acuerdo. La nueva demanda demostraría una evidente mala fe de la ahora actora, en cuyo caso, no se podría hablar de efectos prácticos de reconciliación o intento de continuar la vida conyugal a que aludía el espíritu del legislador que creó esta causal, es decir, si no se puede demandar el divorcio después de los tres meses posteriores a la resolución de cosa juzgada del juicio anterior que determina no precedente su acción, era con el propósito de que pudiera darse un acuerdo conciliatorio entre las partes o una reconciliación real entre ellas.

La última parte del Artículo 268 del Código Civil en vigor refiere que 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 o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos. Al no estar obligados los cónyuges a vivir juntos durante estos tres meses siguientes a la notificación de la sentencia ejecutoriada o del último auto que recayó al desistimiento, es porque precisamente es lógico que después de ser parte de un juicio controversial por causas que pueden tener implicación moral, no existe una disposición real de concordia y reconciliación que los obligue a vivir juntos. Por otra parte, desde el punto de vista puramente jurídico, sería la subsistencia del vínculo conyugal con todos sus derechos y obligaciones.

Por estas razones, creemos que la causal a que nos referimos limita sin razón práctica alguna el derecho del cónyuge que fue absuelto; para ejercitar la acción de divorcio en contra de quien no probó su pretensión en el juicio anterior, es decir, si no se prueba una acción anterior de divorcio no deben darse nueve meses que de hecho resultan como término de caducidad, para el ejercicio de la acción, basada en la causal a que alude, ni tampoco puede verse limitada la parte que obtuvo sentencia absolutoria para ejercitar de inmediato su acción de divorcio, ya que práctica y racionalmente no existe conciliación ni propósito de reconciliación.

4.3) Término para ejercer la acción de divorcio con fundamento en el Artículo 268 del Código Civil.

Conforme a las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los términos para ejercitar la acción basada en esta causal se dividen en dos categorías:

- I.- Término para presentar la demanda y,
- II.- Caducidad, en la que ya no se puede demandar.

I.- El término con el que cuenta el actor para iniciar su demanda, es hasta pasados tres meses después de notificada la Sentencia ejecutoriada o el auto que le recayó al desistimiento de la acción basada en la causal en análisis, sobre este particular nuestro más alto Tribunal, establece en sus ejecutorias lo siguiente:

DIVORCIO, FECHA EN QUE PRINCIPIA LOS TERMINOS DE EJERCICIO Y CADUCIDAD DE LA ACCION EN EL CASO DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES.- 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 transcurridos tres meses de la notificación de la sentencia que establece la cosa juzgada, o sea, la de amparo y no la 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 queda notificada por conducto de la autoridad responsable. En cambio, cuando el amparo se concede la fecha de inicio del cómputo, es desde que la autoridad responsable, en cumplimiento de la ejecutoria del 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, fija el artículo 278, principia después de transcurridos los tres meses contados a partir de la notificación o cumplimiento de la ejecución del amparo, de la manera antes precisada”⁴⁶

Como se desprende del mencionado criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, existen dos casos.

⁴⁶ Tomo LXXXIII, pág. 1515, Amparo Directo 9495/43, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 del Serianario Judicial de la Federación, Quinta época.

a) Cuando el amparo es concedido

b) Cuando el amparo es negado o sobreseído,

Idea que nos hace entender que la Sentencia Ejecutoriada es en la vía de amparo o con motivo de este juicio constitucional y no como consecuencia de resolución de segunda instancia.

En el primer caso, es cuando la autoridad de origen o natural, notifica a las partes su resolución a consecuencia y en cumplimiento de la ejecutoria de la autoridad federal que concede el amparo.

En el segundo caso, cuando el amparo es negado o sobreseído el término, corre a partir del momento en que la autoridad federal notifica su resolución.

En consecuencia, es de resumirse que el derecho de la parte actora para demandar un segundo juicio de divorcio necesario, basado en la causal multicitada en el Artículo 268 del Código Civil, principia hasta una vez pasados tres meses en que sea notificada la sentencia ejecutoriada o el auto que le recayó al desistimiento, en donde se declaró improcedente la acción del llamado primer juicio.

En cuanto al límite en que puede ejercitarse la acción de divorcio necesario y que es motivo de esta tesis, es de seis meses contados a partir del tiempo en que la parte actora puede principiar a ejercitar la acción de divorcio, después de tres meses de notificada la última sentencia, es decir, si bien es cierto que de acuerdo con la Ley y en términos del Código Civil según el Artículo 278, se tienen seis meses para interponer toda clase de juicios de

divorcio necesario con sus diversas particularidades, también es cierto que con respecto a la causal en estudio se tienen estos mismos seis meses para formular y presentar ante la autoridad judicial la demanda lo cual es una limitante para la parte actora del segundo juicio como ya se deja indicado.

Lo anterior traducido a términos prácticos constituye en realidad una causal que tiene un término de nueve meses para el ejercicio de la acción de divorcio y no como todas las demás, la posibilidad inmediata de demandar una vez que se dé lugar a la causal, por razones que carecen de sentido práctico, la condición de no ejercicio de la acción, es por lo que se considera que debe de haber una modificación al último párrafo del Artículo 268 del Código Civil, en el sentido de que se debe señalar que sólo se tendrán tres meses más para ejercitar la acción de divorcio necesario mencionado en el numeral citado, que si la acción no se ejercita después de pasados tres meses en que tenga la posibilidad de invocar se operara la caducidad de la acción.

4.4) Término de caducidad de la acción del Artículo 268 del Código Civil.

El término de caducidad señalado por la causal contenida en el citado precepto legal, es de seis meses, conforme a lo que previene el Artículo 278 del Código Civil, el término empezará a contarse tomando en cuenta que los hechos motivo de la causal sean instantáneos o momentáneos, o bien que siendo continuos o permanentes hayan cesado con tal de que hayan transcurrido los tres meses de la última notificación del auto que le recayó al desistimiento, o de la Sentencia Definitiva y la razón que el legislador tuvo

para aprobar el texto de dicho Artículo fue la necesidad legal y moral de mantener y preservar la estabilidad de la familia.

4.5) Necesidad de modificar o adicionar el Artículo 268, estableciendo término expreso de caducidad.

El presente trabajo hace alusión a que en el Artículo 268 del Código Civil, se encuentra prevista una idea original de los destacados Juristas mexicanos JESUS TERAN, JOSE MARIA LACUNZA, FERNANDO RAMIREZ, PEDRO ESCUDERO Y ECHANOVE Y LUIS MENDEZ, quienes fueron los creadores del proyecto del Código Civil de 1861-1866, también conocido como Código del Imperio que es uno de los antecedentes del Código Civil de 1932 y que respondió al momento histórico en que fue aplicable con el carácter de derecho positivo. También se hizo referencia a las causas generadoras de la modificación de las leyes, una en sentido dinámico de las necesidades humanas y la otra el aspecto perfectible de las leyes.

La primera propicia una adaptación constante de las legislaciones de manera tal que aspectos no contemplados en el momento histórico de su creación hacen que las leyes se vuelvan obsoletas y por tanto ineficaces para regular adecuadamente la conducta humana.

La segunda implica una constante adaptación del derecho para ser más eficaz, más justo cediendo al empuje que las sociedades le imponen, por tanto planteamos en este trabajo que el Artículo 268 del Código Civil requiere una adaptación o modificación que impida desde luego una desigualdad de las

partes que intervienen en un procedimiento judicial que se haya originado con motivo del texto que se contiene en el numeral que nos ocupa.

Efectivamente, según el Artículo 278 del Código Civil, señala un término de seis meses para el ejercicio de la acción del divorcio necesario a que se refiere el Artículo 268 del propio ordenamiento.

Sin embargo, en la causal prevista por el Artículo 268 del multicitado Código Civil, según su texto e interpretación literal existe un término de nueve meses para ejercitar la acción de divorcio derivada de la causal que en el mismo se contiene.

En tal virtud, el tenor del artículo de referencia es impráctico desde el punto de vista del juzgador, toda vez que para él es intrascendente el momento en que se presenta la demanda, y si esto es en tres, seis o nueve meses posterior, a la conclusión de un juicio anterior en el que no se probó una pretensión o en el que hubo desistimiento de la acción por parte del actor, sin el consentimiento del demandado, ya que el movimiento y ejercicio de la maquinaria jurisdiccional inicia a la presentación de la demanda, con independencia a la época en que se presente con la única excepción derivada de que no exista prescripción de la acción, lo anterior habida cuenta de cualquier causal que incluye la referida por el Artículo 268 del Código Civil, que en todo caso sólo interesa a las partes.

También resulta impráctico porque debido a la adición de la fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil, resulta para las partes más conveniente esperar el término de dos años de separados por cualquiera que sea el motivo, para invocar la misma como causa de divorcio, que sujerarse al tenor del Artículo 268 del Código Civil.

Por último, impráctica porque es muy eventual y hasta excepcional que la misma se invoque para ejercitar la acción de divorcio por esta causal.

Resultando una desigualdad de las partes, en beneficio de la parte demandada en un segundo juicio de divorcio necesario, debido a que en el anterior no probó, abandonó o se desistió de su acción de divorcio, teniendo que esperar su entonces parte demandada tres meses para poder interponer un diverso juicio de divorcio, invocando esta causal como base de su acción, misma que por no haber mención expresa en el Artículo 268 del propio ordenamiento sustantivo civil tiene un término de caducidad de seis meses contados a partir de la fecha en que puede ser invocada esta causal por quien tenga la capacidad de ejercitarla, término que no será, como ya se dijo, sino en cuanto a su inicio hasta pasados tres meses de que se haya notificado la última sentencia o el auto que le recaiga al desistimiento de la acción.

La causa eficaz para el ejercicio de las acciones y en especial las derivadas de la falta de cumplimiento de los deberes conyugales o las generadas por causas diversas a esta, como lo es la causal establecida en el Artículo 268 del Código Civil, tiene que ejercitarse en el momento en que se realice el acto que la genera, o sea cuando el cónyuge culpable haya dado motivo como acontece en las contenidas en las fracciones del Artículo 267 del

Código Civil, y no pueden mediatizarse bajo ningún concepto, como tampoco lo debe el ejercicio de acción de divorcio que se deriva de la causal motivo del presente trabajo, y en especial porque ya no existe el motivo en el que el legislador pensó al aprobarse el proyecto del Código Civil vigente y dentro de su Artículo 268 que era el de esperar un reconciliación entre las partes litigantes de un juicio de divorcio necesario, que lógicamente durante su secuela procesal requiere del transcurso del tiempo, sumando a este que la generalidad de los casos las contrapartes se han disgustado e incluso separado. En consecuencia y debido a las consideraciones que se aportan en términos anteriores ya no hay tampoco propósito de reconciliación y aunado a esto, el desgaste emocional y controversial ya existente que las contrapartes al tratar de probar sus acciones y excepciones se hicieron mutuamente.

De acuerdo al anterior análisis el multicitado Artículo 268 del Código Civil, en las conclusiones señalaremos el texto que debe tener para responder a las necesidades actuales que implica el procedimiento de divorcio y que en lo sustancial consiste en evitar una espera innecesaria para demandar el divorcio necesario con base en la causal que contiene el numeral en cita, para que sea cambiada por la propuesta.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Artículo 268 del Código Civil establece una causal complementaria a las XVIII contempladas en el Artículo 267, saliéndose inclusive del espíritu del legislador que contempló en dichas causales generalmente un incumplimiento a los fines del matrimonio, pues en el Artículo 268, determina una sanción, ya no una omisión.

SEGUNDA.- Del análisis del texto vigente del Artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende su necesaria modificación respecto a la limitación que el mismo establece para ejercer la acción a que se hace referencia.

TERCERA.- El Artículo 268 debe ser adecuado a la realidad ya que resulta incoherente que después de que una persona soporta una serie de imputaciones, que no fueron probadas en un juicio primero, tenga que esperar tres meses para poder ejercitar una acción de divorcio.

CUARTA.- El artículo 268 del Código Civil debe modificarse quedando en los siguientes términos: "Cuando un cónyuge haya perdido el divorcio o la nulidad de matrimonio por causas 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".

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

BIBLIOGRAFIA

- ARELLANO García, Carlos.- "Práctica Forense Civil y Familiar", Tercera Edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1982.
- BONECASSE, Julian.- "Elementos de Derecho Civil", Segunda Edición, Puebla, Editorial Cajica, 1977.
- BONECASSE, Julian.- "La filosofía del Código Napoleón Aplicada al Derecho de Familia", Traducción de José M. Cajica, Jr. Editorial Porrúa, S. A., México, 1987.
- DE PINA, Rafael.- "Diccionario de Derecho", Octava Edición, Ed. Porrúa, S. A., México.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl.- Derecho Civil, Ed. Porrúa, S. A. México, 1982.
- PACHECO E. Alberto - "La familia en el Derecho Civil Mexicano" Ed. Porrúa, México.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge.- "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo I, Habana Cultura, S. A.
- PALLARES, Eduardo.- "El divorcio en México", Ed. Porrúa, S.A., México, 1968.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo II, Quinta Edición, Ed. Porrúa, S. A., México, 1980.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.....- "Compendio de Derecho Civil", Tomo I,
Deudécima Ed. Porrúa, S.A., México, 1976.

TERDUGO, Agustín.- La ciencia jurídica, Talleres Tipográficos de "El correo
español", México, 1903.

DE IBARROLA, Antonio.- Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México.

Código Civil de Oaxaca de 1827-28

Código Civil de 1870

Código Civil de 1884

Ley sobre Relaciones Familiares

Código Civil vigente del D.F., 1928, Ed. Porrúa, pp. 308

Código Civil comentado por Lisandro Cruz Ponce, Ed. Porrúa y el Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Jurisprudencia emitida por la
Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de Divorcio.

Códicie Leggi D'Italia, Codice Civile, Edito Minor, Editore Uirico Hoepli Milano,
1988.

Code Civil, Editions Dalloz, 1990-1991.

Ehe-Matrimonio, Nichtig Keit-Nullidad, Derogar-Aufgehoben

Code Civil Allemand, 1986, Librairie Generale De Droit et de Jurisprudence,
1929

Burgerliches, Gesetzbuch, 1980, Código Civil, RFA, Leyes Decretos, Ed.
Deutscher Taschenbuch Verlag.

