

216
2Ej



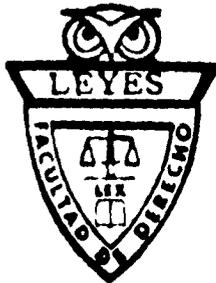
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

EFFECTOS JURIDICOS DE CONSIDERAR POR EL
JUZGADOR EN EL DIVORCIO NECESARIO
CONYUGE INOCENTE O CULPABLE

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE ADAN DIAZ LOPEZ



MEXICO, D. F.

1995

FALLA DE ORIGEN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.



INSTITUTO NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Cd. Universitaria, D.F., a 13 de enero de 1995

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

El alumno JOSE ADAN DIAZ LOPEZ, pasante de la carrera de Licenciado en Derecho, ha estado inscrito en este Seminario a mi cargo, a fin de elaborar la tesis profesional intitulada "EFECTOS JURIDICOS DE CONSIDERAR POR EL JUZGADOR EN EL DIVORCIO NECESARIO CONYUGE INOCENTE O CULPABLE".

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.

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



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

LTC. JOSE BARROSO FIGUEROA.

JBF/sci

A MIS PADRES,
CONCEPCION LOPEZ VDA. DE DIAZ, POR
DARME LA VIDA Y SEMBRAR EN MI LOS
MAS ALTOS VALORES Y JOSE ADAN DIAZ
QUIROGA (Q.E.P.D.), COMO HOMENAJE
POSTUMO.

A MIS HERMANOS,
BENJAMIN, PEDRO (Q.E.P.D.), HILDA,
SAUL, ELBA, LETICIA, RAMON,
ELIZABETH Y GABRIELA POR EL CARINO
QUE LES TENGO Y NOS UNE.

A MI ESPOSA,
BERTHA, COMPANERA FIEL EN EL
DIFICIL, PERO HERMOSO CAMINO
DEL MATRIMONIO.

A MIS HIJOS,
ADAN, VERONICA, ULISES Y SAUL,
POR EL AMOR QUE ME COMPARTEN,
CON EL DESEO DE QUE TRIUNFEN
PLENAMENTE EN LA VIDA.

A TODOS LAS MUJERES DE MEXICO, QUE
AUN TIENEN HAMBRE Y SED DE JUSTICIA.

A MI ALMA MATER,
LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO, EN ESPECIAL A LA
FACULTAD DE DERECHO, FORJADORAS
DE HOMBRES LIBRES.

AL LIC. ANGEL GUERRERO LINARES,
CON MI AGRADECIMIENTO Y RESPETO,
PORQUE SIN SU SABIA CONDUCCION
NO HUBIERA SIDO POSIBLE ESTE
TRABAJO.

A TODOS LOS FAMILIARES Y AMIGOS
QUE ME APOYARON PARA LOGRAR ESTA
META.

AL PUEBLO DE MEXICO, HOY TAN
MALTRECHO Y DOLIDO POR LAS CRISIS
ECONOMICAS, POLITICAS Y SOCIALES
QUE LO AZOTAN, CON LA CONVICCION
DE QUE HABRA DE SUPERARLAS.

AL LIC. ERNESTO SALAZAR PENA,
POR SU AMISTAD Y COMPARTIR
CONMIGO SUS EXPERIENCIAS
PROFESIONALES.

T E S I S

"EFECTOS JURIDICOS DE CONSIDERAR POR EL JUZGADOR EN EL DIVORCIO NECESARIO CONYUGE INOCENTE O CULPABLE".

I N D I C E

P R O L O G O

C A P I T U L O	I	PAG.
LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO:.....		1
1. Disolución por causa de muerte.....		8
Sus efectos.		
2. Disolución por causa de nulidad.....		11
a) Causas.....		14
b) Consecuencias jurídicas en el o los		
cónyuges de buena o mala fe		39
c) Consecuencias jurídicas en los hijos.....		41
d) Consecuencias jurídicas en los bienes.....		42
3. Disolución por divorcio.....		44

C A P I T U L O II

LA REGLAMENTACION DEL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO DESDE EL CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1827 AL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1928:.....		48
1. La regulación del divorcio en el Código Civil de Oaxaca de 1827.....		50
2. La regulación del divorcio en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.....		60
3. El divorcio en la Ley de 1914.....		77
4. El divorcio en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.....		85
5. El divorcio en el Código Civil de 1928 y sus reformas de 1983		92

a)	Tipos de divorcio que contempla:.....	106
1.	Voluntario.....	106
2.	Necesario.....	111

C A P I T U L O I I I

	CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO.....	116
1.	Consecuencias jurídicas en el divorcio voluntario:.....	117
a)	Hacia los cónyuges.....	117
b)	Hacia los hijos.....	119
2.	Consecuencias jurídicas en el divorcio necesario:.....	121
a)	Hacia los cónyuges:.....	121
	I. Derechos del cónyuge inocente.....	122
	II. Obligaciones del cónyuge culpable	123
b)	Hacia los hijos.....	123
	Derechos y obligaciones de ambos cónyuges.....	123
c)	Hacia los bienes.....	127

C A P I T U L O I V

	CONVENIENCIA DE ESTABLECER EN DETERMINADAS CAUSALES A QUE ALUDE EL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL, LA EXENCION DE OBLIGACIONES ENTRE LOS CONYUGES, POR CONSIDERARSE A AMBOS CULPABLES O AMBOS INOCENTES.....	132
a)	Por padecer enfermedades incurables o contagiosas. Fracción VI.....	136
b)	Por padecer enajenación mental incurable. Fracción VII.....	142

c)	En el divorcio por mutuo consentimiento. Fracción XVII.....	145
d)	Por la separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses. Fracción VIII.....	147
e)	Por la separación con causa justa si se prolonga por más de un año, sin demandar, el que abandona, el divorcio Fracción IX.....	149
f)	Por la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos. Fracción XVIII.....	152
CONCLUSIONES.....		157
BIBLIOGRAFIA.....		161

P R O L O G O

De todas las instituciones que conforman el derecho de familia, quizá ninguna tan discutida y vilipendiada como el divorcio. Las sociedades de todos los tiempos han tenido gran interés porque se preserve el matrimonio, figura por antonomasia en la constitución de la familia, en cuyo seno se forman y desarrollan los más altos valores de la convivencia humana.

Es indiscutible que la familia, como grupo natural, también tiene por misión asegurar la reproducción de la especie y es el principal instrumento que genera la solidaridad, no sólo grupal sino social, por lo que es justificable la preocupación que causa el divorcio.

El divorcio, como la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, se ha convertido en una práctica frecuente en nuestra sociedad, su proliferación es una manifestación de la profunda crisis por la que atraviesa el matrimonio, base fundamental de la familia.

Pienso que la desintegración familiar debe ser evitada

por todos los medios institucionales y educativos que el Estado y los particulares pudieran aportar, sin embargo, cuando los recursos para evitar la desintegración familiar han fracasado, el divorcio se convierte en un remedio que evita males mayores a los cónyuges y particularmente a los hijos, por lo que debe reunir las medidas adecuadas para asegurar la subsistencia, la salud, la libertad y la dignidad humanas de todos los miembros de la familia.

Nuestro Código Civil vigente, en lo que se refiere al divorcio, mantiene disposiciones tomadas del Código Civil de 1884, que suponen invariablemente culpa en alguno de los cónyuges para el divorcio, de tal suerte que protege al cónyuge inocente y establece consecuencias jurídicas severas para el cónyuge culpable.

Sin embargo, el legislador se olvidó de regular los casos de divorcio voluntario, en lo que se refiere a los efectos del divorcio hacia la persona de los divorciantes, así como los casos en que no hay declaración de cónyuge culpable y ambos consortes son considerados inocentes, en algunas causales del llamado divorcio necesario.

Por lo que se refiere al primer caso, se ha cubierto la omisión modificando la ley para establecer el derecho a

alimentos para la mujer y en ciertas condiciones, también para el varón, en los casos de divorcio voluntario; pero aún se mantiene la omisión en la ley para regular las consecuencias jurídicas hacia los cónyuges en los casos en que no hay declaración de cónyuge culpable y ambos son considerados inocentes.

En este trabajo pretendo analizar este vacío jurídico partiendo del primer Código Civil que se dió en nuestra República después de la lucha de Independencia, concluyendo en un propuesta de hacer modificaciones a la ley civil para llenar esta laguna, sin olvidar que el derecho, pero en especial el derecho de familia, debe ser protector de los más desprotegidos del grupo familiar: los menores, los incapacitados o enfermos, las mujeres y los ancianos.

CAPITULO I. LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO

Antes de entrar al análisis de la disolución del matrimonio, hablaremos de este vínculo matrimonial a efecto de tener un concepto más amplio de las formas de su extinción y por supuesto de los efectos que produce tal disolución.

Nuestro legislador no nos proporciona un concepto de matrimonio, sino sólo nos indica los requisitos para contraerlo, los derechos y obligaciones que nacen del vínculo, los efectos que produce tanto entre los cónyuges y hacia los hijos, así como en los bienes que adquieran, y de acuerdo al régimen patrimonial bajo el cual contrajeron nupcias.

En esta virtud, me permito exponer aquí un concepto de matrimonio, y diremos que es un acto jurídico solemne mediante el cual un hombre y una mujer deciden unirse haciendo vida en común, buscando llevar a cabo eficazmente los fines que dicho enlace matrimonial lleva consigo, como son la ayuda mutua, la fidelidad, la comprensión entre ellos y la buena educación de los hijos que hayan procreado durante la vigencia de tal unión.

Como todo acto jurídico, el matrimonio tiene elementos esenciales y de validez.

En la teoría general "Podemos definir los elementos esenciales indicando que son aquéllos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición; en cambio, son elementos de validez aquéllos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley". (1)

Así tenemos que los elementos de existencia del acto jurídico son: la voluntad y el objeto. Los elementos de validez: la capacidad de las partes, la ausencia de vicios del consentimiento, la licitud en el objeto motivo o fin y el cumplimiento de las formalidades.

Tal y como lo dijimos con antelación, el matrimonio siendo también un acto jurídico tiene sus elementos que enseguida analizaremos:

Elementos de Existencia del Matrimonio :

En el matrimonio además de la voluntad y el objeto, por disposición de la ley se requiere cumplir con un tercer elemento esencial: la solemnidad.

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia, Tomo II, Edit. Porrúa, S.A., México, 1980, pág. 232

La voluntad

La voluntad de los contrayentes se manifiesta expresamente en dos momentos: primero cuando presentan la solicitud del matrimonio por escrito, ante el Juez del Registro Civil y después cuando ambos contestan que "sí" se acepta como cónyuge a la persona con quien se va a casar, momento en que el Juez, a nombre de la ley y la sociedad los declara legalmente unidos en matrimonio.

El objeto.

El objeto en el matrimonio, consiste en establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo, creándose derechos y obligaciones entre ambas partes, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente, el débito carnal, guardarse fidelidad recíproca, etc..

La solemnidad.

El matrimonio es por definición un contrato solemne, requiere de la intervención de una autoridad especial, el Juez del Registro Civil, quien previa lectura de las fórmulas señaladas en el artículo 102 del Código Civil, declarará a los contrayentes unidos en matrimonio,

levantando el acta respectiva señalada en el artículo 103 del mismo ordenamiento, la cual deberá ser firmada por el Juez, los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieran intervenido si supieran y quisieran hacerlo.

El incumplimiento de alguno de estos tres requisitos esenciales, impide la celebración del matrimonio.

Existiendo el matrimonio como acto jurídico, para que surta sus efectos con plena eficacia jurídica requiere el cumplimiento de otros requisitos; los elementos de validez, y que son: la capacidad de las partes, la ausencia de vicios de la voluntad, la licitud en el objeto y el cumplimiento de formalidades.

Examinémoslos brevemente:

La capacidad de las partes.

Dando por entendido el concepto de capacidad y su clasificación entre capacidad de goce y de ejercicio, diremos que en el matrimonio se contempla un adelanto de la mayoría de edad, que es la emancipación, y que consiste en que aún siendo menor de 18 años, pero mayor de 16 en el hombre y de 14 en la mujer, éstos pueden contraer matrimonio válidamente, por supuesto con el consentimiento

de sus representantes. Sobre esta capacidad especial, la maestra Sara Montero Duhalt nos dice:

"Como el matrimonio es la forma regulada por la ley de la relación sexual y, en su caso, de la procreación, la capacidad que se exige es la del desarrollo sexual de las personas, es decir, la pubertad o edad núbil. La madurez física de las personas varía de sujeto a sujeto; se da precozmente o con atraso, dependiendo del medio geográfico, de los hábitos de alimentos, de la herencia y de tantos factores más. La edad del desarrollo varía en las niñas entre los diez y los dieciséis años y con dos años más (12 a 16) en los adolescentes. El derecho, en razón de esta variedad, toma en cuenta un promedio, lo más cercano a la realidad y establece sus medidas". (2)

Solicitando esta capacidad para realizar el acto matrimonial, el Código Civil vigente para el Distrito Federal establece en el artículo 146 la edad mínima de catorce años en la mujer y de dieciséis en el hombre para poder contraer matrimonio.

(2) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, Edit. Porrúa, S.A., México, 1984, pág. 124

Ausencia de vicios de la voluntad.

En los actos jurídicos los vicios de la voluntad pueden consistir en error, dolo, mala fe, intimidación (violencia) y lesión. En el matrimonio sólo pueden darse dos de estos vicios: el error y la intimidación.

El error en el matrimonio como un vicio de la voluntad toma un matiz especial, pues no se admite cualquier clase de error, sólo el error de identidad, que consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir. Esto sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de procurador, siendo muy difícil cuando se realiza con la comparecencia personal de los contrayentes.

La violencia es el segundo vicio de la voluntad que puede presentarse al contraer el matrimonio, pero para ser invocada como causa de nulidad del matrimonio no debe tratarse de la violencia genérica de todo acto jurídico que señala el artículo 1819 del Código Civil, sino la que se señala en el artículo 245, esto es, que el miedo y la violencia sean tan graves que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes; que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a quienes le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio; y

que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

Existe además otra forma particular de violencia propia del matrimonio, el rapto, contemplado en la fracción VII, del artículo 156 del Código Civil.

La licitud en el objeto.

Este requisito consiste en que el matrimonio se efectúe sólo entre personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo a cabo.

Estas prohibiciones las contempla el Código Civil empleando también la palabra "impedimentos" como una reminiscencia del Derecho Canónico. Dichos impedimentos o prohibiciones están enumerados en las diez fracciones del artículo 156 y en los artículos 157, 158, 159 y 289.

El cumplimiento de formalidades.

Además de las ya estudiadas solemnidades que, si no se cumplen, el matrimonio carecerá de existencia legal, la ley exige el cumplimiento de determinadas formalidades que hacen que el matrimonio como acto jurídico se tenga por celebrado válidamente; estos requisitos de forma que deben satisfacerse corresponden a dos momentos diferentes en la

celebración del matrimonio: los trámites previos y los concomitantes o propios de la celebración. Unos y otros se encuentran establecidos en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del Código Civil, que posteriormente serán analizados.

Una vez celebrado el matrimonio con todos los requisitos de existencia y de validez que la ley exige al respecto, la muerte de cualquiera de los cónyuges, la nulidad y el divorcio son las causas que producen la disolución o la extinción del mismo, y cada una de las causas aquí aludidas tiene su origen muy particular, y por ende sus propios efectos o consecuencias, mismas que en seguida analizaremos:

1. Disolución por causa de muerte.

Como lo dejamos plasmado con antelación, en nuestra legislación los sujetos de la relación jurídica conyugal sólo pueden ser un hombre y una mujer.

En esta virtud, la muerte de uno de los cónyuges extingue el vínculo conyugal con todas las consecuencias jurídicas inherentes a tal situación.

La disolución del matrimonio por causa de muerte produce diversos resultados, como en seguida veremos.

Estos efectos jurídicos son de tres clases:

- a) Respecto a la persona del cónyuge superviviente;
- b) En cuanto a los hijos; y
- c) En relación a los bienes.

En relación con el cónyuge superviviente, éste queda en libertad para contraer un nuevo matrimonio, tratándose del hombre de inmediato si así lo desea, pero si se trata de la mujer, ésta no podrá hacerlo sino hasta pasados trescientos días después de la muerte del cónyuge, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo, como lo dispone el artículo 156 del Código Civil.

La obligación alimentaria que nace de la relación matrimonial se extingue con la muerte de uno de los cónyuges sin embargo existiendo bienes y habiendo hecho testamento, se tiene obligación de determinar en dicha disposición de última voluntad, una pensión en favor del cónyuge superviviente, dejándole alimentos cuando éste se encuentre impedido para trabajar o no tenga bienes suficientes (Artículo 1366 del Código Civil), estableciéndose en el artículo 1374, que es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia correspondiente a las personas con las que se esté obligado.

En relación a la sucesión legítima el cónyuge supérstite tiene derecho a heredar, según se establece en el artículo 1602, fracción I del Código Civil; si concurre con descendientes, le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1624, y si concurre con ascendientes o con hermanos, la herencia se dividirá en dos partes iguales y recibirá una en el primer caso, o las dos terceras partes si de hermanos se trata (artículos 1626 y 1627 del Código Civil).

En cuanto a los hijos, con la muerte de uno de los cónyuges, evidentemente termina para éste el ejercicio de la patria potestad (artículo 443 del Código civil), su ejercicio corresponderá al cónyuge supérstite (artículo 412 del Código Civil), y a la falta de ambos, de acuerdo con las circunstancias del caso, ejercerán la patria potestad sobre los hijos menores de edad no emancipados, los abuelos paternos o maternos, en el orden que determine el juez de lo familiar (artículo 418 del Código Civil).

Con respecto a los alimentos para los hijos menores de dieciocho años, así como para los mayores de edad que están imposibilitados de trabajar, existiendo bienes se debe disponer en el testamento, si lo hubiera, el cumplimiento de esta obligación alimentaria, y si no hubiese disposición testamentaria, de los bienes dejados, se aplicará una

pensión alimenticia para los acreedores a que nos hemos referido.

En relación a los bienes; si el matrimonio se contrajo bajo el régimen de sociedad conyugal, la muerte de alguno de los cónyuges motiva la liquidación de la misma, de acuerdo con el artículo 205 del Código Civil.

"ART. 205.- Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se verifique la partición".

Otro efecto que surge respecto a los bienes, consiste en que no habiendo disposición testamentaria, la ley suple la voluntad del de cujus y llama a suceder a los parientes más cercanos, que en primer término son los hijos, herederos éstos que adquieren derecho a la masa hereditaria desde el momento de la muerte del autor de la herencia, según lo disponen los artículos 1266 y 1602 del Código Civil.

2. Disolución por causa de nulidad

Otra de las formas de disolver el vínculo matrimonial, dijimos que era por nulidad del matrimonio, al respecto, la maestra SARA MONTERO DUHALT, nos comenta que:

"Nulidad de matrimonio es la disolución del vínculo en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del mismo, o por faltar formalidades en el acto de celebración ". (3)

La nulidad del matrimonio.

Por su parte, el maestro ROJINA VILLEGAS, nos dice "...que el matrimonio es el acto jurídico que en todo el derecho ofrece la mayor variedad de causas respecto a su nulidad, así como los problemas más serios. En verdad no hay acto jurídico que pueda comparársele tanto desde el punto de vista de su trascendencia social, como por lo que se refiere a los problemas sobre nulidad, absoluta o relativa...". (4)

Sostiene el mismo autor "... que en el derecho mexicano si es susceptible de aplicación al matrimonio lo expuesto de manera general para las nulidades en los distintos actos jurídicos. Es decir, serán nulidades absolutas en materia matrimonial, las que reúnan las tres características que enumera el artículo 2226, consistentes en la naturaleza imprescriptible de la acción de nulidad, en la imposibilidad de convalidar el acto por ratificación

(3) MONTERO DUHALT, Sara. op. cit., pág. 174

(4) ROJINA VILLEGAS, Rafael. op. cit., pág. 294

expresa o tácita para que desaparezca la nulidad y en la posibilidad de que todo interesado puede hacer valer la acción. En cambio, serán nulidades relativas aquéllas que no reúnan las tres características mencionadas, aun cuando se presenten dos de ellas, bastando por lo tanto que la acción sea prescriptible como ocurre en la mayoría de los casos de nulidad en el matrimonio, o bien, que el acto pueda convalidarse por ratificación expresa o tácita, según veremos para otros efectos o, finalmente, que la acción sólo se conceda al directamente perjudicado..." (5)

En nuestra legislación, por su trascendencia, el acto jurídico matrimonial tiene un trato especial en el capítulo de las nulidades, pues la misma causa que en la doctrina general produciría una nulidad absoluta, por regla general en el matrimonio sólo produce nulidad relativa.

Aunque nuestro legislador procuró señalar simplemente causas de nulidad, sin calificarlas; es a través de combinar las causas de la nulidad con las características de la misma como podemos determinar si existe nulidad absoluta o relativa, siendo este método indirecto el que nos propone el Código Civil vigente y lo seguiremos a continuación para analizar las causas de nulidad del matrimonio.

(5) ROJINA VILLEGAS, Rafael, op, cit., págs. 288 y 289

a). Causas.

Las causas de nulidad del matrimonio en nuestro derecho vigente se encuentran establecidas en el artículo 235 del Código Civil, y son:

" ART. 235.-Son causas de nulidad de un matrimonio:

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

II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156;

III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103."

El error de identidad

Esta primera causa de nulidad de matrimonio que se establece en la fracción I del artículo 235 del Código Civil, consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir, esto sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de procurador, siendo muy difícil que se presente porque casi en la totalidad de

los matrimonios que se celebran comparecen personalmente los contrayentes.

Este vicio de la voluntad que en la doctrina general de las nulidades produciría una nulidad absoluta, atento a lo dispuesto por el artículo 236 es causa de nulidad relativa, ya que la acción de nulidad que nace del error sólo puede deducirse por el cónyuge engañado; pero si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio, a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule.

ROJINA VILLEGAS, considera que " tenemos en el caso las tres características propias de la nulidad relativa, pues la acción sólo se concede al cónyuge engañado, debe hacerse valer inmediatamente, es decir, prescribe si no se intenta y, además, la ley admite una convalidación tácita por el sólo hecho de que no se deduzca la acción. Desde el punto de vista estrictamente teórico, el error sobre la identidad de la persona debería motivar la inexistencia del matrimonio, pues impide que el consentimiento se forme, dado que éste no se otorgó para celebrar el acto con la persona con quien realmente se celebró, sino que dicha voluntad se expresó bajo un supuesto totalmente distinto, es decir, para contraer matrimonio con otra persona. Por lo tanto, faltó el consentimiento, y cabría aplicar el

artículo 2224 para considerar inexistente el matrimonio, pero ante la disposición expresa del artículo 236 debe concluirse que en nuestro derecho se trata de una nulidad relativa". (6)

Existencia de impedimentos.

Otra causa de nulidad es la referente a la celebración del matrimonio concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156.

Nuestro Código Civil recoge del Derecho Canónico el término " impedimentos " para referirse a verdaderas prohibiciones legales que impiden celebrar el matrimonio validamente, éstas se encuentran enumeradas en el artículo 156 que establece :

"ART. 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

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

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

(6) ROJINA VILLEGAS, Rafael. op. cit., pág. 291

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

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

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

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

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

VIII. La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas

e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias;

IX. Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

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

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

Analicemos brevemente cada una de ellas:

1) La falta de edad mínima.

La falta de edad requerida por la ley cuando no haya sido dispensada es un impedimento para la celebración del matrimonio. El artículo 148 del Código Civil dispone:

"Artículo 148.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y

justificadas."

Esta prohibición es causa de nulidad relativa porque el matrimonio queda convalidado si hay hijos, o bien, si aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los dieciocho años y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad, admitiendo la prescripción de la acción de nulidad (Artículo 237).

2) La falta de consentimiento de quién deba darlo.

En los casos de menores de edad en materia civil, pero siendo mayor de dieciséis años el hombre y de catorce la mujer, se requiere el consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad o la tutela y a falta de ellos, la autorización del Juez de lo Familiar, para que puedan contraer matrimonio (Artículo 156, frac. II).

El matrimonio celebrado faltando este requisito de validez puede ser atacado de nulidad relativa, conforme al artículo 238: " la nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes sólo podrá alegarse por aquél o aquéllos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, y dentro de treinta días, contados desde que tenga conocimiento del matrimonio." Si dejan transcurrir ese término sin invocar la nulidad, caduca su derecho y el matrimonio queda

convalidado. Cesa también el Derecho "si dentro de este término, el ascendiente ha consentido expresamente en el matrimonio, o tácitamente, haciendo donación a los hijos en consideración al matrimonio, recibiendo a los consortes a vivir en su casa, presentando a la prole como legítima al Registro Civil o practicando otros actos que, a juicio del Juez sean tan conducentes al efecto como los expresados" (Artículo 239 del Código Civil).

Estamos en presencia de una causal de nulidad relativa, toda vez que sólo se otorga la acción a cualquiera de los cónyuges o al tutor y prescribe en el término de 30 días, cesando la causa " si antes de presentarse demanda en forma se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial confirmando el matrimonio" (Artículo 240 del Código Civil).

3) El parentesco por consanguinidad.

La prohibición que señala la fracción III del artículo 156 del Código Civil, contiene dos hipótesis: en la primera se refiere tanto al "parentesco de consanguinidad legítima" como "al natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos".

Este impedimento no puede ser dispensado "genera la nulidad absoluta. El Código Civil no hace referencia a esta nulidad, lo que se estima como absoluta al no estar comprendida dentro del artículo 241, que sólo trata de la nulidad relativa por el impedimento de consanguinidad que pudiendo ser dispensado no lo fue. Si no se limitan las características de la nulidad absoluta por algún artículo en especial y debido a la tradición, esta nulidad se confirma como absoluta" (7), además de que puede pedirla cualquier interesado, no se convalida nunca y no tiene tiempo de prescripción.

La segunda hipótesis del impedimento a que se refiere la fracción III del artículo 156, se refiere al parentesco por consanguinidad en línea colateral de tercer grado: tíos - sobrinos. Este parentesco es el único que puede ser dispensado, antes o después de celebrado el matrimonio, si no se obtiene la autorización judicial, ha lugar a la nulidad (Artículo 241 del Código Civil).

La acción que nace de esta clase de nulidad puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público (Artículo 242

(7) CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, 1a. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, pág. 341

del Código Civil), se trata de nulidad relativa, pues admite la convalidación del matrimonio si ambos cónyuges, reconocida la nulidad, espontáneamente reiteran su consentimiento por medio de un acta ante el Juez del registro civil (Artículo 241 del Código Civil).

4) Parentesco de afinidad en línea recta.

"El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón". (Artículo 294 del Código Civil), la existencia de este parentesco en línea recta sin limitación de grados, es impedimento para contraer matrimonio, produce nulidad absoluta, ya que no es dispensable, no tiene forma de ser convalidada y como consecuencia puede ser invocada en todo tiempo por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes o por el Ministerio Público, como lo previene el artículo 242 del Código Civil.

5. El adulterio judicialmente probado.

El adulterio judicialmente probado entre las personas que pretenden contraer matrimonio es impedimento para celebrarlo, la acción de nulidad que nace de esta prohibición legal "podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en el caso de disolución del

matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público, si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido", como lo establece el artículo 243 del Código Civil. El mismo artículo señala que en ambos casos, la acción de nulidad que nace de esta causa debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros.

Por estos dos atributos: otorgar la acción de nulidad sólo al cónyuge ofendido y al Ministerio Público como si toda la sociedad se hubiera visto ofendida por el adulterio cometido, y caducar la acción a los seis meses de contraído el matrimonio, estamos ante un caso de nulidad relativa.

6. Atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre.

La acción de nulidad proveniente de esta causa sólo puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, no da acción al propio cónyuge víctima si es que sobrevivió al atentado y después se divorció.

Estamos ante una causa de nulidad relativa que caduca a los seis meses de que se celebró el nuevo matrimonio (Artículo 244 del Código Civil).

7. La fuerza o miedo graves y el rapto.

La violencia es un vicio de la voluntad que puede presentarse al contraer matrimonio, pero no puede ser la violencia genérica de todo acto jurídico que señala el artículo 1819 del Código Civil:

"ART. 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Sino que sólo se admite como causa de nulidad del matrimonio, el miedo o la violencia graves, ejercidos en el propio contrayente o en los que le tienen bajo su patria potestad o tutela, subsistentes al tiempo de celebrarse el matrimonio, según se establece en el artículo 245 :

"ART. 245.- El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las circunstancias siguientes :

I. Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la

salud o una parte considerable de los bienes;

II. Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio;

III. Que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción que nace de estas causas de nulidad sólo puede deducirse por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación."

Por las dos características que se mencionan en el párrafo anterior, de este impedimento surge una nulidad relativa.

La fracción VII del artículo 156 contempla otra forma particular de violencia, el rapto, que impide la libertad necesaria para la expresión del consentimiento a la raptada, mientras no sea restituida a lugar seguro, momento en que si la mujer elige contraer matrimonio con su raptor, cesa el impedimento, por lo que estamos en presencia de una causa de nulidad relativa.

8. La impotencia y las enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias.

La impotencia incurable para la cópula, en cualquiera o en ambos contrayentes, anterior o al momento del matrimonio, afecta seriamente e impide la celebración del mismo, pues existiendo imposibilidad para cumplir con el débito carnal queda sin consumarse la comunidad de vida total; objeto del matrimonio.

En la misma fracción VIII del artículo 156 del Código Civil, por razones eugenésicas se señalan como impedimentos dirimientes para contraer matrimonio, el padecer alguna enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria.

El plazo para pedir la nulidad basado en estas causales es de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio y sólo puede ser demandada por los cónyuges; tratándose de una nulidad relativa de acuerdo con lo dicho y con fundamento en el artículo 246 del Código Civil.

9. Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450.

"ART. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquéllos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Evidentemente, encontrarse en algún estado de incapacidad de los señalados en esta fracción II del artículo 450 del Código Civil, imposibilitaría llevar un matrimonio normal, se mantendrían relaciones peligrosas para la convivencia de ambos cónyuges o potencialmente se provocarían graves riesgos hereditarios para la descendencia; razón por la cual ante el padecimiento en uno de los consortes, de algún estado de incapacidad de los mencionados, se presenta un impedimento para celebrar el matrimonio, y su contravención es causa de nulidad.

El hecho de que sólo se otorgue al otro cónyuge o al tutor del incapacitado ejercitar la acción de nulidad, sin admitirse la prescripción, es suficiente para clasificarla como una nulidad relativa, de acuerdo en lo establecido en el artículo 247 del Código Civil

10). El Matrimonio subsistente.

La subsistencia de un vínculo conyugal, con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer nuevo matrimonio, impide celebrar nuevo contrato de matrimonio. Para esto, se requiere que el matrimonio anterior haya sido válidamente contraído y no haber sido previamente disuelto por divorcio, nulidad o muerte del otro cónyuge.

El matrimonio celebrado a pesar del impedimento dispuesto en la fracción X, del artículo 156 del Código Civil, es nulo, no tiene posibilidad de convalidación y puede hacerse valer en cualquier momento, tanto por el cónyuge del primer matrimonio, como por sus hijos o herederos y por cualquiera de los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio. Pudiendo hacerla valer el Ministerio Público si ninguna de las personas mencionadas deduce la acción de nulidad (Artículo 248 del Código Civil).

Esta causa de nulidad constituye el delito de bigamia, previsto y sancionado por el artículo 279 del Código Penal para el Distrito Federal.

Falta de formalidades.

La fracción III del artículo 235 del Código Civil, establece que es nulo el matrimonio "que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102, y 103". Es decir cuando se hubiere omitido alguna de las formalidades que establece la ley para la celebración del matrimonio.

La forma como elemento de validez del matrimonio puede clasificarse en dos: formalidades anteriores y formalidades coetáneas al acto de celebración. En los artículos 97 a 101 del Código Civil, encontramos reguladas las formalidades anteriores al acto de celebración del matrimonio, mientras que, en los artículos 102 y 103, sin distinguirlos de manera expresa, se estatuyen las formalidades y solemnidades del matrimonio en el momento de su celebración.

Las formalidades previas al matrimonio consisten en presentar firmada por los contrayentes una solicitud al Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, donde se expresen: nombre, domicilio y ocupación de

los pretendientes y sus padres; que no tienen impedimentos y que desean casarse, según se establece en el artículo 97 del Código Civil:

"ART. 97.- Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al juez del registro civil del domicilio de cualquiera de ellas, que exprese:

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si éstos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta;

II. Que no tienen impedimento legal por casarse, y

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y si alguno no pudiere o no supiere escribir, lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar."

Otra formalidad anterior a la celebración del matrimonio consiste en acompañar al escrito de solicitud una serie de documentos entre los que se encuentran: las actas de nacimiento de los pretendientes; declaración de dos testigos haciendo constar que no existen impedimentos para la celebración del matrimonio; certificado médico de los contrayentes; convenio sobre los bienes y si fuera el caso copia del acta de defunción si uno de los pretendientes fuera viudo, así como la dispensa de impedimentos si los hubo, como se señala en el artículo 98 del Código Civil:

"ART. 98.- Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

- I. El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce;
- II. La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151;
- III. La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes,

deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;

IV. Un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable, que sea además, contagiosa y hereditaria.

Para los indigentes tienen obligación de expedir gratuitamente este certificado los médicos encargados de los servicios de sanidad de carácter oficial.

V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 169 y 211, y el juez del

Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente, y

VII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo."

Finalmente llenados los requisitos establecidos en los artículos 97 y 98 deberá obtener el juez el consentimiento de los pretendientes, ascendientes o tutores y reconocer sus firmas, obtener la ratificación de la declaración de los testigos y si lo considera necesario, cerciorarse de la autenticidad de la firma que calce el certificado médico presentado, como se previene en el artículo 100 del Código Civil:

"ART. 100.- El juez del registro civil a quien se presente una solicitud de matrimonio que llene los requisitos enumerados en los artículos anteriores, hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores que deben prestar su consentimiento, reconozcan ante él y por separado sus firmas. Las declaraciones de los testigos a que se refiere la fracción III del artículo 98 serán ratificadas bajo protesta de decir verdad, ante el mismo juez del registro civil. Este, cuando lo considere necesario, se cerciorará de la autenticidad de la firma que calce el certificado médico presentado."

Al momento de celebrarse el matrimonio, debe cumplirse con las formalidades consagradas en los artículos 102 y 103 del Código Civil, que como ya dijimos no distinguen de manera expresa las solemnidades de las formalidades propiamente dichas.

Veamos el texto de ambos artículos:

" ART. 102.- En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el juez del registro civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en

la forma prevenida en el artículo 44 y dos testigos por cada uno de ellos, que acrediten su identidad.

Acto continuo, el juez del registro civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad."

Del texto anterior se desprende que la presencia del juez, de los contrayentes o de sus apoderados, la declaración de la voluntad de los contrayentes, así como la declaración del juez uniéndolos, constituyen verdaderas solemnidades del acto matrimonial, quedando como formalidades: la lectura que el juez haga en voz alta de la solicitud de matrimonio y de los documentos que con ella se hayan presentado además del interrogatorio a los testigos para que identifiquen a los solicitantes como los pretendientes.

El artículo 103 del Código vigente establece las formalidades que deberán observarse en la celebración del

matrimonio y en la redacción del acta correspondiente, sin embargo de las nueve fracciones que componen este artículo, la fracción I, la VI, y el párrafo final son verdaderos requisitos de existencia del acto, por lo tanto, todas las demás fracciones contienen requisitos de forma.

"ART. 103.- Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

II.- Si son mayores o menores de edad;

III.- Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;

IV.- El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo;

V.- Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

VI.- La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos que hará el Juez en nombre de la ley y de la sociedad;

VII.- La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

VIII.- Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son en qué grado y en qué línea;

IX.- Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes."

La nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, conforme al artículo 249, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio, acción que también podrá deducir el Ministerio Público, señalándose en el artículo 250 que cuando se haya otorgado el acta matrimonial, no se admitirá la demanda de

nulidad por inobservancia de solemnidades, si existe además la posesión de estado matrimonial.

Llama la atención el empleo del término "formalidades esenciales para la validez del matrimonio" en el artículo 249, y la utilización de la frase "no se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado" en el artículo 250, pues ambas expresiones son confusas y contradictorias.

Para explicar lo anterior vale la pena recordar que la falta de solemnidad produce la inexistencia del acto, igual si se trata de formalidades esenciales. En el texto de ambos artículos se refieren a "la nulidad", por lo tanto debió emplearse el término "falta de formalidades" con lo cual se haría congruente el texto de ambos artículos.

Resumiendo lo que hemos expuesto, las nulidades en relación al acto matrimonial casi todas son nulidades relativas, ya sea que se incurra en error de identidad; que se celebre el matrimonio concurriendo alguno o algunos impedimentos que enumera el artículo 156, exceptuando el incesto y la bigamia; o si no se observan las formalidades dispuestas en los artículos 97, 98, 100, 102, y 103. Sólo hay dos causas de nulidad absoluta, la primera cuando se celebra el matrimonio existiendo entre los cónyuges parentesco por consanguinidad en línea recta sin

limitación de grados y entre hermanos y medios hermanos, y la segunda cuando se celebra el matrimonio habiendo otro subsistente.

b) Consecuencias jurídicas en el o los cónyuges de buena o mala fe.

Las consecuencias jurídicas que tiene la declaratoria de nulidad de matrimonio en la persona de los cónyuges varían radicalmente en atención a si hubo buena o mala fe de ambos, o sólo de uno de ellos.

Por regla general "la buena fe se presume; para destruir esta presunción se requiere prueba plena" (Artículo 257).

Si ha habido buena fe de ambos cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles en su favor mientras no sea declarada la nulidad, a través de sentencia que cause ejecutoria; por lo tanto ésta sólo tiene efectos futuros (Artículo 255 del Código Civil). En cambio si hubo buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él (matrimonio putativo), pero, si ambos procedieron de mala fe no producirá efectos para ninguno de ellos (Artículo 256 del código Civil).

Ejecutoriada la sentencia de nulidad de matrimonio, los cónyuges se desvinculan y quedan libres para contraer un nuevo matrimonio, pero la mujer deberá esperar trescientos días después de la disolución del anterior matrimonio, pudiendo contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación, esta restricción establecida en el artículo 158 del Código Civil, tiene por objeto evitar una posible confusión de paternidad y por lo mismo puede terminar antes del plazo señalado si la mujer diere a luz un hijo.

Por virtud de la nulidad del matrimonio, se pierden los derechos de los cónyuges para heredarse entre sí, si ambos sobrevivieren a la sentencia de nulidad. Cuando el matrimonio se contrajo de buena fe, si uno de los esposos muere antes de que se dicte la sentencia, debe considerarse que aún subsistía éste, produciendo sus efectos mientras duró, como lo dispone el artículo 255, y por lo tanto, el cónyuge superviviente tiene el derecho a heredar al cónyuge difunto (Artículos 1602 y 1624 del Código Civil); en cambio, si sólo ha habido buena fe de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio produjo efectos civiles respecto de él y de los hijos, por tanto tienen derecho a heredar, no así el cónyuge que actúa de mala fe y por consiguiente ninguno de los dos tiene derecho a heredar si ambos actuaron de mala fe, en razón de que el matrimonio sólo produjo efectos civiles respecto de los hijos (Artículo 256).

En relación con los alimentos y por razón del matrimonio, ambos cónyuges conservan recíprocamente la obligación alimentaria mientras no se decreta la nulidad del matrimonio.

c). Consecuencias jurídicas en los hijos.

Aunque el matrimonio sea declarado nulo independientemente de la buena o mala fe de ambos cónyuges o de uno de ellos, los hijos no sufren consecuencias jurídicas; ya sea que hayan nacido antes del matrimonio y queden legitimados o que hayan nacido dentro de los plazos legales (Artículo 255).

Prácticamente algunos de los efectos que se presentan, lo son más por razón de la filiación misma que del matrimonio, y entre éstos podemos mencionar el derecho a heredar y a exigir alimentos.

En relación con la patria potestad, ésta tampoco se ve afectada por la nulidad del matrimonio, ambos padres la conservan, con la salvedad de que, tan " luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso " (Artículo 259).

El Juez de lo familiar conserva en todo tiempo la potestad de modificar la anterior determinación si se presentan nuevas circunstancias, de un modo particular si en quien recaiga la custodia de los hijos llegara a presentar costumbres depravadas, hiciera a los hijos víctimas de malos tratamientos o que debido al abandono de sus deberes pudiera estar en riesgo la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, como se previene en los artículos 260, 422, 423 y 444 fracción III.

d). Consecuencias jurídicas en los bienes.

La nulidad del matrimonio también produce efectos en relación con los bienes de los cónyuges, prácticamente éstos son más significativos en función de la buena o mala fe de uno o de ambos cónyuges, declarada la nulidad del matrimonio procede hacer la división de los bienes de acuerdo a las capitulaciones matrimoniales, si existen productos repartibles y ambos cónyuges actuaron de buena fe, se repartirán entre ellos, pero si sólo uno actuó de buena fe, a éste se le aplicarán todos los productos como sanción al cónyuge de mala fe y si ambos procedieron de mala fe, los dos perderán los productos en beneficio de los hijos, como se establece en el artículo 261 del Código Civil:

"ART. 261.- Declarada la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de

los bienes comunes. Los productos repartibles, si los dos cónyuges hubieren procedido de buena fe, se dividirán entre ellos en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales; si sólo hubiere habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, a éste se aplicarán íntegramente esos productos. Si ha habido mala fe de parte de ambos cónyuges los productos se aplicaran a favor de los hijos."

Respecto a las donaciones antenuptiales, son revocables las hechas por terceros, subsisten las recibidas por el cónyuge de buena fe, en cambio las pierde el cónyuge que haya procedido de mala fe, y si ambos cónyuges se condujeron con mala fe, se les sanciona en beneficio de los hijos, y sólo en el caso de que no los hubiera, ambos cónyuges conservarán las donaciones recibidas y no podrán hacerse reclamaciones, según dispone el artículo 262 del Código Civil:

"ART. 262.- Declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenuptiales, las reglas siguientes:

I. Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas;

II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos;

III. Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes;

IV. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho quedarán en favor de sus hijos. Si no los tienen no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad."

3. Disolución por divorcio.

El divorcio es otra de las formas de disolver un matrimonio, decretado por autoridad competente y fundado en causa específicamente señalada en la ley.

La palabra " Divorcio proviene del latín *divortium*, que significa disolución del matrimonio (Barcia). Forma sustantiva del antiguo *divortere*, que significa separarse (di-reiteración; *voltere*, dar vueltas).

Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa <<dos sendas que se apartan del camino>>.

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

En un sentido jurídico, abarca dos posibilidades, una mayor y otra menor: la disolución del vínculo matrimonial y la mera separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal ". (8)

La institución del divorcio ha estado presente en todos los órdenes jurídicos, concomitantemente con la institución del matrimonio como una forma permitida de extinción del mismo.

Universalmente, el divorcio ha sido aceptado en todos los tiempos, aunque de diferentes formas, por variados motivos y con efectos diversos, estuvo regulado por todas las culturas antiguas: Babilonia, Persia, China, India, Israel, Egipto, Grecia y Roma, así como en las civilizaciones y culturas mesoamericanas.

En los primeros tiempos, el repudio fue la forma usual de romper el matrimonio, en un principio como un derecho

(8) FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil, Tomo VI, Imp. y Lito. Universo, S.A., Santiago de Chile, 1959, págs. 183 y 184.

exclusivo del hombre y ocasionalmente como un derecho de la mujer, con frecuencia motivado por el adulterio, la esterilidad, la torpeza, la impudicia, la vida licenciosa, padecer alguna enfermedad contagiosa o por malos tratos entre una gran variedad de causas.

Por la influencia del Derecho canónico, por su principio católico de indisolubilidad absoluta del matrimonio, en nuestro país el único sistema que regularon los Códigos Civiles de 1870 y 1884, fue el divorcio por separación de cuerpos, en el que perdura el vínculo y con autorización judicial se suspenden algunas obligaciones del matrimonio, tales como hacer vida en común y cohabitar, persistiendo otros deberes como la fidelidad y los alimentos.

Más recientemente, a partir de la Ley de Divorcio expedida por Venustiano Carranza el 29 de diciembre de 1914, en nuestra legislación se incorporó otro sistema de divorcio, el divorcio vincular, el que siendo decretado por autoridad competente, por causas posteriores a la celebración del matrimonio, expresamente establecidas en la ley, disuelve el vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias.

Considerando que el análisis del divorcio es muy extenso, he contemplado en el presente trabajo un capítulo

especial para este tema, por lo que me avocaré a su estudio en el siguiente apartado.

CAPITULO II

LA REGLAMENTACION DEL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO DESDE EL CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1627 AL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL DE 1928.

Consumada la conquista de México por los españoles, éstos confirmaron el vasallaje de los pueblos indígenas imponiendo su derecho, rigiendo desde entonces en los territorios colonizados la legislación española, misma que se mantuvo durante tres siglos de coloniaje y las primeras décadas del México independiente.

Durante todo ese tiempo, el derecho privado, pero particularmente en todo lo concerniente a la familia, el matrimonio y el divorcio separación que no otorgaba libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras viviera el otro cónyuge, rigió el derecho español, mismo que imperaba en la península Ibérica.

Consumada la independencia en 1821, el nuevo estado mexicano se dio una organización política propia, surgiendo así la primera Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Mientras tanto el derecho privado siguió siendo regulado por el viejo derecho español, fundamentalmente por las partidas, surgiendo entonces intentos legislativos a

nivel de entidades federativas que dieron como resultado la creación de Códigos civiles o de proyectos de los mismos a nivel local, como el Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827, el Proyecto de Código Civil de Zacatecas de 1829, el Proyecto de Código Civil del Estado de Jalisco de 1833 y el Código Civil Corona del Estado de Veracruz de 1868.

Singular importancia para el derecho de familia tuvo la Ley del Matrimonio Civil de 1859, expedida por don Benito Juárez, en la cual se desconoce el carácter sacramental del matrimonio para convertirlo en un acto regido por las leyes civiles.

Para el Distrito Federal, surgió el primer Código Civil en 1870, de breve vigencia de catorce años, pues en 1884 entró en vigor el segundo Código Civil, mismo que fue abrogado el 19 de octubre de 1932 en que entró en vigor el que rige hasta el momento.

El Código de 1884 fue derogado parcialmente en 1917 por la entrada en vigor de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

La regulación jurídica del divorcio como actualmente lo concebimos, igual que del matrimonio civil fue resultado de una evolución lenta, pero natural de la sociedad, ambos fueron producto de revoluciones triunfantes, e imposiciones

contra las preocupaciones producidas por la intolerancia religiosa.

En este capítulo estudiaremos brevemente la evolución de la legislación civil en nuestro país en cuanto a la reglamentación del divorcio.

1. La regulación del divorcio en el Código Civil de Oaxaca de 1827.

De acuerdo con el ilustre maestro universitario y destacado jurista oaxaqueño RAUL ORTIZ URQUIDI, el primer código civil, no sólo de nuestro país, sino de toda Iberoamérica, fue el del estado de Oaxaca ya que el de Lousiana de 1808 fue el primero del continente americano.

(9)

Reconoce también que dicho ordenamiento tuvo como principal fuente inspiradora al Código de Napoleón. Probablemente por eso, JORGE DOMINGUEZ MARTINEZ opine que con ello se marca el punto de partida del Derecho Civil Francés como orientador del mexicano. (10)

(9) ORTIZ URQUIDI, Raúl. Derecho Civil, Parte General, 2a. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1982, pág. 406

(10) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General, Edit. Porrúa, S.A., México, 1990, p. 60 y 61

"En efecto - advierte ORTIZ URQUIDI - si resulta indiscutible y por ello en lo absoluto y del todo innegable que al ordenamiento oaxaqueño le sirvió de modelo el famosísimo Code Civil de Napoleón, no resulta, sin embargo, menos cierto que tal ordenamiento no es una copia servil y fácil, rastrera y cómoda del modelo inspirador. Pues aunque está dividido en los mismos tres libros y en el título preliminar en que los franceses dividieron el suyo, la sola circunstancia de que cada una de las partes componentes de ambos ordenamientos conste de muy desiguales números de artículos (así, muy desiguales, pues la diferencia de numeración es realmente grande a pesar de que la materia reglamentada por ambos cuerpos de leyes es la misma y no varía, salvo el caso del último libro, como luego lo veremos) esta sola circunstancia, repetimos, está demostrando la verdad de lo que acabamos de afirmar: la inspiración, si, del cuerpo de leyes oaxaqueño en el napoleónico, pero no la copia literal, fácil, servil, de éste por los legisladores decimonónicos de nuestra amada provincia." (11)

Al igual que el Código Napoleónico, el "Código

(11) ORTIZ URQUIDI, Raúl. Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana, 1a. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1973, pág. 20

Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca" de 1827 - 1829, se publicó en partes: su preliminar y el libro primero, denominado como el francés, "De las personas", fue promulgado el 2 de noviembre de 1827; el segundo libro, "De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad", se promulgó el 2 de septiembre de 1828; mientras que el libro tercero, "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", se promulgó hasta el 14 de enero de 1829.

A través del Código Napoleónico y acorde con la realidad imperante en la república desde la colonia hasta la primera mitad del Siglo XIX, trascendental fue la influencia de la Iglesia católica en los postulados del naciente código civil, particularmente en los títulos V y VI del libro primero, en los que se incorporaron disposiciones relativas al matrimonio y al divorcio, condicionadas al cumplimiento de lo dispuesto por el Código Canónico para que produjeran efectos civiles.

Igual que el registro de los nacimientos y las defunciones, los impedimentos y las formalidades para la celebración del matrimonio, la nulidad del mismo y el divorcio, consistente éste en la separación del marido y la mujer, pero sin la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, so pena de cometer adulterio, siguieron consignándose en los Registros Parroquiales, debiendo

realizarse ante el cura párroco del lugar, conforme a las disposiciones del derecho eclesiástico.

Así, por ejemplo, el artículo 78 del Código Civil de Oaxaca de 1827, señalaba :

"78. Los matrimonios celebrados según el orden de nuestra santa madre iglesia, catolica, apostolica romana, producen en el estado todos los efectos civiles."

Los artículos 95 y 96 señalaban:

"95. Sobre los impedimentos de matrimonios y formalidades que han de preceder y acompañar a su celebración se observarán las disposiciones del derecho eclesiastico."

" 96. Corresponde á la autoridad eclesiastica el conocimiento de los inicios sobre nulidad de los matrimonios. "

El Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca, de 1827 - 1829, reglamentó el divorcio en los artículos 144 al 168, encuadrándolos en el título "sesto" del libro primero.

Prevenía el artículo 144 que:

"Por divorcio se entiende solamente la separación de marido de mujer, en cuanto al lecho y habitación, con autoridad del juez. Hay divorcio perpetuo y temporal."

Además de ser considerado delito, se estableció como causal única para pedir el divorcio perpétuo el adulterio de la mujer o del marido (artículo 145), señalándose que estas demandas serían conocidas exclusivamente por el tribunal eclesiástico y que no serían admitidas si faltara constancia de haber agotado previamente el juicio de conciliación y que las partes no se han avenido (artículo 146).

Llama nuestra atención la norma protectora de la institución matrimonial contenida en los artículos 147 y 157; mediante el primero se establecía que:

"La acción de divorcio será estinguida por el perdón y reconciliación de los esposos, verificada después del adulterio; y aun cuando dicha reconciliación haya sido hecha después de intentada la demanda y aun en cualquiera estado en que se halle el juicio. "

Mientras que el artículo 157 señalaba que:

"Declarado el divorcio perpetuo por sentencia ejecutoriada, solamente el consorte inocente podrá obligar al culpado, á reunirse de nuevo y vivir como casados."

Sin embargo la acción de divorcio por adulterio se extinguía si el acusado probaba que el actor había cometido también adulterio, sin que le hubiera sido perdonado (artículo 150).

La mujer acusada o actora en divorcio por adulterio podía dejar de habitar con su marido durante el pleito y pedir una pensión alimenticia sobre los bienes de la comunidad y a falta de éstos sobre los del marido; el juez civil señalaba la casa donde debía residir y fijaba la pensión de alimentos que provisionalmente debía pagar el marido (art. 151).

Los hijos continuaban provisionalmente al cuidado del padre, ya sea actor o acusado de adulterio; a menos que fuera en perjuicio de los hijos, en cuyo caso el juez civil atendiendo la demanda de la madre o de los parientes podía ordenar otra cosa (art. 153).

La mujer en todo momento podía exigir que fueran inventariados por el juez o alcalde de su domicilio los

bienes muebles de la comunidad; respondiendo el marido de estos bienes como un depositario de ellos (art. 154).

Terminado el procedimiento de divorcio se pasaba testimonio de la sentencia ejecutoriada al juez civil del domicilio de los litigantes para los efectos a que hubiera lugar (art. 156).

Los condenados como adúlteros, perdían todas las donaciones que les hicieron antes del matrimonio los consortes inocentes y éstos podían retener las que aquéllos les hicieron (art. 158)

Si al esposo que obtenía el divorcio no le quedaban bienes suficientes para subsistir, en caso de que el consorte culpable si los tuviera, el juez podía concederle una pensión alimenticia que no podía exceder de la tercera parte de las rentas de los bienes del consorte culpable. Pensión que se revocaría en caso de que dejara de ser necesaria (art. 159).

Los hijos eran confiados al esposo que obtenía el divorcio; a menos que el juez en virtud de la demanda de los parientes, ordenara para el mejor bien de los hijos, que todos o alguno de ellos fuera confiado al cuidado del otro esposo o de tercera persona (art. 160).

Cualquiera que hubiera sido la persona a la que se confiaran los hijos, el padre y la madre conservaban el derecho de inspeccionar la manutención y educación de los hijos, quedando obligados a contribuir en ello de acuerdo a sus facultades (art. 161).

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 162, ambos consortes podían pedir divorcio temporal, estableciéndose cuatro causas para solicitarlo:

"162. El marido y la mujer podrán pedir divorcio temporal:

Primero: Porque uno de los consorte haya caído en heregía ó apostacia justificadas; pero en este caso si el consorte apostata ó herege se convierte, el catolico está obligado á reunirse con él.

Segundo: Cuando la mujer temiese ser complicada en los crímenes de su marido, que pudieran causarle la pérdida de su vida, de su honor, ó de sus bienes, porque corriese peligro de ser reputada complice de aquel.

Tercero: Por la locura ó furor de uno de los consortes, si el otro corriese peligro de su vida, ó de padecer otro daño muy grave; pero esto se entiende

en el caso de que usando de precaucion no pueda libertarse del peligro.

Cuarto. Por causa de crueldad y malos tratamientos, sea en obras, como golpes, heridas, ó otras considerables, sea en palabras ultrajantes y frecuentes transportes, sea por medio de amenazas capaces de inspirar miedo en un varon constante.

La acción que proviene de esta cuarta causa, así como de las otras tres, compete no solo á la muger sino tambien al marido."

Cesando la causa que motivó el divorcio temporal o si el causante de los malos tratamientos daba seguridad de su enienda, el consorte inocente estaba obligado a reunirse con él y continuar en su matrimonio (art. 163).

La intervención del juez civil y de los tribunales eclesiásticos en los casos de divorcio temporal o perpétuo se señalaba en los siguientes artículos:

164. El conocimiento de las causas de divorcio sea temporal ó perpétuo, corresponde al tribunal eclesiastico exclusivamente en lo relativo á la separacion de los consortes y declaracion del divorcio; pero no deberá admitir demandas de divorcio de cualquiera clase que sean, sin que se le haga

constar que se celebró el juicio de conciliación y que en él no hubo avenimiento de las partes."

"165. En los casos en que hay lugar á pedir el divorcio temporal, por causa de malos tratamientos y de injurias graves, ó el perpetuo por causa de adulterio, son libres los casados para ocurrir á sus respectivos curas á fin que con los consejos y la persuasión se consiga su transacción, enmienda y reconciliación."

"166. Las providencias á que diesen lugar las demandas y sentencias de divorcio temporal ó perpetuo corresponden exclusivamente al juez civil."

"167. Las disposiciones prevenidas en este título en virtud de las demandas de divorcio por causa de adulterio, relativas al depósito de la mujer, señalamiento de casa en que ella debe residir provisionalmente, obligación de justificar su residencia en ella, pensión alimenticia que el marido debe pagar á la mujer, gastos del pleito y la designación de la persona, á quien los hijos del matrimonio deban ser confiados, son enteramente aplicables á las demandas de divorcio temporal."

"168. En el caso de que la crueldad y malos tratamientos sean causados por la mujer, el marido no estará obligado a darle de sus bienes pensión alguna para alimento."

2. La regulación del divorcio en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

Según nos comenta el jurista investigador RODOLFO BATIZA, en su obra Fuentes de la Codificación Civil en la Evolución Jurídica de México, "la primera codificación de alcance nacional en México es el <<Proyecto de un Código Civil Mexicano>> que el doctor Justo Sierra concluyera a principios de 1860 por encargo del presidente Juárez"(12). Coinciden con él, la investigadora REFUGIO GONZALEZ (13) y el maestro IGNACIO GALINDO GARFIAS (14), en que para su

(12) BATIZA, Rodolfo. Las Fuentes de la Codificación Civil en la Evolución Jurídica de México, págs. 155 y 156.

(13) GONZALEZ, Ma. del Refugio, et. at. Notas para el Estudio del Proceso de Codificación Civil en México, (1821-1928), en el Libro del Cincuentenario del Código Civil, UNAM, México, 1978, pág. 126

(14) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, Parte General. Personas Familia. 12ª ed., Edit. Porrúa, México 1993, pág. 107

elaboración don Justo Sierra se inspiró en el Proyecto de Código Civil Español de 1851, así como en las concordancias, motivos y comentarios de dicho proyecto redactadas por Florencio García Goyena; en el Código Francés de 1804; en las Leyes de Reforma, sobre todo en la Ley del Matrimonio Civil; en el Código Civil de Lousiana; en el Código Albertino de Cerdeña; en los Códigos Civiles portugués, austriaco, y holandés. Agregando RODOLFO BATIZA que por intermedio del Proyecto García Goyena y de sus concordancias, motivos y comentarios, llegaron al Proyecto Sierra y al Código Civil de 1928 donde muchas de ellas todavía se conservan, disposiciones del Fuero Juzgo, del Fuero Real, de las Siete Partidas, de las Leyes de Toro, de la Novísima Recopilación, así como del Digesto, del Código y de las Instituciones de Justiniano (15).

En 1862 se nombró una comisión compuesta de los señores Jesús Terán, Ministro de Justicia, como presidente y como vocales los licenciados José María Lacunza, Fernando Ramírez, Pedro Escudero y Echanove, y el licenciado Luis Méndez como secretario (16), para que revisara el Proyecto Sierra, pero la intervención francesa impidió que terminara, los cuales fueron, sin embargo, aprovechados

(15) BATIZA, Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928 1a. ed. Edit. Porrúa, S.A., México, 1979, págs. 18 y 19

(16) BONZALEZ, Ma. del Refugio, op. cit., pág. 128

por Maximiliano, quien luego de una nueva revisión, promulgó los dos primeros libros durante su efímero gobierno, se les conoce como "Código del Imperio Mexicano" de 1866; aunque no entró en vigor por la situación política y el estado de guerra en que se encontraba el país. (17)

Al triunfo de la República, el gobierno de don Benito Juárez nombró una nueva comisión formada por Mariano Yáñez, José Ma. Lafragua, Isidro A. Montiel y Duarte, Rafael Dondé y Joaquín Eguía Lis (18), para que continuará el trabajo de revisión del Proyecto Sierra, aunque prácticamente laboraron sobre la base del Código del Imperio, concluyendo sus trabajos el 15 de enero de 1870 con un Proyecto de Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California; siendo aprobado por el Congreso en sesión del día 8 de diciembre del mismo año, fue promulgado por el presidente Juárez el 13 de diciembre de 1870, entrando en vigor el 19 de marzo de 1871.

Al respecto, SERGIO MARTINEZ ARRIETA, considera que "el primer código federal de corte contemporáneo, tomando como referencia el modelo Napoleónico fue el del 13 de diciembre de 1870" (19), mientras que GALINDO GARFIAS opina que "fue

(17) GALINDO GARFIAS, Ignacio. op. cit., pág. 107.

(18) BATIZA, Rodolfo. op. cit., pág. 30

(19) MARTINEZ ARRIETA, Sergio. El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México, 3ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1991, pág. 65

uno de los más avanzados códigos de su tiempo y por su sistema y claridad de expresión, es a la vez uno de los cuerpos de leyes mejor redactados" (20); realmente con su entrada en vigor trajo como consecuencia unificar la materia civil en todo el territorio de la República, pues, con variantes ligeras en cada entidad federativa, sirvió de modelo a todas ellas para la elaboración de sus propios códigos civiles.

El Código Civil de 1870 completó y desarrolló la nueva organización de la familia y del matrimonio con arreglo a estas bases:

1.- Definió el matrimonio como "la sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" (art. 159).

2.- Obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio (art. 198).

En el capítulo V del Código Civil de 1870 se regula lo relativo al divorcio partiendo de la noción del matrimonio como unión indisoluble, por lo que se rechaza el divorcio vincular.

(20) GALINDO GARFIAS, Ignacio. op. cit., pág. 107

El artículo 239 disponía que:

"el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código".

Esta disposición del Código Civil de 1870, afirmando el principio de la indisolubilidad del matrimonio que establece el Derecho Canónico, quedó ratificada posteriormente por el artículo 23, fracción IX, de la Ley Orgánica del 14 de diciembre de 1874, que reglamentó las adiciones constitucionales de 25 de septiembre de 1873 durante el gobierno del presidente Sebastián Lerdo de Tejada en que se elevó a rango constitucional las Leyes de Reforma, precepto que se reproduce literalmente:

"ART. 23.- Corresponde a los estados legislar sobre el Estado civil de las personas, y reglamentar la manera con que los actos relativos deben celebrarse y registrarse; pero sus disposiciones deberán sujetarse a las siguientes bases:

...

IX.- El matrimonio civil sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges; pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves determinadas por aquéllas, sin que la separación habilite a ninguno de los consortes para unirse con otra persona."

En el Código Civil de 1870 se señalaban siete causas de divorcio entre las que se incluyen las principales causas de divorcio, es decir de separación de cuerpos, que establecía el Derecho Canónico.

El artículo 240 expresaba:

"Son causas legítimas de divorcio:

- 1ª El adulterio de uno de los cónyuges:
- 2ª La propuesta del marido para prostituir á su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero ó cualquiera remuneracion con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer:
- 3ª La incitacion ó la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal:
- 4ª El conato del marido ó de la mujer para corromper á los hijos, ó la connivencia en su corrupcion:
- 5ª El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por mas de dos años:
- 6ª La sevicia del marido con su mujer ó la de esta con aquel:
- 7ª La acusacion falsa hecha por un cónyuge al otro." (21)

(21) Tomado de Las Fuentes del Código Civil de 1926.
Rodolfo Batiza, op. cit. pág. 316

De estas causales cuatro constituían delitos, de las restantes, la sevicia podía constituir delito, pero aun en el supuesto de no llegar a este grado, se le consideró como causa de divorcio. En cuanto al adulterio, el de la esposa era siempre causa de divorcio y el del marido únicamente cuando lo cometiera en la casa común, que hubiera concubinato o que la esposa fuera maltratada por la coadúltera o que hubiera escándalo o insulto público del marido a su esposa.

Este cuerpo legal inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, interpuso a la tramitación del divorcio una serie de trabas y formalidades:

Como primera condición sine qua non, para gestionar el divorcio por mutuo consentimiento se exigía dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente (art. 250).

Cuando ambos consortes convenían en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, el divorcio debía tramitarse concurriendo por escrito ante el juez (art. 246), acompañando a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes, durante el tiempo de separación (art.248), sujetándose este convenio a la aprobación judicial (art. 249).

Presentada la solicitud de divorcio, el juez realizaba dos juntas de avenencia, con separación de tres meses entre una y otra, en ellas, el juez buscaba la concordia entre los consortes y los exhortaba para que diesen por terminado el juicio de divorcio; después de la segunda junta, había que esperar otros tres meses más, transcurridos los cuales si alguno de los cónyuges o ambos reiteraban su deseo de separarse, el juez decretaba la separación (arts. 250, 251 y 252), aprobando el convenio presentado siempre que no violara los derechos de los hijos o de un tercero (art. 253).

Considero de importancia señalar nuevamente el espíritu proteccionista del Código Civil de 1870, para con la institución del matrimonio como vínculo indisoluble, al establecer en los artículos 260, 263 y 264 la facultad de los cónyuges para dar por terminado el divorcio por separación de cuerpos, en cualquier etapa del juicio, aún cuando existiera sentencia definitiva que hubiese declarado el divorcio. Con la simple cohabitación voluntaria y sin trámite judicial alguno, quedaba sin efecto la ejecutoria que declaraba el divorcio.

Asimismo es de mencionarse la improcedencia del divorcio por mutuo consentimiento después de 20 años de matrimonio, ni cuando la mujer tuviera más de cuarenta y cinco años de edad.

En el divorcio necesario, al admitirse la demanda de divorcio se adoptaban medidas provisionales, entre ellas el depósito de la mujer, en casa de persona decente, designada por el esposo o por el juez.

Es importante señalar que en este Código de 1870, se estableció que los cónyuges además de la obligación general que impone el matrimonio, tienen la de darse alimentos en los casos de divorcio y otros que señala la ley (artículo 217), agregando que si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos aún cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente (artículo 275); más cuando la mujer dé causa para el divorcio, conservará el marido la administración de los bienes comunes y dará alimentos a la mujer si la causa no fuere adulterio de ésta (artículo 276).

Las audiencias en los juicios de divorcio eran secretas y se requería la intervención del Ministerio Público.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.

Los 4126 artículos de que constaba el Código Civil de 1870 pronto tuvieron que ser revisados por una comisión

integrada por don Eduardo Ruiz, don Pedro Collantes y Buen Rostro y don Miguel S. Macedo. (22)

Partiendo de los trabajos de esa comisión revisora, en junio de 1882 fue designada una nueva comisión para que revisara los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, dicha comisión estuvo integrada por don Manuel Yáñez, don José Ma. Lacunza, don Isidro Montiel y Duarte, don Rafael Dondé y don Joaquín Eguía Lis (23), juristas de reconocido prestigio, que casi un año después presentaron un proyecto de reformas al Código Civil que una vez discutidas y con algunas modificaciones fueron aprobadas, promulgándose el nuevo Código Civil el 31 de marzo de 1884, iniciando su vigencia el 1o. de junio de ese año.

GALINDO GARFIAS nos dice que la comisión redactora del Código Civil de 1884, al efectuar la revisión del Código de 1870, respetó en toda la esencia de este cuerpo legislativo, "expresando fundamentalmente las ideas de individualismo en materia económica", e "instituyó la propiedad como un derecho absoluto"; siguiendo en general la teoría voluntarista del Código Civil francés, conciben

(22) GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit., pág. 107

(23) *ibid.*

el contrato como expresión de la libertad contractual o soberanía de la voluntad; asimismo, reproduciendo los preceptos del Código anterior, conservan la misma organización de la familia, mantienen la autoridad casi absoluta del marido sobre la mujer y los hijos, sostienen la desigualdad de los hijos naturales y la indisolubilidad del matrimonio; introdujeron como novedad la "libre testamentifacción", aboliendo así el sistema de "legítimas". Redujo el número del articulado y simplificó su redacción, cambio la ubicación de algunos preceptos, a fin de hacer su conocimiento y manejo más práctico y accesible (24).

El Código Civil de 1884, en forma general reprodujo los preceptos del Código anterior, en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, redujo notablemente los trámites necesarios para la consecución del mismo, haciendo más fácil la separación de cuerpos.

El artículo 226 señalaba como único divorcio el de separación de cuerpos, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose sólo algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

A las siete causas que establecía el Código derogado,

(24) GALINDO GARFIAS, Ignacio, op. cit., págs. 107 y 108

añadió seis más, establecidas en el artículo 227:

"Art. 227.- Son causas legítimas de divorcio:

I. El adulterio de uno de los cónyuges:

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

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

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

V. El conato del marido ó de la mujer para corromper á los hijos, ó la tolerancia en su corrupción:

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

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

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

IX. La negativa de uno de los cónyuges á ministrar al otro alimentos conforme á la ley;

X. Los vicios incorregibles de juego ó embriaguez;

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

XII. La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

XIII.- El mutuo consentimiento."

Señalándose en los artículos 229 y 230 del Código Civil de 1884, dos causa más de divorcio, a saber:

"Art. 229.- Es causa de divorcio el conato del marido ó de la mujer para corromper á los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia

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

"Art. 230.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio ó la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, ó que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente á su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada á vivir con el marido."

En cuanto a las formalidades para tramitar el divorcio, el artículo 231 establecía:

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

"Art. 232.- Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación, acompañarán á su demanda un convenio que arregle la situación de los

hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación."

Los plazos de tres meses entre las dos audiencias de avenencia y después de celebrada la última que estatúa el Código Civil de 1870, quedaron reducidos a un mes, según se estableció en los artículos 233 y 234:

"Art. 233, La separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges á una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lo lograre, aprobará el arreglo provisorio en las modificaciones que crea oportunas, con audiencia del Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos ó de un tercero."

"ART. 234. Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, á petición de cualquiera de los cónyuges, el juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo á la reunión, y si ésta no se lograre, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente, mandará reducir á escritura pública el convenio á que se refiere el artículo anterior." (25)

(25) Tomados de Las Fuentes del Código Civil de 1926, Rodolfo Batiza, págs. 314 a 327

Conforme al convenio de las partes, la sentencia que aprobaba la separación fijaba el plazo que debía durar la misma (art. 235).

Salvo los casos de enfermedad crónica e incurable, que fuera además contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, los jueces, con conocimiento de causa, y sólo a instancia de uno de los consortes, podía suspender breve y sumariamente la obligación de cohabitar en los casos de demencia, enfermedad declarada contagiosa o cualquiera otra calamidad semejante de alguno de los cónyuges, quedando, sin embargo, subsistentes las demás obligaciones para el cónyuge desgraciado (art. 236).

La acción de divorcio sólo podía ser demandada por el cónyuge inocente y dentro de un año después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda (art. 239). no pudiendo alegarse ninguna causal de las señaladas en el artículo 227 si mediaba perdón o remisión, expresa o tácita (art. 240), la reconciliación de los cónyuges dejaba sin efecto posterior la sentencia que declaraba el divorcio (art. 241), disponiéndose además que el cónyuge que no hubiera dado causa al divorcio, podía, aún después de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él (art. 243).

El cónyuge culpable perdía la patria potestad de sus hijos mientras viviera el cónyuge inocente, excepto si el divorcio se declaraba con motivo de enfermedad; recobrándola al morir el cónyuge inocente (art. 248).

Aunque uno o ambos padres perdieran la patria potestad, quedaban sujetos a todas las obligaciones que tenían para con sus hijos (art. 248).

El cónyuge que diera causa al divorcio perdía lo que hubiera recibido con motivo del matrimonio, en cambio el inocente podía conservar lo recibido, e inclusive reclamar lo pactado en su provecho (art. 250).

Ejecutoriado el divorcio, volvían a cada consorte sus bienes propios, habilitándose a la mujer para contratar y litigar sobre los suyos sin necesidad de licencia del marido, siempre y cuando no hubiera sido ella la que dio causa al divorcio (art. 251).

Por la importancia que tiene para este trabajo, resalto el hecho de que en el Código Civil de 1884 se hayan mantenido integras dos normas protectoras de la mujer en los casos de divorcio, por las cuales se mantenía la subsistencia de la obligación alimentaria del varón a favor de la mujer. Por la primera, si la mujer no daba causa al divorcio, tenía derecho a alimentos, aún cuando poseyera

bienes propios, mientras viviera honestamente (art. 252); por la segunda, aún cuando la mujer diera causa para el divorcio tenía derecho a percibir alimentos, siempre que la causa del mismo no hubiera sido el adulterio (artículo 253).

3. El divorcio en la ley de 1914.

Desde fines del siglo pasado se trató sin éxito de introducir en México el divorcio vincular, el 30 de octubre de 1891, el diputado Juan A. Mateos presentó una iniciativa ante la Cámara de Diputados para que se derogara la fracción IX del artículo 23 de la Ley Orgánica de 14 de diciembre de 1874, y se permitiera el divorcio en cuanto al vínculo.

Esta iniciativa divorcista no llegó a prosperar a pesar de que las diversas comisiones de la Cámara de Diputados a las que pasó para su estudio calificaron de inconstitucional la fracción IX del artículo 23 de la Ley Orgánica de 14 de diciembre de 1874, y propusieron la derogación de ésta y otras fracciones más del mismo artículo, por estimar que la declaratoria de indisolubilidad del matrimonio no era asunto de la competencia de la Federación, como se lo había arrogado indebidamente la fracción IX, sino que tal asunto era de

la competencia de los Estados conforme al artículo 117 de la Constitución de 1857.

Fue Venustiano Carranza, en su calidad de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, quien mediante un decreto expedido desde Veracruz el 29 de diciembre de 1914, introdujo la posibilidad legal de disolver el vínculo matrimonial en vida de los cónyuges.

Este decreto de sólo dos artículos, modificó la Ley Orgánica de 14 de diciembre de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución, planteando en su exposición de motivos consideraciones como estas:

"Que el matrimonio tiene por objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida; que, en esa virtud, se contrae siempre en concepto de unión definitiva, pues los cónyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realización de sus más altos ideales; pero, desgraciadamente, no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraído el matrimonio y, por excepcionales que puedan ser estos casos, la Ley debe justamente atender a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante

toda la existencia, es un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas;

Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, o sea, la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo, única forma que permitió la ley de 14 de diciembre de 1884, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos, y extendiendo la desmoralización en la sociedad;

...

Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vínculo es el único medio de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden subsistir;

Que admitiendo el principio establecido por nuestras leyes de Reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan

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

causas, que hagan definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias;

...

Que la experiencia de países tan cultos como Inglaterra, Francia, y Estados Unidos de Norte América ha demostrado ya, hasta la evidencia, que el divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida..."

Culminando con el siguiente decreto:

"Art. 10. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de diciembre de 1873 en los términos siguientes:

Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto el vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres

años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Art. 2o. Entre tanto se establece el orden constitucional en la República, los gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación.

Transitorio.- Esta ley será publicada por bando y pregonada. Comenzará a surtir sus efectos desde esta fecha.

Constitución y Reformas.

Veracruz, a los 29 días del mes de diciembre de 1914."

(26)

Aunque la Ley de 1914 ya no hace una enumeración de causas de divorcio, como se señalaban en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, en la forma tan amplia en que

(26) Citado por Rafael ROJINA VILLEGAS, op. cit., págs. 429 a 431

reconoció el divorcio vincular necesario, se comprendían dentro de la primera serie de causas que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio las siguientes: a) Impotencia incurable para la cópula en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; b) Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias, y c) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por su ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.

En la segunda serie de causas, se consideraban faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal las siguientes: a) Los delitos cometidos por un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas, que arrojaran una mancha irreparable; b) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos; y c) El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

RAMON SANCHEZ MEDAL, en su obra "El Divorcio Opcional", cuestiona el primer decreto divorcista de Carranza señalando que "tan fútiles argumentos y la

sorpresiva precipitación para abrir la más ancha puerta al divorcio, sólo tiene como única explicación el interés muy personal de dos ministros de Carranza, el Ing. Felix F. Palavicini y el Lic. Luis Cabrera, que planeaban ya desde entonces sus respectivos divorcios" (27). Por su parte, SARA MONTERO DUHALT, en su libro "Derecho de Familia", al referirse al mismo decreto opina que "esta ley, por su enorme liberalidad, recuerda la primera ley de divorcio vincular surgida en Francia en la época de la Revolución" (28), pues existían circunstancias análogas a las de México para su expedición.

Para hacer efectiva la Ley de 29 de diciembre de 1914 que estableció el divorcio vincular, el 29 de enero de 1915 y el 16 de junio de 1916, Venustiano Carranza expidió sendos decretos que modificaron el Código Civil de 1884; mediante el primero se precisaron las causas que habrían de aceptarse según el criterio de la ley como motivos de divorcio, así como las consecuencias que se tenían que producir forzosamente al romperse el vínculo, estableciendo "que la palabra divorcio que, antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el

(27) citado por Ramón SANCHEZ MEDAL, Los grandes Cambios del Derecho de Familia en México, 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., 1991, pág. 22

(28) MONTERO DUHALT, Sara. op.cit. pág. 212

vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima". (29)

En cuanto al decreto del 16 de junio de 1916, se emitió para modificar los artículos relativos al divorcio por mutuo consentimiento, pudiendo pedirse éste pasado un año de la celebración del matrimonio en lugar de tres, con existencia de una sola junta de avenencia y la vista al Ministerio Público, dictándose sentencia.

Poco tiempo después de promulgada la ley de divorcio, el 27 de mayo de 1916, el presidente Carranza la adicionó mediante un nuevo Decreto, extendiendo los efectos de las sentencias de divorcio dictadas antes de la vigencia de la ley de 29 de diciembre de 1914, decreto que en su único artículo establecía:

"Las sentencias de divorcio dictadas antes de la vigencia de la ley de 29 de diciembre de 1914, producirán los efectos de la presente ley, QUEDANDO, EN CONSECUENCIA, ROTO EL VINCULO MATRIMONIAL, y los divorciados en aptitud de contraer nuevo matrimonio."
(30)

(29) SANCHEZ MEDAL, Ramón, op. cit., pág. 21

(30) Ley sobre Relaciones Familiares, 4ª ed., Ediciones Andrade, México, 1993, pág. 27

4. El divorcio en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

Tres años después de la promulgación de la Ley de Divorcio de 1914, Venustiano Carranza deroga diversas disposiciones del Código Civil de 1884 referentes a la familia, mediante la promulgación de la Ley sobre Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917, que entró en vigor el 11 de mayo del mismo año.

La Ley sobre Relaciones Familiares debe considerarse como la primera manifestación de reforma legislativa en materia civil, expresión de un cambio en los principios en que descansaba el Código Civil de 1884.

Con directrices inspiradas por el derecho norteamericano y alemán, introduce disposiciones que producen una transformación substancial en el régimen jurídico de la familia y del matrimonio: confirma la disolubilidad del matrimonio; establece la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio, aunque conserva disposiciones que impedían a la mujer casada dedicarse sin autorización del marido a desempeñar algún trabajo o profesión o la celebración de cierto tipo de actos y contratos, la patria potestad recaía en primer lugar en el padre y sólo a falta de éste en la madre; suprimió la calificación de hijos espurios o ilegítimos, conservando

la designación de hijos naturales a los que nacían fuera del matrimonio, sin embargo, prohibió la investigación de la maternidad y de la paternidad de los hijos naturales, excepto que éstos se encontraran en posesión de estado de hijo y en los casos de raptó o violación, cuando la época del raptó coincidía con la concepción; introduce la adopción en nuestro derecho civil institución que planteara desde 1861 don Justo Sierra en su proyecto de Código Civil y que fue omitida en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y por último, cambió la estructura de los regímenes patrimoniales del matrimonio contempladas en las legislaciones civiles anteriores, substituyendo el régimen legal de gananciales por el de separación de bienes.

En cuando al divorcio, la Ley sobre Relaciones Familiares confirmó la disolubilidad del matrimonio establecida desde la Ley del divorcio de 1914, pero moderó los preceptos y limitó sus alcances.

El artículo 13 estatúa:

"ART. 13.- El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."

El divorcio se regulaba en los artículos 75 a 106; en el artículo 75 se establecía:

"Art. 75.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Se señalaban 12 causas de divorcio en el artículo 76, semejantes a las causales que reguló del código civil de 1884, pero se suprimió la infracción de las capitulaciones matrimoniales como causal de divorcio misma que tampoco sería admitida en el código de 1928.

"ART. 76.- son causas de divorcio:

- I.- El adulterio de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

- IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- V.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;
- VI.- La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;
- VII.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquellas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;
- VIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años;
- X.- El vicio incorregible de la embriaguez;
- XI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión;
- XII.- El mutuo consentimiento."

Agregándose en los artículos 78 y 79 dos causales más de divorcio:

"ART. 78.- Es causa de divorcio el conato del marido para corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, o de uno sólo de ellos. La tolerancia debe consistir en actos positivos, sin que sean causa de divorcio las simples omisiones."

"ART. 79.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido." (31)

En cuanto al procedimiento para el divorcio voluntario, la Ley sobre Relaciones Familiares exigía las formalidades establecidas en los artículos 80 a 86: la demanda de divorcio debía hacerse por escrito (art. 80); acompañándola de un convenio que arreglara la situación de los hijos y la manera de liquidar los bienes (art. 81); no podía pedirse

(31) Ley sobre Relaciones Familiares, 4ª ed., Ediciones Andrade, México, 1993, págs. 28 y 29

sino pasado un año de la celebración del matrimonio, presentada la solicitud de divorcio se celebraban tres juntas en las que el juez trataba de restablecer la concordia entre los cónyuges, mediando cuando menos un mes entre cada junta (art. 82); celebradas las tres juntas, si los cónyuges se mantenían en su propósito de divorciarse, el juez aprobaba el arreglo, haciendo las modificaciones oportunas, oyendo al Ministerio Público y cuidando que no se violaran los derechos de los hijos o de terceras personas (art. 83).

Se conserva el divorcio por separación de cuerpos, aunque relegado a segundo término, quedando sólo como excepción para el caso de que alguno de los cónyuges padeciera sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria (art. 87).

El divorcio necesario sólo podía ser demandado por el cónyuge inocente, y dentro de seis meses después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda (art. 88), pero ninguna de las causales del artículo 76 podía alegarse si mediaba perdón o remisión expresa o tácita (art. 89), y de nueva cuenta, para proteger la institución matrimonial, se señalaba que la reconciliación de los cónyuges ponía fin al juicio de divorcio voluntario mientras no hubiera sentencia ejecutoria (art. 90),

presumiéndose la reconciliación si después de presentada la demanda había cohabitación entre los cónyuges (art 91).

Al admitirse la demanda de divorcio y mientras se llevaba el procedimiento judicial se tomaban las siguientes medidas provisionales: separar a los cónyuges; si se suponía culpa de la mujer para el divorcio, a solicitud del marido se le depositaba en casa de persona decente; los hijos se ponían al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos con ciertas reglas; se señalaban y aseguraban alimentos para la mujer y los hijos que no quedaban en poder del padre; se dictaban medidas para que el marido no causara perjuicios en los bienes de la mujer, así como medidas precautorias para las mujeres que quedaban encinta (art.93).

El cónyuge culpable perdía la patria potestad sobre sus hijos mientras viviera el cónyuge inocente, recobrándola en algunos casos al morir éste. Si la madre conservaba la patria potestad de sus hijos, la perdía si vivía en mancebía o tenía un hijo ilegítimo (art. 97).

En cuanto a los bienes, el cónyuge que daba causa al divorcio perdía todo lo que se le hubiera dado o prometido por su consorte o por otra persona con motivo del matrimonio, mientras que el cónyuge inocente conservaba lo

recibido y podía reclamar lo pactado en su provecho (art. 99).

Ejecutoriado el divorcio se procedía a la división de los bienes comunes si los había, asegurando las obligaciones alimentarias de los hijos, ambos cónyuges estaban obligados a contribuir a la subsistencia y educación de sus hijos (art. 100).

Si la mujer no había dado causa para el divorcio tenía derecho a alimentos mientras no contrajera nuevas nupcias y viviera honestamente, mientras que el marido inocente sólo tenía derecho a alimentos cuando se encontraba imposibilitado para trabajar y no tuviera bienes propios con que subsistir (art. 101).

Finalmente por virtud del divorcio, los cónyuges recobraban su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio (art. 102).

5. El divorcio en el Código Civil de 1928 y sus reformas de 1983.

Concluido el movimiento armado, el gobierno revolucionario procedió a estructurar jurídicamente el nuevo orden instaurado. Promulgada la Constitución de 1917

se requería proyectar en los ordenamientos secundarios los principios consagrados en la misma, varias leyes son promulgadas con ese fin y se inicia la tarea de plantear no una reforma al texto del Código del 84, sino la redacción de un nuevo código civil en el que se substituyeran los postulados del individualismo romanista y napoleónico por las nuevas orientaciones sociales.

Por Decreto de 30 de agosto de 1928 fue promulgado el Código Civil, aunque su entrada en vigor se retrasó cuatro años, hasta el 10. de octubre de 1932. En efecto, por decreto de 29 de agosto de 1932, se ordenó que el nuevo Código Civil empezara a regir en la fecha que arriba se indica, en el Distrito y Territorios Federales, en materia común, y en toda la República, en materia federal. La razón de esta "vacatio legis" fue que el Código de Procedimientos Civiles se hallaba entonces en proceso de elaboración y se señaló la misma fecha para la entrada en vigor de ambos códigos.

El libro primero del Código Civil de 1928, dedicado al derecho de personas y la organización de la familia, continuó contemplando substancialmente los lineamientos de la Ley sobre Relaciones Familiares, sin embargo, introdujo importantes variaciones, que son las siguientes:

10. Se reconoce la igualdad del hombre y la mujer en cuanto a capacidad jurídica y así se autoriza a aquélla para ejercer una profesión o industria y para disponer libremente de sus bienes sin intervención del marido.

20. Estableció la obligación de los contrayentes para que en el mismo acto de celebración del matrimonio eligieran expresamente y reglamentaran el régimen patrimonial que deseaban rigiera durante su matrimonio, es decir, la sociedad o la separación de bienes.

30. Introdujo el divorcio administrativo para quienes siendo mayores de edad, han permanecido en matrimonio por un periodo mínimo de dos años, no han procreado hijos y han convenido en la liquidación de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

40. Suprimió del texto de la ley sustantiva la reglamentación del divorcio voluntario, liberalizó el trámite dejando al Código de Procedimientos Civiles la regulación de la materia, así mientras en la Ley sobre Relaciones Familiares debían efectuarse tres juntas de avenencia con intervalos de un mes entre cada una de ellas, la regulación en el nuevo código adjetivo, solamente exigió dos, fijando un breve plazo de ocho a quince días entre una y otra.

50. Amplió la obligación de proveer alimentos a los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

60. Otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna no solo el derecho al

apellido, sino también el derecho a alimentos y derecho a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido, derechos estos que categóricamente les había negado la Ley sobre Relaciones Familiares. Asimismo permitió la investigación de la paternidad a los hijos naturales nacidos de un concubinato, siempre que el nacimiento ocurriera después de los 180 días de iniciado éste y dentro de los 300 días de haber cesado la vida en común.

7o. Adoptó, por lo que se refiere a la protección de los menores no sujetos a patria potestad y a los incapacitados, el sistema que permite la intervención de la autoridad judicial en el nombramiento de tutor y vigilancia del ejercicio de la tutela, creando para ese fin el Consejo Local de Tutelas y los Jueces Pupilares, que más tarde se denominarían Jueces de lo Familiar.

8o. Estableció una institución económica de gran importancia, el patrimonio de familia, declarándola de utilidad pública y reglamentándola como un seguro constituido por la casa habitación o parcela cultivable que protegiese a la familia contra la prodigalidad de los padres, la adversidad económica o la avaricia de los acreedores.

9o. Finalmente, reconoció efectos jurídicos al concubinato otorgando a los concubinos el derecho de heredar entre sí, siempre que ambos hayan permanecido solteros durante el concubinato y haya subsistido la vida

en común, durante cinco años anteriores a la muerte de uno de ellos o bien si han procreado hijos. Estableció solo a favor de la concubina derechos hereditarios en la sucesión intestada del concubinario, o derechos alimenticios en la sucesión testamentaria del concubinario.

En cuanto al divorcio, el Código Civil de 1928 no lo define, sólo se limita a expresar sus efectos en el artículo 266, a saber:

"ART. 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Señalándose en las diecisiete fracciones originales del artículo 267 las causas de divorcio. La diecisiete se refiere al mutuo consentimiento. En las restantes del artículo 267 y en las que señalan los artículos 268 y 269, se enumeran las causas de divorcio contencioso o necesario.

"ART: 267.- Son causa de divorcio:

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

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

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

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

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

VII.- Padecer enajenación mental incurable;

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 necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;

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

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166;

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

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

XV.- Los hábitos de juego o 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."

"ART: 268.- 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 estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

"ART. 270.- Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio, debe consistir en actos positivos, y no en simples omisiones. " (32)

A fines de 1974, el Congreso de la Unión aprobó un paquete de reformas a siete leyes muy disímolas entre las que se incluían el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Dichas reformas fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974; se reformaba el Código Civil para hacerlo congruente con una modificación a los artículos 49, 59, 30 apartado b, fracción II y 123 de la Constitución Política de los

(32) Tomado de Las Fuentes del Código Civil de 1926, de Rodolfo Batiza, op. cit., págs. 314 a 316

Estados Unidos Mexicanos, con dichas reformas se atendieron las recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas a los Estados miembros, de incluir en sus legislaciones civiles normas protectoras para la mujer, adoptando en lo posible el contenido del artículo 69 de la "Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer", toda vez que ya estaba en puerta el "Año Internacional de la Mujer", cuya celebración mundial tendría como sede a la ciudad de México. Con las citadas reformas se llevó al Código Civil el principio de igualdad del varón y la mujer ante la ley, la declaración de que la ley debe proteger la organización y desarrollo de la familia y el postulado de que toda persona tiene derecho de manera libre, responsable e informada, de decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Asimismo, se adicionó un segundo párrafo al artículo 162, mediante el cual se fortalece la dimensión social de los derechos y deberes que nacen del matrimonio al establecerse que " toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos." Agregando: " por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

En el texto original del artículo 166 del Código Civil de 1926, se dejaba a cargo de la mujer la dirección y

cuidados del hogar, con las reformas de 1974 se reconoce a los cónyuges su derecho para resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar y a la formación y educación de los hijos, sin un deslinde legal de tareas.

Las reformas a los artículos 164, 174 y 175 también aluden a la igualdad entre los cónyuges en la participación en la vida económica y social; en los artículos 259 y 260 se introducen fórmulas amplias sobre el cuidado de los hijos confiando al criterio del juez de lo Familiar la decisión acerca del cuidado y la custodia de los hijos menores, tomando en cuenta las circunstancias que en cada caso concurren.

En relación con el divorcio, producto de las reformas practicadas al Código Civil de 1928, el 31 de diciembre de 1974, se modificó la causal establecida en la fracción XII del artículo 267, para quedar como sigue:

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

El artículo 164 del Código Civil de 1928 señalaba que el marido debía dar alimentos a la mujer y hacer todos los

gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, a menos que la mujer tuviere bienes propios o desempeñare algún trabajo. Con las reformas de 1974 la obligación se igualó, a partir de entonces ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento del hogar y sólo en el caso de una negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con esta obligación, se estaba ante la causa de divorcio que se mencionaba en la citada fracción XII del artículo 267, después de las mencionadas reformas de 1974.

Destacan las reformas a los artículos 273 y 282, que pusieron término a la vieja institución del depósito de la mujer para establecer en su lugar la separación domiciliaria, en vísperas o con motivo de un procedimiento judicial.

En los artículos 287 y 288, campea nuevamente la idea de la igualdad, ahora en el caso de la obligación alimentaria, suprimiéndose en el primero de los preceptos, la obligación de alimentar a las hijas hasta que contrajeran matrimonio si vivían honestamente, limitándose esta obligación hasta que alcanzan la mayoría de edad. Con respecto al artículo 288 que originalmente señalaban la obligación para el hombre de alimentar a la mujer inocente en los casos de divorcio, el nuevo texto dejaba al juez la determinación del pago de alimentos al cónyuge inocente tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas

la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica.

Finalmente el texto del artículo 418 reformado, puso término a la preferencia en favor de los abuelos paternos para el ejercicio de la patria potestad a falta de los padres, y confiere al juez la potestad de decidir, tomando en cuenta las circunstancias del caso sobre el orden en que habrá de preferirse a los parientes a que aluden las fracciones II y III del artículo 414 del Código Civil.

Luego de las reformas de 1975, durante el gobierno del presidente Miguel de la Madrid, se volvió a reformar el Código Civil.

En efecto, por decreto del 27 de diciembre de 1983 se reformaron varios artículos del Código Civil, en virtud de dichas enmiendas, durante la tramitación judicial del divorcio quedan confiados al cuidado de la madre los hijos menores de siete años, salvo peligro para el normal desarrollo de los mismos (art. 282); la sentencia en un juicio de divorcio contencioso no tiene que decretar por fuerza la pérdida fatal de la patria potestad de los hijos menores para el cónyuge culpable, sino que se otorgan al juez las más amplias facultades para proveer lo más conveniente a la custodia y al cuidado de los hijos (art. 289); en el divorcio por mutuo consentimiento se otorga a

la mujer el derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato (art. 288); y la pensión alimenticia decretada en la sentencia o aprobada en el convenio correspondiente, tiene un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción (art. 311).

Dentro de este paquete de reformas al Código Civil del año de 1983, se incluyeron sendas modificaciones a las causales de divorcio establecidas en las fracciones VII y XII del artículo 267, para quedar de la siguiente forma:

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

"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 tendentes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;"

Especial significado tuvo la inclusión de una nueva causal de divorcio, adicionada como fracción XVIII del artículo 267, la que textualmente prescribe:

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

Es importante señalar que con esta causal se rompe el principio establecido en la ley, de que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente, facultándose ahora a cualquiera de los cónyuges a pedir el divorcio con el único requisito de que la mencionada separación tenga por lo menos dos años y constituya de manera inequívoca y objetiva una ruptura de la vida en común. El divorcio solicitado con fundamento en esta causal no permite señalar cónyuge culpable.

Por último, en diciembre de 1983 también se modificó el texto del artículo 268, para quedar de la siguiente manera:

"ART. 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no

podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante esos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

a) Tipos de divorcio que contempla:

En el Código Civil vigente se establecen dos clases de divorcio, y son:

- 1.- El divorcio voluntario, y
- 2.- El divorcio necesario.

1.- El divorcio voluntario.

El divorcio voluntario es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges.

Nuestro Código Civil regula dos vías para obtenerlo, con procedimientos distintos, dependiendo de la autoridad ante quien se tramite, pudiendo ser: divorcio administrativo si se solicita ante un juez de Registro Civil o divorcio judicial si se interpone ante un juez de lo Familiar.

El divorcio voluntario administrativo es aquel que se solicita de mutuo acuerdo por los cónyuges ante el juez del Registro Civil del domicilio conyugal, cumpliendo con los requisitos y el procedimiento que establece el artículo 272 del Código Civil:

"ART: 272.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio, comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez del registro civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del registro civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca 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 al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles."

Por lo tanto el divorcio voluntario judicial procede cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento tienen hijos, o son menores de edad. Estos tiene que recurrir al juez de lo Familiar de su domicilio para solicitar el divorcio (art. 272, último párrafo), en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

Atento a lo que dispone el artículo 273 del Código Civil, los cónyuges que deseen divorciarse así, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

- "I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de subvenir a 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 266, 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 asegurarlo;

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. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad."

Este divorcio no puede solicitarse antes de un año de la celebración del matrimonio (art. 274), y mientras se tramita el juez puede autorizar la separación provisional de los cónyuges, dictando las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes se tenga obligación de proporcionar alimentos (art. 275).

El procedimiento de divorcio voluntario judicial se encuentra regulado de los artículos 674 a 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Los cónyuges que deseen divorciarse voluntariamente deben presentar la demanda respectiva al juez de lo Familiar de su domicilio, acompañándola del convenio

correspondiente, así como de una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores (art. 674 C.P.C.).

Hecha la solicitud, el juez cita a los cónyuges y al Ministerio Público para la celebración de una primera junta de avenencia, después de los ocho días y antes de los quince de admitida la solicitud. Los solicitantes deberán concurrir sin representantes ni asesores. El juez intentará conciliarlos. Si no lo logra, aprobará provisionalmente el convenio oyendo previamente el parecer del Ministerio Público (art. 675 C.P.C.).

Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, los citará el juez a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de quince días de solicitada; en ella volverá el juez a exhortarlos a la reconciliación. Si no lo logra y si en el convenio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el juez oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia de divorcio y decidirá sobre el convenio presentado (art. 676 C.P.C.).

Los cónyuges pueden hacerse representar por procurador, excepto en las juntas de avenencia. El cónyuge menor de edad, igual que en el divorcio necesario, necesita

de un tutor especial durante todo el trámite del divorcio (arts. 677 y 678).

En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente (art. 679 C.P.C.).

La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre si aún no hubiere sentencia ejecutoriada (art. 676 C.P.C.), y como efecto de ello no podrán intentar un nuevo divorcio voluntario sino hasta pasado un año desde su reconciliación (art. 276 del Código Civil).

2.- El divorcio necesario.

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

Como hemos visto, en los artículos 267, 268, y 269 del Código Civil para el Distrito Federal, se enumeran las causas de divorcio. Estas son de carácter limitativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no pueden

involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

La acción de divorcio presupone:

1º La existencia de un matrimonio válido, requisito que se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución se demanda.

2º Que exista una causa legal o varias de ellas que produzcan a favor del cónyuge inocente la acción de divorcio.

En nuestro Código Civil se expresan las causales en forma limitativa y no ejemplificativa; cada causa tiene un carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón.

3º Que la acción se ejercite en tiempo hábil; dentro de los seis meses siguientes al día en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento del hecho culposo del otro cónyuge en que se funde la demanda (art. 278). Pero cuando la causa de divorcio es permanente, de las llamadas de "tracto sucesivo", como el abandono de hogar o las enfermedades, no existe término de caducidad, en cualquier momento puede solicitarse el divorcio en razón de que la causa sigue vigente.

4º Que no haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito, así lo expresa textualmente el artículo 279 en relación con el 280 y 281 del Código Civil.

5º Que se promueva ante juez competente.

El divorcio es una controversia de orden familiar por ello es juez competente en materia de divorcio, el juez de lo Familiar del domicilio conyugal, y en el caso de divorcio por abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (art. 156, fracción XII del C.P.C.).

6º Que la parte que lo promueve tenga capacidad procesal para hacerlo; la acción es exclusiva de los cónyuges, es una acción personalísima que no puede ser transmisible ni en vida ni por causa de muerte.

Con la excepción de las fracciones XVII y XVIII del artículo 267 del Código Civil, el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él (art. 278).

En cuanto a la capacidad de las partes para actuar, al cónyuge menor de edad se le debe nombrar un tutor dativo, así lo exige el artículo 643 del Código de Procedimientos Civiles: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: II.- De un tutor para negocios judiciales."

79 Que se cumplan con las formalidades procesales que exige el código de la materia. Es un juicio de carácter ordinario, regido por los artículos 255 a 429 inclusive del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En los juicios de divorcio necesario el juez dicta provisionalmente las medidas que señala el artículo 282 del Código Civil:

"ART. 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. (Derogada)

II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;

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

IV. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso;

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

VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo,

el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre."

CAPITULO III

CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio causa ejecutoria se producen consecuencias jurídicas definitivas con motivo de la disolución del matrimonio. Estas consecuencias establecen el nuevo estado de los cónyuges -divorciados- en cuanto a su persona, la situación de los hijos y la repartición de los bienes.

Para estudiarlas, haremos una división para comprender, por un lado, las consecuencias que se producen en el divorcio voluntario y por el otro, las que se producen en el divorcio necesario.

Algunos tratadistas como MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO y EDGAR BAQUEIRO ROJAS, consideran procedente una división más para estudiar las que se producen provisionalmente, es decir durante la tramitación del proceso, previstas por el artículo 262 del Código Civil, sin embargo, no sólo por la transitoriedad de los efectos de las medidas provisionales que declara el juez durante el juicio de divorcio, mismas que pueden modificarse en la sentencia interlocutoria o en la definitiva, sino además porque una de las particularidades de las sentencias que se pronuncian en los juicios de divorcio, sea en los voluntarios o en los necesarios, consiste en que únicamente alcanzan la

autoridad y la fuerza de cosa juzgada cuando el fallo concede el divorcio, tan sólo en lo relativo a la disolución del vínculo conyugal, pérdida de la patria potestad, declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, etc., pero no en lo relativo al monto de la pensión alimenticia, obligación de pagarla y situación de los hijos, en lo que debe estarse a lo dispuesto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, procederemos al estudio de las consecuencias jurídicas definitivas del divorcio.

1. CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO:

Con respecto al divorcio por mutuo consentimiento, solamente nos referiremos al que se tramita por la vía judicial, pues en relación con el de tipo administrativo el Código Civil vigente no contempla disposiciones especiales.

a) Hacia los cónyuges.

La consecuencia principal en éste y cualquier otro tipo de divorcio es el rompimiento del vínculo matrimonial, así, los divorciados podrán volver a casarse dejando transcurrir un año después del día en que se declare ejecutoriada la sentencia de divorcio (art. 289, segundo párrafo).

En relación a los alimentos, producto de las reformas al Código Civil del 27 de diciembre de 1983, "la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato". El varón sólo tendrá este derecho por excepción, "cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato".

De acuerdo con lo que se establece en la fracción IV del artículo 273 del Código Civil, en el convenio que presentan los cónyuges que solicitan divorciarse voluntariamente, debe establecerse de común acuerdo 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 asegurarlo.

Sobre este respecto es importante señalar que la pensión alimenticia determinada por convenio o sentencia, tendrá un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción, en cuyo caso se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor, según previene el artículo 311 del Código Civil.

b) Hacia los hijos.

Son dos las principales consecuencias jurídicas que se producen en el caso de divorcio voluntario judicial respecto a los hijos: la primera se refiere a la custodia y el ejercicio de la patria potestad y el segundo al cumplimiento de la obligación alimentaria.

Con respecto a la custodia de los hijos menores, en el convenio al que se refiere el artículo 273, los cónyuges deben designar la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, pudiendo claro está, ser alguno de ellos.

En relación con este punto, frecuentemente los cónyuges no llegan a un acuerdo para definir la situación de los hijos, porque en realidad pretende alguno de ellos excluir al otro de la patria potestad. Es decir, concede el divorcio siempre y cuando se le entregue la custodia de sus hijos menores, y además, que el otro cónyuge renuncie a la patria potestad. Sin embargo, como la patria potestad es irrenunciable, ambos cónyuges la conservan, por tanto, todos los derechos y obligaciones quedan vigentes y es responsabilidad de ambos padres el cumplirlos.

En efecto, el padre o la madre que tenga la custodia, necesariamente ejercerá la patria potestad, pero esto no puede implicar la pérdida de la misma para el otro y para asegurar al progenitor que no queda a cargo de la guarda condiciones adecuadas para vigilar la educación, formación y asistencia moral de los hijos y también el contacto con ellos, es por lo que se confiere el derecho de visitarlos al padre a quien no se confió la custodia, de tal manera que pueda ejercer el derecho que le confiere el artículo 414, en su fracción I, del Código Civil.

Otra consecuencia jurídica que no nace de la acción de divorcio propiamente dicha, sino del parentesco, es el cumplimiento de la obligación alimentaria hacia los hijos, y con motivo de la separación de los cónyuges, durante la tramitación del juicio de divorcio y después de declarado éste, el aseguramiento de su cumplimiento, son puntos que deberán ser contemplados en el citado convenio de divorcio voluntario (art. 273), facultándose al juez para dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos (artículo 275 del Código Civil).

Por esto, en el convenio respectivo no sólo se deben señalar los alimentos necesarios para los hijos, sino además, debe asegurarse debidamente el cumplimiento de esta obligación mediante la garantía o la forma que el juez

considere suficiente, pudiendo consistir en fianza, prenda, hipoteca o en la afectación que se haga al sueldo o del ingreso en los casos en que no se puedan otorgar las garantías mencionadas.

Los padres divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad (art. 287 del Código Civil).

2. Consecuencias jurídicas en el divorcio necesario:

a) Hacia los cónyuges.

En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, ésta es la principal consecuencia que origina el divorcio, sin embargo este derecho está limitado en cuanto al tiempo para ejercitarlo y en razón al sexo del divorciado, dependiendo de si se trata del cónyuge inocente o del cónyuge culpable. La segunda consecuencia jurídica en razón de la culpa por haber dado causa para el divorcio, se refiere a la obligación del cónyuge culpable de proporcionar alimentos al cónyuge inocente.

I.- Derechos del cónyuge inocente.

Tiene derecho de contraer nuevas nupcias de acuerdo con las siguientes reglas:

a). Si el marido es inocente, tan luego como cause ejecutoria la sentencia que decreta el divorcio y no pueda ser atacada por ningún recurso extraordinario.

b).- En cuanto a la mujer, puede hacerlo, si es inocente, tan luego que transcurran 300 días después de que haya sido separada judicialmente del marido o antes de este plazo si dentro del mismo diere a luz un hijo.

El plazo de 300 días que pide la ley con respecto a la mujer que quiere contraer un subsecuente matrimonio, tiene por objeto evitar la confusión de paternidad con respecto al hijo que la mujer puede dar a luz en los plazos que la propia ley señala para imputar la paternidad al marido (180 días después de celebrado el matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la extinción del matrimonio por muerte del marido o de la separación judicial en caso de divorcio o nulidad del matrimonio).

El cónyuge inocente tiene derecho a recibir alimentos del cónyuge culpable; en los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y

su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente (art. 268).

II. Obligaciones del cónyuge culpable.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio (art. 269).

Como una sanción que establece la ley hacia el cónyuge que dio causa al divorcio, está la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge inocente, según se establece en el artículo 268, la condena puede ser por toda la vida del acreedor, y en virtud de que tiene un carácter remuneratorio no termina por nuevas nupcias, ni por concubinato del acreedor.

El monto de los alimentos se fijará de acuerdo con el principio general de que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del deudor alimentario y a las necesidades del acreedor, como lo dispone el artículo 311 del Código Civil.

b) Hacia los hijos.

Derechos y obligaciones de ambos cónyuges.

Los principales efectos del divorcio necesario respecto a los hijos, comprenden el ejercicio de la patria potestad y lo relativo al cumplimiento de la obligación alimentaria respecto de los hijos.

Uno de los puntos más importantes que debe resolverse en el juicio de divorcio necesario, es el relativo a la situación en que han de quedar los hijos después de que el matrimonio se haya disuelto.

El principio general reconocido en todos los códigos civiles que admiten el divorcio vincular, es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente.

Hasta antes de las reformas de 1983 al Código Civil, la ley imponía como sanción al cónyuge culpable, la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, o la suspensión de la misma mientras viviera el cónyuge inocente. El anterior artículo 283 señalaba al juzgador específicamente en presencia de qué causales de divorcio debía decretar la pérdida de la patria potestad en contra de ambos cónyuges o de uno de ellos, su suspensión, y los casos en que, en este último supuesto, podía recobrase su ejercicio. Señalando también en que casos ninguno de los cónyuges perdía la patria potestad, ni se le suspendía su ejercicio.

Actualmente se deja al criterio del juzgador todo lo relativo a la patria potestad, como se desprende del texto del citado artículo 263:

"ART. 263.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual 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 el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o a designar tutor."

Estas amplísimas facultades del juzgador, apoyadas además con lo dispuesto en los artículos 444 y 447 del Código Civil vigente, en cierta medida se ven limitadas con la obligación que se les establece en el artículo 264 del Código Civil, mismo que establece:

"ART. 264.- Antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores."

El juez podrá modificar esta decisión atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423, y 444 fracción III."

Es interesante observar en esta disposición la posibilidad existente de la intervención de distintos familiares en beneficio de los menores, lo que podría considerarse como un consejo familiar que puede intervenir ante el juez de lo familiar.

Por otro lado, al establecerse en el artículo 283 que "el juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello", lo obliga a seguir el orden establecido por la ley en la designación de quien o quienes deban ejercer la patria potestad, remitiéndonos entonces a lo prescrito por el artículo 414 del Código Civil:

"ART. 414.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I.- Por el padre y la madre;
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- III.- Por el abuelo y la abuela maternos."

Es importante tener en cuenta que en los casos en que se decreta el divorcio por causa de enfermedad del cónyuge demandado, el cónyuge sano conservará la guarda de los

hijos, pero el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos consortes, con excepción del caso de enfermedad mental incurable, en que por virtud de la propia declaración de interdicción, el cónyuge enfermo queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

En todo caso, la pérdida, suspensión o limitación del ejercicio de la patria potestad, no extingue las obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, entre ellas la de proporcionarles alimentos (art. 285), señalándose en el artículo 287 que los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad.

c) Hacia los bienes.

Precisadas las consecuencias jurídicas del divorcio en cuanto a la persona de los divorciados, así como los efectos jurídicos que se producen en relación con los hijos, analizaremos las consecuencias jurídicas que se generan en relación con los bienes de los cónyuges; para hacerlo las dividiremos en tres aspectos: en cuanto a la disolución de la sociedad; respecto a la devolución de las donaciones; y en relación a la indemnización de los daños y

perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente por virtud del divorcio.

En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, el artículo 197 del Código Civil establece que la sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio, por lo tanto, decretado el divorcio y disuelta la sociedad conyugal, debe procederse a su liquidación, de acuerdo con lo que se haya dispuesto en las capitulaciones matrimoniales y, si fueren omisas, se estará a las reglas generales de liquidación de las sociedades civiles.

La liquidación de la sociedad conyugal puede ser hecha por los cónyuges o por un liquidador nombrado por ellos o por el juez si no hay acuerdo. Como en cualquier liquidación, deben inventariarse los bienes y las deudas comunes, sin incluir los objetos de uso personal y ordinarios de los cónyuges, como el lecho, los vestidos, etc. (art. 203). Terminado el inventario y avalúo de los mismos se pagarán las deudas de la sociedad, y se devolverá a cada cónyuge lo que hubiere aportado al matrimonio, dividiéndose el sobrante de la forma convenida. Si hubiere pérdidas, se deducirán de lo que cada cual hubiere aportado en proporción a la parte que en las utilidades le hubiera correspondido. Si sólo uno aportó capital, de éste se deducirán las pérdidas (art. 204).

En cuanto a las donaciones, el cónyuge culpable pierde en favor del cónyuge inocente, todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona, en consideración al matrimonio. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho (art. 266).

La reversión de lo donado no opera de pleno derecho, es necesario que sea parte de la sentencia de divorcio. Por lo que debe solicitarse al demandar el divorcio, en atención a lo que dispone el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles: "todas las acciones que se tengan contra una misma persona y provengan de una misma causa deben ejercitarse conjuntamente."

Finalmente por disposición expresa del artículo 266 del Código Civil, "cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito", y como tal se le obliga a reparar no sólo el daño patrimonial sino también el daño moral causado al cónyuge inocente.

Así el artículo 1915 del Código Civil señala:

"ART. 1915.- la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el

restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de los daños y perjuicios."

En tanto que el artículo 1916 del mismo ordenamiento señala:

"ART. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de si misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero,
.....

La acción de reparación.....

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos

en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original."

Es evidente que el daño patrimonial, es decir las mermas en el patrimonio, o la privación de las ganancias lícitas, generalmente es reparable, mientras que el daño moral, aquel que implica una lesión a los valores espirituales o estéticos de la persona, en sus afectos, en su honor, en su honra, en su prestigio o en su aspecto estético, nunca podrá ser reparado en la misma forma que los daños patrimoniales, porque los daños morales no se reparan a través del pago de una suma de dinero y, por consiguiente, es una reparación imperfecta, arbitraria; pero como nuestro sistema jurídico no contempla otra forma de reparar el daño moral, se tiene que admitir que aún cuando la reparación sea imperfecta y, por lo tanto, no se logre una justicia cabal, habría sin embargo una verdadera injusticia si no hubiere alguna reparación, de cualquier naturaleza que fuere.

Es importante señalar que en nuestro país son escasas las reclamaciones que se presentan por daños patrimoniales derivados del divorcio, y mucho menos las que se interponen por daños morales ocasionados por el mismo motivo.

CAPITULO IV

CONVENIENCIA DE ESTABLECER EN DETERMINADAS CAUSALES A QUE ALUDE EL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL, LA EXENCION DE OBLIGACIONES ENTRE LOS CONYUGES, POR CONSIDERARSE A AMBOS CULPABLES O A AMBOS INOCENTES.

Al estudiar en los capítulos precedentes la reglamentación del divorcio y sus consecuencias jurídicas, hemos visto que la acción de divorcio está sujeta a caducidad; que es una acción personalísima; que puede extinguirse por reconciliación o perdón; evidentemente, que también se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges; y finalmente que la acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge que no dio causa al mismo.

Para nuestro estudio es importante analizar esta última característica, consistente en que la acción de divorcio sólo se otorgue al cónyuge inocente, o en su caso, al cónyuge sano. Es decir, a quien no ha dado causa para el divorcio. La singular importancia de esta característica radica en que de ser procedente la acción de divorcio intentada, en la sentencia que recaiga, el juez declarará la culpabilidad de alguno de los cónyuges, y como consecuencia, la disolución del vínculo conyugal y condenará al cónyuge culpable, en términos generales: a la pérdida o suspensión de la patria potestad; al pago de alimentos al cónyuge inocente; a la pérdida de las

donaciones hechas en consideración al matrimonio al otro cónyuge; a esperar dos años para volver a casarse; y al pago de los daños y perjuicios ocasionados con motivo del divorcio.

Nuestro artículo 278, dispone de una manera terminante:

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

La regla general contenida en la primera parte del artículo transcrito, supone que todas las causales de divorcio establecidas en el artículo 267 implican culpa de alguno de los cónyuges, otorgándole la acción de divorcio al cónyuge inocente, desconociendo la existencia del divorcio por mutuo consentimiento y de la causal establecida en la fracción XVIII del citado artículo, en la que existe una razón objetiva para solicitar el divorcio. Soslayando además que en las restantes fracciones del mencionado precepto, no todas suponen una violación a los deberes del matrimonio, sino que en el mencionado precepto también se contienen causales de divorcio en las que no se imputa culpa a alguno de los cónyuges, como en el caso de las enfermedades crónicas o incurables y contagiosas o hereditarias; de la impotencia sobrevenida o de la locura, mismas que impiden llevar a cabo una convivencia normal,

por lo que se otorga acción al cónyuge sano para promover la disolución del vínculo conyugal, con la salvedad de que no habrá declaración de cónyuge culpable, ambos cónyuges serán considerados inocentes.

Como ha quedado establecido, dentro del artículo 267 se encuentra un grupo de causales de divorcio, éstas sí, motivadas por el incumplimiento de obligaciones matrimoniales, como la de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a las cargas del mismo hacia la persona de los cónyuges y de sus hijos (fracción XII), así como la obligación de vivir en el domicilio conyugal (fracciones VIII, IX y XVIII). Ante el incumplimiento de estas obligaciones debería existir un cónyuge culpable, como efectivamente sucede en los divorcios fundados en la mencionada fracción XII del artículo 267, sin embargo, en los tres casos que contempla el mismo precepto, en que el hecho de una separación prolongada de los cónyuges puede ser invocada para obtener el divorcio, se presentan resultados diferentes en cuanto a la declaración de cónyuge culpable, como enseguida veremos.

En el primer caso (fracción VIII), la separación proviene de la actuación unilateral de uno de los consortes, que deja, por sí y ante sí, el hogar conyugal, prolongándose por más de seis meses, sin que haya existido causa justificada para haber realizado el abandono; en este

caso indudablemente que habrá declaración de cónyuge culpable.

Para el segundo caso (fracción IX), la causa de divorcio surge por 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. Aquí, en principio existe un cónyuge culpable, pero si el cónyuge inocente no promueve la acción de divorcio dentro del término señalado por la ley, caduca su derecho, transmitiéndose entonces éste al otro cónyuge, pasando así de la categoría de cónyuge inocente a la de cónyuge culpable, y por consiguiente, el cónyuge que inicialmente dio causa para el divorcio se convierte en cónyuge inocente, con las implicaciones que traerá consigo al decretarse el divorcio.

En el mismo sentido, de fundamental importancia resulta el análisis de la causal prevista en la fracción XVIII del artículo 267, misma que señala como causa de divorcio la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos, por lo que al decretarse el divorcio tampoco habrá declaración de cónyuge culpable; ambos serán considerados inocentes, lo que indudablemente repercutirá en los efectos

jurídicos del divorcio hacia la persona de los divorciantes.

El motivo de este capítulo es analizar la conveniencia de establecer en determinadas causales a que alude el artículo 267 del Código Civil, la exención de obligaciones entre los cónyuges por considerarse a ambos culpables o a ambos inocentes, por lo cual procederemos a estudiar particularmente las causales establecidas en las fracciones VI, VII, VIII, IX, XVII y XVIII del citado ordenamiento, haciendo previamente un breve análisis de las fuentes históricas y de las fuentes reales que las motivan, para descubrir el espíritu de las mismas y establecer la conveniencia o inconveniencia dicha exención, por las repercusiones que traerá para los divorciantes.

a) Por padecer enfermedades incurables o contagiosas.
Fracción VI.

Padecer cierto tipo de enfermedades alguno de los cónyuges, ha sido considerado causa de divorcio en nuestro país a partir del Código Civil de 1884. En este ordenamiento ya se señalaba como causa legítima de divorcio el que alguno de los cónyuges padeciera una enfermedad crónica e incurable, que fuera también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio,

siempre que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge (Artículo 227, fracción XI).

En la Ley sobre Relaciones Familiares aparece en términos semejantes a los que se establecieron en el Código Civil de 1928. En ésta se señaló como causa de divorcio "ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio", lo que permitía incluir dentro de dicha redacción prácticamente toda causa, haciendo hasta cierto punto innecesaria la enumeración siguiente: "o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria" (Artículo 76, fracción IV).

El Código Civil vigente establece en la fracción VI del artículo 267 como causa de divorcio: "Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio".

Esta fracción nombra dos enfermedades, la sífilis y la tuberculosis, que en la época de la redacción del Código (1928), efectivamente eran terribles por contagiosas, crónicas, incurables o hereditarias; hoy ambas son curables y no significan causa de divorcio necesariamente, por lo

que deberían suprimirse del texto de la ley. Asimismo puede decirse que a pesar del estado actual de la medicina, aunque son pocas las enfermedades que reúnen al mismo tiempo dos de las cuatro características que exige la ley: crónica y contagiosa o crónica y hereditaria; incurable y contagiosa o incurable y hereditaria; el padecimiento de alguna de ellas, es de consecuencias catastróficas, no sólo para quien la padece físicamente sino para toda la familia, por lo que llegan a provocar inclusive el rompimiento del vínculo conyugal.

También se incluye en esta causal "la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio". Las características sobresalientes de esta causal estriban en que la impotencia debe ser incurable y sobrevenir después de celebrado el matrimonio; recordemos en este aspecto que la impotencia es también un impedimento para contraer matrimonio (Artículo 156, fracción VIII), que origina la nulidad del mismo siempre que se solicite dentro del término de 60 días contados desde que se celebró el matrimonio (Artículo 246), y si no se intentó, el divorcio no puede obtenerse, porque la impotencia incurable no será sobrevenida después de celebrado el matrimonio, sino que se padecía desde antes de su celebración.

Así pues el padecimiento de enfermedades con las características mencionadas o la impotencia incurable para

la cópula, sobrevenida después de celebrado el matrimonio, son causas de divorcio que no derivan de culpa del cónyuge enfermo, sino que configuran algunas de las llamadas por la doctrina, causas eugenésicas o causas remedio. Ante ellas, el Código Civil le otorga al cónyuge sano la opción para pedir el divorcio o de solicitar y obtener la separación de cuerpos, suspendiéndose entonces el deber de cohabitación, pero dejando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Evidentemente la ley no puede admitir que el cónyuge sano se vea obligado a vivir con su consorte si éste padece alguna enfermedad incurable o contagiosa, por correr el riesgo de contraerla, o bien, de transmitirla a sus hijos, si fuese hereditaria; como tampoco puede obligar a alguno de los cónyuges a vivir con una pareja impotente para la cópula, de manera incurable, pues el matrimonio es la forma legal de establecer relaciones sexuales con una persona del sexo opuesto y además porque el débito carnal es una de las obligaciones nacidas del matrimonio que la impotencia incurable impediría cumplir, por lo tanto, hay indiscutibles razones de interés público para proteger la especie y de salubridad pública para evitar el contagio al cónyuge sano, sobre todo para impedir la transmisión hereditaria, así como para procurar las relaciones sexuales dentro del matrimonio.

Por estas razones, la ley, tutelando intereses vitales, como son los de la salud y la protección de la especie, considera a las enfermedades señaladas y a la impotencia incurable, causas para solicitar el divorcio, otorgándole la acción no al cónyuge inocente, pues en este caso no hay cónyuge culpable, sino al cónyuge sano, interpretando lo que establece el artículo 278, cuando señala que "el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él".

En la sentencia que se decrete el divorcio, fundado en esta fracción VI del Artículo 267, no habrá declaración de cónyuge culpable y por consecuencia tampoco habrá condena al pago de alimentos para ninguno de los divorciantes, respecto del otro cónyuge.

Este resultado, aunque legal, porque se apega a la ley, genera en muchas ocasiones situaciones que nos parecen injustas, pues si ambos cónyuges se encontraban sanos al contraer matrimonio, ya que de otra forma su enfermedad hubiera sido un impedimento para celebrarlo, y si al pasar el tiempo, alguno de ellos adquiere una enfermedad con las características antes señaladas, obviamente esto ocurrió sin ser su culpa, pues nadie desea contraer alguna enfermedad; por esta razón la ley otorga acción al cónyuge sano, permitiéndole optar por la separación judicial, subsistiendo las demás obligaciones creadas por el

matrimonio, entre ellas la de proporcionar alimentos al otro cónyuge; o la de decidir por el divorcio vincular.

Optando por el divorcio, en virtud de que en la causal no se imputa culpa al cónyuge enfermo, ambos son declarados inocentes y para ninguno habrá condena al pago de alimentos, y aquí está la injusticia, es seguro que el cónyuge enfermo se encuentre impedido para trabajar y si carece de recursos económicos para procurarse alimentos se encontrará totalmente desprotegido: sin esposa o sin esposo, sin trabajo, enfermo y sin recursos económicos para subsistir.

Ante la dolorosa realidad del vacío de la ley para regular los efectos del divorcio necesario entre los cónyuges, cuando no hay declaración de cónyuge culpable, se comete la injusticia de exentar de la obligación alimentaria a ambos divorciantes entre ellos, a pesar de que alguno pudiera necesitarlos, por lo que debe promoverse una reforma al Código Civil para regular la subsistencia de la obligación alimentaria cuando ambos cónyuges sean considerados inocentes, de acuerdo con las circunstancias del caso, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica.

b) Por padecer enajenación mental incurable. Fracción VII.

La actual fracción VII del Artículo 267 señala como causa de divorcio "padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente".

Esta causal tampoco aparecía en el Código de 1870. En el de 1884 ya se señalaba dentro de la fracción XI del artículo 227, y no fue sino hasta la promulgación de la Ley Sobre Relaciones Familiares cuando se estableció expresamente en la fracción IV del Artículo 76. Desde entonces, y hasta antes de las reformas al Código Civil de 1983, para ejercitarla no se requería una declaración previa del estado de interdicción del cónyuge enfermo, como se exige actualmente.

Igual que en las enfermedades incurables y contagiosas o hereditarias, padecer enajenación mental incurable también ha sido considerada causa de divorcio no imputable al cónyuge enfermo. En el caso de la enajenación mental incurable, la razón del legislador sin duda obedece no sólo al interés de proteger al cónyuge sano y a los hijos, sino al mayor interés de la salud pública en cuanto a procurar una descendencia sana y sin taras. Sin embargo, ante posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el cónyuge enfermo, la ley

establece la disyuntiva para el cónyuge sano de optar por el divorcio vincular o por el divorcio separación.

En ambos casos, previo al juicio de divorcio se requiere la declaración de interdicción. Al juicio de interdicción que se lleve a cabo deberá recaer sentencia que declare que el cónyuge enfermo queda incapacitado natural y legalmente, en cuyo caso se procederá a nombrarle tutor.

Si el cónyuge sano opta por el divorcio separación, se extingue el deber de cohabitación y el débito carnal, debiendo subsistir para ambos cónyuges las demás obligaciones derivadas del matrimonio, sin embargo, en el caso de la enajenación mental, en razón de la declaración de interdicción se limitan otros derechos y obligaciones para el cónyuge enfermo, como el ejercicio de la patria potestad o la administración de la sociedad conyugal, si el cónyuge enfermo era el administrador de la misma.

Como vemos, declarado el divorcio separación, el cónyuge sano tiene la obligación de proporcionar alimentos a su consorte enfermo, brindarle ayuda, guardarle fidelidad, en cambio si opta por el divorcio vincular, en virtud de que la causal no se basa en la culpa de alguno de los cónyuges, no hay declaración de cónyuge culpable y por lo tanto ninguno de los cónyuges tendrá obligación de pagar

alimentos al otro, no estarán obligados legalmente a brindarse ayuda y obviamente, tampoco a guardarse fidelidad.

En estas condiciones, el hombre o la mujer que después de varios años de matrimonio, habiendo cumplido con las obligaciones inherentes al mismo, sufre la desgracia de contraer alguna enfermedad de las mencionadas en la fracción VI del artículo 267, o llega a padecer enajenación mental incurable y le demandan el divorcio vincular, quedará totalmente desprotegido y abandonado.

Por lo tanto, repetimos que ante la omisión en el Código Civil para regular estas situaciones, es clara la injusticia que se comete con el cónyuge incapacitado o enfermo cuando se le demanda el divorcio vincular. La ley en general, pero muy en especial el derecho de familia, debe establecerse con un sentido profundamente humano y protector de los miembros del grupo familiar que se encuentran más vulnerables a sufrir una situación de desventaja y de injusticia: los menores de edad, las mujeres dedicadas al trabajo del hogar, los enfermos, los incapacitados, los ancianos, etc..

c) En el divorcio por mutuo consentimiento. Fracción XVII.

Desde los Códigos Civiles de 1870 y 1884 ya se reglamentaba el divorcio voluntario en sus artículos 246 y 231, respectivamente. Se señalaba que cuando ambos consortes convinieran en divorciarse en cuanto al lecho y habitación, sólo podría lograrse ocurriendo por escrito al juez, y no podía pedirse sino pasado dos años de la celebración del matrimonio. Destacadísimamente el Código de 1870 agregaba que "el divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad. Resalto esto porque verdaderamente se trataba de una norma protectora de la mujer en edad avanzada, ante la falta de sentimientos o escrúpulos del marido divorciante.

Solicitada la separación, en el Código de 1870 debía dejarse pasar tres meses y un mes en el de 1884, entre cada una de las juntas de avenencia que debían celebrarse, para posteriormente cualquiera de los cónyuges solicitar la resolución judicial.

Con el Decreto divorcista de Carranza en 1914, se permitió el divorcio vincular, por mutuo consentimiento o necesario, siempre que el matrimonio tuviera más de tres años de celebrado y no fue sino hasta la promulgación de la

Ley Sobre Relaciones Familiares en que se reglamentó en términos similares a los que se establecieron en el Código Civil de 1928.

Después de varias reformas, hoy presenta significativos cambios, aunque sigue estando mal encuadrado como causa de divorcio necesario dentro del artículo 267, ya que es la voluntad de los consortes la que se invoca para disolver el vínculo conyugal, y no la necesidad del divorcio con fundamento en alguna de las causales establecidas en la ley; aunque en el fondo siempre hay una causa que ocasiona la ruptura de la relación conyugal, pero que los esposos no quieren expresar ni ventilar en público y que en cualquier caso, objetivamente representa el fracaso del matrimonio.

En nuestro Capítulo II quedó vista la reglamentación del divorcio voluntario en nuestra legislación civil, por lo cual sólo nos referiremos al efecto jurídico que se produce entre los cónyuges una vez que se decreta y que se encuentra señalado en el segundo y tercer párrafo del artículo 288: "En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato". "indicando el siguiente párrafo: "El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre

imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato".

Esta significativa reforma al Código Civil del año de 1983, con toda justicia terminó con la exención de la obligación alimentaria entre los cónyuges en los casos de divorcio voluntario, que prevalecía como regla general; a partir de la misma los divorciantes no quedan desamparados, si la necesitan, tienen derecho a percibir una pensión alimenticia, aunque sólo sea por un tiempo limitado al de la duración del matrimonio y siempre que se encuentren en alguna de las hipótesis señaladas anteriormente.

d) Por la separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses. Fracción VIII.

Siendo una de las obligaciones esenciales del matrimonio que los esposos vivan juntos, por que sólo de esta manera pueden realizarse los fines de la institución, su incumplimiento durante un plazo más o menos prolongado genera a favor del cónyuge abandonado motivo para solicitar el divorcio.

Así, históricamente, desde el Código de 1870 ya se señalaba como causa legítima de divorcio "el abandono sin

causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años" (Artículo 240, fracción V); posteriormente, en el Código Civil de 1884 se señaló como causal legítima de divorcio "el abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aun cuando sea con justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio" (Artículo 227, fracción VI); después, en la Ley Sobre Relaciones Familiares continuó reduciéndose el plazo del abandono para configurar la causal, quedando en sólo seis meses, bajo la condición de que el abandono fuera sin causa justificada (Artículo 76, fracción V); finalmente, en el Código de 1928 se modificó sustancialmente esta disposición al cambiar el término "abandono" por "separación" del domicilio conyugal, lo que dio lugar a muchas controversias por la diferencia de conceptos entre uno y otro término, quedando textualmente la redacción de la fracción VIII del artículo 267 de la siguiente manera: Es causa de divorcio: "La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada".

La separación de la casa conyugal sin causa justa significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges; vivir juntos en el domicilio conyugal. Por lo que no importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes

de sostenimiento del hogar; para que opere esta causal de divorcio basta el hecho objetivo de haberse roto la cohabitación por más de seis meses.

Puede pensarse que la simple separación física no parece suficiente para el rompimiento del matrimonio pues debe haber una ruptura conyugal y despreocupación del cónyuge que se separa; pero también cabe preguntarse si no se comprende todo eso en la separación física sin causa justificada, es una presunción suficiente que demuestra que el cónyuge que se separa rompe los lazos matrimoniales y los afectivos, y se despreocupa absolutamente respecto al otro cónyuge y sus hijos, por tal razón esta causa si es imputable al cónyuge que se separa y al decretarse el divorcio se sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

Será importante tener en cuenta esta disposición contenida en el párrafo primero del artículo 286 al estudiar las fracciones IX y XVIII.

e) Por la separación con causa justa, si se prolonga por más de un año sin demandar el que abandona el divorcio. Fracción IX.

Salvo en el Código Civil de 1884, involucrada en la mencionada fracción VI del artículo 227, esta causal de

divorcio no tiene más antecedentes en legislaciones anteriores.

El texto vigente de la fracción IX del artículo 267, parte del supuesto de que el cónyuge que se separa lo hace por que el otro le dio causa de divorcio, debiendo demandar el mismo antes de que transcurra un año o corre el peligro de ser él el demandado por abandono de hogar, y así el cónyuge que debió ser acusado se convierte en acusador y puede vencer en juicio como cónyuge inocente. Lo grave de la cuestión estriba en las consecuencias diversas del divorcio con respecto a los dos cónyuges, por la declaración de cónyuge inocente y de cónyuge culpable, que ya vimos, sino que la situación podría complicarse por la posibilidad de que el demandante sea contrademandado y ambos divorciantes prueben su acción, en cuyo hipótesis los dos cónyuges podrían ser declarados culpables.

Se ha discutido mucho la aparente injusticia de esta norma respecto al cónyuge que abandonó el hogar por una causa grave, que de ofendido se convierta en ofensor, al poder ser demandado por su consorte, y autores tan prestigiados como el Maestro EDUARDO PALLARES, la justifican argumentando:

Que "el legislador cuidadoso de que tanto los cónyuges como los hijos no permanezcan en una situación de incertidumbre sobre la subsistencia del vínculo

matrimonial, concede al cónyuge abandonado el derecho de pedir el divorcio, para que su situación jurídica no quede indefinida por más tiempo. No se olvide que uno de los fines del derecho positivo es el de dar seguridad a las personas y que nada hay más nocivo que esa situación indeterminada en la cual quienes están casados legalmente, de hecho viven como si no lo estuvieran". (33)

No le falta razón al Maestro Pallares; la sociedad y el Estado están interesados en que las situaciones jurídicas no queden indefinidas y menos tratándose de matrimonio.

Es indiscutible que el titular de la acción de divorcio prevista en la fracción IX del artículo 267, es el cónyuge abandonado y no el que se separa del hogar conyugal aunque sea con causa justificada, pues ante la obligación de convivir en el domicilio conyugal, no le está permitido a ninguno de los cónyuges romper unilateralmente este deber. Sin embargo en la fracción que se comenta la ley permite separarse del domicilio conyugal a uno de los consortes, sólo en el caso de que exista causa justificada, pero el cónyuge que se separa debe deducir su acción de divorcio dentro de los seis meses siguientes, pues en caso contrario

(33) PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México, 6ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1991, pág. 78

se presumirá que hubo perdón tácito; por lo que, si se prolonga la separación por más de otros seis meses, se convierte en injustificada y por lo tanto, da motivo para que el cónyuge abandonado tenga el derecho de pedir el divorcio.

Puede ocurrir también que transcurrido más de un año de la separación, el consorte abandonado, que inicialmente era el ofensor, demande el divorcio, y el cónyuge abandonador que al principio era el ofendido se convierta en ofensor pero contrademande por otra causal que no haya caducado, y que ambos prueben su acción; los dos podrían ser considerados cónyuges culpables, en cuyo caso ninguno de los dos estaría obligado a pagar alimentos al otro. Lo que además es conveniente, por que de otra manera la ley estaría premiándolos por su acción y se estarían fomentando conductas antisociales.

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

Como vimos en el Capítulo II de este trabajo, sin contar con antecedentes históricos dentro de nuestra legislación, esta causal de divorcio fue agregada como fracción XVIII al

artículo 267, con motivo de las reformas practicadas al Código Civil en 1983.

En esta causal se contiene el tercer caso en que el hecho de una separación prolongada de los cónyuges puede ser motivo para obtener el divorcio. A diferencia de las dos anteriores, ésta puede ser invocada por cualquiera de los consortes, siempre y cuando la mencionada separación constituya de manera inequívoca y objetiva una ruptura de la vida en común por más de dos años, sin comprenderse aún por qué el cónyuge que ha faltado al deber de cohabitación sea legitimado para obtener el divorcio, basado en el supuesto de que después de ese tiempo de vivir separados, ya no existe estado matrimonial ni *affectio maritalis*, pareciendo entonces que existe causa justa para pedir y obtener la sentencia de divorcio que dé seguridad a una situación incierta, criterio que también comparte y sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se desprende de la siguiente Tesis:

"DIVORCIO. INTERPRETACION DE LA CAUSAL DE, PREVISTA EN EL ARTICULO 267, FRACCION XVIII, DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La disposición en comento establece como causa de divorcio necesario la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos". Después de haberse hecho un estudio profundo del contenido de esta norma, en el que se tomaron en cuenta una fuente inmediata, las causas reales que la originaron y los fines perseguidos, este tribunal considera que, la causal de divorcio que contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar

la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casados sólo mantienen el vínculo jurídico formal, el que en la realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentren en esa situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo en esta causal, deben reunirse los dos siguientes elementos: a) que la separación se dé con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como pueden ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuación de la especie, etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquiera índole que así lo revelen; y b) que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación, ya sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, la tramitación del mismo en forma voluntaria por la vía correspondiente o actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio."

Amparo Directo 336/85. María Magdalena Angeles Rodríguez. 7 de marzo de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

(Tesis 9, pág. 227, informe de 1986 del Presidente de la Corte.)

Como vemos, esta causal XVIII del artículo 267, en su estructura, contenido y espíritu es completamente diferente a las demás causales establecidas en el mismo artículo. En contra de la regla general establecida en el artículo 278, otorga acción para demandar el divorcio a cualquiera de los consortes, objetivamente sólo exige que la separación sea por más de dos años, sin importar el motivo que la haya

originado, lo que se presta a graves abusos de parte del cónyuge que cuente con condiciones sociales, económicas, culturales, físicas, etc., pues aun es una realidad en nuestro país que la mayor parte de la población desconoce sus derechos, o deja pasar el tiempo esperando la vuelta del cónyuge abandonador, o sus sentimientos religiosos le impiden divorciarse o tantas y tantas cosas que pueden darse.

Nuevamente estaremos ante el caso de una sentencia de divorcio omisa en cuanto a los efectos jurídicos que produce el divorcio entre los cónyuges, por no haber calificación de cónyuge culpable, y así, aun cuando ambos cónyuges sean considerados inocentes, paradójicamente ninguno de los dos tendrá derecho a una pensión alimenticia.

Estos razonamientos confirman la necesidad de promover una revisión del Código Civil en cuanto a las causales de divorcio y su trámite, así como en lo que se refiere a la protección económica de los cónyuges en los casos en que no haya declaración de cónyuge culpable, por no fundarse la causa de divorcio en culpa de alguno de ellos y ambos sean considerados inocentes, por lo que me permito ensayar una propuesta de modificación al artículo 288 del Código Civil, para agregarle un párrafo segundo y el actual segundo pase

a ser tercero y así sucesivamente, en los siguientes términos:

 Cuando se trate de casos de divorcio necesario en que no haya declaración de cónyuge culpable, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, podrá acordar una pensión alimenticia que considere adecuada para el cónyuge que la requiera, siempre que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

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

1. El matrimonio es un acto jurídico solemne que trae como consecuencia un estado permanente de vida entre los cónyuges.

2. Como estado permanente de vida entre los cónyuges, el matrimonio está constituido por un conjunto de deberes y facultades; derechos y obligaciones que se han creado en virtud de los intereses superiores de la familia, entre otros: la mutua cooperación y ayuda de los cónyuges, el débito carnal, la fidelidad, la comprensión entre ellos y la buena educación de los hijos que hayan procreado durante la vigencia de la unión.

3. El Código Civil vigente es ampliamente divorcista al establecer las dieciocho causales del artículo 267. En quince de las dieciséis primeras causales del artículo 267 que configuran el mal llamado "divorcio necesario", se advierte en el demandado un aspecto personal o subjetivo, que puede ser, o una determinada culpa en las fracciones I a V, VIII, IX y XI a XVI, o un determinado padecimiento, en las fracciones VI y VII, situación que en cambio no existe ni en la causal de la fracción X que se refiere a la muerte presunta de uno de los cónyuges y no propiamente a una causa de divorcio, ni en la causal de la fracción XVIII que contempla una situación netamente objetiva, como es la

separación de los cónyuges con una duración mayor de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación.

4. Debe promoverse una reforma al Código Civil, para suprimir del texto de la fracción VI del artículo 267, como causa de divorcio, el padecimiento de enfermedades como la sífilis y la tuberculosis, por ser perfectamente curables en la actualidad y no reunir las características que para otras enfermedades se señalan en la misma fracción.

5. Con motivo de las reformas al Código Civil publicadas por decreto del 27 de diciembre de 1983, entre otras cosas, se terminó con la injusta exención de obligaciones entre los cónyuges en los casos de divorcio voluntario, reconociendo el derecho que tiene la mujer y en determinados casos el hombre, a percibir alimentos cuando los necesiten, aunque sea por un tiempo limitado a la duración del matrimonio.

6. Sin embargo, a pesar de que no en todas las restantes diecisiete fracciones del artículo 267, se plantea culpa de alguno de los cónyuges para demandarle el divorcio, y a pesar también de que el artículo 302 establece que los cónyuges deben darse alimentos y que la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en

los casos de divorcio; el artículo 288 en su primer párrafo, señala que en los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente, sin señalar absolutamente ninguna regla para los casos en que no haya determinación de cónyuge culpable y ambos sean considerados inocentes, con lo que siempre se comete una grave injusticia con alguno de los cónyuges, con motivo de la exención de obligaciones entre ellos. Situación que no se presenta cuando ambos son considerados culpables, pues ninguno de los divorciantes tendrá derecho a solicitarle a su contraria una pensión alimenticia.

7. Sin duda la protección económica a las personas de los cónyuges en los casos de divorcio voluntario ha sido atendida por nuestro legislador, ahora sólo falta regular adecuadamente las fracciones VI, VII, IX y XVIII del artículo 267 del Código Civil, en que por no haber declaración de cónyuge culpable, no ha lugar a alimentos para ninguno de los dos miembros de la pareja, para lo cual se debe impulsar una reforma al Código Civil en sus partes relativas.

8. Por lo anterior, me permito proponer la siguiente modificación al artículo 288 del Código Civil,

adicionándole un segundo párrafo y el actual segundo párrafo pasaría a ser tercero y así sucesivamente, en los siguientes términos:

Cuando se trate de casos de divorcio necesario en que no haya declaración de cónyuge culpable, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, podrá acordar una pensión alimenticia que considere adecuada para el cónyuge que la requiera, siempre que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos o bienes suficientes para subsistir, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

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

- AGUILAR SANCHEZ, Antonio y otros, Panorama del Derecho Mexicano, Tomo II. Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1965.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Edit. Harla, México, 1990.
- BATIZA, Rodolfo, Los Origenes de la Codificación Civil y su Influencia en el Derecho Mexicano. 1ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1982.
- BATIZA, Rodolfo, Las Fuentes del Código Civil de 1928. Edit. Porrúa, S.A., México, 1979.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. Edit. Porrúa, S.A., México, 1990.
- ESQUIVEL OBREGON, Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México. 2 Tomos, 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1984.
- FLORIS MARGADANT S., Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Civil Mexicano. U.N.A.M., México, 1971.

FUEYO LANERI, Fernando, Derecho Civil, Tomo VI, v. I. Imp. y Lito Universo, S.A., Santiago de Chile, 1959.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia. Edit. Porrúa, S.A., México, 1980.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Estudios de Derecho Civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., México, 1981.

GALINDO GARFIAS, Ignacio y otros, "Un Siglo de Derecho Civil Mexicano", en: Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C, Estudios Históricos, Número 20, U.N.A.M., México, 1985.

GIL DE LESTER, Clementina y otros, "El Divorcio: Situación Actual", en: Obra Jurídica Mexicana, Tomo II. 2ª ed., P.G.R., México, 1987.

GONZALEZ, Ma. del Refugio y otros, "Notas para el Estudio del Proceso de Codificación Civil en México (1821-1928)", en: El Libro del Cincuentenario del Código Civil. U.N.A.M., México, 1978.

GONZALEZ, Ma. del Refugio, Apuntes Sobre la Historia del Derecho Civil en México Durante el Siglo XIX.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M.,
México, 1981.

GONZALEZ RAMIREZ, Manuel, "Ley del Divorcio Vincular de 29
de diciembre de 1914", en: Planes Políticos y otros
Documentos, Edit. F.C.E., México, 1974.

IBARROLA, Antonio de, Derecho de Familia, 7ª ed., Edit.
Porrúa, S.A., México, 1991.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho
Civil Mexicano, Tomo III, Derecho de Familia. Edit.
Porrúa, S.A., México, 1988.

MARTINEZ ARRIETA, Sergio T., El Régimen Patrimonial del
Matrimonio en México. 3ª ed., Edit. Porrúa. S.A.,
México, 1984.

MATEOS ALARCON, Manuel, La Evolución del Derecho Civil
Mexicano, Desde la Independencia hasta Nuestros Días.
Tip. Vda. de F: Díaz de León, Sucs., México, 1911.

MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia. Edit. Porrúa,
S.A., México, 1984.

ORTIZ URQUIDI, Raúl, derecho Civil, Parte General. 3ª ed.,
Edit. Porrúa, S.A., México, 1982.

ORTIZ URQUIDI, Raúl, Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana. Edit. Porrúa, S.A., México, 1973.

PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México. Edit. Porrúa, S.A., México, 1968.

PEREZ DUARTE Y NORONA, Alicia Elena, La obligación Alimentaria, Deber Jurídico, Deber Moral. Edit. Porrúa, S.A., México, 1989.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia. 5ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1980.

SANCHEZ MEDAL, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México. 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1991.

PINA, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Edit. Porrúa, S.A., México, 1978.

L E Y E S Y C O D I G O S .

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, Imprenta del Comercio de Dublán y Chávez, México, 1878.

Código Civil del Imperio Mexicano. Imp. Andrade y Escalante, México, 1866.

Codificación de los Decretos del C. Venustiano Carranza, Primer jefe del ejército constitucionalista, encargado del poder ejecutivo de la unión: Gobierno provisional de la República Mexicana. Secretaría de Gobernación, 1915.

Ley Sobre Relaciones Familiares, 4ª ed. Ediciones Andrade, S.A., México, 1993.

Código Civil del Distrito y Territorios Federales. Talleres Gráficos de la Nación, México, 1928.

Código Civil para el Distrito Federal. 62ª ed. Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975. Informes rendidos por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al Pleno de ese Alto Tribunal (años de 1975 a 1986), correspondientes a la Tercera Sala.

FE DE ERRATAS.

Pág. 18, tercer párrafo, primer renglón.

Dice:
subsiste
Debe decir:
subsistente

Pág. 24, tercer párrafo, primer renglón.

Dice:
Sino que sólo ...
Debe decir:
Sino que toma un matiz especial y sólo ...

Pág. 36, primer párrafo, tercer renglón.

Dice:
la fracción I, la VI y el párrafo final ...
Debe decir:
las fracciones I, la VI, y los dos párrafos finales ...

Pág. 38, cuarto párrafo, octavo renglón.

Dice:
... dos causas ...
Debe decir:
... tres causas ...

Pág. 39, primer párrafo, primer renglón.

Dice:
... grados...
Debe decir:
... grado ...

Pág. 39, primer párrafo, segundo renglón.

Dice:
... la segunda cuando se celebra el matrimonio habiendo
otro subsistente.
Debe decir:
... la segunda cuando existe parentesco de afinidad en
línea recta y la tercera cuando se celebra el matrimonio
habiendo otro matrimonio subsistente.

Pág. 43, segundo párrafo, segundo renglón.

Dice:
... son revocables las hechas por terceros, subsisten ...
Debe decir:
... las hechas por terceros son revocables, de las que se
hicieron los cónyuges entre sí, subsisten ...

Pág. 90, segundo párrafo, quinto renglón.

Dice:
... incurable, que sea además, ...
Debe decir:
... incurable, o cualquier otra enfermedad crónica
incurable que sea además, ...

Pág. 96, cuarto párrafo, cuarto renglón.

Dice:

... los artículos 266 y 267,

Debe decir:

... los artículos 266 y 270,

Pág. 100, segundo párrafo, primer renglón.

Dice:

Asimismo ...

Debe decir:

Así ...

Pág. 113, quinto párrafo, tercer renglón.

Dice:

... Código de Procedimientos Civiles ...

Debe decir:

... Código Civil ...

Pág. 118, primer párrafo, segundo renglón.

Dice:

... al Código Civil del 27 de diciembre de 1983, ...

Debe decir:

... de diciembre de 1983 al Artículo 266 del Código Civil..

Pág. 119, primer párrafo, cuarto renglón.

Dice:

... el segundo ...

Debe decir:

... la segunda ...

Pág. 121, primer párrafo, segundo renglón.

Dice:

hipoteca o en ...

Debe decir:

hipoteca, depósito de cantidad bastante para cubrir los alimentos o en ...

Pág. 136, segundo párrafo, décimo primer renglón.

Dice:

... inconveniencia dicha exención ...

Debe decir:

... inconveniencia de dicha exención ...

Pág. 155, primer párrafo, segundo renglón.

Dice:

... cuente con condiciones ...

Debe decir:

... cuente con mejores condiciones ...

Pág. 159, segundo párrafo, cuarto renglón.

Dice:

... fracciones VI, VII, IX y XVIII ...

Debe decir:

... fracciones V, VI y XVIII ...