



41
Des.

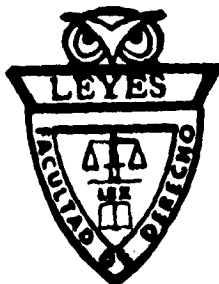
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

LA FIGURA DEL DIVORCIO DENTRO DEL
DERECHO FAMILIAR

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A I
SANTIAGO AMEZQUITA VICTORIA



CD. UNIVERSITARIA, D. F.

MARZO DE 1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Cd. Universitaria, D.F., a 21 de febrero 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 SANTIAGO AMEZQUITA VICTORIA, 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 "LA FIGURA DEL DIVORCIO DENTRO DEL DERECHO FAMILIAR".

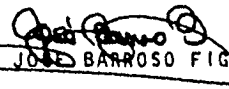
Después de haber leído el trabajo recepcional aludido, estimo que satisface los requisitos que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado Aplicable, por lo que considero que puede ser imprimido para su ulterior sometimiento a sínodo en el examen profesional correspondiente.

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



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

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


LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA.

JBF/sci

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Nuestra máxima Casa de Estudios:
como un humilde reconocimiento a su gran
labor, por las experiencias que me ha legado,
por dame la oportunidad de llegar a ser
profesionista.

A MIS MAESTROS:

Con profundo respeto y sincera gratitud a
mis queridos maestros de esta H. Facultad
de Derecho, cuya vida paralela a sus enseñanzas
ha sido para mí, así como para los que fuimos sus
discípulos un verdadero ejemplo de virtud, y
que siempre forjaron en mí el deseo de
superación constante, en especial al Maestro
VICENTE TOLEDO GONZALEZ, con quien
además he tenido la fortuna de convivir
algunos años.

AL LIC. ANDRES LINARES CARRANZA

Con afecto e infinita gratitud, ya que este trabajo
significó arduas horas de estudio y dedicación,
bajo su dirección siempre inteligente y acertada,
a quien le manifiesto mi más profundo y sincero
agradecimiento, ya que sin su invaluable ayuda,
orientación y paciencia no hubiera sido posible
llegar a este momento tan importante en mi vida.

AL LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA

Con infinito aprecio y gratitud por su valiosa
ayuda para la conclusión de este trabajo.

A MIS PADRES:

MANUEL AMEZQUITA Y MARIA VICTORIA

Como un testimonio de infinito aprecio y
agradecimiento, por toda una vida llena de
esfuerzos y sacrificios, brindándome siempre
todo el apoyo cuando más lo necesité.

Deseo de todo corazón que mi triunfo como
hombre y profesionista lo sientan como suyo
propio, con amor, admiración y respeto.

A MIS HERMANOS:

**MARGARITA, MANUEL, NICOLAS, ARTURO,
ANTONIO, EMILIA, JOSE LUIS, LETICIA Y
MARIA ELENA**

Por todo el apoyo y cariño que he recibido de ellos
para continuar superándome día a día por los
esfuerzos que han realizado para que yo
pudiera llegar a ser profesionista, esperando
que muy pronto vean también ellos realizadas
sus metas y aspiraciones.

A LA FAMILIA VELAZQUEZ LEON:

Por el gran apoyo que me han brindado, por su amistad y comprensión, pero principalmente por tener en ellos a mis mejores amigos, especialmente mi sincero agradecimiento para Anita por su gran ayuda mecanográfica y por todos esos momentos hermosos que hemos pasado juntos, así como por su invaluable comprensión, con quien espero compartir todos los éxitos de mi vida.

A GERARDO Y SONIA

En donde quiera que se encuentren, con los cuales sembré la semilla de la vida y la esperanza cuando florecía el cariño y el amor. Para ellos porque me hubiera gustado compartir este momento tan importante en mi existencia.

AL SR. SEVERIANO MORALES Y FAMILIA:

Por todo el apoyo recibido en cierta época de mi carrera, por la confianza brindada en los momentos más difíciles de mi vida, en especial por su afecto y cariño para el cual no existen palabras que expresen lo que ha significado su ayuda en el transcurso de mis estudios, por esto mi más profundo y sincero agradecimiento.

A LA SEÑORA SOCORRITO

Con admiración, respeto y cariño, mi más sincero agradecimiento por su valiosa ayuda en el Seminario de la Facultad de Derecho.,

A TODAS Y A CADA UNA DE LAS PERSONAS:

Que de una u otra forma se cruzaron en mi vida y que contribuyeron positivamente con su granito de arena alentándome y animándome para proseguir hasta la consecución y realización de este anhelado sueño.

" A DIOS NUESTRO SEÑOR "

Por todas las bendiciones que de él he recibido, por permitirme llegar y ver realizado un sueño largamente anhelado, esperando que me dé luz y sabiduría para ser justo y ecuánime en el ejercicio de mi profesión, así como el que me ofrezca la fuerza necesaria para seguir preparándome más día con día, para obrar de continuo con prudencia, eligiendo las palabras y las acciones más adecuadas, para servir y no defraudar a mi familia, a mi patria y a todos los que han confiado en mí.

LA FIGURA DEL DIVORCIO DENTRO DEL DERECHO FAMILIAR

	Pág.
INDICE	
INTRODUCCION	
CAPITULO PRIMERO	
1.1 Concepto e importancia del Derecho Familiar	1
1.1.1 Concepto	1
1.1.2 Ubicación del Derecho Familiar	8
1.2 La familia como núcleo formativo de la sociedad	20
1.2.1 Concepto de familia	21
1.2.2 Breve reseña del origen y evolución de la familia	23
1.2.3 La familia en la actualidad	28
1.3 El matrimonio como elemento de sustentación de la familia	34
1.3.1 Concepto de matrimonio	35
1.3.2 El matrimonio como fuente y base la vida social	39
1.4 Naturaleza jurídica del matrimonio	41
1.4.1 El matrimonio como acto jurídico	42
1.4.2 El matrimonio como contrato	42
1.4.3 El matrimonio como estado jurídico	44
1.4.4 El matrimonio como institución	45

CAPITULO SEGUNDO

2.1	Generalidades del divorcio	56
2.1.1	Origen etimológico	57
2.1.2	Concepto gramatical del divorcio	57
2.1.3	Conceptos doctrinales	57
2.2	Naturaleza jurídica del divorcio	60
2.3	Referencias históricas del divorcio	61
2.4	Breve reseña del divorcio en el derecho comparado moderno	73

CAPITULO TERCERO

3.1	El divorcio como búsqueda de una mejor adaptación a la realidad social actual	83
3.1.1	Derecho precolonial	83
3.1.2	Derecho colonial	87
3.1.3	México independiente	90
3.1.4	Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827-1828	92
3.1.5	Código Civil del Estado de Veracruz de 1968	99
3.2	Código Civil para el Distrito Federal de 1870 y el territorio de Baja California	102
3.3	Código Civil para el Distrito Federal de 1884	108
3.4	Ley de 29 de diciembre de 1914	112

3.5	Ley sobre relaciones familiares de 1917	115
3.6	Código Civil vigente en el Distrito Federal	122

CAPITULO CUARTO

4.1	Examen de las causales de divorcio, previstas por los artículos 267 y 268 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.	139
4.2	Causas del divorcio como supuesto del Derecho Familiar	141

CAPITULO QUINTO

5.1	Aplicación práctica de las causales de divorcio en el Código Civil vigente	194
5.2	Presupuestos procesales del divorcio necesario	195
5.2.1	Ejecutorización de sentencia	204
5.3	Breve estadística de las causales del divorcio	218
5.4	Impacto social del divorcio en la actualidad	221
5.5	Justificación ético-jurídica del divorcio	228
5.6	Propuestas de modificación a las causales de divorcio	232

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Este trabajo constituye un intento para abordar la problemática social que vive actualmente la familia, ya que el dinámico estado de vida del mundo moderno en que vivimos y la participación activa en él, de todas y cada una de las personas que integran el núcleo familiar, nos debe conducir a la necesidad de que los criterios sobre la estructura familiar sean cada vez más flexibles, esto implica que debe haber una más profunda comprensión de los problemas que pueden plantearse en beneficio de todos, sólo de ésta forma la familia llegará a ser una verdadera escuela de convivencia para las nuevas generaciones y unión de todos los que la integramos.

A través de la historia, la familia ha sido objeto de cuidadosos estudios sociológicos y jurídicos, sin embargo, cuando he observado en la vida diaria, tanto en la práctica del foro como por experiencia propia, el drama de la desintegración familiar de muchos hogares me nace la inquietud y ello me hace reflexionar para conocer más sobre la institución del divorcio, ya que éste, actualmente se considera como un problema sumamente controvertido y muy complejo en virtud de la amplitud de sus efectos, que van desde lo económico a la psicosocial, por las anteriores razones, en el presente trabajo se aborda la diversidad de sus aspectos, haciendo referencia a la evolución del grupo familiar y a las diferentes posturas históricas-jurídicas en relación al divorcio, para establecer en la actualidad la problemática real de éste y sus expectativas del futuro.

En el contenido de este trabajo se expone el punto de vista sobre las consecuencias que dimanar del divorcio, las cuales por desgracia no siempre resultan equitativas y justas para quienes deciden poner fin a una relación desafortunada, por lo que al observar con tristeza que el índice de divorcios es muy alto, resulta alarmante, y esto nos hace deducir que las parejas no son capaces de superar los problemas grandes o pequeños que en la vida conyugal se presentan; esto podría ser una consecuencia de

falta de orientación y preparación de la pareja con la finalidad de hacerlos más conscientes, ya que se debe comprender que así como hay alegrías y buenos momentos, también surgen problemas y tragos amargos y estos se presentan como un reto para la superación personal de ambos cónyuges y por consecuencia para el bienestar de la sociedad en general.

Ahora bien, para tener una visión más clara, el presente trabajo se divide en cinco capítulos de la siguiente manera:

En el Capítulo Primero, hablaremos del concepto y la importancia del Derecho Familiar, así como la ubicación de éste dentro del ámbito jurídico. Posteriormente hablaremos de la evolución de la familia como núcleo formativo de la sociedad, posteriormente pasaremos al tema de matrimonio como elemento de sustentación familiar, así como la importancia del matrimonio como Institución, como acto jurídico y como contrato; finalizando éste Capítulo con los efectos del matrimonio que se producen en relación a la persona de los cónyuges y las obligaciones de éstos como son: deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, deber de relación sexual y deber de fidelidad.

En el Segundo Capítulo, hablaremos de las generalidades del divorcio, empezando con el concepto etimológico y su naturaleza jurídica así como algunas referencias históricas del mismo, dentro del derecho comparado.

En el Tercer Capítulo, comentaremos el divorcio como búsqueda a una mejor adaptación a la realidad social actual, haciendo un breve análisis de éste en el derecho mexicano, desde la época precolonial así como en la Colonia e Independencia, analizando los artículos correspondientes, así como del Código Civil de 1870 y 1884 para el Distrito Federal y territorio del Baja California, Ley de 29 de diciembre de 1914,

Ley de Relaciones Familiares de 1917, y por último el Código Civil vigente, haciendo notar los sistemas de divorcio y las clases de éste en la actualidad.

En el Capítulo Cuarto examinaremos cada una de las causales de divorcio previstas en el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, haciendo un análisis de las causales de relevancia delictiva, las motivadas por hechos inmorales, la de hechos u omisiones contrarios al estado matrimonial, así como las causales motivadas por determinados vicios y las causales motivadas por ciertas enfermedades.

En el Capítulo Quinto, haremos una breve reseña de la aplicación práctica de las causales previstas en nuestro Código Civil vigente, asimismo señalaremos los presupuestos y etapas procesales del mismo, también haremos una investigación de campo sobre las causales que más se invocan en los tribunales, las que menos se presentan, las que requieren de un proceso previo, así como los fenómenos o causas que interrumpen los efectos de dichas causales de divorcio, pasando posteriormente al punto de justificación ético-jurídico del divorcio, el impacto social que causa el divorcio en nuestra sociedad, finalizando con una propuesta de modificación a dichas causales de divorcio previstas en nuestra legislación.

Tomando en cuenta lo anterior pido respetuosamente a este honorable Jurado que si estas consideraciones no fueren del todo acertadas, las aseveraciones que se hagan servirán de estímulo para esforzarme en alcanzar el propósito que se ha intentado al realizar este trabajo, por estas razones me atrevo a presentarlo, esperando su distinguida consideración y comprensión, insistiendo en la imprescindible importancia social de asegurar la protección y bienestar de la familia para beneficio de todos.

CAPITULO PRIMERO

1.1 CONCEPTO E IMPORTANCIA DEL DERECHO FAMILIAR

La familia en nuestros días se encuentra en un período de crisis, del cual puede salir si el Derecho Familiar se aplica correctamente y para ello se debe tener amplio conocimiento cada vez mayor todos los sectores de la sociedad, pero aún más de los profesionales del derecho.

Es importante hacer mención que en toda sociedad; el origen, desarrollo, disgregación o fin de la familia, están vinculados a la existencia, forma y evolución de la colectividad. El grupo familiar al estar unido por vínculos de diverso orden como son: los sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de ayuda recíproca no pueden permanecer ajenos al derecho objetivo, que los afianza y consolida al darles el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial y características muy diferentes al de otras relaciones jurídicas.

En este punto del capítulo analizaremos el concepto de Derecho Familiar, así mismo haremos notar la importancia del mismo en nuestra sociedad.

1.1.1 CONCEPTO

Algunos autores y tratadistas del derecho de familia coinciden acerca del concepto, sin embargo existen algunas diferencias de terminología, pero siempre van encaminadas a resaltar la importancia de esta rama jurídica en la vida social.

2

Sobre el particular el tratadista Italiano Julian Bonnecase señala que "Por derecho de familia entendemos el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objetivo exclusivo, principal accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia".¹

Esta concepción del Derecho de Familia comprende tanto reglas de orden personal como reglas de orden patrimonial, con lo cual le atribuimos un contenido amplio y acorde con las tendencias del derecho moderno.

Para la maestra Sara Montero Duhalt el Derecho de Familia "Es la rama particular del derecho que regula las relaciones familiares; las relaciones de los sujetos que tienen entre sí vínculos emergentes de la unión intersexual sea matrimonio o concubinato, o del parentesco consanguíneo por afinidad o por adopción".²

La familia y su correcta organización son de interés general y por lo tanto debe ser objeto de estudio de diversas disciplinas humanas como es la sociología y la psicología entre otras y corresponde al derecho señalar el marco normativo adecuado para que las relaciones entre sus miembros, se desenvuelvan satisfactoriamente y se produzca la unidad armónica que debe tener la célula social.

1 BONNECASE, JULIAN. "La Filosofía del Código de Napoleón aplicado al Derecho de la Familia", México, 1945. Editorial José M. Cajica, Pág. 33.

2 MONTERO DUHALT, SARA "Derecho de Familia". 4ª Edición. Editorial Porrúa, México, 1990. Pág. 32.

La familia es un todo orgánico, porque se trata de los datos mismos de la especie humana; en su base se encuentra la diferencia de sexos que implica una diversidad de aptitudes y una desigualdad de funciones complementarias entre sí. El derecho no crea a la familia, simplemente organiza el matrimonio y las otras instituciones que le dan vida basado en una estructura orgánica natural revelada por la biología humana.

Para el maestro Manuel Chávez Ascencio el derecho de familia es "el conjunto de normas de un fuerte contenido moral y religioso que regulan a la familia y a las relaciones familiares, personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el estado que protegen a la familia y sus miembros y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin."³

De lo anterior se puede desprender la importancia del derecho de familia, pues trata este de lo más íntimo del ser humano, de sus relaciones conyugales y de su conexidad familiar, toca valores éticos, morales y jurídicos en una combinación en que no se pueden excluir unos ni otros, debiéndose buscar su organización. Su base en el amor, que es causa del matrimonio y fin del mismo; estando además presente en la educación de los hijos, hace peculiar a esta rama del derecho debiendo ser estudiada con mayor cuidado auxiliada por diversas ciencias como son la antropología, la sociología, la historia y la ética moral, de tal forma que se logre un derecho de familia en el que fundamentalmente se busque la reglamentación de los derechos, deberes y obligaciones en función a su promoción para el crecimiento de los cónyuges, de los hijos estando presente la fuerza y la coacción no en forma necesaria sino en forma supletoria, un derecho promotor es muy difícil, pero más comprometedor, esto no significa que se

3 CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. "Derecho de Familia", 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 1984, Pág. 130

excluya del derecho la fuerza y la coerción, toda vez que por experiencia sabemos que en las relaciones y convivencia humana muchas veces, es necesario recurrir a ésta.

La familia constituye pues un campo clave para la comprensión del funcionamiento de la sociedad, a través de ella no sólo provee de miembros como organismos biológicos sino que además se encarga de prepararlos para que cumplan adecuadamente los papeles sociales que les corresponde posteriormente, es el canal primario para la transmisión de valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra.

De las definiciones mencionadas podemos obtener elementos constantes que son:

- a) Normas jurídicas
- b) Regulación de relaciones familiares entre sí y entre terceros
- c) Algunas se refieren a distintos momentos, regulando la constitución, la organización, vida y disolución de la familia.
- d) Otras se refieren al fuerte contenido moral y religioso predominante en familia para que esta pueda cumplir su fin.
- e) Otras nos hablan de hechos biosociales derivados de la unión de sexos a través del matrimonio o concubinato.

De los anteriores conceptos, en su mayoría se refieren al aspecto positivo y sólo la Maestra Sara Montero Duhait, lo refiere como una rama de la ciencia jurídica, recordando a García Maynes que nos dice: "...Es necesario inquirir la naturaleza de la técnica jurídica o doctrina de la aplicación del derecho, y establecer que lugar le corresponde dentro del cuadro general de las disciplinas científicas. El conocimiento de dicha clasificación es, para nosotros, muy útil, porque nos permitirá determinar el sitio

asignado en ella a las disciplinas jurídicas auxiliares. Una de las clasificaciones más conocidas es la del Filósofo Alemán Wilhem Windelband (1845-1915), expuesta en un célebre discurso rectoral pronunciado en Estrasburgo, según el mencionado pensador hay dos clases de disciplinas científicas: Nomotéticas e Idiográficas las del primer grupo (Ciencias de Leyes), expresan las relaciones necesarias que existen entre los fenómenos naturales; las del segundo grupo (Ciencias del Suceso) estudian los hechos pretéritos en su individualidad característica. A estas últimas suelen dáseles la denominación del Ciencias Históricas. "4

Continúa diciéndonos el Maestro Eduardo García Maynes con respecto al derecho como ciencias que "examinando la teoría del jefe de la Escuela de Viena Hans Kelsen, sostiene que las disciplinas científicas deben dividirse en explicativas y normativas. Aquellas son las Ciencias Naturales; las segundas caracterizándose en que su objeto no estriba en explicar lo real, sino es conocer normas, es decir, reglas de conducta que postulan deberes. "5

Del análisis de las teorías que nos refiere el Maestro Eduardo García Maynes de Windelband y Kelsen, nos revelan la existencia de tres grupos de disciplinas: Nomotéticas o explicativas, ideográficas o históricas y normativas.

Por tal motivo este autor nos afirma que " La combinación precedente no forma todavía una clasificación completa, porque en ella no aparecen las ciencias matemáticas, en efecto: Estas no estudian hechos, ni causas, ni normas. Creemos que no es posible definir las como ciencias de axiomas, ya que están integradas por

4 GARCÍA MAYNES, EDUARDO. "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa Hnos, S.A., de C.V., México 1984, Pág. 126.

5 IDEM, Pág. 126

promisiones que se obtienen deductivamente partiendo de una serie de principios necesarios o evidentes. Por ende hay cuatro clases de disciplinas: Ciencias de Leyes, Ciencias de Sucesos, Ciencias de Axiomas y Ciencias Normativas; de acuerdo con la tesis de Felix Somleó, expuesta en el Libro " Teoría Jurídica Fundamental ", las citadas en último término deben ser divididas en dos grupos; las del primero, que el Jurista Húngaro, llama monográficas que tienen por objeto la exposición sistemática de determinadas reglas normativas; la misión de las del segundo grupo, que designa con el nombre de nomotéticas, estriba en la creación de preceptos de la misma índole; la jurisprudencia técnica forma parte del primero, más no hay que olvidar que dicha disciplina posee además de su faceta científica un aspecto técnico, no es únicamente ciencia sino arte. "6

Lo anteriormente analizado y a manera de conclusión terminamos este breve estudio del derecho como ciencia afirmando que la Jurisprudencia técnica, es su aspecto teórico es una disciplina monográfica, cuyo objeto estriba en exponer, de manera ordenada y coherente las disposiciones consuetudinarias, jurisprudenciales y legales, que integran cada sistema jurídico, ya que la ciencia del derecho implica que el objeto existe y por lo tanto requiere de dos condiciones:

Que haya sido puesto por altos legislativos o por hecho de la costumbre y que sea eficaz y que no haya caído en desuso.

De lo anterior y a fin de manejar un concepto tanto teórico como positivista propondremos una definición de derecho familiar desde nuestro particular punto de vista tomando como base lo analizado anteriormente.

Señalando "El derecho familiar es una rama del Derecho que tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas que regulan la constitución, la organización y disolución de las relaciones familiares, tanto internas como externas respecto a sus miembros y la sociedad, surgidas éstas por matrimonio, concubinato, filiación o por parentesco".

Como ciencia del derecho esta rama jurídica pretende la protección jurídica económica, social y cultural, de la célula llamada familia que ha originado incluso formas de Gobierno.

De lo anterior podemos interpretar que la constitución de la familia surge por dos datos biológicos de la realidad humana y que son: la unión sexual y la procreación. El orden jurídico toma en cuenta estas fuentes reales y crea las instituciones reguladoras de las mismas y así la unión sexual se enmarca jurídicamente dentro de la institución del matrimonio o concubinato y derivada de la unión sexual surge biológicamente la procreación de la especie que es recogida por la norma jurídica a través de la figura de la filiación, así mismo este hecho biológico de la procreación crea otra relación que se establece entre los individuos que descienden unos de otros o de un tronco común más lejano, creando la institución jurídica del parentesco.

Así tenemos en síntesis que son tres las instituciones jurídicas relativas a la constitución de la familia y que son las siguientes: El matrimonio o concubinato, la filiación y el parentesco, de las cuales a su vez derivan otras, objeto de estudio de esta rama del derecho.

En cuanto a la organización de la familia, una vez surgidos los lazos entre los sujetos denominados familiares entre sí, el derecho de familia determina los deberes y los derechos normalmente recíprocos, existentes entre ellos. La organización de las relaciones familiares por el derecho no es otra cosa que la creación de derechos y

obligaciones entre los ligados por lazos de matrimonio, concubinato, filiación o parentesco.

En lo referente a la disolución o disgregación de la familia se debe de entender como el rompimiento de los lazos de la familia entre los individuos que estaban previamente ligados uno con otro. La relación familiar se extingue obviamente con la muerte, otra forma de extinción de los lazos familiares son: la nulidad de matrimonio y el divorcio los cuales desliga a los cónyuges, de lo cual hablaremos más ampliamente a partir del siguiente capítulo, asimismo la impugnación de la paternidad o de la filiación en los limitados casos que la ley lo permite y la revocación de la adopción.

Realmente los únicos lazos familiares que pueden romperse voluntariamente son aquellos que surgieron también de la voluntad de las partes, como son el matrimonio y la adopción. Las relaciones consanguíneas son dadas por la naturaleza y únicamente se extinguen por la muerte.

1.1.2 UBICACION DEL DERECHO FAMILIAR

Tradicionalmente la regulación de las relaciones familiares se ha ubicado dentro del derecho civil, en la parte correspondiente a las personas, y el concepto de familia se entiende que en tal regulación no tuvo una connotación precisa y reconocida por los ordenamientos jurídicos.

No es sino hasta principios de este siglo cuando se inicia una corriente doctrinal cuyo exponente más significativo es el italiano Antonio Cicu, seguido en Francia por los hermanos Mazeaud. Esta corriente destaca al concepto de familia como concepto social, en contrapartida del concepto individualista que había venido imperando en la

legislación, este cambio de enfoque se tradujo en la popularización del concepto de derecho familiar o de la familia.

Dicha popularización se ha reflejado en la creación de tratados e intentos legislativos y didácticos, encaminados a separar del Código Civil la regulación de las relaciones familiares, con miras a crear una rama autónoma del derecho. Con ellos se procura no sólo independizar al derecho de familia del derecho civil, incluso sacarlo del ámbito del derecho privado al que tradicionalmente ha pertenecido.

Para fundamentar la separación se aducen argumentos que hacen suponer al derecho de familia como disciplina que reúne caracteres semejantes al derecho público. Al respecto el maestro Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Baez citan la siguiente clasificación de caracteres, de la siguiente manera:

- a) Es notoria la intervención del poder público en las relaciones familiares, las cuales pueden crearse ni resolverse sin la intervención del Estado ya sea administrativo, Juez del Registro Civil o Judicial, Juez Familiar.
- b) El concepto de función, propio del derecho público es característico de las relaciones familiares, donde los derechos son recíprocos y dados para el cumplimiento de los deberes correspondientes. Por ejemplo el deber de dar alimentos es recíproco, pues quien debe darlos tiene el derecho de recibirlos y las facultades del padre de familia son otorgadas por el estado para que cumpla con sus deberes como tal.
- c) Los derechos y deberes otorgados mediante una norma de esta naturaleza para regular las relaciones, familiares son irrenunciables o imprescindibles. Ello indica que la sola voluntad de los sujetos no es suficiente para alternarlas o suprimirlas y

además, que muchas de las facultades no se pierden merced al simple transcurso del tiempo".⁷

Tradicionalmente y habida cuenta de las innumerables objeciones que a la división de las ramas del derecho en dos grandes sectores se ha formulado, las normas jurídicas se consideran de dos clases: de derecho público o de derecho privado, surgida esta clasificación desde el derecho romano.

Derecho público es el que atañe a la organización de la cosa pública. Derecho privado, el que incumbe a la utilidad de los particulares, la distinción entre derecho público y derecho privado ha perdurado hasta la actualidad.

Grandes sectores de la doctrina jurídica están de acuerdo en esta primera distinción señalando criterios diversos para fundarla; otros pensadores de diversas corrientes niegan la posibilidad de la discriminación radical en dos sectores de normas, afirmando que todo derecho es por esencia, público, por emanar del estado y porque su cumplimiento o incumplimiento repercute forzosamente en el medio social.

El hecho de que exista dentro de la doctrina más de un centenar de definiciones diferentes con respecto a las dos especies de derecho, tratando de establecer un criterio material de distinción entre derecho público y derecho privado, lleva a la conclusión de su inexistencia. Los linderos entre uno y otro tipo de normas son inciertos y difusos. Sin embargo la persistencia de la distinción entre normas de derecho público y derecho privado hace ver su interés teórico y didáctico.

⁷ BAQUEIRO ROJAS, EDGAR y BUENROSTRO BAEZ ROSALIAS. "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Harla, México, 1990, Pág. 11.

Al respecto la maestra Sara Montero Duhalt señala que se pueden clasificar en tres grupos los criterios más usuales:

- a) Las teorías basadas en la tradicional distinción romana del interés en juego.
- b) Las que toman como base el contenido de la norma.
- c) Las que nos hablan de la situación de los sujetos que intervienen en la relación jurídica.

Las teorías basadas en el interés en juego señalan que son de derecho público las dirigidas al interés general de una colectividad y de derecho privado las que garantizan el interés particular.

Tomando como base el contenido de la norma, serán de derecho público las que determinan los órganos y funciones del estado, en tanto serán de derecho privado las que organizan las relaciones entre los sujetos en aquellos aspectos en los cuales el estado no interviene ni forma parte de su estructura.

Por último, las que nos hablan de la distinción en razón de la situación en que se encuentran los sujetos de una determinada relación jurídica, señalan que son de derecho público las normas reguladoras de las relaciones en las que intervienen el estado en su carácter de soberano, generando una relación de suprasubordinación, el individuo subordinado a los mandatos del estado y será del derecho privado aquella relación donde los individuos se encuentran en una situación de coordinación en un plan de igualdad, o en la que el estado no interviene como sujeto de la relación jurídica.⁸

⁸ Montero Duhalt Sara, *Op. Cit.* Pág. 25

Como producto de las grandes revoluciones que caracterizaron el advenimiento del siglo XX, surgieron nuevas ramas del derecho con características propias y distintas de las señaladas al derecho público o al derecho privado. Se dieron en llamar estas nuevas ramas "derecho social", sin embargo y pese a sus críticas la denominación de esta nueva rama del derecho ha cobrado gran importancia en el lenguaje jurídico dándosele un valor específico como vocablo técnico destinado a calificar ciertas ramas que tienen como denominador común ciertas características. Para la maestra Sara Montero Duhalt esas características son las siguientes:

- a) No se refieren a los individuos en general, sino en cuanto a integrantes de grupos sociales o de sectores de la sociedad bien definidos: obreros, campesinos, trabajadores independientes, gente económicamente débil, proletarios, desvalidos.
- b) Tienen un carácter protector de las personas, grupos y sectores que caen bajo sus disposiciones.
- c) Son de índole económica pues regulan fundamentalmente intereses materiales (o los tienen en cuenta), como base del progreso moral.
- d) Tratan de establecer un completo sistema de instrucciones y de controles para transformar la contradicción de intereses de las clases sociales en una colaboración pacífica y en una convivencia justa.

Pueden resumirse las características anotadas señalando que se llama derecho social al conjunto de nuevas ramas jurídicas protectoras de ciertos sectores específicos del grupo social.⁹

Señaladas anteriormente las características de las tres grandes divisiones del derecho, corresponde ubicar al derecho de familia dentro de uno de los tres grandes apartados, pues su ubicación tradicional dentro del derecho civil, o sea el derecho privado en general ha sido frecuentemente cuestionada.

La polémica acerca de la adecuada ubicación del derecho de familia despertó interés en los juristas y cobró especial relieve a partir de las ideas del tratadista italiano de principios de este siglo Antonio Cicu expuestas en sus dos principales obras "El Derecho de Familia" y "La Filiación" expone el famoso profesor de la Universidad de Bolonia que el derecho familiar no pueden aplicársele los principios generales del derecho privado, pues el pilar de los mismos, la autonomía de la voluntad es inoperante para la normativa de las relaciones familiares.

Al analizar Cicu la estructura de las relaciones que configuran el derecho de familia, advierte en las mismas no predomina el simple interés particular de los individuos, sino el interés superior de grupo familiar; las normas relativas son de carácter imperativo o prohibitivo; no se deja el juego de la libre voluntad de los individuos regir las relaciones más importantes que estructuran y organizan la vida familiar: Los deberes entre cónyuges o entre padres e hijos, por ejemplo son irrenunciables a través de las instituciones del matrimonio y de la patria potestad.

9 *Montero Duhal Sara, Op. Cit. Pág. 26*

Por su parte Rafael Rojina Villegas, en su obra de Derecho Civil Mexicano, en la que cita al tratadista italiano Antonio Cicu, nos dice; " Considera el autor citado que tomando en cuenta la estructura esencialmente distinta de las relaciones de derecho de familia en comparación con las del derecho privado debe abandonarse el criterio tradicional del derecho familiar en el privado para considerarlo como un sistema de derecho Público. "¹⁰

Continúa diciéndonos, que Antonio Cicu, en parte ante las consecuencias de su conclusión, al decir que, " Con todo esto no queremos afirmar que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público. Si derecho público es el estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público, la familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al estado una Libertad y una Autonomía de la misma naturaleza que la privada) sino porque los intereses tutelados no son como los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la biparticipación podría ser sustituida una triparticipación que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político. "¹¹

Siguiendo con el Maestro Rojina Villegas, nos dice: " Además de las ideas expuestas, Cicu ha tratado extensamente de este problema en su obra: El Derecho de

10 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano", Tomo II, Derecho de Familia, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1975, Pág. 17

11 CICU, ANTONIO. "La Filiación", traducido por Faustino Jiménez Amau y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid 1930, Revista de Derecho Privado. Citado por Rafael Rojina, Ob. cit., Pág. 17.

Familia (trad. por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1947), al efecto dedica la primera parte de la misma a la comparación entre el derecho familiar y el derecho público, estudiando en el primer capítulo el derecho público y el derecho privado, y en el segundo, el derecho familiar. En la segunda parte trata del derecho de familia y del derecho privado, dedicando los siguientes capítulos: I El Derecho de Familia y las normas de orden pública; II El Derecho de Familia y la Teoría del Negocio Jurídico y III Adquisición y Pérdida de los Derechos de Familia.

En el análisis comparativo que hace entre el derecho familiar y el derecho público, expone primero los fundamentos de la distinción clásica entre el derecho público y privado,; derecho individual y derecho social; interés privado y público, para referirse después a la relaciones y derecho subjetivos públicos y privados, señalando los diversos índices de reconocimientos de las relaciones públicas. Al ocuparse ya en particular del derecho de familia, estudia los siguientes temas: 1º La Familia como organismo; 2º Relaciones y Derechos Subjetivos Familiares; 3º Estructura Interna de la Familia (el interés familiar); 4º Estructura Interna de la Familia (La voluntad familiar) y 5º La familia y el Estado.

Después de haber dado una idea general sólo del índice del interesante trabajo de Antonio Cicu, se aprecian las ideas más importantes respecto al problema relativo a determinar la naturaleza jurídica del derecho familiar. ¹²

Desde este punto de vista, las normas de derecho familiar se asemejan a las de derecho público y se distancia de las características del derecho privado, eso no significa de ninguna manera que la rama del derecho familiar debe pertenecer al derecho público, pues este último es el que regula la organización y funcionamiento del

12 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Ob. cit.*, Pág. 17 y 18

estado y demás organismos públicos. La familia no es un ente público, aunque la estructura de la misma, su organización y finalidades sean de un indiscutido interés público el estado está interesado en que la célula social, la familia, se integre y consolide sobre bases sólidas y profundamente éticas, de ahí las normas jurídicas que deben regirlas son protectoras del núcleo, imperativas e irrenunciables.

Lo anterior es el análisis del pensamiento de Antonio Cicu, que nos habla de una posible tripartición.

Por su parte la maestra Sara Montero Duhalt, nos dice en su obra de derecho familiar que la tripartición del derecho se ha convertido ya en una realidad con la inclusión del llamado derecho social y para ubicar al derecho de familia nos dice "creemos que la inclusión del derecho de familia dentro del derecho privado es lo debido, pese a que en este derecho no vemos funcionar a la autonomía de la voluntad como pilar de sus principios. Pero el derecho privado es regulador de las relaciones de los particulares entre sí, como simples particulares."¹³

Con respecto a la autonomía del derecho de familia, nos dice: "Para que una ciencia jurídica pueda decirse autónoma, es necesario la reunión de ciertas características de extensión, de interés propio, de instituciones peculiares y diferentes a las de otras ramas del derecho; que tenga materia y perfiles seguros para su determinación como particular e independiente, es decir autónoma".¹⁴

Por otro lado el Maestro Julián Guitrón Fuentevilla, en su obra de "Derecho Familiar" sostiene que la familia tiene más importancia que el propio estado y supera

13 MONTERO SARA, DUHALT. *Ob. cit.*, Pág. 28

14 *Ibidem*, Pág. 28

las discusiones existentes en torno a la autonomía del derecho de familia, argumentando que el derecho de familia es tan importante, que deben revalorarse los juicios mencionados sobre éste y su reglamentación autónoma, afirmando, que "el derecho familiar, debe agruparse bajo un género diferente al privado y al público, pues la familia, como generadora de todas las formas actuales de sociedad y de gobierno, tiende a desaparecer no tanto por la desmembración constante de ella, sino por la intención, cada día más penetrante, del núcleo familiar por el estado. Esta es nuestra verdadera preocupación. Es la intervención estatal la que debemos evitar en el seno familiar, entiéndase bien, estamos de acuerdo con la protección estatal a la familia; pero no en su intervención, estamos conscientes que el estado a través de sus órganos, proteja los derechos familiares; y la mejor manera de hacerlo será elaborando un código familiar federal, con tribunales de familia, con expertos en humanidades, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, médicos, etc., todos ellos, agrupados alrededor del Juez para asuntos familiares, con objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas, los cuales muchas veces se resolverían con un consejo, o una orientación bien intencionada. Estamos de acuerdo, que el estado propicie la protección familiar; considerando al derecho familiar como una rama independiente del derecho público y privado, atendiendo fundamentalmente a la importancia de conservar e incrementar la unidad de la familia y sus consecuencias jurídicas, como el matrimonio, el divorcio, la patria potestad, la tutela, etc."

"Las instituciones comprendidas en el derecho familiar, son tan ambiguas y complejas que necesitan sus propias reglas y proyecciones; sin salirse del derecho familiar, es decir para nosotros lo fundamental es proteger a la familia, con la intención de no debilitar ni a la sociedad ni al Estado, en su estructura, pues en última instancia y según nos lo demuestra la historia, la decadencia de todos los pueblos ha empezado, cuando se debilitan los núcleos familiares. Fundamos nuestra tesis, considerando al derecho familiar como autónomo del privado primero y del civil después, pues el interés

de proteger, es tan fundamental a la misma organización social, necesitando darle su propia legislación, lo cual consecuentemente, evitará su inexorable desmembramiento y permitirá su cohesión..."

En conclusión, nos dice el maestro J. Guitrón Fuentevilla, " La autonomía del derecho de familia, no debe crear fantasmas alrededor de los conservadoras en el derecho civil. No deben asustarse los civilistas, porque haya inquietud por separar el derecho familiar del derecho civil, pues queremos recordarles que desde sus orígenes, el derecho civil ha ido creando todas las diversas ramas del derecho moderno; así el derecho mercantil, el derecho fiscal, el derecho laboral, etc., los cuales tuvieron sus bases en el derecho civil, entonces ¿por qué ahora algunos se inquietan al conocer la intención de separarlo del derecho civil? ojalá, y todo sea en función de beneficiar a la familia, y los civilistas lográramos ponernos de acuerdo sobre este difícil tema, y juntos nos lanzaremos a la elaboración del derecho familiar, como disciplina autónoma. Inspirados en el interés de fortalecer a la familia. "¹⁵

Con lo anterior y a fin de enriquecer más este punto agregaremos la opinión del distinguido profesor de derecho civil de la facultad de derecho, de la Universidad Nacional Autónoma de México, Licenciado José Barroso Figueroa, al afirmar que "de lo expresado hasta ahora pueden deducirse conclusiones bastante objetivas acerca de la autonomía del derecho de familia:

PRIMERA.- Es imposible dar una solución unitaria al problema, pues dentro de cada legislación y realidad nacionales, varía la intensidad con que se dan los factores que sirven para apreciar si el derecho de familia ha alcanzado su autonomía.

¹⁵ GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. "Derecho de Familia" Editorial Publicidad y Producciones Gama, S.A. México, 1972. Pág. 323 y sigs.

SEGUNDA.- Al parecer en los países socialistas (que poseen códigos de la familia, doctrina específica referida al estudio de las relaciones familiares, que han imprimido un espíritu propio al derecho de familia y que cuentan con procedimientos y organismos estatales relacionados con esta materia que no se confunden con los que rigen otro género de relaciones) el derecho de familia es una rama autónoma.

TERCERA.- En otros países como el nuestro, el actual derecho de familia permanece aún integrado al civil. Tal como se nos presenta, es resultado de la socialización que ha sufrido, en general la ciencia jurídica. Debido a nuestra naturaleza de las relaciones que rigen y al impostergable interés que el Estado tiene comprometido en el desarrollo del cuerpo familiar, el derecho de familia ha sido uno de los campos más fuertemente permeados por el fenómeno socializador.

La permanencia del derecho de familia dentro del civil (y con ello en el ámbito del privado), opera más bien por inercia que por la meditada intención de que así ocurra. Substantivamente (institucionalmente) la rama jurídica de que nos ocupamos escapa a los principios jusprivatistas; su orientación teológica no coincide con la del género jurídico donde se le ubica; este gravísimo rompimiento basta por sí sólo para hacer dubitativa cualquier opinión; pero mientras no contemos con código, procedimientos, tribunales y enseñanza especializados, aún hemos de seguir viendo en el derecho familiar un apéndice (caduco) del derecho civil.

CUARTA.- Previsiblemente en un futuro no muy lejano el derecho de familia alcanzará en nuestro medio su plena autonomía al dar cumplimiento a todos los factores

que este proceso ha menester; entonces abandonará el derecho privado para convertirse en una rama del derecho social.¹⁶

Desde nuestro particular punto de vista pensamos que el derecho familiar se debe ubicar como una rama autónoma del derecho civil, pues su naturaleza jurídica es propia, no es totalmente civil, ni tampoco es totalmente privada, sino que el derecho familiar ha creado sus propias normas, sus objetivos, y sus fines, que están vigiladas por el Estado; actualmente hay un interés público y social para que se cumpla con los fines que debe alcanzar la familia pero de ninguna manera puede enajenarse o renunciarse ningún derecho familiar, situación que obviamente ocurre en otro tipo de disciplinas públicas o privadas.

Por su naturaleza jurídica el derecho familiar constituye un tercer género que ha formado sus propios métodos y objetos de estudio, sus materias y cursos que en ninguna hipótesis como ocurre en el derecho civil, hay intereses patrimoniales, económicos o mercantiles a proteger. Los intereses, de la familia son superiores, su interés merece la legislación protectora del Estado; pero no su intervención en el seno de la familia.

1.2 LA FAMILIA COMO NUCLEO FORMATIVO DE LA SOCIEDAD.

Podemos afirmar que la familia es la más antigua de las instituciones sociales y a su vez ésta forma un elemento esencial para la comprensión y funcionamiento de la

¹⁶ BARROSO FIGUREROA, JOSE. Artículo en la revista de la Facultad de Derecho, U.N.A.M. "Autonomía del Derecho de Familia", Tomo XVII. No. 68, Oct-Dic. 1967 Pág. 838 y 839

sociedad. A través de ella la comunidad se dota de sus miembros y se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.

1.2.1 CONCEPTO DE FAMILIA.

No obstante que nuestro Código Civil vigente, no define, ni precisa el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista, sólo señala, los tipos, líneas y grados del parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes, la mayoría de los tratadistas de esta disciplina, hablan de la familia en un sentido amplio y un sentido restringido.

Así, Eugene Petit, nos dice "si tratamos de establecer el concepto de familia desde un punto de vista jurídico, observamos que en el derecho romano la palabra familia cuando se refiere a las personas se emplea en dos sentidos contrarios; así tenemos, que en el derecho primitivo de Roma, se entendía por familia al conjunto de personas que se encontraban bajo la autoridad absoluta de un jefe único; más tarde, en un sentido general se entendió por familia al conjunto de agnados, es decir, a todas las personas unidas por el civil".¹⁷

En el mismo sentido Jossierand Louis, también define el concepto de familia en dos sentidos al afirmar "en primer lugar en un sentido general, la familia engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad que se extiende hasta límites lejanos, en esta acepción descansa a la vez en la comunidad de sangre en el matrimonio y en la adopción, y en segundo lugar en un sentido muy restringido y

17 PETIT, EUGENE. "Tratado Elemental de Derecho Romano", 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1984, Pág. 95

diferente, la familia son las personas que viven bajo el mismo techo, padre, madre, hijos y si hubiera lugar nietos y aún colaterales".¹⁸

Siguiendo el mismo criterio, el Diccionario Jurídico Mexicano dice; el vocablo Familia (del latín "familia") en sentido muy amplio, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere. Esta noción por su propia vaguedad y su amplitud no tiene efectos jurídicos. Estos pueden percibirse en el campo de la sociología. En la medida en que son el fundamento de ciertos vínculos de solidaridad o en el ámbito de la sociología, por los sentimientos de afectos que esa situación crea. Se forma así la idea de la familia en sentido amplio que coincide con el concepto de la "gens" (linaje), palabra que tiene una connotación más restringida a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo. En este sentido se puede hablar de la familia doméstica en oposición a la familia gentilicia. Como una huella de la antigua gens romana, el concepto de familia doméstica se amplía de manera que pueden quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y de los descendientes inmediatos de éstos (nietos) aunque no vivan en la misma casa".¹⁹

Como se puede apreciar, los juristas tratan de establecer la definición de familia tomando en cuenta principalmente: la autoridad del jefe de familia (en el antiguo derecho romano); el parentesco ya sea civil, por afinidad o consanguíneos y la misma casa o domus. Así el Maestro Ignacio Galindo Garfias nos dice que "en sentido amplio, la familia es un conjunto de personas (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; que establece vínculos entre sus componentes de diverso orden e identidad

18 JOSSERRAN, LOUIS, "Derecho Civil", Trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 3ª Edición, Editorial Bosch, Tomo I Vol. II, Pág. 4

19 DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 4ª Edición, Editorial Porrúa - U.N.A.M., México 1991, Pág. 1428

(sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio y ayuda recíproca) a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial". "...desde el punto de vista jurídico, el concepto de familia únicamente comprende a los ascendientes y a los parientes en la línea colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos)".²⁰

Concluyendo, podemos considerar a la familia como una institución social, permanente y natural en la que se realizan todas las formas de sociabilidad, como son la herencia de valores, creencias, formas de conducta, sentimientos, costumbres e ideales.

1.2.2 BREVE RESEÑA DEL ORIGEN Y EVOLUCION DE LA FAMILIA

La familia como toda institución social, ha sufrido una serie de transformaciones difíciles de conocer, pues únicamente se tiene testimonio de las organizaciones familiares a partir de los primeros documentos.

Las diversas formas que han existido de organización familiar solo sirven como referencia para señalar la evolución de esta institución, Juan Jacobo Rousseau afirma que "La familia es la más antigua de todas las sociedades y la única que surge espontáneamente por razones naturales, sin embargo los hijos no permanecen ligados al padre más que durante el tiempo que tienen necesidad de él para su conservación. Tan pronto como esta necesidad cesa, los lazos naturales quedan disueltos..." "...si

²⁰ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. "Derecho Civil", 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 1980, Pág. 440

continúan unidos, no es ya forzosa y naturalmente, sino voluntariamente; y la familia misma no subsiste más que por convención".²¹

A partir del momento en que se constituyen grupos humanos primitivos, hasta llegar a la compleja convivencia social en la cual vivimos; la gran mayoría de historiadores e investigadores sociales coinciden al señalar que progresivamente surge la Horda, clan o gens, faltris, tribu, pueblo, nación y estado.

El maestro Ignacio Galindo Garfias, nos da su punto de vista al afirmar que "La familia es un núcleo de personas que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación. Dicho grupo social, que se constituye originalmente en las tribus o clanes primitivos por necesidad de orden socioeconómico de los pueblos cazadores y agricultores y que surgió antes de la formación de cualquier idea de estado o derecho, ha sufrido una incesante evolución para llegar hasta nuestros días como una verdadera institución fuertemente influida por la cultura (la religión, la moral, el derecho y la costumbre). Si la motivación original de la familia hay que encontrarla en las simples exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores, ha adquirido en su desarrollo, a través de milenios y precisamente por la influencia de los elementos culturales una completa estabilidad, que le da existencia y razón de ser más allá de las simples motivaciones biológicas y económicas".²²

En este mismo sentido el maestro Luis Recaséns Siches, coincide al calificar a este grupo social como "grupo surgido por las necesidades naturales de sus

21 ROUSSEAU, JUAN JACOBO. "El Contrato Social", Colección Nuestros Clásicos, No. 23, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978. Pág. 7.

22 GARCIA GARFIAS, IGNACIO, Ob. cit. Pág. 425

interrogantes, sobre todo aquellas referidas a la crianza y al sostenimiento de los hijos e hijas; sin embargo considera que no puede satisfacer esa consideración ya que, si bien es cierto, la familia es un producto de la naturaleza, es también una institución creada y estructurada por la cultura a fin de regular y controlar a los individuos, sus relaciones, su conducta y todo aquello relacionado con el intercambio generacional".²³

En la distinción histórica sociológica es conveniente hacer notar que tanto en la antigua familia gentilicia como en la familia doméstica moderna las nociones de parentesco, solidaridad y afecto aparecen de una manera constante a través de las diversas etapas del desarrollo que comprende miles de años, en ellos ha descansado la estructura jurídica y la organización del grupo familiar desde sus remotos orígenes hasta nuestros días.

En el largo proceso de desarrollo de la familia, esos tres datos aparecen desde los orígenes de la familia, en tal forma que se fue requiriendo la permanencia del grupo por ellas unido y la existencia de alguna forma de matrimonio por grupos que sustituyó a la promiscuidad sexual que primero existía entre varones y mujeres de las hordas nómadas que hace millones de años poblaban gran parte de la corteza terrestre entonces habitable. En aquellas etapas de la historia de la humanidad, esas manifestaciones del instinto sexual no permitían siquiera concebir al grupo familiar como unidad orgánica, más allá de la horda.

23 *CFR. PEREZ DUARTE N. ALICIA ELENA. "Derecho de Familia", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie A, Fuentes b) Textos y Estudios Legislativos No. 65, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990.*

En opinión de Federico Engels, el proceso evolutivo de la familia, nos dice que "La historia primitiva consiste en aprovecharse constantemente del círculo en el cual reina la comunidad conyugal entre dos sexos y que en su origen abarcaba la tribu entera".²⁴

Milenios después en la aparición de la tribu y más tarde en la gens, encontramos un principio de organización rudimentaria que rige la costumbre de los integrantes y constituye el germen de la familia primitiva, que dota al grupo social así constituido de una rudimentaria estructura y solidez partiendo de la idea de tótem o antepasado común de los miembros del grupo de donde se originó el concepto de parentesco acompañado de un conjunto de prohibiciones o tabus, entre los cuales se contaba la prohibición de la unión conyugal entre hombres y mujeres de la misma tribu, por considerar que descendían de un mismo animal totémico. El apareamiento debía efectuarse ya por raptó o por compra entre los varones miembros de una tribu y las mujeres pertenecientes a otra.

De esta manera aparece un dato fundamental que es la creación de la costumbre sobre el apareamiento sexual por medio del matrimonio y la relación de los progenitores con la descendencia para formar el vínculo jurídico de la filiación y la constitución de la familia consanguínea.

El orden familiar encuentra su fundamento y razón en la concepción de la vida, como se desprende de estos hechos elementales, que son: el instinto sexual y la perpetuación de la especie como elemento que se presenta en la unión conyugal. Al

²⁴ ENGELS, FEDERICO. "Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado", Ediciones Sempere y Cia., Valencia España, Pág. 137.

respecto el tratadista Jacques Leclerq nos dice que "La diferencia de sexo es la diferencia natural más profunda que existe entre los seres humanos. Va unida a un elemento fundamental de la naturaleza humana, de tal riqueza y de aplicaciones tan múltiples, que resulte difícil formular de modo preciso y completo; por eso nos inclinamos a calificarlo de misterio, misterio del hombre".²⁵

Debe tomarse en cuenta que tanto la familia totémica primitiva y la familia gentilicia prehistórica, así como la familia doméstica romana, presentan una característica de orden religioso: el tótem, el antepasado común legendario, y los dioses lares de la familia romana, a los que los miembros del grupo debían rendir un culto en diversas formas por ser protectores del hogar. A la presencia de este ingrediente religioso claramente acusado en estudios muy evolucionados de la familia e incorporado como un elemento fundamental en la estructura de la familia moderna, se une el dato ético como un principio en que descansan los deberes y las facultades que el derecho impone a los miembros del grupo familiar por ello en muchos casos, esos deberes carecen de coerción para su cumplimiento y de la posibilidad que puedan hallar eficaz cumplimiento mediante el pago de daños y perjuicios, como ejemplo podemos citar el deber de respeto de los hijos hacia los padres, la patria potestad, la prestación del débito conyugal, el deber de cohabitación entre los consortes, entre otros.

La presencia del fenómeno biológico del instinto sexual, de la necesidad del cuidado y protección de la prole o descendencia, así como de la costumbre social, el derecho estructura y organiza a la familia para lograr su estabilidad y su unidad institucional por medio del matrimonio, creando un conjunto de normas alrededor de los cónyuges; estableciendo un complejo de relaciones jurídicas entre los progenitores y

25 LECLERQ, JACQUES. "La Familia". 5ª Edición. Editorial Herder, Barcelona 1967, Pág. 15

sus hijos que disciplinan la filiación y ha dado unidad de dirección al grupo familiar por medio del ejercicio de la patria potestad para permitir a los padres el cumplimiento del deber de proteger y educar a sus hijos. Estos son los instrumentos jurídicos que proporcionan a la familia, en su moderna concepción, la organización, unidad y permanencia que requiere ese grupo social primario.

De lo anterior se puede deducir, que la familia en su forma evolucionada, se ha presentado unida a la institución del matrimonio que atribuye estabilidad al grupo formado como consecuencia del apareamiento del hombre y la mujer, aunque no se niega la posibilidad de que como un hecho existe y ha existido la familia fuera del matrimonio. En este caso se trata de un grupo familiar constituido de manera irregular, fundada en la filiación, es decir en las relaciones jurídicas entre padres e hijos sin que desde el punto de vista del derecho surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí. Las que existen o puedan existir entre ellos, son de otra naturaleza, generalmente afectivas y de consecuencias económicas, de allí que la familia está constituida por el grupo de personas que proceden de un progenitor o tronco común y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros tienen como fuente el matrimonio y la filiación matrimonial o extramatrimonial.

1.2.3 LA FAMILIA EN LA ACTUALIDAD

La familia como hemos observado ha sufrido a través de la historia un profundo cambio social, económico y jurídico, si bien es cierto, que se le ha considerado como una agrupación natural fundada en un principio biológico, cuya manifestación es el impulso generacional y material, también presenta en determinadas épocas una unidad social y económica que se bastaba así misma, es decir satisfacía las necesidades de todos y cada uno de los miembros que integraban el grupo familiar.

El maestro Ignacio Galindo Garfias, nos da su opinión con respecto a la familia moderna, nos dice que "se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera, que permita la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos. "Si bien es cierto que la familia moderna ha perdido la extensión y la estabilidad que tuvo en el derecho romano y en la Edad Media y si bien hay que reconocer que desde el punto de vista económico, ha dejado de ser la familia un grupo productivo de bienes inmediatamente útiles en la economía de una nación (pues en este respecto su capacidad de producción ha sido substituida por la gran producción industrial), sigue siendo todavía en nuestro país el núcleo principal de formación del hombre, por lo menos en su constitución moral".²⁵

Con la industrialización y modernización de la tecnología, la familia sufre un tremendo cambio en su organización, pues ya no se le considera como una unidad económica que se sustenta en la tierra, en su trabajo y en la antesala del taller doméstico, ahora la producción industrial absorbe exclusivamente el trabajo, proporcionando el local y los instrumentos y en su afán de producir cada vez más, establece la división del trabajo, además del perfeccionamiento del complejo mecánico moderno para sustituir al hombre hasta llegar a una total cibernética, por lo que el hombre ya no disfruta de la satisfacción de sentir casi suyo el producto socialmente creado, porque su participación en la producción es meramente mecanizado.

En México la organización actual de la familia para cubrir las más indispensables necesidades requiere de la aportación de todos sus miembros, de tal manera que el ingreso familiar se sustenta, en la mayoría de las familias, sobre el sueldo que percibe

25 GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Ob. cit. Pág. 432

cada uno de sus miembros, o en todo caso como sucede en el campo, sobre el trabajo realizado por todos y cada uno de los miembros del grupo familiar.

Atendiendo a la reglamentación jurídica de la familia, encontramos situaciones trascendentales en la pareja inicial y sus descendientes, siendo la intervención estatal la encargada de regular todas sus consecuencias. Y este es el aspecto que lleva a considerar a la familia como núcleo jurídico en cuya organización interviene directamente el Estado.

Por lo que se puede observar, como una consecuencia del intervencionismo del estado y de los servicios que presta la asistencia pública, que los deberes y responsabilidades de los padres respecto de sus hijos, así como la situación de obediencia de estos con respecto a sus progenitores, ha venido sufriendo mengua, debido a la existencia cada vez mayor de la ayuda pública, por medio de las Instituciones de seguridad social y de defensa de los menores, para suplir en muchos de los casos las obligaciones que correspondería cumplir a los padres. A ello debe agregarse que la vida en común de los miembros de la familia es cada día más precaria y esporádica, como efecto del sistema económico social moderno constituido sobre la base de la gran producción industrial y de la complejidad de la prestación de servicios que requiere de la fuerza de trabajo de los miembros de la familia, que aún hasta menores de edad se ven precisados a trabajar para allegar recursos económicos a la familia, lo cual constituye un elemento de disgregación del grupo y de rompimiento de la comunidad familiar en cuanto exige que ambos cónyuges e hijos, a veces desde la niñez, pasen una gran parte de las horas del día fuera del hogar.

En relación con lo anterior el Maestro Julián Guitrón Fuentevilla, nos da su punto de vista al afirmar que "la familia está en crisis, porque ha disminuido su importancia en la educación de los hijos, al perderse los lazos espirituales de acercamiento, entre los

miembros de la misma, así pierden su fuerza los vínculos que unen entre sí a los miembros de un grupo familiar. También desasocia a la familia, la aparición cada vez más frecuente de separaciones entre los esposos, que dan lugar a otras familias. Contra esos factores de disolución, debemos dar la voz de alerta para evitar la desaparición próxima o futura de la familia". "Es definitivo que la familia en nuestros días, esta siendo objeto de una transformación motivada por una crisis y ésta debe aprovecharse, para sacudirla en sus cimientos y volverla a colocar como la piedra angular, de toda organización social y estatal, pudiendo hacerlo a través de cátedra en la Universidad, juzgados, estudios y leyes proteccionistas familiares que permitan en un momento dado, la realización de los derechos subjetivos correspondientes a la familia y a sus titulares. Debemos considerar que la familia moderna, reclama una reglamentación presente y futura, de modo que el aspecto humanista de que carece en la legislación, se le otorgue a través de verla como el asiento principal de la actual organización estatal".²⁶

Por lo anterior podemos considerar que la crisis familiar por la que atraviesa actualmente la sociedad es provocada principalmente por el proceso de cambio que experimenta el país, la industrialización, la difusión de los medios masivos de comunicación y el avance técnico y científico moderno, producen un rompimiento del equilibrio de las estructuras e instituciones tradicionales, el desequilibrio afecta extraordinariamente las escalas de valores, las normas, las actitudes y las motivaciones, las formas de conducta, la realización de los papeles de cada miembro de la familia, además de que la familia ya no cubre una serie de funciones que antes cumplía que sin embargo no puede desentenderse de ellas. Por otra parte, la familia tiene que responder a una serie de nuevos problemas, todo ello provoca un gran desconcierto que hace de la familia una estructura en proceso de transformación, basta mencionar

26 GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. "Derecho Familiar", Ob. cit. Pág. 61

algunos de los fenómenos nuevos que afectan a la familia; el trabajo de la mujer; la migración extraordinaria de miles de familias que van principalmente del campo a la ciudad, situación que provoca serios problemas manifestados en los millones de personas que viven en los cinturones de miseria en las ciudades; los problemas de vivienda que afectan a las grandes mayorías; la proletarización que cambia el régimen de economía; la urbanización que rompe las relaciones vencionales, estos por mencionar algunos, la familia sufre un gran impacto que destruye el equilibrio tradicional y le impide actuar en forma coherente y funcional.

Por lo tanto, si es preocupante la crisis familiar, por lo que debemos buscar y encontrar soluciones a esta conflictiva y algunas de las alternativas que proponemos son las siguientes: educación moral y sexual desde temprana edad; revaloración de los papeles a cumplir todos los integrantes de la familia dentro y fuera del hogar, con un espíritu de igualdad y de justicia; auxilio institucional en todo tipo de servicios domésticos para madres y padres trabajadores, esto es multiplicando albergues y guarderías, centros de salud, de recreación, de capacitación diversa, ayuda médica y psicológica preventiva y curativa en los conflictos familiares y paterno-filiales; educación tendiente hacia una mejor relación entre familiares educando a padres, a través de los medios masivos de comunicación e instituciones gubernamentales, ya que deseamos que la familia debe persistir como núcleo formativo de la sociedad.

El matrimonio y la familia son instituciones fundamentales de la sociedad por lo tanto es responsabilidad de todos procurar la integración en beneficio de México, al evitar o superar problemas que observamos en nuestra sociedad para lograr una vida familiar sana, donde los valores humanos nos enseñen, ya que la vida familiar y conyugal no puede incrementarse mediante decretos, a todos nos corresponde la vivencia de los valores familiares para la integración como miembros de una familia.

Esto conlleva a la necesidad de contar con instituciones e instrumentos que promuevan la integración conyugal familiar. Correspondiente a la comunidad, procurarla según nuestros medios, corresponde al Estado a través de instituciones públicas, la promoción familiar conyugal.

Corresponde a los juristas modernos, por conocer no sólo el aspecto natural de la relación hombre y mujer como pareja conyugal sino también la estructura jurídica que se encuentra en las normas legales, proteger y promover éstas instituciones: El abogado debe ser amigable, componedor y favorecer el arreglo mediante el diálogo entre cónyuges para lograr un convenio para resolver la crisis.

Para ello es necesario tener un conocimiento de los principales aspectos que hay que regular con el fin no sólo de resolver la crisis del presente, sino de sentar la bases para la convivencia futura, pues aún cuando los progenitores estén divorciados van a frecuentarse en relación a sus hijos, no se trata de que alguna de las partes que están en conflicto obtenga ventaja sobre la otra, se debe pretender de que exista equidad entre ellos para favorecer a los hijos que ninguna culpa tienen del conflicto.

La anterior reflexión nos hace ratificar la posición de dotar a la familia mexicana de una legislación propia y verdaderamente protectora dentro del núcleo familiar, pues al fortalecerla más lo será también para la sociedad y para el propio Estado. Pues como nos dice el Maestro Julián Guitrón Fuentevilla, que ya citamos en páginas anteriores, con respecto a la familia: "...Para nosotros lo fundamental es proteger a la familia con la intención de que la sociedad y el estado no se vean debilitados en su estructura, pues en última instancia y según nos lo demuestra la historia, la decadencia de todos los pueblos ha empezado, cuando se debilitan los núcleos familiares..."

1.3 EL MATRIMONIO COMO ELEMENTO DE SUSTENTACION DE LA FAMILIA

El núcleo de nuestra sociedad, la familia, se ha consolidado por la unión que se refleja en el matrimonio que es la fuente principal; su evolución histórica ha ido conformando su reglamentación y ha mejorado la relación y protección de este núcleo.

Cambiante como el acontecer histórico, el matrimonio ha sido uno de los puntales que dieron base a la estructura de las sociedades humanas tal y como las conocemos hoy en día.

La primera institución establecida por la religión doméstica fue probablemente el matrimonio, que nace junto a los ritos y la religión del hogar y los antepasados.

En la evolución histórica del matrimonio se pueden observar cuatro períodos que la Enciclopedia Jurídica Española los caracteriza de la siguiente manera: "el primero comprende los varios siglos en que el matrimonio es embrionario y, o se rige por la costumbre, o por medio de disposiciones, unas contradictorias y otras absurdas y alborea hasta la edad de oro de la jurisprudencia romana; el segundo conoce a la institución en sus fundamentos y la organización casi siempre conforme al derecho natural, durando hasta el siglo VI inclusive, puede decirse que sin mezcla de elementos extraños; el tercero se inicia con la intervención del germánico y del eclesiástico, empezando este último a crear una institución independiente en la que predomina el carácter de sacramento y llega a su completo desarrollo en el siglo XVI con el Concilio de Trento y persiste como derecho común en los países católicos hasta fines del siglo XVIII y en algunos del XIX; y el cuarto o de la secularización del matrimonio, que por lo

tanto se organiza por el poder civil, sin perjuicio de que en algunos países se concede fuerza legal al cristianismo".²⁷

En la actualidad es una comunidad completa entre dos personas de sexos diferentes, fundada en la atracción material mutua y recíproca, cuya característica es la relación sexual, haciendo perdurable la unión y dando lugar al amor conyugal dando origen a la prole y creando vínculos jurídicos.

1.3.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO

Etimológicamente la palabra matrimonio deriva de la latina "matrimonium", la cual deriva, a su vez de las voces "matris-munium" que significan carga, gravamen y cuidado de la madre.

El sentido que se le ha atribuido según nos dice Roberto Suárez Franco al afirmar que "tiene su origen en las partidas por el hecho de que es la madre a quien corresponde soportar los rigores del parto y los mayores sacrificios que demanda la educación de los hijos".²⁸

Al matrimonio se le ha definido desde muchos puntos de vista como son: biológico, sociológico, histórico, ético y jurídico, efectivamente el matrimonio puede ser contemplado desde esa pluralidad de ángulos y siempre ha existido la dificultad de encontrar un concepto unitario de lo que es el matrimonio, debido a que varía dependiendo de la cultura del medio en donde nace pese a esa dificultad anotaremos diversos conceptos que se han dado por algunos autores que han tratado el tema y que

²⁷ ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA, Francisco Slex, Editor Barcelona, Tomo XXXI, Pág. 835

²⁸ SUAREZ FRANCO, ROBERTO. "Derecho de Familia", Tomo I, Del Régimen de las Personas, Editorial Temis, Bogotá 1971, Pág. 43

son citados por el maestro Antonio de Ibarrola, "así para Ahrens es la unión formada en dos personas de sexo diferente a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia. Para Falcón, la unión indisoluble que bajo las prescripciones de las leyes civiles y religiosas forman el hombre y la mujer para procurar la procreación de los hijos, ayudarse mutuamente y santificar su vida y sus costumbres. Para De Casso, la unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos".

29

El maestro Rafael De Pina considera que el matrimonio es la forma regular de constituir a la familia y que "puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil". Desde el punto de vista de la iglesia católica es un sacramento; de acuerdo con una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que en términos generales puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de diferente sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer.³⁰

Finalmente para no abundar en definiciones, Lorenzo Migueléz Domínguez, Sabino Alonso Morán, O. P. y Marcelino Cabrerros de anta, C.M.F., consideran, en su aportación al Diccionario de Derecho Privado, que "Es un contrato legítimo entre un hombre y una mujer mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden de los actos que por su naturaleza son aptos para

29 DE IBARROLA, ANTONIO. "Derecho de Familia", 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 1984 Pág. 155

30 DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor, S.A., Barcelona, Madrid, 1959, Pág. 2616

engendrar hijos³¹.

Sin embargo, debemos anotar este hecho curioso: si bien es cierto, los autores se han preocupado por dar una definición de lo que es el matrimonio, no sucede lo mismo con los textos positivos, con los códigos civiles en general y así para no hacer una larga enumeración, a continuación mencionaremos algunos de ellos, que no dan una definición de lo que es el matrimonio, sino que sólo describen las obligaciones o los deberes que nacen para los cónyuges, y los deberes que les surgen respecto de los descendientes que puedan llegar a tener, dichos códigos son los siguientes:

- a) Argentina.- El Código Civil de este país, del Art. 2o. del Art. 116, regula la materia del matrimonio, pero, no lo define.
- b) España.- Del Art. 42 al 100, se ocupa también de la materia del matrimonio y tampoco lo define.
- c) Francia.- Su Código Civil contiene las disposiciones relacionadas con el matrimonio del Art. 144 hasta el 128, no teniendo una definición exacta de este concepto.
- d) Italia.- Su Código se ocupa de la materia del matrimonio en los Art. del 79 al 158 y tampoco tiene una definición.
- e) Suiza.- El libro segundo de este Código dedicado al derecho de la familia, en su primera parte se ocupa de los esposos y en el título tercero menciona al

31 DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Ob. cit., Pág. 2616

matrimonio, y le dedica del Art. 90 al 136, en donde concluye con el aspecto relacionado con la nulidad de este acto jurídico. Sin embargo en ninguna de éstas disposiciones se contiene una definición exacta de lo que es el matrimonio.

- f) México.- A semejanza de los anteriores textos, entre otros se encuentra el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, de 1928, el cuál dedica a la materia del matrimonio los Art. del 139 al 266, y aunque en el artículo 178 habla de que el matrimonio es un contrato, no dice en qué consiste este acto jurídico, ni da una definición del mismo. Se concreta en el artículo que se menciona a decir que el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes, y es así como le da al acto jurídico su calificativo de contrato, pero no expresa, ni determina, en que consiste éste.

Al margen de toda cuestión doctrinaria el matrimonio es para la Constitución Mexicana un Contrato Civil, especificado en el Art. 130.

Haciendo una valoración de lo antes expuesto y tomando en consideración algunas de las ideas presentadas por los diversos autores, podríamos definir al matrimonio de la siguiente manera:

Es una institución social, de fundamento legal para la familia, que establece una comunidad regulada por el derecho, a través del vínculo jurídico establecido, entre dos personas de distinto sexo que crea entre ellas una comunidad de vida, total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas.

Esto resulta de la idea de que constituida la familia, se forma la sociedad inicial sobre la que se desarrollarán todos los demás grupos sociales concluyendo en la

sociedad final que es el Estado. De allí que esta institución sea el pilar y sostén de toda la estructura social. Por ser el matrimonio la forma universal de constituir la familia, el panorama del mismo coincide con el de la familia. Esta definición no pretende incluir todas las formas de matrimonio que han existido en la historia, ni tampoco casos particulares de matrimonio contemporáneos, lo que si es que el matrimonio es la forma legal reconocida para la constitución de la familia, esto como un concepto unitario y totalizador válido para toda época.

Para determinar si el matrimonio es un contrato o un acto jurídico de otra especie, un estado civil, o una institución es necesario estudiar la naturaleza jurídica del matrimonio, que más adelante lo haremos.

1.3.2 EL MATRIMONIO COMO FUENTE Y BASE DE LA VIDA SOCIAL

El matrimonio constitución, al ser la unión de un hombre y una mujer legalmente sancionada; desde este punto de vista trataremos a la legalidad no solamente como un acto formal sino que, en este aspecto lo predominante es el amor y el consentimiento permanente de los cónyuges, que hacen un compromiso de vida y por la importancia de este, debe hacerse con las formalidades y solemnidades legales, es un cambio radical, los pretendientes dejan de serlo y se convierten en cónyuges, generándose un nuevo estado de familia y una comunidad de vida a la que se integran en lo futuro los hijos, tiene efectos de sociedad y frente al estado, porque la familia es el principal núcleo o célula básica de la sociedad y su permanencia e integración así como su mejoramiento, afectan favorablemente al país.

La permanencia es la consecuencia de la fidelidad prometida entre los cónyuges, la razón de ser y finalidad del matrimonio, se sostiene en la idea de un respeto y

comprensión absoluta entre los cónyuges, para la creación de la célula se constituye a la familia dentro de la sociedad.

Cuando hablamos de matrimonio como constitución o fuente de la familia y base de la sociedad en la que vivimos, es porque a través de todos los tiempos, la familia nuclear cumple un importante papel en el desarrollo de sus miembros y en la comunidad misma, ya que sus funciones son diversas como la de regular las relaciones sexuales de reproducción de la especie, la economía de producción de bienes y servicios, la función socializadora, educativa y afectiva. Todas las culturas a través de la historia, establecen al matrimonio como fundamento de la familia aunque desde siempre los individuos solteros o casados mantienen relaciones sexuales al margen del matrimonio, eso no significa que la familia no sea la reguladora por excelencia de las relaciones, y que existan núcleos familiares sólidos.

En el matrimonio como acto jurídico conyugal en que hemos visto que participan los contrayentes y el juez se reconoce como presupuesto a la ley y debido a esta situación se producen ciertos y determinados efectos jurídicos. En la ley se contienen las características propias del matrimonio, que el legislador la toma como institución natural para que surta efectos jurídicos algunas de las relaciones interpersonales que por el matrimonio se generan.

Al respecto el Maestro Manuel Chávez Ascencio nos dice que: "En el matrimonio el motivo subjetivo que lo origina es el amor que se tienen los novios, y que hacer mover la voluntad para decidir contraer matrimonio con una persona determinada. Es decir, es todo un proceso volitivo que parte del conocimiento, continúa por la inteligencia que considera que lo conocido es bueno para el sujeto que va a decidir y finalmente, decide expresando su voluntad. También puede haber motivos de interés económico, político o razones de Estado. Pero, en nuestra sociedad occidental generalmente el motivo que

origina el matrimonio es el amor entre la pareja. Por tratarse del acto jurídico que constituye al matrimonio-estado, la comunidad de vida constituye también el objetivo del acto jurídico".³²

En el matrimonio los fines podrán lograrse parcial o totalmente, o quizás no lograrse pero el objeto se tiene en cuanto surge el vínculo jurídico conyugal y el estado jurídico consiguiente, que generan los deberes, obligaciones y derechos familiares, lo que lo constituye es el vínculo jurídico que se traduce en la comunidad de vida como estado jurídico. El estudio sobre el matrimonio y la familia debe referirse muy especialmente a la pareja humana.

1.4 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

En la doctrina se han elaborado varias teorías en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio. Tres de ellas se derivan de las acepciones jurídicas de ese vocablo en la que la primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, como institución, ya que se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera se refiere a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

De ahí podemos afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne. Ello a pesar de que como ya se mencionó anteriormente, el artículo 130 de la Constitución lo define simplemente como

³² CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho", *Relaciones Jurídicas Familiares*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1990, Pág. 103

un contrato civil. También se habla de matrimonio-contrato, matrimonio-contrato de adhesión, matrimonio-acto jurídico condición y matrimonio-acto de poder estatal.

1.4.1 EL MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO

Se le define como acto jurídico bilateral, porque surge del acuerdo de ambos cónyuges y crea consecuencias jurídicas, además de que es necesaria la manifestación de voluntad para tener validez, debe ser ante un juez u oficial del Registro Civil que declare que los pretendientes han quedado unidos en matrimonio y que exprese claramente que el acto ha sido cumplido en forma legal.

El maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice que esta teoría del matrimonio como acto jurídico se debe al tratadista León Duguit quien define a este tipo de acto como el que "tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas, que constituyen un verdadero estado por cuando no se agotan con la realización de las mismas, sino que permiten una renovación continua".³³

1.4.2 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

El matrimonio-contrato, encuentra en México su fundamento en el Art. 130 constitucional, ya citado a pesar de que dicho artículo es resultado de circunstancias históricas de un momento dado como fue el interés por evitar que la iglesia siguiera teniendo el control sobre dicha institución, interés que refleja claramente la ideología de la Revolución Francesa. Por otro lado, el contrato tendrá siempre un

33 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Ob. cit.* Pág. 212

carácter eminentemente patrimonial, no así el matrimonio; el contrato puede ser revocado o rescindido por la sola voluntad de las partes sin intervención del Estado, el matrimonio no.

Podemos decir que el matrimonio es un convenio por ser un acuerdo de voluntades, y como los convenios se subdividen en contratos y éstos tienen por objeto crear y transmitir consecuencias jurídicas, por eso se dice que el matrimonio es un contrato que crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas. Los autores que postulan la teoría del matrimonio como contrato, explican que es el estado quien impone el régimen legal del matrimonio y los consortes simplemente se adhieren a él, como José Luis Berdejo y Francisco de Asis Sáncho Rebullida, citados por el maestro Manuel Chávez Ascencio, al expresar que "aún cuando se califica al matrimonio como contrato, no se olvida que existen profundas diferencias con los contratos patrimoniales, ni la distinción entre el momento consensual de la formación del vínculo y el régimen sucesivo del estatus conyugal, por lo demás, el acto constitutivo del vínculo, es ciertamente un acuerdo de voluntades, pero con diferencia de los contratos patrimoniales y una serie de limitaciones que no aparecen en los contratos en general".³⁴

Por su parte Planiol y Ripert, citados por el mismo autor, reconocen que "aún cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también un carácter contractual, al matrimonio se le considera en el Siglo XIX como un contrato civil, pero como en el presente siglo esta concepción fue criticada, se le determinó como una institución, y se quiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el estado, que forman un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse".³⁵

³⁴ CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. *Ob. cit.* Pág. 43

³⁵ *Idem*, Pág. 47

Los anteriores tratadistas ven en el matrimonio un contrato porque se considera como elemento esencial el acuerdo de voluntades entre las partes, pero también se establece que se trata de un contrato de derecho familiar completamente distinto a los contratos de carácter patrimonial, efectivamente el contrato familiar es diferente de los demás, pero en virtud de que nace de un acuerdo de voluntades, en su forma preliminar, por lo que nuestra legislación tanto la propia Constitución, como también la Ley de Relaciones Familiares que establecía que "el matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer que se unen en vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida", dando aquí el legislador un carácter contractual al matrimonio, porque a él concurren los dos supuestos que son: el consentimiento que se convierte en la unión de los cónyuges y el objeto que es la ayuda mutua y la procreación.

De lo anterior podemos deducir que el matrimonio es un contrato que regula no solamente las cuestiones económicas, sino que constituye la base de la familia y es fuente no sólo de derechos y obligaciones de carácter jurídico, sino también, resulta una fuente de relaciones ético sociales que considera unidos a sus miembros a través de los lazos de solidaridad, mutuo respeto y cooperación, lo que permite crear un núcleo familiar sólido.

1.4.3 EL MATRIMONIO COMO ESTADO JURIDICO

Los estados jurídicos, difieren de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal, a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida; el matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, porque crea entre los miembros, una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respectivo, a todas y cada una de las

situaciones que se presentan durante la vida matrimonial, distinta a la que tenían antes de la celebración del matrimonio.

Al matrimonio se le considera un estado de derecho, en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho, en ambos casos existen analogías desde el punto de vista que constituyen estados del hombre, debido a la unión sexual más o menos permanente; pero en tanto que el matrimonio es un estado de derechos sujeto a un estatuto jurídico, que origina derechos y obligaciones entre los consortes creando una forma permanente de vida regulada en la constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley; en el concubinato no encontramos esas regulaciones normativas, aún cuando sí se producen determinadas consecuencias jurídicas.

1.4.4 EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION

Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad; por tanto, la institución jurídica se presenta como un cuerpo debidamente integrado por normas de igual naturaleza que se unifican en razón de un fin. El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

Desde este punto de vista se estudia al matrimonio tomando en cuenta solo su aspecto de sistema normativo y se omite del acto jurídico que le da origen, así como del estado que crea entre los consortes. Exclusivamente se atiende al aspecto normativo externo que organiza el derecho en razón de las finalidades del matrimonio, es decir se

toma en cuenta solo la estructura legal que en forma destacada viene a determinar el conjunto de derechos y obligaciones que caracterizan el estado matrimonial.

Para el jurista Frances Hauriou, citado por el maestro Rafael Rojina Villegas, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos".³⁶

El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Al celebrarse el matrimonio los cónyuges deben llenar los requisitos que para contraerlo deben ser cumplidos y si por alguna circunstancia no realizan, el matrimonio puede ser afectado de nulidad, pudiendo ser esta absoluta o relativa, una vez contraído el matrimonio nacen para los cónyuges derechos y obligaciones recíprocos derivados de la ley.

El matrimonio es una auténtica institución jurídica, ya que independientemente de los cónyuges, éstos deben sujetarse al conjunto de normas jurídicas que lo regulan para lograr los fines del mismo, que son: la ayuda mutua, la convivencia, la cohabitación y la procreación de la especie, y cualquier condición contraria a estos fines, es sancionada por el Art. 182 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que establece "son nulos los pactos que los esposos hicieron contra la naturaleza y los fines del matrimonio".

36 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Ob. cit.* Pág. 221

El Maestro Eduardo Pallares, en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, nos da una definición de institución jurídica, diciendo: "entendemos por institución jurídica, el fundamento o cimiento de algo, establecimiento primordial de alguna cosa o centro fundamental de enseñanza o doctrina".³⁷

Para concluir consideramos que la naturaleza jurídica del matrimonio es "sui generis", no tiene uniformidad ya que varía según la época, la cultura, la legislación e incluso la mentalidad de por ser múltiple, la naturaleza jurídica del matrimonio lo identifican diferenciándolo de cualquier comunidad humana sus cualidades que son: una institución de orden jurídico, que para su celebración requiere una serie de requisitos legales, para el logro de sus fines necesita permanencia y seguridad de los cónyuges, quienes deben convivir observando una conducta armónica de igualdad y libertad acompañada siempre de fidelidad.

1.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO EN RELACION A LA PERSONA DE LOS CONYUGES.

Por efectos del matrimonio entendemos las consecuencias que se derivan de él, en relación a la persona de los cónyuges. Los efectos que produce la celebración del matrimonios con todos los requisitos de validez y existencia que la ley exige, surge para los contrayentes un nuevo estado civil que es el de casados, mismo que se encuentra regulado por la institución matrimonial en los Artículo del 162 al 177 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, esto implica una serie de derechos y obligaciones de los cónyuges, que son irrenunciables, permanentes, recíprocos, de contenido ético, jurídico y moral. Estos deberes son: deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, deber de

³⁷ *DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Eduardo Pallares, Editorial Porrúa, México 1960, Pág. 360*

relación sexual y deber de fidelidad y que a continuación se exponen.

1.5.1 DEBER DE COHABITACION

El deber de cohabitación constituye la esencia del matrimonio implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo viviera por separado, obliga a que ambos vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho, éstos son hechos que ponen de manifiesto la convivencia conyugal. El deber de cohabitación o vida en común emana directamente de la comunidad íntima de vida que debe existir entre los esposos, ya que ésta no sería posible sin el deber jurídico de habitar en una misma casa, según lo establece el Art. 163, de nuestro Código Civil vigente, y del cual surge el concepto de Domicilio Conyugal, que a la letra dice:

"Artículo 163.- Los cónyuges vivirán, juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaran de autoridad propia y consideraciones iguales".

Aparentemente el concepto de domicilio conyugal es sencillo, pero su interpretación ha dado lugar a numerosas controversias, ya que el Código Civil, dispone que los esposos deben vivir juntos en el domicilio conyugal y todo pacto en contrario se opone a los fines del matrimonio y es por lo tanto nulo. Artículo 182 del Código Civil, La cohabitación es un deber y un derecho, derecho de un cónyuge y obligación del otro, recíprocamente. El Código Civil, no prevé el caso de que uno de los cónyuges impida el acceso al otro al hogar conyugal que previamente fue establecido, tampoco prevé el medio de obligar al ausente a incorporarse al domicilio común, en forma específica; pero de no cumplir con este fin se genera una causal de divorcio prevista en la fracción VIII ó IX del artículo 267 del Código Civil.

Al respecto el Maestro Manuel Chávez Ascencio nos dice que: "el deber de la vida en común es uno de los principales, dado que a través de él puede existir la posibilidad, física y espiritual, de cumplir los fines objetivos del matrimonio. Podemos decir que constituye una relación jurídica fundamental, de la cual depende un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o accesorias. La vida en común implica la relación jurídica fundamental, porque si no se realiza no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas".³⁸

Por lo anterior consideramos que la finalidad del matrimonio es la plena convivencia de los cónyuges, por ello el orden jurídico no se limita a imponer a los cónyuges el deber de convivencia plena, sino que reconoce sin más que los cónyuges pertenecen el uno al otro. Este deber no tiene un carácter absoluto, pues deben darse las condiciones necesarias para que pueda haber un domicilio común, que son las señaladas en nuestra legislación y su incumplimiento puede justificarse en virtud de existir una imposibilidad física o moral, por ejemplo que uno de los cónyuges haga insoportable la vida al otro, el perjudicado tendría derecho a negarse a convivir. Se ha presentado el caso de que uno de los cónyuges no encontró en el domicilio conyugal el afecto y las consideraciones debidas o que la presencia de los padres de uno de los cónyuges sea impuesta como condición poco grata. En éstos casos la separación unilateral se legitima por obra de la falta que la haya motivado.

38 CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL, *Ob. cit.*, Pág. 143

1.5.2 DEBER DE AYUDA MUTUA

El deber de ayuda mutua es correlativo al deber de convivencia, esto implica el deber de socorrerse que ha de existir entre los esposos, abarca la obligación alimentaria entre los cónyuges y se extiende a todo tipo de asistencia tanto moral como patrimonial que se deben recíprocamente para mantener decorosa y dignamente su unión. El contenido primordial del deber de socorro reside en la obligación alimentaria recíproca y para cumplirla los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar de la forma que libremente establezcan según sus posibilidades.

Este deber de ayuda mutua es quizá el de mayor trascendencia en el matrimonio, pues implica una serie de conductas variadas y permanentes de solidaridad entre los casados, pues desde el punto de vista económico el Art. 164 de nuestro Código Civil nos dice:

" Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la Ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior, no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciera de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los deberes y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

La ayuda mutua entre los cónyuges no debe manifestarse solamente en el terreno económico, sino también de manera destacada en lo moral y afectivo. Más éstos aspectos escapan a la legislación. No pueden ordenarse ni exigirse coercitivamente que los esposos se amen, se respeten, sean leales, indulgentes y amables entre sí. Porque precisamente esas son las conductas que implican la esencia del estado de casados; pero al igual que en el supuesto anterior, al no cumplirse con estos deberes se genera una causal de divorcio.

La ayuda y el socorro mutuo, también se encuentran consignados en los Art. 147 y 162 de nuestro Código Civil Vigente y se refieren no sólo a situaciones de emergencias o aisladas, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio. Ambos cónyuges se comprometen en la fidelidad a la promoción común que comprende la ayuda y el socorro mutuo. Nacen del matrimonio, se ejercen en plan de igualdad y son complementarios y recíprocos.

A través de ellos se pretende lograr, como objetivo del matrimonio, la promoción integral de los cónyuges, porque se comprenden no sólo el aspecto material, como podría ser lo relativo a los alimentos, sino también el asistencial y moral que deben darse tanto en casos normales de enfermedad o de dificultades. Por este deber los cónyuges avanzan humanamente en todos los aspectos como son: en lo material, lo espiritual, lo económico y en lo cultural, en su formación y en su proyección personal según su sexo.

La ayuda mutua igualmente implica la administración de bienes comunes, según lo establecido en las capitulaciones matrimoniales y no sólo requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen. Cada uno es libre administrador de sus bienes propios sin que puedan cobrarse los servicios que al efecto se presten. Dentro del matrimonio, los esposos gozan de autoridad, derechos y

obligaciones iguales, por lo que en nuestro sistema jurídico actual se desconoce la autoridad familiar que en otros sistemas se concede al marido. Cualquiera de los cónyuges puede oponerse a las actividades del otro cuando vayan en contra de la moral y la estabilidad de la familia.

1.5.3 DEBER DE RELACION SEXUAL

El deber de relación sexual, también llamado débito carnal es otro de los deberes personales de los cónyuges derivados del matrimonio, los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales, que es uno de los fines del matrimonio naturalmente aceptado en forma universal. Este deber del débito carnal está comprendido dentro del amor conyugal. Actualmente se entiende éste en una forma más personalizante, más unitiva y de mutua entrega, es un deber permanente entre iguales y por lo tanto complementario que se exige por reciprocidad; desde luego es intrasmisible, irrenunciable e intransigible.

En nuestro derecho positivo, no se alude al deber de cada uno de los cónyuges a prestarse las relaciones génito sexuales con otro. En nuestro Código Civil vigente se hace referencia a la perpetuación de la especie en el artículo 147, que a la letra dice: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

También el artículo 162 del ordenamiento legal, ya citado anteriormente, que consta el derecho a la paternidad responsable. Dentro del amor conyugal está la parte de la relación sexual que es característica del matrimonio y no se encuentra en otra comunidad humana.

Al respecto el Maestro Manuel Chávez Ascencio, nos dice que "El incumplimiento del débito conyugal puede acarrear como sanción el divorcio al configurarse una injuria grave. Pero se estima que no puede haber medio de apremio para el cumplimiento de tan íntimo deber, por lo que corresponde a la moral en las relaciones conyugales decidir y resolver. Debemos tomar en cuenta que no toda abstención al débito conyugal es en sí una injuria grave, porque influyen una serie de elementos de la vida diaria, comportamiento conyugal adecuado, atención y respeto entre los cónyuges".³⁹

Desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio, de lo cual hablaremos más ampliamente en el capítulo correspondiente.

1.5.4 DEBER DE FIDELIDAD

Este debe sustentar la estructura monogámica del matrimonio en nuestra sociedad, y el cumplimiento de los fines del mismo. El deber de fidelidad comprende la obligación de abstenerse de la cópula con persona distinta del cónyuge. Su violación constituye adulterio, que es sancionado también con el divorcio.

El deber de fidelidad está implícito dentro de la regulación del matrimonio y aunque no se expresa con palabras textuales se puede configurar como adulterio, que en el Código Civil se establece en el Art. 267, Fracción I, y en el Código Penal en el Art. 273, tipificado como delito.

³⁹ CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. *Ob. cit.* Pág. 145

Fidelidad significa, exclusividad sexual de los cónyuges entre sí y la violación a la misma implica un ataque a la lealtad, que puede herir muy gravemente los sentimientos del cónyuge ofendido, hasta el grado de terminar con la relación conyugal por divorcio.

Al respecto el Maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que: "El derecho de exigir fidelidad, y la obligación correlativa implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y por lo tanto excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo sin llegar al adulterio si implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge. No solo existe en relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues debemos encontrar aquí diferentes grados, y por lo tanto, distintas formas de incumplimiento. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber. Además no solo se comprende el aspecto estrictamente jurídico, sino también y de manera fundamental, el aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica."⁴⁰

Concluyendo, podemos afirmar que nace del matrimonio y comprende no sólo evitar el adulterio principalmente, el cumplimiento de la promesa de entrega conyugal y el compromiso permanente entre los cónyuges, que es el ángulo positivo de la fidelidad, se exige como recíproco en un plano de igualdad.

Dado que la salud física y moral de los cónyuges se refleja necesariamente en la estructura total de la familia, por esas mismas razones fundamentales es necesario que las parejas cuenten con la preparación y el grado de madurez necesarios para hacer del matrimonio el medio idóneo y permanente donde los seres humanos, como cónyuges,

como padres y como hijos, alcancen la plena realización de su destino, ya que la estructura familiar debe estar cimentada sólidamente para evitar enfrentamientos o conflictos dentro de ella, lo cual acarrea un desequilibrio total entre los mismos y sobre todo en los hijos, los cuales se ven amenazados por la separación de sus padres a través del divorcio, el que se podría evitar manteniendo íntegro el hogar a través de un ambiente de armonía logrando así que la sociedad eleve su nivel moral cuando los hombres y mujeres reconozcan la obligación y la satisfacción de permanecer unidos por el vínculo matrimonial durante toda su vida.

CAPITULO SEGUNDO

2.1 GENERALIDADES DEL DIVORCIO

El divorcio, entendido como un medio razonable apropiado para subsanar las situaciones de discrepancia que se generan en los matrimonios ante la imposibilidad de los cónyuges de superar las situaciones adversas que se presenten en éste y ante el inminente fracaso los cónyuges optan por divorciarse en cada vez mayor número en nuestra sociedad contemporánea, extinguiendo así la figura del matrimonio, cuando esto ocurre nos damos cuenta que el divorcio es la manifestación legal de la ruptura del mismo.

En nuestro medio esta institución jurídica en lo que toca al alcance de sus efectos, ha variado a lo largo del tiempo, pues era ya conocido desde las más antiguas civilizaciones, siendo por mucho tiempo prohibido y combatido enérgicamente, de ahí que en el devenir histórico hayan surgido no pocos autores que se han avocado a su estudio exponiendo numerosos conceptos, de los cuales señalaremos algunos a continuación, posteriormente hablaremos de la naturaleza jurídica, así como también de algunas referencias históricas y reseñas en el derecho comparado, concluyendo con las causas del divorcio como supuesto del derecho familiar.

2.1.1 ORIGEN ETIMOLOGICO

En un principio y partiendo de su concepción etimológica, la palabra divorcio proviene del latín DIVORTIUM, que a su vez deriva de DIVERTERE, que significa apartarse.⁴¹

2.1.2 CONCEPTO GRAMATICAL DE DIVORCIO

Desde el punto de vista gramatical, divorcio significa separar, apartarse los que debían estar juntos.⁴²

En un concepto más amplio el divorcio es la disolución de un matrimonio por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio. De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de forma y de procedimiento.

2.1.3 CONCEPTOS DOCTRINALES

Esta figura jurídica ha sido analizada por los estudiosos del derecho, quienes han externado los más diversos conceptos de los cuales citaremos algunos tanto de la doctrina extranjera fundamentalmente de la escuela francesa, así como de la doctrina nacional.

41 *DICCIONARIO ETIMOLOGICO BRUGUERA*. Fernando Corripio Pérez. Editorial Bruguera, S.A. Barcelona, 1973. Pág. 154.

42 *DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*. Real Academia Española. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1958. Pág. 592.

Para Louis Josserrand, el divorcio "es la ruptura del matrimonio, en vida de los esposos, bien por su común voluntad, bien por la voluntad de uno sólo que repudia al otro."⁴³

Los hermanos Mazeaud, por su parte nos dan el siguiente concepto: "el divorcio es, así, la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los tribunales en vida de los esposos a petición de uno de ellos o de ambos."⁴⁴

Julian Bonecase, señala "divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial."⁴⁵

Planiol y Ripert, dan un concepto más amplio y definen al divorcio como "... la disolución en vida de los esposos de un matrimonio válido, que no puede obtenerse más que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley."⁴⁶

Por último, citaremos a Collin y Capitant, que a semejanza de Planiol y Ripert lo conceptúan de la siguiente manera: "Divorcio es la disolución del matrimonio viviendo los dos esposos, a consecuencia de una resolución judicial dictada a demanda de uno de ellos o de uno y otro por causas establecidas por la ley."⁴⁷

43 JOSSERRAND, LOUIS. *Ob. cit.* Pág. 139

44 MAZEAUD, HENRY, LEON y JEAN. "Lecciones de Derecho Civil", Primera Parte, Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1959, Pág. 375

45 BONNECASE, JULIAN. "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Editorial Cájica Jr., Puebla, Pueb. 1945, Pág. 552

46 PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo II, La Habana, 1946, Pág. 368

47 COLIN, AMBROSIO y CAPITANT, HENRY, "Curso Elemental de Derecho Civil", Tomo I, Editorial Reus, Madrid 1952, Pág. 436

Observando los conceptos anteriores, se desprende la importancia que le conceden los autores citados a la existencia física de ambos cónyuges para la realización del divorcio, como la forma legal de extinguir un matrimonio válido, sólo puede ser decretado por autoridad competente, en base a causa específicamente señalada en la ley, circunstancia que algunos tratadistas nacionales también resaltan como se observará a continuación.

Por lo que toca al tratamiento que le da la doctrina mexicana al divorcio, se citan a continuación a los siguientes autores.

De Ibarrola, define al divorcio diciendo: "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los cónyuges". Esta ruptura no puede tener lugar más que mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas en la ley."⁴⁸

El Maestro Ignacio Galindo Garfias, señala que "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley."⁴⁹

Por su parte Eduardo Pallares, expresa "El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo matrimonial y el contrato de matrimonio concluye, tanto en relación a los cónyuges con respecto de terceros". El mismo autor enseguida señala que: "...el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal, pero esta solo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina."⁵⁰

48 DE IBARROLA, ANTONIO. *Ob. cit.*, Pág. 259

49 GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Ob. cit.*, Pág. 575

50 PALLARES, EDUARDO. "El Divorcio en México", Editorial Porrúa, México 1984, Pág. 575

Para Rafael de Pina, el divorcio en sentido jurídico es: "...extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente en un procedimiento señalado al efecto, por una causa determinada de modo expreso."⁵¹

En conclusión, de las exposiciones anteriores se deduce que el divorcio es una institución por virtud de la cual se disuelve el matrimonio y que se obtiene mediante resolución dictada por autoridad competente, sea administrativa o judicial y en algunos casos fundado en cualquiera de las causas establecidas expresamente en la ley, recobrando los cónyuges la capacidad legal para poder contraer nuevo matrimonio.

Para concluir este punto debemos decir que en cuanto a la legislación, nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal no define en forma precisa lo que es el divorcio, incurriendo en la misma deficiencia que prevalece en otras codificaciones, más bien hace referencia a los efectos que produce esta figura jurídica. De tal manera que el Art. 266 del ordenamiento citado establece que "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

2.2 NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

Como se desprende, tanto de la definición de divorcio, como en atención a los diferentes puntos de vista doctrinarios que le atribuyen al matrimonio, el divorcio es un acto jurídico revestido de los requisitos determinados por la ley, pudiendo ser decretado por autoridad judicial o administrativa, según el tipo de divorcio al respecto el maestro

51 DE PINA, RAFAEL. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa. Vol. I. México, 1980. Pág. 338.

Eduardo Pallares siguiendo ese mismo lineamiento nos dice que el divorcio "produce, en consecuencia, dos efectos: el de la mencionada ruptura y el de otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer nuevos matrimonio."⁵²

Para comprender la naturaleza jurídica del divorcio, es necesario derivarla de la propia naturaleza jurídica del matrimonio, ya que se considera a este como acto jurídico solemne, que se debe celebrar ante un juez del registro civil, quien le da ese carácter o como contrato que se determina en base a que se da el acuerdo de voluntades entre los cónyuges, para producir todas las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan, o bien como institución social, ya que también tiene los caracteres que se le atribuyen a las instituciones jurídicas como son: el conjunto de normas jurídicas, que reglamenta y determina las funciones o actividades sociales y que por su importancia el estado las tutela en forma especial.

2.3 REFERENCIAS HISTORICAS DEL DIVORCIO

La institución del divorcio es tan antigua como el matrimonio, cuando las sociedades se organizan jurídicamente crearon el matrimonio como la forma legal de fundar la familia y al mismo tiempo instituyeron el divorcio como medio legal de extinguirlo.

Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad, hablan de alguna manera del divorcio, normalmente permitido como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causas diversas, como el adulterio, la esterilidad, torpezas, impudicia, vida licenciosa, entre otras, ocasionalmente encontramos el derecho al

⁵² PALLARES, EDUARDO, *Ob. cit.*, Pág. 36

repudio por parte de la mujer y por causas más limitadas como el maltrato del hombre o el no cumplir con los deberes del matrimonio. El repudio fue la forma más usual de romper el matrimonio en las culturas antiguas.

El Divorcio en el Derecho Romano.- es de especial importancia referirnos al derecho romano en el estudio de la Institución del Divorcio por ser un antecedente remoto de nuestra legislación con su infiltración en el Derecho Español antiguo y su vigencia en la Nueva España, al respecto el Maestro Rafael Rojina Villegas nos dice: "Desde el origen de Roma, la institución del divorcio fue admitida y reglamentada legalmente, a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto. Por otra parte, en el antiguo matrimonio romano la mujer se encontraba sometida a la "manus" del marido y el divorcio se reducía a un derecho de repudio. El divorcio propiamente dicho se presentaba en los matrimonios sin "manus" y podemos afirmar que apenas existió el divorcio en los primeros siglos. Más a fines de la República y el imperio, debido a la gran relajación de las costumbres y siendo cada vez más rara la "manus", el divorcio fue susceptible de ser ejercido por la mujer tanto como por el marido. En la misma forma como en los primeros siglos, el divorcio era un verdadero caso de excepción, en el Imperio, condenándose la facilidad con que eran rotos los lazos del matrimonio."⁵³

En el antiguo derecho romano, las causas que originaban la disolución del matrimonio eran las siguientes:

53 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Ob. cit.*, Pág. 387

a) Por la voluntad del jefe de familia; quien en los inicios de Roma tuvo por mucho tiempo el derecho de romper, por su exclusiva voluntad, el matrimonio del hijo sometido a su autoridad, práctica en muchas ocasiones se realizaba injustamente originando que fuera erradicada por los emperadores Antonio "El Piadoso" y Marco Aurelio.

b) Por muerte de uno de los esposos; con la distinción de que si era el marido quien sobrevivía, podía en cualquier momento contraer nuevas nupcias; en cambio, si quien sobrevivía era la mujer, tenía que guardar un lapso de diez meses para poder contraer nuevo matrimonio. La finalidad de esta condición impuesta a la viuda, era la de evitar confusión respecto a la paternidad del hijo que pudiera nacer durante ese tiempo.

c) Por la pérdida de cualquiera de los esposos del "connubium", esto es, cuando cualquiera de los cónyuges era reducido a la esclavitud sin que el matrimonio pudiera reconstruirse retroactivamente con el regreso del cautivo, excepto en los casos en que ambos cónyuges hubieren sido capturados conjuntamente y hubieren cohabitado durante el cautiverio.

d) El divorcio: causa de disolución conyugal que desde los primeros tiempos de Roma y durante la República, fue admitido y reglamentado legalmente, no obstante ser poco usual entre los antiguos romanos, por no ser compatible con la severidad de sus costumbres primitivas, que posteriormente llegó a condenarse por la frecuencia y la facilidad con que se disolvía el matrimonio.

Por lo que corresponde a ésta última causa de disolución del matrimonio, es decir el divorcio, revestía diferente forma atendiendo a que si aquél había sido celebrado "cum manus" o "sine manus", esto es, si la mujer se encontraba sujeta a la potestad del marido o libre de ella. En el primer caso, estando bajo la potestad del marido, el divorcio se

reducía a un simple derecho de repudio por parte de este último. Por lo que Eugene Petit señala que: "la mujer sometida casi siempre a la "manus" del marido, como una hija bajo la potestad paterna y en las uniones de este género, la facultad del divorcio se reducía a un derecho de repudio que sólo el marido podía usar por causas graves."⁵⁴

Así, el divorcio dependía en forma exclusiva de un acto unilateral del marido y por causa grave, teniendo únicamente la obligación de restituir la dote de la mujer.

Ahora bien, si el matrimonio se había realizado por medio de la "confarratio", forma de celebración de naturaleza eminentemente solemne practicada por los patricios, se disolvía por la "disfarratio" en la que se requerían también de ciertas formalidades, consistentes en realizar una ofrenda a Júpiter Dios del Matrimonio, acompañada de expresiones verbales y ante la presencia de un sacerdote, quien podía negarse a officiar la ceremonia si no existía causa de divorcio reconocida por el derecho sacro. Si el matrimonio se había contraído por "coemptio", es decir, por compra de mujer, se disolvía por medio de la "remancipatio" que consistía en una especie de venta de la mujer hecha por el marido en calidad de esclava, semejante a una "manumisio".

Por otra parte, si el matrimonio se había celebrado "sine manus", la facultad de disolverlo ya no era exclusiva del marido y por lo tanto era susceptible de ser ejercitado tanto por la mujer como por el marido.

Las formas de divorcio en el derecho romano, en un principio y durante la época de Augusto, asumía dos formas distintas: Bona Gratia y Repudium.

54 PETIT, EUGÈNE. *"Tratado Elemental de Derecho Romano"*, Traducido por Manuel Rodríguez Carrasco, Editorial Araujo, Argentina, Rivadavia 1765, Buenos Aires, Pág. 109

a) **Bona Gratia.**- esta forma se realizaba desprovista de toda solemnidad y operaba por el simple acuerdo de los cónyuges (*divortium comuni consensu*), partiendo de la base de que "el mutuo disenso disuelve lo que el consentimiento había unido" (50), como lo cita el maestro Rafael Rojina Villegas. Sin embargo, esta forma tenía una excepción tratándose de la libertad, quien estaba impedida de divorciarse de su patrón sin su consentimiento, por mandato expreso de la Ley Julia de *Maritandis*.

b) **Repudium.**- paralelas a la forma anterior, el divorcio también podía intentarse a petición de los cónyuges sin que mediara causa alguna, siendo suficiente la declaración expresa de cualquiera de ellos, externando su deseo al otro de no continuar la vida en común, para quedar desligados jurídicamente, a excepción de la mujer sujeta a la potestad del marido.

La Ley Julia *Adulteris*, establecía como requisitos para llevar a cabo esta forma de divorcio, a notificación de la voluntad de quien lo solicitara, ante la presencia de siete testigos y mediante un acta que era entregada al otro cónyuge por un libreto o de manera verbal. Este caso no requería la existencia de una causa determinada para la legitimación del divorcio, en razón de que el matrimonio en Roma se cimentaba en el afecto conyugal y no sólo por el hecho de la cohabitación.

El Maestro Floris Margadant, expresa que "los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la *afectio maritalis* había desaparecido."⁵⁵

Durante el esplendor del imperio romano, el divorcio proliferó en forma por demás alarmante sobre todo en las clases pudientes y poderosas, a tal grado que condujo al resquebrajamiento de la antes sólida unidad familiar, coadyuvando a hacer perder al matrimonio la estabilidad moral y religiosa que le caracterizaba en un principio.

Al arribar al trono Constantino, se inició una lucha contra la facilidad con que se obtenía el divorcio, prohibiéndolo en los casos en que se efectuara contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprobaba la existencia de alguna de las causas establecidas en la ley.

Posteriormente, durante el período de Justiniano considerado el de mayor esplendor en derecho romano, ya se reconocían cuatro tipos de divorcio respecto de los cuales no se necesitaba sentencia judicial, a saber:

- a) Por mutuo consentimiento;
- b) A petición de uno de los cónyuges invocando una de las causas establecidas en la ley;
- c) Por voluntad unilateral, sin que exista causa legal, pero en este caso el cónyuge demandante se hacía acreedor a una sanción; y
- d) Bona Gratia, que se fundaba no en una causa legal, pero si en aquéllas circunstancias que hacían inútil la continuación del matrimonio.

Justiniano, como emperador, estableció como causas legales de divorcio para poder disolver el matrimonio las que se citan a continuación, atendiendo a la culpabilidad del marido o de la mujer. Dichas causas son citadas por la Maestra Sara Montero Duhalt al afirmar que "las causas de divorcio eran para el hombre las siguientes: a) que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del estado; b) adulterio probado de la mujer; c) atentado contra la vida del marido; d) tratos con hombres contra

la voluntad del marido o haberse bañado con ellos; e) alejamiento de la casa marital sin la voluntad del esposo; y f) asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin permiso del marido. Las causas para la mujer: a) la alta traición oculta del marido; b) atentado contra la vida de la mujer; c) tentativa de prostituirla; d) falsa acusación de adulterio; e) la locura; y f) que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella en el mismo pueblo. ⁵⁶

Es importante resaltar que alguna de éstas causas vienen a constituir los antecedentes más remotos de las que se han establecido en los distintos ordenamientos legales que han regido en nuestro país.

Derecho Musulmán.- en este derecho, los pleitos de divorcio pueden fundamentarse en las siguientes causas: impotencia de uno de los cónyuges o enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación sin el conocimiento previo de esos defectos, y no obstante ellos, la continuación de la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho a reclamar, esos defectos o enfermedades pueden ser incurables, caso en el cual el juez o cadí sin más disuelve el matrimonio, si en cambio las reputa curables, concede un plazo prudencial pasando el cual, si no han desaparecido, disuelve el matrimonio.

Otras de las causas de divorcio es por incumplimiento de las condiciones del contrato, por ejemplo el no pagar la dote el marido, el no suministrar alimentos a la mujer; el juez o cadí concede también un plazo para cumplirlas, pasado el cual disuelve el matrimonio. Además se alude a que en algunas capitulaciones matrimoniales se

estipulan condiciones especiales, cuyo incumplimiento, una vez demostrado debe el juez o cadí proceder a la disolución que se pactó, o bien, dando él la repudiación en nombre del marido si este no puede o no quiere. No sólo la mujer, sino cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio por diferencias ocurridas antes de la consumación del matrimonio, acerca de la cuantía de la dote o en general por desavenencias conyugales después de la consumación, como sevicias del marido, indocilidad de la mujer.

En este Derecho Musulmán, el adulterio tiene una consideración especial por lo que el tratadista José López Ortiz, citado por el Maestro Manuel Chávez Ascencio en una de sus obras, al respecto nos dice que "hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados de "Fio" bajo el título de "Lian" -juramento imprecatorio- con el cual el marido acusa a su mujer. Directamente tiende el procedimiento a hacer constar la rehusa del marido a reconocer como suyo al hijo de su mujer. El marido que tiene prueba directa del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un hijo de ésta, acude al cadí con la acusación; ante ella hace el juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solemnemente la acusación apoyándola con tres juramentos a los que añade un cuarto, que contiene la imprecación ritual bien de la maldición divina, si no se dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, en el cuarto de los juramentos impreca también sobre sí la cólera divina -como las del marido son palabras sacramentales evade la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto."⁵⁷

57 CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho". *Relaciones Jurídicas Conyugales*. Editorial Porrúa, México 1990, Págs. 412 y 413

El Maestro Rafael Rojina Villegas, citando al mismo autor José López Ortiz, nos dice que "existió también en el Derecho Musulmán la posibilidad de disolver el matrimonio por mutuo consentimiento y había otra forma muy especial a la que podía ocurrir sólo el hombre, haciendo juramento de abstinencia, para no tener relación sexual con su mujer. En ese juramento se obliga a no tocar a su esposa y serle tan intangible como la madre, la esposa que en esa forma estaba expuesta a ver disuelto su matrimonio, podía acudir al juez -al cadí de los musulmanes- para que exhortara al marido a fin de que retirase su juramento. El marido podía retractarse de su juramento, y reanudar la vida conyugal. Pero si el marido insistía, la esposa entonces era la que para no continuar en este estado contrario a la vida matrimonial, ocurría al juez para que de no retractarse el marido del juramento de abstinencia, éste la repudiase, y de no hacerlo el esposo, lo hiciera el juez en representación de éste. Y así era como entonces se llegaba a la disolución del matrimonio."⁵⁸

En Israel, el divorcio era admitido como un deber para el marido y aún contra la voluntad del mismo, era obligado en justicia en caso de adulterio. El adulterio de la mujer se castigaba con pena de muerte; el marido únicamente si era sorprendido con mujer casada, en los demás casos quedaba impune. Reconocían el repudio, en tal caso debía entregar un libelo de repudio y echar de la casa a la mujer en presencia de dos testigos hebreos. La mujer tenía que recurrir al sacerdote para que este le redactara en su caso el escrito de repudio. Regulaban diversas causales; algunas servían a ambos, tales como la esterilidad de la mujer y la impotencia del hombre, a los diez años del matrimonio, enfermedad insoportable como la epilepsia o contagiosa como la lepra o también cambio de religión o la ausencia.

Una de las grandes afluencias legislativas en nuestro orden jurídico, fue sin duda en un principio el Derecho Canónico que tiene como característica declarar la indisolubilidad del matrimonio la cual ha sido sostenida por la iglesia católica hasta nuestros días, afirmándose en un principio católico en el que considera al matrimonio como un sacramento "por lo que los cónyuges dentro de la fe cristiana han sido bautizados y una vez casados han realizado la cópula carnal, de ninguna forma ni bajo ninguna circunstancia pueden disolver ese vínculo, sino hasta que alguno de los dos muera".

Hasta el siglo octavo siguiendo la interpretación que del evangelio hizo San Mateo "lo que Dios ha unido no lo separe el hombre", esto marca la pauta de la doctrina católica en materia de matrimonio y su disolución.

Posteriormente siguió la interpretación de San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni por adulterio podría disolverse el matrimonio.

En el siglo trece, se determinó por la doctrina católica, que ni siquiera el adulterio sería causa de la disolución del vínculo eclesiástico.

El Código Canónico, establece:

CAPITULO IX "DE LA SEPARACION DE LOS CONYUGES"

Artículo 1.- De la disolución del vínculo.

Canon 1141.- "El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano ni por ninguna causa fuera de la muerte".

La indisolubilidad del matrimonio eclesiástico opera sobre la base de los supuestos fundamentales; la sacramentalidad y la consumación del matrimonio, ya que este matrimonio simboliza plenamente la unión de Cristo con la Iglesia.

Canon 1151.- "Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima".

Canon 1152.- "aunque se recomienda encarecidamente que el cónyuge movido por la caridad cristiana y teniendo presente el bien de la familia, no niegue el perdón a la comparte adúltera, ni interrumpa la vida matrimonial si a pesar de todo no perdonase expresa o tácitamente esa culpa, tiene derecho a romper la convivencia conyugal a no ser que hubiera sido causa del mismo, o él también hubiera cometido adulterio".

En este canon se regula el adulterio como causa de separación, que en el Código Canónico anterior era la única causa de separación total y perpetua.

Canon 1153.- "si uno de los cónyuges pone en peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común proporciona al otro un motivo legítimo para separarse, con autorización del ordinario del lugar, y si la demora implica un peligro, también por autoridad propia."⁵⁹

⁵⁹ CODIGO DE DERECHO CANONICO. Profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, Edición Bilingüe, 8ª Edición, Editorial Católica, S.A., Madrid 1988, Págs. 553 y 561

A diferencia del Código Canónico anterior el cuál, no enumera ninguna causa de separación, únicamente se establece el principio general, que tiene como fundamento la imposibilidad de mantener la convivencia conyugal en común, bajo tres conceptos: grave peligro espiritual o corporal de uno de los cónyuges, debido al otro; grave peligro del alma o del cuerpo de la prole; o hacer de otra manera demasiado dura la vida en común, de una de estas situaciones hay un motivo para una separación.

El Código Canónico en los cánones 1156 al 1165, establece la nulidad del matrimonio canónico, puede ser producida por un vicio de consentimiento, por la existencia de un impedimento dirimente y por defecto de forma canónica.

Pero asimismo se prevé la convalidación del matrimonio, por medio del cual los cónyuges de común acuerdo, deciden dar valor jurídico al matrimonio que no lo tuvo inicialmente atendiéndose a las normas que el mismo código establece.

Concluyendo, podemos afirmar que la Iglesia enseña que el matrimonio es indisoluble por lo mismo, ningún tribunal eclesiástico disuelve el matrimonio. El Papa, con sede en Roma, puede llegar a conceder esta gracia cuando el matrimonio celebrado no ha sido consumado o cuando exista el llamado, "privilegio de fe".

Este caso, se presenta cuando dos personas no bautizadas unidas en matrimonio de cualquier tipo se separan, y ya separadas una de ellas se bautiza o desea contraer nuevamente matrimonio con una persona bautizada.

La iglesia declara nulo o inválido el matrimonio religioso celebrado cuando comprueba que desde el principio no existió matrimonio. Esto lo hace a través del tribunal eclesiástico competente mediante un verdadero proceso, pero es importante hacer notar que por más grave que sea la causa la disolución del matrimonio, procede

en todo momento el perdón del cónyuge ofendido y en caso de nulidad también procede la convalidación de la causa, con el objeto que el matrimonio canónico no se disuelva prevaleciendo el principio de indisolubilidad que establece la doctrina católica.⁶⁰

La influencia del derecho canónico fue evidente en la Europa Medieval, pese a ello, persistió el divorcio vincular sobre todo en países de influencia del derecho germánico por lo arraigado de su uso.

2.4 BREVE RESEÑA DEL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO MODERNO

Hay muchas y variadas circunstancias históricas que originaron la aparición del divorcio vincular en los estados modernos, entre otras; la forma protestante y la escuela del derecho natural racionalista; la revolución francesa; la revolución de octubre; el laicismo y una serie de ideologías tales como el feminismo, los movimientos de liberación de la mujer y la libertad de conciencias.

La Reforma Protestante y el Ius Naturalismo Racionalista.- La doctrina protestante al desconocer la naturaleza sacramental del matrimonio, acepta con ciertas restricciones, el divorcio vincular al respecto el tratadista Gabriel García Cantero, citado por el Maestro Manuel Chávez Ascencio, nos dice que: "El Derecho Canónico protestante admite como causas de divorcio el adulterio; la obstinada negativa de cumplir el débito conyugal, las incidencias y las sevicias se incluyeron inicialmente en aquella última, pero luego consideraron causas autónomas. Todas ellas estuvieron en vigor en los países alemanes, siendo ampliadas por algunos soberanos territoriales que, por ejemplo, admitieron el divorcio por mutuo consentimiento y la locura.

⁶⁰ CODIGO DE DERECHO CANONICO. Ob. cit. Págs. 562 a 565

"El Allgemeines Lanrecht", prusiano, inspirado en la doctrina de los Naturalistas del matrimonio como contrato civil, amplía las causas del divorcio señaladas en la doctrina canónica protestante, tanto en los casos de culpa de alguno de los cónyuges; injuria, penas, infamantes, embriaguez, etc., como por circunstancias objetivas (enfermedad corporal incurable; enfermedad mental que dure más de un año, cambio de religión) e incluso por mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos, o, aún con ellos, por decisión unilateral si la voluntad de ruptura está tan arraigada que ya no queda esperanza alguna de reconciliación y de consecución de los fines del matrimonio..."⁶¹

De lo anterior podemos deducir que la Reforma Protestante en el Siglo XVI admitía el divorcio, fundándose originalmente en el texto de San Mateo, sólo en el caso de adulterio. Después el protestantismo agregó el abandono y la simple declaración unilateral de voluntad. Originalmente, no se requería la intervención de autoridad alguna que presenciara el divorcio. Más tarde, se reconoció la necesidad de hacer intervenir a la autoridad eclesiástica.

La Revolución Francesa.- Una de las grandes influencias legislativas en el derecho mexicano fue la Revolución Francesa, movimiento de trascendencia mundial ya que plasma en su nueva legislación a la caída de la monarquía absoluta que la dominaba, las ideas liberales de los filósofos franceses; Francisco Maria Aurquet Voltaire, Juan Jacobo Rosseau, Montesquieu, y específicamente en la Constitución Francesa de 1791, se considera al matrimonio como un contrato civil, de donde se desprende en consecuencia, que puede terminar por el acuerdo de las partes que lo contraen como cualquier otro contrato. En 1792, se expide la Ley Francesa de 20 de

61 GARCIA CANTERO, GABRIEL. "El Divorcio en los Estados Modernos", *El vínculo matrimonial*, citado por Chávez Ascencio, Manuel, "Relaciones Jurídicas Matrimoniales", Editorial Porrúa, México 1990. Pág. 435

septiembre, la cual admite el divorcio por causas determinadas, una de ellas, la incompatibilidad de caracteres, invocada por uno de los cónyuges, el adulterio, la sevicia, las injurias, la locura y se implantó también el mutuo consentimiento. El divorcio en Francia se favoreció más, ya que el gobierno de la Convención cedieron mayores facilidades, decretándose que el divorcio se podía obtener, por el simple hecho de que el Oficial del Registro Civil constatará la separación de hecho de los cónyuges por un plazo de seis meses; esa gran libertad para obtener el divorcio en el derecho de Francia, provocó consecuencias graves, ya que en un momento el número de divorcios superó al de matrimonios y se sentía el peligro de una desestabilización social, en virtud de que se atentaba contra la célula básica que era y sigue siendo la familia legalmente constituida a través del matrimonio.

Por su parte Napoleón Bonaparte, al ser emperador de Francia promulga el Código Civil Napoleónico, en 1804, y se limitan a tres las siete causas de divorcio que antes existían, se suprime la incompatibilidad de caracteres y la separación de hecho por más de seis meses, conservándose, el divorcio voluntario, pero sometido éste a condiciones muy restrictivas, las medidas adoptadas en el Código Civil Napoleónico, produjeron efectos positivos, observándose una gran reducción en el número de divorcios en Francia.⁶²

La Revolución de Octubre (U.R.S.S.).- El Derecho Soviético aparece inicialmente en una ideología propia, en materia de divorcio y evolucionó hasta adoptar fórmulas similares a las legislaciones de Europa Occidental. Así en los Códigos de 1818 y 1926, la Unión Soviética facilitaba el divorcio, permitiéndolo por mutuo consentimiento e incluso, por repudio unilateral, habiendo consagrado la práctica del divorcio de hecho.

62 THOMAS, CARYLE. "Historia de la Revolución Francesa", 1ª Edición, Editorial Joaquín Gil, Argentina 1946, Pág. 76

En este sentido Gabriel García Cantero nos dice: "Una Ley del 27 de julio de 1936, reaccionó contra tanta facilidad, imponiendo un procedimiento más riguroso. Posteriormente la Ley del 8 de julio de 1944, sustituyó al sistema anterior por el divorcio judicial a petición de uno de los cónyuges, y en este sistema, los jueces apreciaban simplemente las razones invocadas por la parte actora, ya que aquella ley no contenía causas determinadas de divorcio; en 1949, por acuerdo del Presidium del Soviet Supremo, da instrucciones para interpretar restrictivamente las causas de divorcio, recomendando los jueces la importancia de sus decisiones y de la familia en el Estado Soviético, y a hacer nacer en la población el respeto a la familia y del matrimonio, basados en los altos principios de la moral comunista."⁶³

En este mismo sentido, el Maestro Manuel Chávez Ascencio, citando a Gabriel García Cantero, nos da una breve panorámica del divorcio en los países socialistas al afirmar que "Después de la Segunda Guerra Mundial, en las naciones que forman democracias populares de Europa se generan derechos de familia. Según el profesor polaco Czachorsky, la regulación estricta del divorcio se relaciona estrictamente con la concepción civil del matrimonio y con la estabilidad familiar. De una parte, el vínculo matrimonial no es indisoluble, y como los matrimonios desunidos no cumplen la misión que les incumbe e incluso en ciertos casos pueden considerarse socialmente dañosos, se admite el divorcio como un mal necesario. De otra forma, es necesario proteger los matrimonios unidos, siendo misión de la ley establecer los requisitos del divorcio. En la casi totalidad de países socialistas el tribunal tiene por función constatar la desunión conyugal sobre bases objetivas, con independencia de la culpabilidad de los cónyuges y teniendo en cuenta su gravedad y duración, sus causas y los efectos que produce para los cónyuges y para la familia en su integridad, pronuncia o no el divorcio. En Polonia se

63 GARCÍA CANTERO, GABRIEL. *Op. cit.* Pág. 440

prohibe expresamente el divorcio cuando éste sería contrario a los intereses de los hijos menores.

El Código de Familia en Cuba, que según el preámbulo está basado en el concepto socialista de la familia, viene a unirse en esta línea a los países socialistas de Europa. El Artículo 51, dispone que procederá el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, o cuando el tribunal compruebe que existen causas de las que resulte que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y para los hijos, y con ello también para la sociedad. El Artículo 52, previene que procede el divorcio cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en el cual el matrimonio haya dejado de ser, o ya no pueda ser en lo futuro la unión de un hombre y una mujer en el modo adecuado para que se puedan ejercer los derechos y cumplir las obligaciones y lograrse los fines a los que se refieren los Artículos del 24 al 28 del propio Código.

Según la Ley Matrimonial del 1 de mayo de 1950, en la República de China, se admite el divorcio por mutuo consentimiento, y por petición de alguno de los cónyuges, cuando resulten infructuosas las sucesivas tentativas de reconciliación hechas por parte del gobierno popular o de los órganos de justicia. No se especifican los motivos o causas que permiten solicitarlo.

En Albania, según el Código de Familia de 1935, cada cónyuge puede pedir el divorcio cuando por causas de continuos desacuerdos, malos tratos, graves ofensas, violaciones de la fidelidad conyugal, enfermedad mental incurable, condena por delito grave o cualquier otro motivo, las relaciones matrimoniales estén de tal modo perturbadas, que la vida en común haya llegado a ser insostenible, y el matrimonio haya perdido su finalidad.¹⁶⁴

El Divorcio en Francia.- Después de muchas polémicas en torno al divorcio, y el incremento del mismo se llega a la Ley del 11 de julio de 1975, inspirada por el profesor Jean Carbonier y basada en encuestas sociológicas sobre preferencia de la opinión pública. Esta Ley instaura un sistema complejo que, por un lado, acepta el divorcio por mutuo consentimiento, por el otro conserva el divorcio sanción y sólo excepcionalmente admite el divorcio por causas objetivas en casos determinados.

El régimen vigente del divorcio en Francia se puede describir de la siguiente manera:

- a) Se mantiene el divorcio como sanción suprimiéndose las causas anteriores y se formula una nueva causa general así concebida en relación a hechos imputables a la otra parte, cuando constituyen una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio que hacen intolerable el mantenimiento de la vida en común (artículo 242). No obstante el legislador ha conservado la condena a una pena aflictiva e infamante (artículo 243) como causa específica de divorcio.
- b) Se restablece el divorcio por mutuo consentimiento, que existió de 1804 a 1816, bajo dos formas: la normal como petición conjunta de ambos cónyuges (artículo 23-232) que debía de ir acompañada de un proyecto de convenio en orden a las consecuencias del divorcio sobre los hijos y sobre los bienes, en la cual se exige seis meses de matrimonio y que sea renovada la petición a los tres meses de presentada; y la excepcional, consistente en que uno de los cónyuges se adhiere a la solicitud del otro, reconociendo la certeza de los hechos que hacen intolerable la vida en común (artículos 233-236).
- c) Se introduce el divorcio por ruptura de la vida en común basado en causas objetivas (artículos 237-241), bien en base a la alteración profunda de las

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

facultades mentales de uno de los cónyuges que conducen a una separación efectiva por el mismo período. El carácter restrictivo de esta forma de divorcio resulta de la obligación de quien lo solicita de asumir el cumplimiento de todas las cargas pecuniarias derivadas de aquél y de la existencia de una cláusula de duración, si el otro cónyuge establece que el divorcio tendría, ya para él, teniendo en cuenta su edad y la duración del matrimonio, y para los hijos consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechaza la demanda, según el artículo 240, la cual puede ser estimada de oficio en caso de divorcio por enajenación mental.

El Divorcio en la Ley Italiana.- El primero de diciembre de 1970, se publicó la ley que rehuye sistemáticamente la palabra divorcio para hablar en su lugar de disolución del matrimonio o cesación de efectos civiles consiguientes a la transcripción del matrimonio y señala los casos de divorcio contenidos en el artículo 3.

El Divorcio en el Derecho Alemán.- El Código de 1900, Alemán, aportó la ordenación uniforme del Derecho sustantivo de divorcio reconociendo como causas de ruptura del vínculo las siguientes: El adulterio, el atentado contra la vida, el abandono malicioso y la perturbación culpable del matrimonio como consecuencia de la infracción grave de los deberes matrimoniales en virtud de conducta deshonrosa e inmoral. A estos casos de divorcio que se podría clasificar dentro del tip de divorcio sanción de lo cual hablaremos en el siguiente capítulo, se incluyó la enfermedad mental incurable. Así mismo en 1938, bajo el régimen nacional-socialista, se ampliaron los casos de disolución del matrimonio por causas objetivas introduciendo criterios racistas.

El Divorcio en Países Anglosajones.- En Inglaterra, hasta 1975, se introduce legislativamente el divorcio, el cual podía solicitarse por el marido por causas de adulterio y por la mujer probando además, el incesto, la bigamia, la crueldad, o dos años

de abandono; o bien alternativamente el raptó u ofensa por actos contra la naturaleza. En Inglaterra las consecuencias de la reforma protestante no se tradujeron en una inmediata admisión del divorcio vincular. Nos dice Gabriel García Cantero, que "por el contrario, después de la separación de Roma, los tribunales eclesiásticos ingleses continuaron pronunciando únicamente sentencias de nulidad y de separación "a mensa et thoro". La única posibilidad de pasar a nuevas nupcias era obtener una solución del parlamento que decretarse el divorcio "a vínculo" ; sólo se conocen cuatro casos de concesión de divorcio por adulterio a petición de la esposa; y debido a que se trataba de un procedimiento costoso durante el Siglo XVIII se trataron 134; y en el Siglo XIX, hasta la entrada en vigor de la ley de 1857, 90, en ese año se introduce por primera vez en Inglaterra el divorcio por sentencia judicial. A partir de 1963 la jurisprudencia venía interpretando en sentido amplio el concepto de "cruelty" incluyendo en ella el alcoholismo, el empleo de métodos anticonceptivos, la esterilización, tendiendo a una objetivación de las causas el divorcio. La corriente reformista desembocó en la "divorce reform act" de 1969, completa por la "matrimonial proceeding and property act" de 1970, que ha sido difundida en la obra "matrimonial causes act" de 1973. Lo fundamental de estas modificaciones legislativas ha consistido en el cambio de la base del divorcio que ahora se pone, como única causa en el irremediable fracaso de matrimonio, el cual debe probarse según alguno de los hechos siguientes: 1) El adulterio del demandado y el hecho de que el actor considere intolerable la convivencia; 2) La conducta del demandado que razonablemente haga imposible el mantenimiento de la vida conyugal; 3) El abandono por un período de, al menos dos años; 4) Separación de hecho por el mismo período, cuando el demandado consiente en el divorcio; y 5) La separación de hecho de los cónyuges por una duración superior a cinco años. Concurriendo cualquiera de estos hechos se presume el fracaso matrimonial, si bien el demandado puede aportar la prueba contra él. "65

65 GARCIA CANTERO, GABRIEL. *Ob. cit.* Pág. 463

En Estados Unidos.- El divorcio es una institución generalmente admitida, variando los motivos de un estado a otro. Son causas admitidas en todos ellos de adulterio, la crueldad física o mental, el abuso del alcohol o estupefacientes, impotencia, antecedente incurable, enfermedad mental incurable, condena por delitos graves y abandono.

En Canadá.- No se admita el divorcio en las provincias de New Foundland y Quebec. En las demás con base en el derecho inglés se admite como causa de divorcio la crueldad física o moral, la violencia sexual y otras aberraciones. Hoy el divorcio está generalizado en todo el país.

EL DIVORCIO EN LOS PAISES LATINOAMERICANOS.- Todavía en la actualidad algunos países rechazan todo divorcio vincular, otros que si lo admiten pero en ciertos casos de culpa grave de un cónyuge contra el otro o bien, los cónyuges que por sus diferencias de carácter encuentran insoportable la vida en común, pueden de mutuo acuerdo solicitar al juez la separación judicial y después de algunos años, cada uno puede pedir el divorcio en cuanto al vínculo.

Al respecto el Maestro Manuel Chávez Ascencio, nos da un breve panorama del divorcio en Latinoamérica, al afirmar que "No se admite el divorcio con disolución del vínculo en Chile y Paraguay. El divorcio por culpa de otro cónyuge y a petición del inocente, está generalmente admitido, si bien varían las causas (Bolivia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá). En ningún caso la lista es considerablemente extensa, o bien incluye alguna causa más bien pintoresca; en Ecuador, el que un cónyuge arriesgue en juego de azar los valores de cierta cantidad, o se sancionan los divorcios culposos reiterados. En El Salvador, el cónyuge culpable de dos divorcios no puede casarse por tercera vez, a menos que el primero hubiere sido decretado por mutuo consentimiento.

Con mucha frecuencia se admite el divorcio por mutuo consentimiento con diversidad de requisitos: al año de matrimonio en Guatemala y México en vía judicial; a los dos años en Bolivia; siendo mayores de edad, en Honduras y habiendo cumplido veinticinco años el varón y veintiuno la mujer en Panamá; a los cinco en Costa Rica, presentando escritura pública sobre la situación de los hijos y de los bienes; sin requisitos en Ecuador y Uruguay; estando de acuerdo sobre la bipartición de bienes en Nicaragua; por resolución del Juez del Registro Civil en México, siempre que no haya hijos y sean los cónyuges mayores de edad y quede disuelta la sociedad conyugal. En algunos casos se transforma la separación legal en divorcio; al cabo de un año en Costa Rica, después de dos tentativas de reconciliación; después de tres años en Bolivia y Uruguay. También se contempla la mera separación de hecho, de un año en El Salvador, de tres en Ecuador y de cuatro en Panamá.¹⁶⁶

Concluyendo podemos señalar que el divorcio como medio de disolución del vínculo matrimonial, no es una institución nacida en los tiempos modernos, pues ya era conocido desde las más antiguas civilizaciones, siendo por mucho tiempo prohibido y combatido enérgicamente, incluso aún en algunas sociedades contemporáneas, de ahí que en el devenir histórico hayan surgido autores que se han abocado al estudio de esta polémica institución.

66 CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. *Ob. cit.* Pág. 422

CAPITULO TERCERO

3. EL DIVORCIO COMO BUSQUEDA DE UNA MEJOR ADAPTACION A LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL

El divorcio como ya se dijo anteriormente, es la institución jurídica de trascendencia en el derecho familiar, puesto que significa la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, ocasionando con ello, drásticos cambios en las relaciones familiares dando por resultado la transformación de la vida social, por lo tanto el divorcio resulta ser uno de esos factores de modificación estructural de la familia y por lo tanto está considerado como un problema sumamente controvertido y complejo en virtud de la amplitud de sus efectos, por tal motivo en este capítulo abordaremos la diversidad de sus aspectos, haciendo referencia a la evolución y las diferentes posturas histórico jurídicas dentro del derecho mexicano, para establecer en la actualidad la problemática real de éste y sus expectativas a futuro.

La institución de divorcio ha ocupado gran parte en nuestra legislación desde sus comienzos, siendo conocida por las antiguas culturas prehispánicas, adoptando diversas formas y produciendo variados efectos a través del proceso histórico legislativo, por consiguiente nos abocaremos a su revisión, partiendo de la cultura Azteca, que era la de mayor esplendor en el territorio de Mesoamérica.

3.1.1 DERECHO PRECOLONIAL

No obstante que son muy remotos los antecedentes que se tienen sobre la organización jurídica de los antiguos pueblos que habitaron la nación antes de la llegada de los españoles, y gracias a cronistas historiadores de la colonia, se ha llegado a

conocer algunas normas de carácter legal que los regía en aquel tiempo, basadas fundamentalmente en costumbres que eran transmitidas oralmente de generación en generación.

En la época prehispánica no existía una legislación uniforme que rigiera para todos los habitantes, en razón de que los diversos grupos étnicos que ocupaban el territorio de aquél entonces, tenían gobiernos diferentes y leyes distintas en su mayoría, sobresaliendo por su importancia y por la hegemonía que ejercitaron sobre los demás grupos sociales el pueblo azteca.

La Maestra Sara Montero Duhalt, señala que: "entre los aztecas el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, o porque hubieran causas que ameritaban la disolución."⁶⁷

Para que el divorcio se considerara válido entre los aztecas y se produjera el rompimiento del vínculo conyugal, se requería la autorización de quien debía otorgarla, y que quien solicitara la autorización, se separara definitivamente de su cónyuge.

Con la finalidad de obtener una mayor comprensión sobre esta institución y su práctica entre los aztecas, a continuación transcribimos parte de la obra del autor Carlos H. Alba, quien a través de sus investigaciones en la obra de historiadores y cronistas de la colonia, así como en el estudio de los antiguos códices, ha elaborado una glosa a manera de código, sobre las prácticas y costumbres que revestían el carácter de norma legal, llevadas a cabo por los antiguos mexicanos. En su obra el autor antes mencionado

67 MONTERO DUHALT, SARA. *Ob. cit.* Pág. 208

recoge las siguientes normas que sobre la institución del divorcio prevalecían entre los aztecas con lo que podría llamarse Código Civil Azteca.

- Art. 414.- El matrimonio sólo puede disolverse en virtud de una resolución judicial.
- Art. 415.- El divorcio sólo se concederá tácitamente.
- Art. 416.- El divorcio no se ordenará por medio de sentencia formal en vista de no ser bien mirado por el pueblo.
- Art. 417.- Tanto los hombres como las mujeres tienen el derecho de pedir el divorcio.
- Art. 418.- Los matrimonios a prueba están fuera de divorcio.
- Art. 419.- Las causas de divorcio para el hombre son: I) La esterilidad en la mujer. II) La pereza de la esposa. III) Ser la esposa descuidada y sucia. IV) Ser pendenciera. V) La incompatibilidad de caracteres.
- Art. 420.- Las causas de divorcio para la mujer son: I) Los maltratos físicos. II) El no ser sostenida en sus necesidades por el marido. III) La incompatibilidad de caracteres.
- Art. 421.- Los esposos desavenidos se presentan ante los jueces para exponer las causas que tuvieran para pedir la separación u oponerse a ella.

- Art. 422.- Los jueces que conozcan de los divorcios no darán su autorización tácita para que se efectúa la separación sin haber tratado antes de disuadir a los cónyuges desavenidos, invitándolos a reconciliarse y a vivir en paz.
- Art. 423.- Si los cónyuges aceptando la invitación del juez, deciden continuar su vida matrimonial, el asunto quedará terminado.
- Art. 424.- Si los esposos insisten en su actitud, los jueces los despacharan rudamente dándoles así su tácita autorización.
- Art. 425.- Realizada la separación el cónyuge culpable pierde la mitad de sus bienes en favor del cónyuge inocente.
- Art. 426.- Una vez autorizado tácitamente el divorcio, los hijos varones quedarán con el padre y las hijas con la madre.
- Art. 427.- Al mismo tiempo, y tomando en cuenta lo dispuesto en el Art. 425, cada cónyuge recuperará los bienes que haya aportado al matrimonio.
- Art. 428.- Ambos divorciados quedarán en aptitud de volverse a casar, salvo entre ellos mismos de acuerdo con la propia ley penal respectiva. ⁶⁸

68 H. ALBA, CARLOS. "Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano". Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Iberoamericano. México, 1949.

De lo anterior podemos darnos cuenta, en primer lugar que la acción para pedir el divorcio era potestativa tanto para el hombre como para la mujer; sin embargo, éste no era bien visto por el pueblo, al extremo de que los jueces se resistían a concederlo tratando previamente de disuadir a los consortes que lo solicitaban y solamente, cuando después de múltiples gestiones y sin que lograran reconciliarlos, lo otorgaban tácitamente despachando con rudeza a los cónyuges.

Los efectos que producía el divorcio una vez otorgado, eran los siguientes: que el cónyuge culpable era sancionado con la pérdida de la mitad de sus bienes; los hijos varones quedaban bajo la custodia del padre y las mujeres bajo la de la madre; ambos cónyuges quedaban en aptitud de contraer nuevo matrimonio, excepto entre ellos mismos, siendo este efecto el origen precolombino del divorcio vincular establecido en nuestra legislación en el año de 1914, de lo cual hablaremos más tarde.

3.1.2 DERECHO COLONIAL

Al producirse la conquista, las antiguas costumbres indígenas se fusionaron en parte con las instituciones jurídicas que prevalecían en la Península Ibérica en el Siglo XVI, traídas al nuevo mundo por los conquistadores creando un derecho nuevo agrupado en un cuerpo legal que se conocía con el nombre de Leyes de Indias, quedando por consiguiente el panorama jurídico de la reciente colonia compuesto por tres clases de leyes que son las siguientes:

- a) Leyes netamente españolas; expedidas en España y que por extensión tuvieron vigencia en la Nueva España.
- b) Leyes dictadas exclusivamente para todas las colonias españolas en América, aplicables por lo tanto en el territorio nacional.

- c) Leyes expedidas para que rigieran exclusivamente en la Nueva España.

Por lo que concierne al derecho privado y concretamente en materia de divorcio, rigió el derecho canónico que imperaba en España y que reconocía exclusivamente el divorcio separación que no disuelve el vínculo matrimonial, consistiendo únicamente en la separación del lecho conyugal, mesa y habitación fundado en la indisolubilidad del matrimonio por considerarlo un sacramento perpetuo.

De los ordenamientos legales españoles que tuvieron aplicación en la colonia y que contemplaban al divorcio separación, se encuentran las Siete Partidas y el Fuero Juzgo.

Al respecto el Maestro Eduardo Pallares nos dice: "Las siete partidas se ocupan del divorcio en el título noveno, donde se encuentran, entre las más importantes, las siguientes leyes:

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

La ley tercera autoriza también la separación de los esposos cuando el matrimonio se celebró, no obstante existir un impedimento dirimente y también si los esposos son cuñados. En este caso más que divorcio, se trata más bien de pedir la anulación del matrimonio. En este caso la acusación es pública, porque puede ejercitarla cualquier persona.

La ley cuarta prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas; el que supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco se deberá oír al que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quienes acusa, ni al que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar.⁶⁹

Continuando con el mismo autor nos dice que en el Fuero Juzgo "encontramos en el libro tercero, sexto título, las siguientes disposiciones:

1. Se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó el marido a no ser que supiese que fue dejada por escrito o por testigos. (Esta ley demuestra que el divorcio, en aquél entonces no era indisoluble).

2. Si violare la prohibición, y las personas unidas en el segundo matrimonio fuesen de calidad social, las citadas autoridades deben separarlos inmediatamente y poner a su disposición del primer marido, tanto a la mujer como al que se casó con ella, a no ser que el marido estuviese ya casado con otra, para que hiciere con ellos lo que fuere su voluntad.

3. Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal, pierde la dote que recibió y no tiene derecho a ninguno de los bienes de su mujer. Además si había enajenado lo que había recibido de su mujer estaba obligado a devolverlo.

69 PALLARES, EDUARDO. "El Divorcio en México". Editorial Porrúa. S.A. México 1975. Pág. 15

4. Si la mujer abandonada injustamente, le hubiere dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría (más cuanto diera la mujer por aquél escrito, todo debe retornar a ella).⁷⁰

Deduciendo lo anterior podemos decir que en el México colonial en materia de divorcio rigió el derecho canónico, mismo que imperaba en la España peninsular. El único divorcio admitido por esta legislación es el llamado divorcio separación que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge, por consiguiente el divorcio vincular no se conoció en esta época.

3.1.3 MEXICO INDEPENDIENTE

Al consumarse la independencia en el año de 1821, después de una larga lucha por la liberación del yugo español que había prevalecido a lo largo de tres siglos, el país se vio inmerso en una inestabilidad social, política y jurídica. El nuevo estado requería una organización en todos los órdenes, lo que motivó que todos los esfuerzos legislativos se encaminaran a la creación un nuevo orden jurídico, mismos que culminaron con la aparición de la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

En un principio la intención era suprimir las rígidas disposiciones españolas que aún prevalecían, en materia de derecho privado se siguió aplicando el viejo derecho español, principalmente las disposiciones contenidas en las partidas.

70 PALLARES, EDUARDO. *Ob. cit.*. Pág. 15

Este impulso legislativo empezó a rendir sus frutos, principalmente en provincia donde surgieron algunos intentos que dieron por resultado el renacimiento de los primeros Códigos Civiles o proyectos pero solo a nivel local, en tanto que para el Distrito Federal y los entonces territorios federales fue necesario esperar hasta el año de 1870, para ver el nacimiento del primer Código Civil.

Así es como surgieron en el contexto jurídico nacional de la época, en orden cronológico los siguientes ordenamientos:

1. Código Civil del estado de Oaxaca de 1827 - 1828, considerado el primero en su género en Hispanoamérica.
2. Proyecto de Código Civil del estado de Jalisco de 1833.
3. Código Civil del Estado de Veracruz de 1868.
4. Código Civil del Estado de México de 1870.
5. Ley del Matrimonio Civil de 1859, expedida por Don Benito Juárez con el propósito de convertir al matrimonio en un acto de naturaleza civil, despojado del carácter religioso que tenía.

El primer Código Civil que tuvo el Distrito y Territorios Federales, nació en 1870, con una duración de catorce años, pues para el año de 1884, apareció el segundo Código que lo abrogó. Este a su vez, fue derogado parcialmente por la Ley de Relaciones Familiares de 1917, y para el año de 1932, es abrogado totalmente cuando entra en vigor el primero de octubre de ese mismo año el Código Civil Vigente.

Como Nota característica de los ordenamientos citados con anterioridad, excepto la Ley de Relaciones Familiares, es que no contemplaban el divorcio vincular o absoluto, sino que éste es establecido por primera vez en nuestra legislación, mediante la expedición de un decreto de fecha 23 de diciembre de 1914, confirmando posteriormente por la Ley de Relaciones Familiares y finalmente en el Código Civil vigente.

La maestra Sara Montero Duhalt al respecto nos dice que "Todas las legislaciones o proyectos legislativos del siglo XIX, en materia de divorcio tienen como semejanza un sólo tipo de divorcio: el divorcio separación, con ligeras variantes en cuanto a las causales, requisitos formales y consecuencias jurídicas, son fundamentalmente semejantes."⁷⁰

De lo analizado con anterioridad en cuanto a la figura del divorcio, visto a través de las diversas etapas históricas por las que ha recorrido el orden jurídico mexicano, ahora lo estudiaremos en la legislación a partir del primer Código que se dio en nuestro país.

3.1.4 CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA DE 1827-1828

Corresponde al Estado de Oaxaca tener la gloria de ser la cuna de la legislación civil en toda Iberoamérica, al expedir en los años de 1827-1828, el primer Código Civil de los tiempos modernos, descubrimiento que llevó a cabo el distinguido maestro Raúl Ortiz Urquidi, terminando con la vieja creencia de que el primer Código Civil expedido en la República Mexicana era el de la entidad veracruzana de 1868, que entró en vigor en 1869. Y al respecto nos dice el Maestro Urquidi: "Siempre se había creído que el primer

71 MONTERO DUHALT, SARA. Ob. cit., Pág. 210

la República Mexicana era el de la entidad veracruzana de 1868, que entró en vigor en 1869. Y al respecto nos dice el Maestro Urquidi: "Siempre se había creído que el primer Código Civil de la América hispano-portuguesa fue el de Bolivia de 22 de octubre de 1830 y que el primero de la misma materia expedido en nuestra patria fue el del estado de Veracruz, de 17 de diciembre de 1868.

Más la verdad es otra, pues el primer ordenamiento en la materia, tanto de Iberoamérica como de México, es el Código Civil del estado de Oaxaca expedido separadamente en tres libros sucesivos para el II Congreso Constitucional de dicha entidad federativa en las siguientes fechas: el primer libro precedido por el título preliminar, el día 31 de octubre de 1827, el segundo el 2 de septiembre de 1828 y el tercero el 29 de octubre del mismo año 1828, en la inteligencia de que estos libros fueron respectivamente promulgados por los señores gobernadores don José Ignacio de Morales, don Joaquín Guerrero y don Miguel Ignacio de Iturribarria, el 2 de noviembre de 1827 el inicial, el 4 de septiembre de 1828 el siguiente y el 14 de enero de 1829 el último.⁷²

Dentro del citado cuerpo de leyes cuyo nombre original es el de Código Civil para el Gobierno Libre de Oaxaca, la institución del divorcio se encontraba regulada en el título sexto del capítulo primero, a partir del Art. 144 al 168, contemplando únicamente el divorcio separación inspirado aún en el derecho canónico en boga durante la colonia, tal como se observa del numeral 144 que establecía:

72 ORTIZ URQUIDI, RAUL DR., "Oaxaca Cuna de la Codificación Iberoamericana", Editorial Porrúa, S.A. México, 1975. Pág. 9

Art.144 "Por divorcio se entiende solamente la separación del marido y la mujer en cuanto al lecho y habitación, con autoridad del Juez. Hay divorcio perpetuo y temporal".

De la transcripción anterior, se desprende la existencia única del divorcio separación en cuanto al lecho y habitación, perdurando el vínculo matrimonial. Por otro lado, establecía dos tipos de divorcio; el perpetuo y el temporal, en los que exigía como requisito previo para su interposición, agotar una fase conciliatoria en la que se procuraba obtener un avenimiento entre las partes solicitantes.

El divorcio perpetuo tenía lugar exclusivamente cuando se fundaba en el adulterio de los cónyuges como causa única, según se observa en el texto del Art. siguiente que decía:

Art. 145 "El marido puede pedir divorcio perpetuo por causa de adulterio de su mujer. De la misma manera la mujer puede pedir divorcio perpetuo por causas de adulterio de su marido".

Ahora bien, este ordenamiento disponía que la reconciliación y el perdón de los cónyuges llevados a cabo después de presentada la demanda e incluso en cualquier estado en que se hallare el juicio, así como el hecho de que el demandado probare que el actor ha cometido también adulterio y no ha sido perdonado por aquél, extinguía la acción de divorcio atento a lo previsto en los artículos 147 y 150 que textualmente señalaban:

Art. 147 "La acción de divorcio será extinguida por el perdón y reconciliación de los esposos, verificada después del adulterio; y aún cuando dicha reconciliación haya sido hecha después de intentada la demanda y aún en cualquier estado en que se halle el juicio".

Art. 150 "Se extingue también la acción del divorcio por adulterio si el acusado prueba que el actor ha cometido también adulterio, sobre el cual no ha recaído perdón".

Es interesante saber que en este Código la mujer independiente de que fuera o no la que diera causa al divorcio, podría dejar el hogar conyugal y además tenía derecho a percibir una pensión alimenticia provisional durante el tiempo que durara el juicio, misma que gravitaba en primer lugar sobre los bienes comunes, y a falta de éste sobre los que eran del marido, cumpliendo únicamente con la obligación de residir en el lugar que le fuera señalado por el juzgador, como se desprende de los artículos que a continuación se transcriben:

Art. 151 "La mujer acusada o actora en divorcio por adulterio puede dejar la habitación de su marido durante el pleito y pedir una pensión alimenticia sobre los bienes de la comunidad, y en falta de éstos sobre los del marido proporcionada a las facultades de este, y además los gastos del pleito.

El juez civil señalará la casa donde la mujer deba residir y fijará la pensión de alimentos que el marido debe proporcionalmente pagarle".

Art. 152 "La mujer está obligada a justificar su residencia en la casa señalada por el juez, siempre que al efecto sea requerida. Por falta de esta justificación el marido podrá rehusarle la pensión alimenticia".

Por lo que concierne a la situación de los hijos, por regla general y durante el procedimiento quedaban bajo la custodia paterna, provisional e independientemente de que fuera el demandante o el demandado, pero una vez decretado el divorcio, quedaban bajo la custodia del cónyuge que lo obtuvo, excepto en los casos en los que el juez tomando en consideración su bienestar dispusiera que quedaran bajo el cuidado del culpable o de otros parientes, pero en cualquier caso subsistía la obligación para ambos padres de procurar en proporción a sus posibilidades lo necesario para la manutención y educación de aquéllos, como se colige de los Art. 153, 160 y 161 del ordenamiento oaxaqueño que se producen enseguida:

Art. 153 "Los hijos continuarán provisionalmente al cuidado del padre, ya sea actor, ya sea acusado de adulterio; a menos que el juez civil a virtud de la demanda de la madre o de los parientes ordenase otra cosa para el mayor bien de los hijos".

Art. 160 "Los hijos serán confiados al esposo que obtuvo el divorcio; a menos que el juez a virtud de la demanda de los parientes, ordenase para el mayor bien de los hijos, que todos o alguno de ellos sean confiados al cuidado del otro esposo o de otra tercera persona.

Art. 161 "Cualesquiera que sea la persona a la que los hijos hayan sido confiados, el padre y la madre conservarán respectivamente el derecho de inspeccionar la manutención y educación de los hijos, y serán

obligados a contribuir para estos objetivos en proporción de sus facultades".

La situación de los bienes, una vez decretado el divorcio, regulaba de la siguiente forma: la mujer que solicitara el divorcio tenía derecho a exigir durante la tramitación del mismo, a que se levantara un inventario de los bienes adquiridos durante el matrimonio, existiendo la obligación por parte del marido de responder por ellos como si fuera depositario, siendo además nulas todas las enajenaciones que efectuara sobre los inmuebles que hubiere y que fueren innecesarias para su administración, según se desprende del texto de los Art. 154 y 155 que se citan:

Art. 154 "La mujer casada o actora por causa de adulterio podrá en cualquier estado de la causa, comenzando desde la data en que se dio traslado a la demanda, exigir que sean inventariados por el juez o alcalde de su domicilio los bienes muebles de la comunidad. El Marido responderá de estos bienes como un depositario de ellos".

Art. 155 "Toda obligación contraída por el marido que no sea necesaria para la administración de los bienes de la comunidad, toda enajenación de los bienes raíces de la comunidad, hechas después de la demanda del divorcio, serán declaradas nulas".

Tratándose de divorcio temporal, este tenía lugar cuando uno de los cónyuges infringía una norma de carácter religioso, o bien por razones de seguridad o por causa de malos tratos de un cónyuge para el otro, que obstaculizaba la continuidad del matrimonio, produciendo la separación de los consortes por el tiempo que durara la causa, misma que al desaparecer hacía que el cónyuge lo hubiera solicitado, se viera obligado a regresar con el otro y continuar la vida en común.

Las causas que originaban este tipo de divorcio se encontraban contempladas en el Art. 162 que decía:

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

Primero: porque uno de los consortes haya caído en herejía o apostasia justificadas; pero si en este caso el consorte apostata o hereje se convierte, el católico está obligado a 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 o de sus bienes, porque corriese peligro de ser reputada cómplice de aquél.

Tercero: por la locura o furor de uno de los consortes, si el otro corriese peligro de su vida, o de padecer otro daño muy grave; pero esto se entiende en el caso de que usando la precaución no pueda liberarse del peligro.

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

La acción que proviene de esta cuarta causa, así como de las otras tres, compete no solo a la mujer sino también al marido".

Art. 163 "Cuando cesase la causa que motivo el divorcio temporal, o si el que uso los malos tratamientos diese seguridad de su enmienda, el consorte inocente está obligado a reunirse y continuar en su matrimonio".

A manera de comentario, cabe mencionar que en este ordenamiento, correspondía al tribunal eclesiástico conocer las demandas de divorcio ya fuera temporal o perpetuo, por lo que respecta a decretar la separación de los cónyuges y declarar el mismo; siendo competencia exclusiva de los jueces civiles todas las providencias relativas al depósito de la mujer, fijación de la causa en que debía de residir durante la tramitación en forma provisional, el otorgamiento de la custodia de los hijos, el de las pensiones alimenticias y el aseguramiento de los bienes; lo anterior en razón de que en la época en que fue expedido dicho Código, tanto el matrimonio como el divorcio tenían un profundo carácter religioso por encontrarse ambas instituciones bajo la tutela de la Iglesia.

3.1.5 CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1968

Al igual que su antecesor del Estado de Oaxaca de 1827-1828, éste Código admite también en exclusiva un solo tipo de divorcio; el de separación de cuerpos, reiterando el carácter perpetuo del matrimonio establecido por el derecho canónico, pero con la modalidad de que suspende algunas de las obligaciones inherentes al matrimonio, como se desprende del Art. 226 que decía:

Art. 226 "El divorcio no disuelve el matrimonio, de manera que alguno de los divorciados puede contraer otro matrimonio o faltar a la fidelidad, a que le obliga el que es objeto del mismo divorcio; pero suspende la vida

común de los casados y algunas de las obligaciones consiguientes al matrimonio".

En este ordenamiento no era suficiente el simple deseo de ambos consortes para que se efectuara la separación, se requería para que se llevara a cabo, la supresión de la comunidad conyugal, que esta fuera decretada por la autoridad competente pues de lo contrario, la separación así hecha no producía ningún efecto legal, como se desprende del contenido del Art. 227 cuyo texto decía:

Art. 227 "El mutuo consentimiento de los cónyuges para divorciarse no autoriza su separación voluntaria, ni produce efecto legal alguno civil".

El Art. 228 establecía siete causales por las cuales procedía el divorcio y que eran:

Art. 228 "Son causas legítimas para el divorcio:

1o. El adulterio, menos cuando ambos cónyuges se hayan hecho reos de este crimen, ó cuando el esposo prostituye a la esposa con su consentimiento; más en el caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial sin perjuicio de que este sea castigado conforme a las leyes. En este caso como el de concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio. 2o. La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer o por ésta a aquél, siempre que no la justifiquen en juicio. 3o. El concubinato con la mujer, de suerte que resulte contra el fin esencial del matrimonio. 4o. La inducción con pertinencia, al crimen, ya sea que el marido induzca a la mujer, o ésta a aquél. 5o. La crueldad excesiva del

marido con la mujer, o la de ésta con aquél. 6o. La enfermedad contagiosa de alguno de los esposos, grave de tal manera que comprometa la existencia el otro. 7o. La demencia de alguno de los esposos, cuando lo de la mente dé lugar a temor por la vida del otro.

En todos éstos casos, el ofendido justificará en la forma legal su acción ante el juez competente de primera instancia, y este, conociendo en juicio sumario, fallará inmediatamente que el juicio esté perfecto, quedando en todo caso a la parte agraviada el recurso de apelación y demás correspondientes".

Por otra parte, hacia distinción entre divorcio perpetuo y temporal, fundado este último en las dos últimas fracciones del artículo anteriormente citado, suspendiendo temporalmente la cohabitación de los cónyuges, como se observa del texto del Art. 232 que señalaba:

Art. 232 "El divorcio que se conceda por algunas de las causales comprendidas en las fracciones 6a. y 7a. del Art. 228, será precisamente temporal, en cuanto a la obligación de cohabitar quedando subsistentes las demás obligaciones del cónyuge que haya solicitado el divorcio para demente o enfermo".

3.2 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870 Y EL TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA.

Este ordenamiento legal que entró en vigor el 1o. de marzo de 1871, fue el primero de la materia que expidió para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, y respecto de él, afirma Montero Duhal, "... trajo la consecuencia de 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."⁷³

Siguiendo la línea característica de todos los ordenamientos civiles del siglo pasado, también admitía únicamente el divorcio separación fundado en la indisolubilidad del vínculo conyugal, y a semejanza del Código de Veracruz de 1868, producía el efecto de suspender ciertas obligaciones civiles que nacían del matrimonio, como se aprecia en lo dispuesto por el numeral 239 que señalaba:

Art. 239 "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".

En este cuerpo de leyes, la separación procedía a solicitud de ambos consortes de común acuerdo, una vez satisfechos los diversos requisitos que para su procedencia establecía, o a petición de uno de ellos fundado en alguna de las causales contenidas en el Art. 240, que literalmente decía:

73 Montero Duhal, Sara. *Op. Cit.* Pág. 210.

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

Por lo que concierne a la primera causa, esto es el adulterio, Montero Duhalt dice que "... 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 coadultera o que hubiera escándalo o insulto público del marido a su esposa."⁷⁴

Un aspecto relevante que se desprende de la lectura del numeral anteriormente citado, es que las causas de divorcio que establecía el Código de 1870 constituyen el antecedente de algunas de las que se encuentran contenidas en el Art. 267 del Código Civil vigente.

74 *Idem.* Pág. 211.

En cuanto al divorcio por mutuo disenso, se encontraba contemplado en el Art. 246 del Código en comento, cuyo texto decía:

Art. 246 "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en cuanto al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo 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".

Un aspecto característico de este ordenamiento legal, es el acendrado proteccionismo que con énfasis se otorgaba al vínculo matrimonial, como se colige de la diversidad de obstáculos que tenían que sortear los cónyuges para poder obtener la separación, y refiriéndose a ellos, Rojina Villegas manifiesta "Este ordenamiento se encuentra inspirado en un profundo proteccionismo al matrimonio como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio, una serie de trabas y formalidades."⁷⁵

Esta serie de trabas y formalidades a las que alude el autor mencionado, estaban contenidas en los preceptos que a continuación se reproducen literalmente:

Art. 247 "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.

⁷⁵ Rojina Villegas, Rafael, *Op. Cit.* Pág. 17.

Art. 250 "La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud el juez citará a los cónyuges a una junta en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no lograre, aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas, y no citará a nueva junta hasta después de tres meses".

Art. 252 "Pasando los tres meses, solo a petición de alguno de los cónyuges, citará el juez a otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión; y si esta no se lograre, dejara pasar aún otros tres meses.

Art. 252 "Vencido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiere que se determine sobre la separación, el juez decretará esta siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente".

De los artículos expuestos, se observa que el divorcio no podía obtenerse si no habían transcurrido dos años de vida matrimonial, y era improcedente también después de veinte años de haberse celebrado el matrimonio o si la mujer era mayor de cuarenta y cinco años de edad. Por otra parte, durante el procedimiento se llevaban a cabo dos juntas de avenimiento con un intervalo de tres meses entre una y otra, en las cuales se exhortaba a los consortes para que diesen por terminado el conflicto, y si no había arreglo, se abría un nuevo compás de espera por otros tres meses, a cuyo término, si los divorciantes se mantenían en su postura de separarse, hasta entonces el juez decretaba la separación.

Pero aún todavía más la separación decretada tenía efectos provisionales y no podría exceder de tres años, los cuales una vez transcurridos y si todavía existía en los cónyuges el deseo de separarse, se duplicaban los plazos asignados a las juntas

anteriores, al término de los cuales el juez decretaba la separación definitiva, como se observa del texto de los artículos que a continuación se citan:

Art. 257 "La sentencia que apruebe la separación, fijará el plazo que esta deba durar conforme al convenio de las partes, con tal que no exceda de tres años".

Art. 258 "Si pasado este término los consortes insisten en la separación, el juez procederá como esta prevenido en los Art. 248 a 257 duplicando todos los plazos fijados en ellos.

Art. 259 "Lo mismo se hará si concluido el término de la segunda separación, insisten en ella los consortes; pero en esta vez no se duplicarán ya los plazos. Lo dispuesto en este artículo se observará siempre que concluido el término de una separación, los consortes insisten en el divorcio".

Por otra parte la reconciliación de los cónyuges ponía fin al procedimiento en cualquier estado en que se encontrara, e incluso dejaba sin efectos la sentencia que decretaba la separación sin mayor requisito que ponerla en conocimiento del juez, atento a lo enunciado en los Art. 260, 263 y 264 del Código en revisión que dicen:

Art. 260 "Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

Art. 263 "La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró el divorcio. Pone también término al juicio si aún se esta instruyendo; pero los interesados deberán anunciar su nuevo arreglo

al juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación".

Art. 264 "La ley presupone la reconciliación, cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitación de los cónyuges".

Finalmente, por lo que respecta a los efectos que derivan del divorcio por mutuo consentimiento en relación a los hijos y los bienes, éste ordenamiento obligaba a los divorciantes a presentar un convenio con su solicitud en el que se determinara la situación de los primeros y el modo de administrar los segundos, durante el tiempo en que permanecieran separados. Dicho convenio era aprobado por el juez si no lesionaba los derechos de los hijos o de terceros.

Tratándose de divorcio necesario, al admitirse la demanda el juez dictaba ciertas medidas de carácter provisional mientras durara el trámite, entre las cuales figuraba; la que ordenaba la separación de los cónyuges; el depósito de la mujer en casa de persona decente por el marido o por el juzgador; la custodia de los hijos por uno de los consortes o por los dos; el aseguramiento de los alimentos que debía proporcionar el marido a la mujer y a los hijos si quedaban bajo la custodia de ella; la adopción de las medidas necesarias para el marido como administrador de los bienes adquiridos durante el matrimonio, no causare perjuicios a la mujer.

3.3 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1884

De manera análoga que sus antecesores, este cuerpo normativo solo permitía la separación de cuerpos suspendiendo algunas de las obligaciones derivadas del matrimonio, como se observa del texto del Art. 226 que en idénticos términos que el numeral 239 del Código de 1870, disponía textualmente:

Art. 226 "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".

Substancialmente, este Código reprodujo las disposiciones del ordenamiento civil de 1870, en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus formalidades y efectos, pero en el aspecto procedimental difiere de su antecesor al simplificar los trámites para obtenerlo.

Existen también dos tipos de divorcio; el necesario fundado en alguna de las causales contenidas en el Art. 227 y el divorcio por mutuo consentimiento regulado en el Art. 231.

Como causas para pedir el divorcio necesario se encontraban las siguientes:

Art. 227 "Son causas legítimas de divorcio.

I. El adulterio de uno de los cónyuges; II. El hecho de que la mujer de a 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 a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; IV. La incitación o la violencia hecho por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque sea de incontinencia carnal; V. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción; VI. El abandono del domicilio conyugal, sin justa causa o aún cuando sea con justa causa, si siendo esta 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 o las injurias graves de un cónyuge para el otro; VIII. La acusación falsa hecha por un cónyuge contra del otro; IX. La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la Ley; X. Los vicios incorregibles de juego o de embriaguez; XI. Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge; XII. La infracción a las capitulaciones matrimoniales; XIII. El mutuo consentimiento".

El código de 1884 recoge las causales para solicitar el divorcio contenidas en el Código de 1870, y agrega seis más, a las que se refieren las fracciones II, IX, X, XI, XII y XIII del precitado Art. 227, enriqueciendo los motivos para obtener la separación de lecho y habitación.

Por lo que concierne al divorcio por mutuo consentimiento, hemos señalado que éste ordenamiento legal reduce los trámites para obtenerlo, y aunque no suprime totalmente los plazos que imponía el Código anterior, si hizo más sencilla la separación de los cónyuges.

Al efecto, transcribimos los preceptos que contemplaban el divorcio por mutuo disenso, y que son:

Art. 231 "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse en cuenta al lecho y habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo 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, acompañaran a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación".

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

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

Refiriéndose al Código en mención, *Rojina Villegas* señala: "Salta a la vista que el número de juntas o audiencias a que hacía mención el Código de 1870, quedaron reducidas exclusivamente a dos y los plazos de tres meses que señalaba ese Código, se limitaron exclusivamente a un mes, además de que ya no se reprodujo el Art. 258 del Código Civil de 1870, en donde se publicaban los plazos de tres meses señalados por los Art. 248 a 257. Así pues, señalamos como diferencia radical entre ambos ordenamientos, la de haber facilitado el divorcio por separación de cuerpos."⁷⁶

En cuanto a la situación de los hijos habidos durante el matrimonio, tratándose de divorcio necesario, quedaban provisionalmente y mientras dura el juicio bajo la potestad del cónyuge no culpable, y en el supuesto de que ambos lo fueran la de un tutor designado al efecto, pero quedando los consortes sujetos a las obligaciones que tenían para con ellos, según lo establecido en los Art. 245 y 247 del Código en comento.

El mayor abundamiento, el Art. 248 disponía que el cónyuge que diere causa al divorcio, perdía todo derecho sobre la persona y bienes de los hijos mientras viviera el cónyuge inocente. Finalmente por lo que toca a los bienes, el numeral 251 establecía que una vez ejecutoriado el divorcio cada cónyuge recobraba los que le eran propios.

76 *Rojina Villegas, Rafael. Op Cit. Pág. 20.*

3.4 LEY DE 29 DE DICIEMBRE DE 1914

Esta ley que en realidad fue un decreto expedido por Venustiano Carranza el 29 de diciembre de 1914, también llamada "Ley de Carranza de 1914", en plena convulsión social, tiene el mérito de incorporar a la legislación mexicana el divorcio vincular, bien por mutuo consentimiento o como divorcio necesario, refrendado posteriormente en la Ley Sobre Relaciones Familiares expedida también por el citado Jefe del Ejército Constitucionalista en el año de 1917, y en el Código Civil vigente.

A manera de referencia, en los considerandos de esta ley que justifican la inclusión del divorcio vincular, se dice que los cónyuges al unirse en matrimonio pretenden conseguir por medio de éste la realización de sus más grandes ideales, pero desafortunadamente no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraído. Entonces la ley debe establecer un remedio relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia, soportando un status irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas.

Por lo tanto, el divorcio separación de cuerpos hasta entonces la única forma admitida por el Código Civil de 1874, lejos de satisfacer la necesidad de reducir las consecuencias de uniones desgraciadas, creaba una situación peor que la que se trataba de remediar en razón de que fomentaba la discordia no sólo entre los cónyuges, sino que también repercutía en los hijos y demás parientes.

Se dice también que la experiencia y ejemplo de las naciones civilizadas, enseñaban que el divorcio que disuelve el vínculo, es el único medio de subsanar hasta donde fuera posible los errores de uniones que no pueden subsistir.

Por tal motivo, la ley de 1914 que reforma el Código de 1874 consideró que el matrimonio debería de disolverse definitivamente, recobrando cada cónyuge la capacidad para celebrar nuevas nupcias, sea por mutuo acuerdo o cuando surgieran causas que imposibilitaran o hicieran indebidos los fines del matrimonio, o que implicaran faltas graves que quebrantaran la armonía conyugal, supuestos que se contemplaban en los dos artículos que conformaban dicha ley, que textualmente expresaban:

Art. 1o. "Se reforma la Fracción IX del Art. 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 al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años celebrando 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.

Analizando el contenido de los preceptos de esta ley en especial el primero, tenemos que fuera del mutuo disenso no especifica los supuestos por los cuales puede disolverse el matrimonio en la vía necesaria, sino que más bien generaliza las causas a cualquiera que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o bien por causas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal.

Rojina Villegas, interpretando su contenido establece que por lo que respecta a las primeras causas, esto es, aquéllas que hacen imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio se pueden comprender las siguientes:

a) Impotencia incurable de la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; b) Enfermedades crónica e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias, y c) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales. ⁷⁷

Dentro del segundo grupo de causas de tal manera graves que hagan irreparable la desavenencia conyugal, comprende las siguientes:

a) Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal, es decir, se concluían los delitos de 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 afflictivas de un cónyuge o de los hijos. ⁷⁸

3.5 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Para concluir el presente capítulo analizaremos la Ley Sobre Relaciones Familiares expedida el 9 de abril de 1917, que recoge las disposiciones de la Ley Carranza de 1914, reglamentándola minuciosamente y consolidando la figura del divorcio vincular al estatuir que el matrimonio es un vínculo disoluble, y por lo tanto susceptible de terminar, permitiendo a los divorciados contraer un nuevo matrimonio, tal como lo disponían los Art. 13 y 75 que señalaban:

78 *Ibidem.* Pág. 68

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

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

Tratándose de divorcio necesario, las causas para demandarlo se encontraban contenidas en el Art. 76 de la Ley de referencia, que enumeraba las siguientes:

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 fuese 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 a 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 de llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquier 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 el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio; VII. La sevicia, las amenazas o injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas 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".

De la lectura del numeral transcrito, se observa la semejanza que guardan las causas enunciadas, con las contenidas en el Art. 227 del Código Civil de 1984, con la salvedad de que suprime la infracción de las capitulaciones matrimoniales establecidas en este ordenamiento, que fue el único que la admitió para disolver el matrimonio.

Respecto al término para pedir el divorcio, este era dentro de los seis meses siguientes de la fecha en que el cónyuge efectuado tuviera conocimiento de los hechos en que fundaba su demanda, conforme a lo dispuesto por el Art. 88 que literalmente decía:

Art. 88 "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de seis meses después de que haya llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda".

Por otra parte, el numeral 93 de la Ley en revisión establecía las medidas provisionales que deberían adoptarse mientras durara el procedimiento de divorcio necesario, las cuales eran las siguientes:

Art. 93 "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras duren los procedimientos judiciales, las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges en todo caso, II. Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y al marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino a solicitud suya; III. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los Art. 94, 95 y 96; IV. Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre; V. Dictar las medidas conducentes para que el marido no cause perjuicios en sus bienes a la mujer; VI. Dictar en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a las mujeres que queden en cinta".

Por lo que concierne a la situación de los hijos, una vez decretado el divorcio quedaban bajo la potestad del cónyuge inocente, pero si ambos fueran culpables y no hubiere ascendientes en quien recayera la patria potestad, se les proveía de un tutor para dicho efecto, pero en todo caso ambos cónyuges quedaban sujetos a todas las obligaciones que tenían para con los hijos. Además, el cónyuge culpable perdía todo derecho sobre la persona de éstos mientras viviera el cónyuge inocente, recobrándolo a la muerte de aquél si el divorcio se fundaba en algunas de las causas consignadas en

las fracciones VI, VII, VIII y IX del ya citado Art. 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Respecto a los bienes, se procedía a la división de los que fueron comunes, tomándose todas las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que estuvieran pendientes entre los consortes o con relación a los hijos, teniendo obligación los cónyuges de contribuir en proporción de sus bienes a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que alcanzaran la mayoría de edad, y de las hijas hasta que contrajeran matrimonio, aunque fueren mayores de edad, siempre que vivieren honestamente.

Tocando al divorcio por mutuo disenso, se regulaba a partir del Art. 80 al 86 inclusive, estableciendo el primero de los preceptos mencionados.

Art. 80 "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al juez y en los términos que expresan los artículos siguientes, en caso contrario, aunque vivan separados se tendrán por unidos para todos los efectos legales del matrimonio".

En adición, el Art. 81 obligaba a los solicitantes la anexión de un convenio en el que determinarían la situación de los hijos y la manera de liquidar sus relaciones patrimoniales, como se colige del texto de dicho precepto que decía:

Art. 81 "Los cónyuges que pidan de conformidad su divorcio, deberán acompañar en todo caso a su demanda un convenio que arregle la situación de los hijos y la manera de liquidar sus relaciones en cuanto a sus bienes".

Entre las formalidades que exigía esta ley durante la tramitación del divorcio, se encontraban las siguientes; que reduce el plazo para solicitarlo a un año después de la celebración del matrimonio; a la remisión por el juez de Primera Instancia del domicilio de los cónyuges, de un extracto de la solicitud al juez del Estado Civil del lugar, a efecto de que se publique; y a la celebración de tres juntas de avenimiento antes de decretar el divorcio, como se desprende del texto de los numerales que a continuación se citan:

Art. 82 "El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Presentada la solicitud, el Juez de Primera Instancia del domicilio de los cónyuges remitirá un extracto de ella al Juez del Estado Civil del mismo lugar, para que éste la haga publicar en la tabla de avisos, y citará a los solicitantes a una junta, en la cual procurará restablecer la concordia entre ellos y cerciorarse de la completa libertad de ambos para divorciarse. Si no lograre averarlos, se celebrarán todavía con el mismo objeto, dos juntas más, que el Juez citará a petición de ambos cónyuges.

Esta petición no podrá hacerse sino después de transcurrido un mes desde la última junta celebrada. Entre una y otra junta deberá mediar, cuando menos, un mes".

Art. 83 "Si, celebramos las tres juntas mencionadas los cónyuges se mantuvieron firmes en el propósito de divorciarse, el juez aprobará el arreglo con las modificaciones que crea oportunas oyendo al efecto la del Ministerio Público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de tercera persona".

Art. 84 "Mientras se celebran las juntas y se declara el divorcio, aprobando el convenio de los interesados, el juez autorizará la separación de los consortes de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos menores".

En otro orden, y reafirmando la disolubilidad del vínculo matrimonial, el Art. 102 establecía que por virtud del divorcio los cónyuges recobraban su capacidad para contraer nuevas nupcias, excepto en los casos en que hubiera declarado por causa de adulterio, en que, el cónyuge culpable a manera de sanción, tenía que separar un lapso de dos años después de haberse pronunciado la sentencia para poder hacerlo.

Finalmente, es necesario señalar antes de concluir el presente apartado que el divorcio separación, en esta ley quedaba relegado a segundo término, subsistiendo únicamente como excepción para aquellos casos en que alguno de los cónyuges padeciera alguna enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria, quedando a potestad del cónyuge sano pedir el divorcio vincular o bien, la separación del lecho y habitación, atento a lo establecido en el Art. 87 de la Ley en comento, que textualmente establecía:

Art. 87 "Cuando las enfermedades enumeradas en la fracción IV del artículo 77 no sean utilizadas por un cónyuge como fundamento de divorcio, podrán, sin embargo, ser motivo para que el Juez, con conocimiento de causa y a instancia de uno de los consortes, pueda suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando, no obstante, subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado".

3.6 CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

Habiendo hecho referencia a la noticia histórica del divorcio remontándonos al derecho romano, así como algunas legislaciones que se han producido en el territorio nacional, en el presente punto de este capítulo nos dedicaremos a su estudio atendiendo a su regulación en el Código Civil vigente, mismo que se contempla a partir del Art. 266 al 291.

I. SISTEMAS DE DIVORCIO

Dentro del articulado del ordenamiento civil vigente, tenemos que al igual que en las legislaciones que le preceden, se contemplan dos especies de divorcio sobre los cuales hemos dejado nota en el apartado que antecede el divorcio separación de cuerpos, y el divorcio vincular también llamado absoluto, los cuales exploraremos de manera más amplia.

1. Divorcio Separación de Cuerpos

Esta especie de divorcio como se ha manifestado, deja intacto el vínculo matrimonial y solamente suspende la obligación de cohabitación que se deben los cónyuges; más sin embargo, no extingue para estos las demás obligaciones fundamentales que se derivan del matrimonio.

Montero Duhalt define al divorcio separación de cuerpos o divorcio no vincular diciendo: "Consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persisten en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio tales como fidelidad, los alimentos, etc."⁷⁹

Por su parte Rojina Villegas señala que "En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: la separación marital de los cónyuges quienes ya no están obligados a vivir juntos, y por consiguiente, a hacer vida marital."⁸⁰

De Pina sostiene que la separación de cuerpos "... no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten con exclusión de la relativa a la vida en común."⁸¹

79 *Montero Duhalt, Sara. Op. Cit. Pág. 218.*

80 *Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 9.*

81 *De Pina Rafael, Op. Cit. Pág. 338.*

En concordancia con los criterios anteriores, en la doctrina extranjera Planiol expresa lo siguiente: "La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir juntos. La separación de cuerpos difiere del divorcio en que no disuelve el matrimonio; solo afloja su vínculo. Ambos esposos permanecen casados; pero viven separadamente. Subsisten todas las obligaciones nacidas del matrimonio, excepto las que se refieren a la vida en común."⁸²

De las exposiciones anteriores podemos concluir que la separación de cuerpos es en sí, un estado de desunión conyugal decretado por resolución judicial que extingue para los esposos la obligación de vivir bajo el mismo techo, sin que se disuelva el vínculo matrimonial subsistiendo para ambos las demás obligaciones que nacen del matrimonio.

Por lo que toca a nuestra legislación vigente, el Código Civil se refiere a la separación de cuerpos en el numeral 227 cuyo texto expresa:

Art. 277 "El cónyuge que no requiere el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del Art. 267 podrá sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistente las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

⁸² Planiol, Marcel. Citado por Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág 11

De esta forma, la separación de cuerpos se encuentra establecida en nuestra legislación, solamente en los casos en que alguno de los consortes padezca alguna enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, así como la impotencia incurable sobrevenida después de la celebración del matrimonio, y por último, padecer enajenación mental incurable, supuestos a los que aluden las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente, mismas que en su oportunidad estudiaremos al tratar las causas de divorcio necesario.

Se ha considerado que el establecimiento de este status que faculta a los cónyuges a vivir separados sin quebrantar el vínculo matrimonial, obedece a dos motivos primordiales:

Primero.- Que la convivencia de los consortes en aquéllos casos en que alguno padezca una enfermedad contagiosa, crónica o incurable, puede constituir un riesgo nocivo y peligroso para el otro cónyuge y para los hijos.

Segundo.- La permanencia de sentimientos afectivos, independientemente de todo concepto de culpa imputable al cónyuge enfermo.

No se quiere disolver el vínculo matrimonial, sino sólo suspender la convivencia marital ante un peligro inminente.

2. DIVORCIO VINCULAR

Hemos consignado que el divorcio vincular, el auténtico y único divorcio como lo señalan algunos autores, fue incorporado a nuestra legislación en el año de 1914 con la aparición en el contexto jurídico de la Ley Carranza, y que tiene como característica fundamental disolver el lazo conyugal sea por mutuo consentimiento, o como divorcio necesario, otorgando a los divorciados la capacidad para poder celebrar nuevo matrimonio.

Nos dice Galindo Garfias que "El divorcio propiamente dicho, al disolver el vínculo matrimonial, produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, deja de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio. A esta clase de divorcio se le denomina vincular."⁸³

II. CLASES DE DIVORCIO REGULADAS EN EL CODIGO CIVIL

Dentro del sistema de divorcio vincular que disuelve el matrimonio, se distinguen tres clases de divorcio con que cuenta nuestro sistema jurídico y que son:

- a) Divorcio Voluntario Administrativo.
- b) Divorcio Voluntario Judicial.

⁸³ Galindo Garfias, Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 582

c) **Divorcio Necesario ó Contencioso.**

Las dos primeras en común, que no se plantea disputa alguna sobre las causas que dan origen a la ruptura matrimonial en éstas los cónyuges simplemente manifiestan su voluntad de divorciarse. En el divorcio necesario por el contrario, el cónyuge que lo pide plantea ante la autoridad judicial una cuestión litigiosa, fundando su petición en hechos que obstaculizan la subsistencia del matrimonio, y que constituyen alguna causa prevista en la ley.

En este punto hablaremos del Divorcio Voluntario Administrativo y Judicial, no así del divorcio necesario ya que en el próximo capítulo abundaremos más de este tipo de divorcio ya que es la parte sustancial de esta tesis.

1. Divorcio Voluntario Administrativo

Es aquél que se tramita una autoridad de carácter administrativo como lo son los jueces del Registro Civil, mediante un procedimiento sencillo y breve a petición en común acuerdo de ambos cónyuges, cumpliendo previamente con los requisitos que para su procedencia exige el Código Civil.

Esta clase de divorcio por la vía administrativa, se encuentra previsto en los tres primeros párrafos del Art. 272 del ordenamiento civil, que en término completamente nítidos establecen:

Art. 272 "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran 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 establezcan el Código de la materia".

De esta forma los requisitos para que proceda el divorcio voluntario administrativo conforme al precepto anterior, se reducen a cuatro: que los cónyuges obren de común acuerdo, que sean mayores de edad, que no hayan tenido hijos y que previamente hayan liquidado la sociedad conyugal.

En adición a los requisitos expuestos anteriormente, el Art. 274 establece otro de carácter temporal que también debe contemplarse para solicitar el divorcio, consistente en que debe haber transcurrido más de un año de celebrado el matrimonio.

Art. 274 "El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio.

Refiriéndose a esta clase de divorcio Rojina Villegas comenta: "Este tipo de divorcio marca la cúspide en donde las facilidades para la obtención del mismo se han disminuido a tal grado, que la sola voluntad de las partes es suficiente para disolver el vínculo matrimonial."⁸⁴

A manera de crítica, el mismo autor agrega: "Así pues, partiendo de la serie de trabas, dificultades y obstáculos que interponía el Código de 1870 para la simple separación de cuerpos, esta forma de divorcio voluntario, denominado de tipo administrativo, por la intervención de la autoridad judicial, representa la última etapa a la que se ha llegado en nuestro derecho."⁸⁵

No obstante las críticas de que ha sido, que ven en esta clase de divorcio un factor de disgregación familiar al facilitar la terminación de la relación matrimonial, consideramos justificada su inserción en nuestro derecho y acertados los razonamientos vertidos por el legislador en la exposición de motivos del ordenamiento civil, que en su parte conducente establecen:

"El divorcio, en este caso perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que llenen todas las formalidades de un juicio.

⁸⁴ Rojina Villegas, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 26.

⁸⁵ *Idem.* Pág. 26.

Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y que, cuando no están en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiesten su decidida voluntad de no permanecer unidos".

2. DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

Cuando no es posible satisfacer todos los requisitos previstos en el primer párrafo del precitado Art. 272 del Código Civil, esto es, a contrario sensu, cuando los consortes son menores de edad, cuando hay hijos o si el matrimonio se celebró bajo el régimen de sociedad conyugal y no se ha liquidado ésta, la ley prevé otra vía para disolver de común acuerdo el matrimonio, pero en este caso ante una autoridad judicial, atento a lo establecido en el último párrafo del numeral referido que textualmente reza:

Art. 272 "Cuando ambos consortes convengan..." 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".

Esta otra posibilidad que la ley concede a los cónyuges para que por mutuo consentimiento disuelvan su matrimonio, tiene lugar ante una autoridad de carácter judicial que en el caso específico es el Juez de lo Familiar, quien decretará el divorcio por sentencia, misma que disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de existir.

Por lo que se refiere a su tramitación, por reenvío del multicitado Art. 272 del ordenamiento civil, ésta se sujeta al procedimiento establecido en el Título Décimo Primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de los Art. 674 al 682.

En esta forma, el Art. 674 del Código Procesal Civil textualmente expresa:

Art. 674 "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en los términos del último párrafo del Art. 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que exige en el Art. 273 del Código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores".

Por disposición expresa del numeral anterior, los cónyuges que pretendan obtener el divorcio por mutuo disenso en la vía judicial, obligatoriamente deberán adjuntar a su solicitud un convenio, el cual será aprobado por el juzgador oyendo el parecer del Ministerio Público, que verse sobre los puntos a que se refiere el Art. 273 del Código Civil, que textualmente establece:

Art. 273 "Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgador 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 Art. 288, 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".

Es importante hacer mención a la importancia que reviste para la procedencia del divorcio por mutuo consentimiento en la vía judicial, la anexión del convenio aludido toda vez que como lo expresa Eduardo Pallares "... constituye la materia propia del divorcio voluntario o sea las cuestiones jurídicas sobre las que ha de resolver el juez y pronunciar su sentencia. Ya queda dicho que en el juicio de divorcio voluntario no hay controversia sobre la voluntad de los cónyuges de poner término al matrimonio, sino únicamente sobre la validez y conveniencia del pacto concertado por ellos, o sea el convenio que sirve de base a su separación."⁸⁶

Ahondando en la importancia del convenio, este requiere para validez que sea aprobado por el juez que decidirá sobre el divorcio, pues de no darse dicha aprobación no podrá decretarse la disolución del matrimonio aunque impere la voluntad de los consortes, mientras no queden garantizados debidamente los derechos de los hijos menores en cuanto a su manutención y custodia, los alimentos que debe proporcionar el marido a la mujer durante el procedimiento y después de decretado el divorcio si esta no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevo matrimonio, así como lo relativo a la administración de los bienes de la sociedad durante el procedimiento, y las bases

⁸⁶ PALLARES, EDUARDO. *Ob. cit.*, Pág. 47

para su liquidación después de ejecutoriado el divorcio.

Conjuntamente con el convenio al que nos hemos referido, además se deberá acompañar a la solicitud copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores, ello en atención a que el divorcio presupone la existencia del matrimonio, y de que los consortes han procreado hijos durante éste.

Una vez que se ha presentado la solicitud del divorcio conjuntamente con el convenio y las actas del registro civil respectivas, el Juez de lo Familiar citará a los consortes a una primera junta denominada de avenimiento en la que los exhortará para procurar su reconciliación, y de no lograrlo aprobará provisionalmente oyendo el Ministerio Público, los puntos vertidos en el multireferido convenio, según lo previsto en el Art. 675 del Código de Procedimientos Civiles, cuyo texto enuncia:

Art. 675 "Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no lograre avenirlos, aprobará provisionalmente oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar a otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento".

Señala Galindo Garfias que "En el divorcio voluntario que se tramita en la vía judicial, la intervención del juez y del Ministerio Público, cuando hay hijos, aparte aquella función de comprobar la identidad de los consortes y la firmeza de su voluntad de divorciarse, cumple la función importante de garantizar el interés de los hijos que pretenden divorciarse y cerciorarse de que en la disolución de la sociedad conyugal, la distribución de los bienes que la constituyen no reporta ventajas o provechos injustificados para ninguno de los divorciados."⁸⁷

De persistir los cónyuges en su propósito, el juez los citará a una segunda junta en la que los volverá a exhortar nuevamente a la reconciliación, y solamente que después de esta segunda no se lograre el avenimiento pero quedaren bien garantizados los derechos de los hijos, el juez aprobará en definitiva el convenio presentado y dictará sentencia disolviendo el matrimonio, atento a lo dispuesto por el Art. 676 del Código Procesal Civil, cuyo texto es del tenor siguiente:

Art. 676 "Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta en la que se identificarán plenamente, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; y en ella volverá a exhortar a aquéllos con el propio fin que en el anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado".

Ahora bien, el Art. 680 del Código adjetivo, establece que si hubiere oposición del Ministerio Público a la aprobación del convenio presentado por los solicitantes, por considerar que viola o no garantiza debidamente los derechos de los hijos, propondrá las modificaciones que considere pertinente, y el juez lo pondrá en conocimiento de los consortes para que en el término de tres días manifiesten si las aceptan.

De no haber aceptación a las modificaciones propuestas, el juez decidirá en la sentencia lo que proceda conforme a derecho pero cuidando en todo caso que queden garantizados los derechos de los hijos, mientras tanto y hasta que no se apruebe el convenio no podrá decretarse el divorcio.

Art. 680 "En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que dentro de los tres días manifiesten si aceptan las modificaciones.

En caso de que no las acepten, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley cuidando de que en todo caso, queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no fuere de aprobarse no podrá decretarse la disolución del matrimonio".

Por otra parte, el hecho de que los solicitantes durante el procedimiento no efectúen trámite alguno por más de tres meses, quedará sin efectos la solicitud planteada y se remitirá el expediente al archivo, según lo establecido en el Art. 679 del Código Procesal que reza:

Art. 679 "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".

Es importante mencionar que en el divorcio voluntario, los divorciantes no pueden ser representados en las juntas de avenimiento que tiene lugar durante el procedimiento, siendo obligatorio 678 del ordenamiento procesal que literalmente expresa:

Art. 678 "Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refieren los Art. 675 y 676, sino que deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial".

Sobre ello *Rojina Villegas* manifiesta: "Una peculiaridad en el divorcio voluntario consiste en que los cónyuges no pueden hacerse representar por un apoderado, tomando en cuenta la finalidad que persigue la ley, de que el juez exhorte directamente a los consortes para procurar averirlos. Es evidente que la intervención de un apoderado podría hacer nulatoria esta finalidad, si el juez cumple con su deber, de hablar directamente a los sentimientos, a la conciencia de los consortes para procurar averirlos. El apoderado juzgaría el asunto de una manera impersonal, fría y no lograría el efecto que la ley persigue de procurar por el juez la reconciliación."⁸⁸

En otro orden, la reconciliación de los divorciantes producida en cualquier estado en que se encuentre el juicio y siempre que no se haya dictado sentencia que haya causado ejecutoria, pone fin al divorcio existiendo obligación para los consortes de informar su arreglo al juzgador, pero no podrán intentar de nueva cuenta juicio de

⁸⁸ *Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 29*

divorcio por mutuo consentimiento hasta que haya transcurrido más de un año de la reconciliación, según se observa de lo enunciado en los artículos 276 y 280 del Código Civil que expresan:

Art. 276 "Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación".

Art. 280 "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación".

Finalmente y en los mismos términos que en el divorcio voluntario administrativo, el divorcio por la vía judicial por mutuo disenso no puede solicitarse sino después de que haya transcurrido un año de la celebración del matrimonio, conforme a lo establecido en el numeral 274 del ordenamiento civil que ya hemos visto.

Como nos podemos dar cuenta y a manera de conclusión, la institución jurídica del divorcio ha ocasionado cambios muy notables en el seno familiar, reflejándose en la vida social. Por lo tanto, es un problema que ha evolucionado a través de la historia por lo que se deben establecer posturas de solución reales para que en un futuro este problema sea menos grave.

En el siguiente capítulo, haremos un estudio de las causales de divorcio previstas por el artículo 267 y 268 del Código Civil vigente, de lo cual hablaremos ampliamente por ser parte importante de nuestro trabajo.

CAPITULO CUARTO

4.1 EXAMEN DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO PREVISTAS POR EL ARTICULO 267 Y 268 DEL CODIGO VIGENTE PARA EL D.F. EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL

Este capítulo siendo la parte sustancial de este trabajo haremos un estudio sistemático de las causales de divorcio que existen en nuestra legislación actual del cual haremos un análisis de las mismas, empezando por determinar las causas en cuanto a los principios fundamentales y la repercusión del divorcio en la sociedad.

Para determinar los motivos por los cuales se ejercitan las causales de divorcio dada la repercusión de éste en el ámbito social, existen dos principios fundamentales, que son los siguientes:

a) El de la limitación de las causas. Este principio se refiere según el maestro Eduardo Pallares a que "únicamente son causas de divorcio necesario las que limitativa y numéricamente enuncian los artículos 267 y 268 del Código Civil."⁸⁹ Es decir, que los tribunales no van a tener facultad discrecional para establecer causas diferentes de las que en el Código Civil se consideran como justificadas.

b) El principio de la aplicación restrictiva de las causas de divorcio, nos dice el maestro Eduardo Pallares al afirmar que lo establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación al fijar que "las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularse entre sí, completando o cambiando lo que unas dicen con lo que otras

⁸⁹ PALLARES, EDUARDO. *Ob. cit.* Pág. 61

ordenan. Esta prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma.⁹⁰

Existe disparidad de criterios para establecer las causales de divorcio en las diversas legislaciones, debido en gran parte a las costumbres y tradiciones de cada cultura, ya que en algunos países no se le ha dado aceptación al divorcio vincular, por ejemplo en la religión católica no se permite ejercer este derecho. sin embargo en la mayoría de las legislaciones que estatuyen el divorcio, figuran como principales causas, el adulterio, la sevicia, el abandono malicioso, los delitos infamantes y conducta deshonrosa, de las cuales se derivan otras de la misma índole.

Por tanto distintos puntos de vista doctrinarios las clasifican en grupos como son los siguientes: Causas que implican el delito; las que constituyen hechos inmorales; las contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales; las eugenésicas llamadas causas remedio y las que implican conducta desleal, entre otras.

El Sistema Mexicano establece las causas de divorcio en los Art. 267 y 268 del Código Civil vigente y pueden ser clasificadas en dos grandes grupos:

- a) Causales culposas; y
- b) Causales remedio.

4.2 CAUSAS DEL DIVORCIO COMO SUPUESTO DEL DERECHO FAMILIAR

Las causas de divorcio pueden derivar de culpa de uno o de ambos cónyuges o pueden surgir de otras razones, en las que no puede imputarse culpa a ninguno de ellos. Las causas de divorcio como ya lo mencionamos se encuentran contempladas en nuestro Código Civil vigente en el Art. 267 en sus dieciocho fracciones, de entre las cuales unas operan de modo absoluto, sin sujetarse a condición alguna; en tanto que otras sólo dan lugar al divorcio si es que se encuentran adecuadas por circunstancias que perturban gravemente la armonía conyugal; a continuación transcribiremos las dieciocho fracciones que contempla el Art. 267 y la causal prevista en el Art. 268, al tenor siguiente:

Art. 267. "Son causales de divorcio":

- I. El adulterio debidamente probado a 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 violación hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

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

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

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

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

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

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

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Art. 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el

incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Art. 168;

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

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

XV. Los hábitos de juego o 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 tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII. El mutuo consentimiento;

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

Por su parte, el Art. 268 establece una causa específica de divorcio necesario, fundado en la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio no probada, y el desistimiento de la demanda en los términos siguientes:

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, este tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos."

Previo al estudio breve que haremos de cada una de las hipótesis consignadas en los artículos enunciados, es importante mencionar que la doctrina efectúa una clasificación de las mismas, agrupándolas por especies atendiendo fundamentalmente a la naturaleza del hecho que las origina, y como ya lo mencionamos anteriormente las distingue de la siguiente manera:

1. Las que implican delitos.
2. Las que constituyen hechos inmorales.
3. Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de las obligaciones conyugales.
4. Las que se fundan en determinados vicios.
5. Las que se fundan en enfermedades.

Tomando como base esta clasificación, así mismo se ha establecido una división del divorcio necesario instituyendo dos tipos: el "divorcio sanción" y el "divorcio remedio", atendiendo primordialmente a un elemento de carácter subjetivo, la existencia

o no existencia de culpa, así como en su caso la gravedad de la culpa en que ha incurrido el cónyuge que ha dado motivo a la desavenencia.

En consideración a lo anterior, el maestro Rojina Villegas comenta: "... que sólo existirá el divorcio remedio ante las enfermedades, incluyendo aquí, la impotencia y la locura; en cambio existirá el divorcio sanción para las demás causas de divorcio que impliquen delitos, hechos inmorales, vicios, estados contrarios al matrimonio e incumplimiento de obligaciones conyugales."⁹¹

En este orden, el llamado divorcio sanción tiene su fundamento en las causas previstas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, IX, XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI del Art. 267, en el numeral 268, ambos del ordenamiento civil vigente, en las que como hemos señalado presupone la existencia de culpa en el cónyuge que incurre en el hecho que la origina, y por consecuencia al decretarse el divorcio se hace acreedor a una sanción que puede resultar la pérdida o la suspensión del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos durante el matrimonio, al pago de alimentos en favor de éstos y del cónyuge inocente, y la prohibición para contraer nuevo matrimonio dentro de los dos años siguientes en que se decreta el divorcio.

En los concerniente al divorcio remedio, tiene como fundamento las hipótesis previstas en las fracciones VI y VII del mencionado Art. 267, y cuyo elemento distintivo consiste en que no presupone la existencia de un hecho culposo de alguno de los cónyuges, sino que se origina en una causa objetiva de tal manera grave que hace imposible la subsistencia de la vida en común.

91 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Op. cit.* Pág. 127

Rojina Villegas señala que "El divorcio remedio se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias."⁹²

Es conveniente hacer mención en este apartado que con la creación de la causal contenida en la fracción XVIII del Art. 267 del Código Civil y que consiste en "La separación de hecho de los cónyuges por un término de más de dos años, independientemente del motivo que haya originado dicha separación." Surge un nuevo tipo de divorcio que a nuestro criterio no se le puede encuadrar de ninguna de las clasificaciones anteriores, es decir no es un divorcio sanción ya que no existe un cónyuge culpable, tampoco es un divorcio remedio porque no corre peligro la salud de los cónyuges, por lo tanto es una causal que ha tenido mucha polémica desde su creación hasta la fecha y que comentaremos más adelante, en su correspondiente punto.

En seguida y una vez analizada la clasificación anterior estudiaremos cada una de las causales de divorcio conforme al ordenamiento civil vigente, como sigue:

I. "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges".

Es menester señalar que el adulterio en nuestro derecho asume dos formas distintas: como causa de divorcio prevista en el Código Civil, y como delito sancionado en el Código Penal, sin embargo tenemos que en ambos ordenamientos legales no se da una definición de lo que es el adulterio, por lo que recurrimos a la doctrina para entender su significado.

92 *Idem.* Pág. 25

Partiendo de un enfoque eminentemente civil, el maestro Eduardo Pallares dice que el adulterio "consiste en la unión sexual que no sea contra natura de dos personas que no estén unidas por el matrimonio civil, y de las cuales una de ellas o las dos, estén casados civilmente con un tercero."⁹³

Para Flores Barroeta "el adulterio consiste en la cópula con persona extraña al cónyuge y es tanto causa de divorcio como un delito que requiere ser debidamente probado por los medios de prueba establecidos por la ley."⁹⁴

Por su parte, Ibarrola expresa que el adulterio "es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados."⁹⁵

Adicionando este autor agrega que "... aún cuando varios códigos no definan el delito de adulterio, la etimología indica que consiste en la violación de la fe conyugal consumada corporalmente con los tres requisitos clásicos: unión sexual, matrimonio de uno o ambos prevenidos y dolo o voluntad de parte de la persona casada."⁹⁶

Ahora bien, no obstante que el adulterio implica un hecho ilegítimo de un cónyuge en agravio del otro, existe cierta autonomía en sus formas de regulación siendo potestativo para el consorte agraviado demandar al otro por adulterio en la vía familiar como simple causa de divorcio, o recurrir a la vía penal para acusarlo de delito.

93 PALLARES, EDUARDO. *Op. cit.* Pág. 63.

94 FLORES BARRONETA, BENJAMIN. *Op. cit.* Pág. 386.

95 DE IBARROLA, ANTONIO. *Op. cit.* Pág. 318.

96 *Idem.* Pág. 320.

Al respecto comenta Galindo Garfías: "Como causa de divorcio, el trato carnal de cualquiera de los cónyuges con quien no sea su consorte, no requiere que se configure el delito de adulterio. Para que proceda el divorcio por causa de adulterio, no es necesario que se reúnan los requisitos que exige el Código Penal (que se realice el acto sexual con escándalo o en el domicilio conyugal), basta la comprobación de la existencia de esas relaciones, en cualquier circunstancia, para tener por prueba la causa de divorcio."⁹⁷

En concordancia con el criterio anterior, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis visible a fojas 325, Novena Parte del Último Apéndice al Seminario Judicial de la Federación, de 1917-1985, ha sustentado lo siguiente:

"Divorcio, Adulterio como Causal de.- Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque éste sólo puede subsistir para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos. "

97 GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Op. cit.* Pág. 597.

Establecida la distinción que guarda el divorcio en la materia civil con la penal, no se requiere entonces que exista sentencia penal que tenga por comprobado el delito de adulterio para que se tipifique la primera causa establecida en el Art. 267 del ordenamiento civil, sino únicamente la comprobación de la existencia de relaciones extramatrimoniales. Ello resulta lógico y justo, pues de otra manera se obligaría al consorte agraviado a que primero presentara querrela penal para poder obtener el divorcio.

Además podría suceder que en ambos procesos se ofrecieran probanzas distintas o bien, que siendo las mismas, el Juez de lo familiar al valorarlas les dé una interpretación diversa que el Juez Penal, pudiendo traer como consecuencia que la sentencia penal sea absoluta y la de divorcio considere probado el adulterio.

Un aspecto trascendente que emana del contenido de la fracción I del artículo en comento, es la prueba del adulterio, la cual ha sido objeto de discusión por los tratadistas nacionales.

Sobre el particular Galindo Garfías expresa: "La prueba del adulterio en el juicio de divorcio ha de ser directa, objetiva. En ningún caso es admisible la prueba presuncional. Esta causal es absoluta. No requiere, sino la prueba objetiva del adulterio."⁹⁸

En contraposición Pallares sostiene: "La prueba de esta causa es muy difícil de producirse directamente, por lo cual sólo se logra en muchos casos mediante presunciones graves, cuya calificación queda al prudente arbitrio del juez."⁹⁹

⁹⁸ *Ibidem.* Op. cit. Pág. 598

⁹⁹ PALLARES, EDUARDO. Op. cit. Pág. 64

En concordancia con el criterio anterior, De Ibarrola sostiene enfáticamente "El adulterio (Art. 267, Fracción I) debe ser debidamente probado. No hay para que agregar que la única prueba del adulterio sólo podrá establecerse, en la inmensa mayoría de los casos, por presunciones."¹⁰⁰

Tomando en consideración que en muchos casos resulta imposible constatar la existencia de los actos de adulterio por medios directos, en atención a que por lo regular estos se realizan en la clandestinidad y por lo tanto difíciles de probar, consideramos acertados los argumentos expuestos de los dos últimos autores citados y que concuerdan con el criterio que nuestro más Alto Tribunal, en el sentido de que ante la imposibilidad de acreditar esta causa a través de medios de prueba directos, lo que implicaría imponer al cónyuge ofendido una carga de difícil realización, son admisibles los medios de prueba indirectos cuya calificación quedaría al arbitrio del juzgador.

La tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis número 207, visible a fojas 324, Novena Parte del Último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1985, al respecto ha sustentando lo siguiente:

"Divorcio, Adulterio Como Causal De.- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable. "

¹⁰⁰ DE IBARROLA, ANTONIO. Op. cit. Pág. 319.

Para concluir el estudio de esta causal, debemos mencionar que el término para

invocarla es de seis meses a partir de la fecha en que el demandante tenga conocimiento de los actos adulterinos, atento a lo establecido en el Art. 269 del Código Civil vigente, pero si los hechos constitutivos son permanentes, esto es, que se prolongan en el tiempo como en el caso del amasiato, el cónyuge ofendido conserva su derecho para promover la acción de divorcio hasta seis meses después de concluir el estado de amasiato por ser hechos de tracto sucesivo.

Art. 269.- "Cualesquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio".

"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".

A fin de tener una mejor comprensión sobre el estudio de esta causal, consideramos necesario vertir algunas consideraciones en materia de Paternidad en los términos en que la contempla la legislación civil, a cuyo efecto debemos en principio de señalar que se consideraba hijos de los consortes aquellos que nacen después de ciento ochenta días a partir de la fecha de la celebración del matrimonio, atento a lo dispuesto por el Art. 324 del Código Civil, que en su primera fracción dice:

Art. 324.- "Se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

Los hijos nacidos después del período a que se refiere la fracción I del precepto aludido se presumen hijos de los cónyuges, y siendo esta regla una presunción juristantum, por consiguiente no admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido, tener relaciones sexuales con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, conforme a lo previsto en el numeral 325 del ordenamiento civil, cuyo texto establece:

Art. 325.- "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

Por otra parte, aunque la mujer argumente que el hijo nacido después de ciento ochenta días de haberse celebrado el matrimonio no es de su consorte, no podrá desconocerse la paternidad del marido y por lo tanto la ilegitimidad del hijo, alegando adulterio de la madre a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que el marido demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo contacto sexual con su esposa, según el texto del Art. 326 del ordenamiento citado que a la letra reza:

Art. 326.- "El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

Igualmente disfrutan de la presunción de ser hijos de los cónyuges y por lo tanto no podrán ser desconocidos, aquéllos que nacen antes de que transcurra el término de

ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio, si se dan cualquiera de los supuestos contenidos en el Art. 328 del referido código, y que son los siguientes:

Art. 328.- "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

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

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

III. Si ha reconocido por suyo al hijo de su mujer;

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

De lo anterior se infiere que en ausencia de los supuestos a que se refiere el numeral transcrito, puede ser considerado ilegítimo el hijo concebido antes del matrimonio si nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración de este y en este caso el marido podrá ejercitar acción para desconocerlo. Sin embargo, esta acción no podrá operar en los cuatro casos previstos en el precitado Art. 328, o si el marido deja caducar su acción por no interponerla dentro del término establecido en el Art. 330 del Código de la materia que a la letra dice:

Art. 330. "En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está

presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento".

Ahora bien, toda vez que la causal que se comenta requiere que el hijo nacido dentro del matrimonio pero concebido antes de la celebración de dicho acto, sea declarado ilegítimo judicialmente, deberá substanciarse previamente a la demanda de divorcio juicio de desconocimiento de la paternidad, que promoverá el marido ejercitando la acción correspondiente para desconocer al hijo que no es suyo, siempre y cuando no se den ninguno de los supuestos a que se refiere el multicitado Art. 328.

Si obtuviere en el juicio de desconocimiento de la paternidad sentencia favorable, con base en ella podrá el marido demandar de su consorte el divorcio necesario con fundamento en la causal prevista en la fracción que se estudia.

Al respecto la maestra Sara Montero Duhalt sostiene que "esta causal implica una conducta desleal de la mujer hacia su prometido al no confesarle su estado de gravedad antes de contraer matrimonio, y por consiguiente, querer atribuirle una falsa paternidad."¹⁰¹

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

101 MONTERO DUHALT, SARA. *Op. cit.* Pág. 225

El hecho de que el marido proponga o consienta que su cónyuge tenga relaciones sexuales con otro hombre, bien sea que lo haga de modo directo o indirecto a cambio de una remuneración, implica una conducta injuriosa e inmoral que atenta contra uno de los principios fundamentales del matrimonio; la fidelidad que se deben guardar los esposos.

Sobre ello Ricardo Couto, citado por el Maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice que: " El legislador al consignar esta causa como el hecho suficiente para ocasionar el divorcio, fundamentalmente tomó en consideración la inmoralidad misma de la propuesta del marido para que su mujer tenga relaciones sexuales con otro hombre, ya que este hecho repugna con la vida conyugal, es contrario a la fidelidad que se deben los esposos y constituye una forma máxima de depravación. Se considera también, que el simple hecho de que le marido reciba retribución por permitir que otro tenga o pueda tener relaciones carnales con su esposa, es causa de divorcio aún cuando no llegasen a existir esas relaciones. "¹⁰²

Galindo Garfias, sostiene que " La degradación moral, que se revela en el marido, pone en relieve la posibilidad de que el matrimonio llene la función que está llamado a cumplir: la formación física y moral de la prole. Esta causal opera de modo absoluto. "¹⁰³

En consideración a que esta conducta inmoral del marido para prostituir a su mujer puede constituir la figura delictiva del lenocinio, nos remitimos a la legislación penal para hacer una comparación entre la causal en comento y el tipo delictivo previsto en el Art. 207 del ordenamiento penal vigente cuyo texto expresa:

102 Citado por Rojina Villegas, Rafael. *Op. Cit.* Pág. 443

103 GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Op. cit.* Pág. 599

Art. 207. "Comete el delito de lenocinio:

- I. Toda persona que habitualmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;
- II. Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución;
- III. Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos".

Relacionando la causal con el tipo delictivo previsto en el numeral citado, Rojina Villegas comenta: "en tanto el Código Penal comprende este comercio carnal indebido por la explotación del cuerpo de otra persona, que podrá llevar a cabo un tercero, el Código Civil se refiere, como es evidente, solo el marido frente a su esposa, pero no solo cuando directamente la explote, sino también cuando le proponga prostituirla."¹⁰⁴

Por otra parte y al igual que el adulterio, para que proceda el divorcio fundado en esta causal, no es indispensable que primero se configure el delito de lenocinio, esto es, no se requiere que previamente se declare el marido penalmente responsable de este delito, pues como lo afirma Rojina Villegas, "... dada la amplitud con que está expresada

104 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Op. cit.* Pág. 82

esta causa por la fracción tercera del Art. 267 del Código Civil, puede ir más allá del mismo delito de lenocinio que castiga el Código Penal, cuando alguien obtenga de otro un lucro a través del comercio carnal haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental. ¹⁰⁵

Agrega este mismo autor: "puede ocurrir que ante la jurisdicción penal se haya comprobado el delito de lenocinio que cometió el marido con su esposa, y entonces, es evidente que por la amplitud de la causa de divorcio que estudiamos, todo lenocinio que cometa el marido en perjuicio de su mujer, caerá necesariamente en los términos de la fracción III del Art. 267; pero a la inversa, podrá no tipificarse el delito de lenocinio, y sin embargo, si estar entre la simple propuesta del marido para prostituir a la mujer, que esta rechaza e inmediatamente presentar demanda de divorcio ante esa conducta indigna de su marido. ¹⁰⁶

Finalmente y, aplicando la regla establecida en el Art. 278 del Código de la materia, el término para ejercitar la acción de divorcio por la mujer en contra de su consorte con base en la fracción tercera del Art. 267, es de seis meses contados a partir del día en que recibió la propuesta injuriosa, en forma directa o indirecta.

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

De nueva cuenta estamos en presencia de una conducta deshonesta desplegada en este caso por cualquiera de los cónyuges hacia el otro, y que al quebrantar el respeto y la mutua consideración que estos se deben, constituye un motivo grave y suficiente

¹⁰⁵ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Op. cit.* Pág. 82.

¹⁰⁶ *Idem.* Pág. 85

para demandar el divorcio, ya que como lo expresa Flores Barroeta "esta conducta supone un ambiente de inmoralidad que hace imposible la vida en común."¹⁰⁷

Nos dice Pallares que "incitar a la violencia significa tanto como provocarla; pero la causal solo se produce si la provocación tiene por objeto inducir a la persona a cometer un delito."¹⁰⁸

En adición a lo anterior, tenemos que esta iniciación o la violencia hecha por un cónyuge hacia el otro para que realice un hecho ilícito, puede configurar el tipo penal previsto por el Art. 209 del ordenamiento penal que textualmente establece:

Art. 209. "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido".

A diferencia de la hipótesis prevista en la fracción IV del Art. 267 del Código Civil, en el numeral transcrito se requiere que alguien provoque a otro públicamente para cometer un delito o haga la apología de éste o de algún vicio, en tanto que la ley civil no exige esta circunstancia, basta que se efectúe la provocación de un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal, o bien que lleve a cabo violencia física o moral destinada a realizar el delito.

¹⁰⁷ FLORES BARRONETA, BENJAMIN. *Op. cit.* Pág. 387.

¹⁰⁸ PALLARES, EDUARDO. *Op. Cit.* Pág. 72.

Por lo anterior, podemos concluir que la incitación a la violencia, si se realiza públicamente, podrá coexistir tanto causa de divorcio como delito, pero si no es así únicamente estaremos frente a una causal de divorcio.

Señala Montero Duhalt que "la incitación para cometer un delito puede tomar dentro del matrimonio innumerables formas. Puede ser palabra, por escrito y hasta por medio de determinados actos como el desprecio, la sonrisa burlona, el negarse a cumplir con el débito conyugal y otros análogos con los que de una manera u otra se lleve a la provocación."¹⁰⁹

"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".

Al igual que en las anteriores, esta causa de divorcio implica la ejecución de conducta inmoral llevadas a cabo por cualquiera de los cónyuges, con el objeto de corromper a los hijos o de procurar su corrupción con su condescendencia tácita o expresa.

Señala Montero Duhalt que: "el vocablo corrupción tiene un sentido tan amplio que caben dentro de él toda clase de conductas inmorales y de miserias humanas las cuales son, entre otras: la embriaguez, la farmaco-dependencia, la mendicidad, el robo, o la comisión de cualquier delito."¹¹⁰

Conforme a lo anterior, esta causa se refiere a la ejecución de determinados actos que pueden consistir, en la inducción de los hijos a la embriaguez, la drogadicción, o

109 MONTERO DUHALT, SARA. *Ob. cit.* Pág. 226

110 *Ibidem*, Pág. 227

bien la incitación a la mendicidad o la comisión de un delito, ya sea que la efectúen los consortes directamente o que consientan que lo haga un tercero.

Ahora bien, estos actos inmorales encaminados a corromper a los hijos, además de ser causa de divorcio necesario pueden configurar el delito de corrupción previsto en el Art. 201 del Código Penal que a la letra dice:

Art. 201. "Se aplicará prisión de seis meses a cinco años al que procure o facilite la corrupción de un menor de dieciocho años de edad".

Pero como se observa del texto del numeral anterior, para que se configure el delito mencionado se requiere que el sujeto pasivo sea un menor de edad, por lo tanto podemos inferir que si los actos inmorales se cometen en hijos mayores de edad, no existirá la figura delictiva de corrupción pero sí estaremos en presencia de la causal de divorcio contenida en la fracción V del Art. 267 del Código de la materia.

Al respecto dice Rojina Villegas lo siguiente: "podrá darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho años de edad; pero podrán los hijos ser mayores y entonces ya no estaremos ante ese delito, pero sí indiscutiblemente, ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o a la hija mayor de dieciocho años."¹¹¹

Aún más, puede suceder que no obstante que se realizó la conducta inmoral, esta no logró el efecto de dañar a los hijos, pero la causal de divorcio existirá por el simple hecho de tratar de corromperlos y, para ello será suficiente para que el juez tomando en cuenta la gravedad del hecho decrete la disolución del vínculo matrimonial.

111 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. cit. Pág. 88

En otro orden, la tolerancia en la corrupción a que se refiere la causal que se comenta, y que otorga acción para demandar el divorcio debe consistir en actos positivos que entrañen el consenso expreso de permitirla, y no en simples omisiones, descuidos o falta de interés en los hijos, según lo establece el Art. 270 del Código Civil que reza:

Art. 270. "Son causa de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean estos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones".

Comentando esta causal de divorcio señala Couto: "ningún deber más sagrado hay, que el que tienen los padres de dar una educación correcta a sus hijos, naturales, pues, que su falta de cumplimiento, que revela en el obligado una degeneración completa de los más tiernos sentimientos con que la naturaleza ha dotado a los hombres, sea un motivo suficiente de divorcio respecto del otro cónyuge, que no podrá menos que ver con repugnancia a su consorte que, lejos de producir el bien de sus hijos, los corrompe o trata de corromper."¹¹²

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

En principio debemos señalar que el Art. 277 del ordenamiento civil, el cual hemos citado al referirnos a la denominación separación de cuerpos al inicio de este

112 Citado por Rojina Villegas, *Ob. cit.* Pág. 89

apartado, faculta a cualquiera de los cónyuges cuando el otro padece alguna o algunas de las enfermedades a las que alude la fracción en comento, adoptar por solicitar que se le exima de la obligación de cohabitar con éste sin disolver el matrimonio, o bien, a pedir el divorcio vincular con base en ésta causal.

Partiendo de una interpretación literal de la fracción VI del Art. 267, se entiende que el hecho de que alguno de los consortes padezca sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad que tenga las características de ser crónica o incurable y además contagiosa o hereditaria, incluso en sus primeras manifestaciones, es motivo más que suficiente para solicitar el divorcio.

Sin embargo, se ha considerado que en la actualidad esta disposición resulta obsoleta, pues si bien es cierto que en la época en que se redactó el Código Civil se consideraba a la sífilis y a la tuberculosis como enfermedades contagiosas e incurables, actualmente con los adelantos de la medicina moderna estas son susceptibles de curación si se tratan en sus primeras manifestaciones, a tal grado que hoy en día son relativos los casos de muerte por estas enfermedades.

Sobre este particular nos dice Rojina Villegas: "como en la actualidad, en cierto estado de la sífilis o la tuberculosis, es perfectamente curable la enfermedad, ya no se cumple uno de los requisitos y, por lo tanto, no debe ser causa de divorcio."¹¹³

En cambio, debemos de considerar otras enfermedades actuales como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (S.I.D.A.).

¹¹³ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Ob. cit.* Pág. 117

Por lo que respecta a la impotencia, al tenor de la fracción VI del artículo en estudio, para que se actualice esta causal debe de ser incurable y además que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, a cuyo respecto consideramos conveniente vertir las siguientes consideraciones:

En principio estas enfermedades constituyen impedimento para celebrar matrimonio si se presentan antes de la celebración del matrimonio, atento a lo dispuesto por el Art. 156 del Código de la materia que en su fracción VIII establece:

Art. 156. "Son impedimento para celebrar el contrato de matrimonio: VIII. La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteronomía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias".

Si se contrae matrimonio padeciendo alguno de los cónyuges una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, por existir impedimento, el cónyuge sano podrá solicitar por estar afectado, la nulidad de aquél, acción que deberá deducir dentro del término de sesenta días a partir de la celebración del matrimonio (no de la fecha en que tenga conocimiento de la enfermedad de su consorte), según lo dispone el Art. 246 del ordenamiento en cita que literalmente expresa:

Art. 246. "La nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en la fracción VIII del Art. 156, sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio".

Ahora bien, si transcurre el término que establece el numeral transcrito anteriormente sin que se haya hecho valer la nulidad del matrimonio en su oportunidad, el cónyuge sano podrá válidamente con posterioridad aducir la enfermedad de su consorte como causa de divorcio, con fundamento en la fracción en revisión.

Tratándose de la impotencia incurable, cuando es anterior a la celebración del matrimonio, constituye como ya se ha visto impedimento legal que produce la nulidad del mismo, correspondiente al cónyuge sano invocarla dentro del plazo que concede el precitado Art. 246 del Código Civil.

Pero si corre dicho plazo sin que se ejercite la acción de nulidad, posteriormente ya no podrá hacerla valer como causa de divorcio conforme a la fracción en comento, toda vez que ésta dispone que para que sea causa, la impotencia debe sobrevenir después del matrimonio.

Reafirma lo anterior, Galindo Garfias, quien expresa: " La impotencia incurable para la cópula como causa de divorcio debe haber sobrevenido después de celebrado el matrimonio. Si la importancia se ha originado antes del matrimonio, estaremos en presencia de una causa de nulidad y no de divorcio. "¹¹⁴

Para concluir el estudio de esta causal, es conveniente señalar que a impotencia sobrevenida después de la celebración del matrimonio, para ser esgrimida como causal de divorcio, debe ser consecuencia de una enfermedad que imposibilite la realización del acto sexual y no como una manifestación natural de la vejez, pues como dice Rojina Villegas, "... llegaríamos al absurdo de que la impotencia que sobrevenga por razón de la edad, permitiría a la mujer solicitar el divorcio, cuando evidentemente, después de

114 GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Ob. cit.* Pág. 609

muchos años de casada y de que ha tenido hijos. Por esto la impotencia incurable para la cópula que sobrevenga después del matrimonio, debe entenderse como una enfermedad que impida la realización sexual, no por virtud de haber llegado a una cierta edad."¹¹⁵

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

El análisis de esta causal no implica mayor problema de interpretación, toda vez que el Código Civil, a partir de la reforma de 1983 exige como requisito para invocarla, que el cónyuge enfermo haya sido previamente declarado incapacitado por sentencia ejecutoriada recaída a un juicio de interdicción, substanciado para ese efecto.

Anterior a la citada reforma, el Art. 271 derogado, establecía que para que procediera esta causa de divorcio, era necesario que hubieren transcurrido dos años desde que el cónyuge enfermo comenzó a padecer de enajenación mental, actualmente ya no es necesario ese requisito, solo se requiere que previamente exista sentencia judicial que constate el estado de interdicción para demandar el divorcio.

Esta reforma también corrige, la falta de capacidad, porque el cónyuge demandado debe ser declarado en estado de interdicción y nombrarle un tutor, quien además debe representarlo en un juicio correspondiente.

Para concluir el estudio de esta fracción y la anterior que contemplan las causas que la doctrina ha denominado "eugénicas", consideramos oportuno citar el

¹¹⁵ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Ob. cit.* Pág. 119

comentario que sobre ellas vierte Montero Duhalt, quien expresa: "las causas eugenésicas las estableció el legislador en razón del interés privado del cónyuge sano, y en vista del interés superior de la salud pública en cuanto a procurar una descendencia sana y sin taras."¹¹⁶

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

Refiriéndose a esta causal, Montero Duhalt dice que "la separación de la casa conyugal sin causa justa significa el incumplimiento de uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal."¹¹⁷

Esta causal implica una situación contraria al estado matrimonial, que se traduce en el incumplimiento por alguno de los cónyuges a uno de los deberes más importantes que derivan del matrimonio; el deber de cohabitación. De tal forma que al interrumpirse la vida en común originada por el alejamiento del hogar conyugal sin motivo justificado y por un determinado tiempo, la ley concede al cónyuge abandonado acción para demandar de su consorte el divorcio con base en esta fracción.

Efectuando una abstracción de los elementos que deben concurrir para que se configure esta causal, tenemos que; en primer término se requiere la separación de uno de los esposos de la casa conyugal, entendiéndose como tal el lugar que han establecidos ambos consortes de común acuerdo con el ánimo de residir, y en el que disfruten de autoridad propia y consideraciones iguales, de acuerdo a lo previsto en el numeral 163 del Código de la materia, que a la letra dice:

116 *MONTERO DUHALT, SARA. Ob. cit. Pág. 230*

117 *Idem, Pág. 230*

Art. 163. "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

Los tribunales con conocimiento de causa podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar insalubre o indecoroso".

En este sentido lo ha interpretado la H. Tercera Sala de la Suprema Corte, que en la tesis jurisprudencial número 205, visible a fojas 318, del último Apéndice al Sumario Judicial de la Federación de 1917-1985 ha sustentado lo siguiente:

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.- Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio".

Además, esta separación debe ser por más de seis meses y sin que exista causa que la justifique, lo cual implica que al ser un hecho de ejecución continúa o de tracto sucesivo que puede prolongarse incluso por varios años, quede expedita la acción del cónyuge abandonado para ejercitarla en cualquier tiempo, una vez que haya transcurrido el plazo de seis meses, acción que subsistirá mientras dure el estado de abandono

según lo ha sustentado la citada Sala de la H. Suprema Corte en la tesis número 202, publicada en la página 314, del último apéndice al Semanario Judicial de la Federación que establece:

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- La causal de divorcio consistente en el abandono o separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada, se refiere a un lapso continuo y es de tracto sucesivo o de realización continua, por lo que la acción no caduca y puede ejercitarse cualquiera que sea el tiempo por el cual se prolongue el abandono, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita".

Se ha cuestionado por la doctrina, si esta separación del hogar conyugal por un lapso mayor de seis meses, para que pueda configurar la causal en análisis, debe llevar implícita el desentendimiento de los demás deberes conyugales, o si por el contrario, basta únicamente la separación como simple acto material para que opere la fracción en comento, existiendo al respecto los siguientes criterios:

Rojina Villegas sostiene que "esta separación no significa necesariamente abandono de todas las obligaciones conyugales. El Código Civil, a diferencia de otras legislaciones, no nos dice abandono de un cónyuge por el otro, por más de seis meses, sin causa justificada, sino separación de la casa conyugal, sin tener causa."¹¹⁸

Siguiendo la misma línea Montero Duhalt expresa: "no importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar. Basta el hecho objetivo de haberse roto la cohabitación por

¹¹⁸ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Ob. cit.* Pág. 106

más de seis meses para tener causa de divorcio. ¹¹⁹

Por su parte y en sentido opuesto, Pallares sostiene que "... la separación que menciona la fracción VIII, no sólo consiste en el abandonar la morada conyugal, sino también en el rompimiento de las relaciones conyugales. ¹²⁰

Por último, De Ibarrola expresa: "Casi el abandono del hogar conyugal lleva consigo el desentimiento de todos los deberes económicos que entraña el matrimonio y la comisión de una serie de delitos que establece el Código Penal. ¹²¹

Consideramos por nuestra parte que la simple separación del hogar conyugal, cuando se prolonga por más de seis meses y sin que exista motivo que la justifique, es más que suficiente para que proceda ésta causal de divorcio, y la ley es clara en este sentido, toda vez que no exige más requisitos que los mencionados, independientemente que con motivo de la separación se incumpla con otros deberes y obligaciones conyugales, como son el de proporcionar alimentos y asistencia, pues en todo caso, además de la causa en comento, se incurrirá en otra establecida en la fracción XII del Art. 267, que más adelante revisaremos.

"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".

Al igual que la anterior, esta fracción presupone la separación de alguno de los cónyuges de la morada conyugal, pero en este caso justificada por una causa imputable

119 PALLARES, EDUARDO. Ob. Cit. Pág. 75

120 MONTERO, DUHALT, SARA, Ob. cit. Pág. 230

121 DE IBARROLA, ANTONIO. Ob. cit. Pág. 322

al otro consorte y que sea suficiente para demandar el divorcio, prolongada por un lapso mayor de un año sin que el cónyuge que se separó ejercite acción de divorcio.

Escribe Montero Duhalt que "se entrevé en esta causal una aparente injusticia: el cónyuge que debió ser acusado se convierte en acusador y puede vencer en el juicio como cónyuge inocente."¹²²

Lo anterior puede resultar cierto; sin embargo, hay que considerar que el cónyuge primeramente agraviado puede enderezar acción de divorcio en contra del consorte que permanece en el domicilio conyugal, aduciendo las causas que motivaron su separación pero si por el contrario, no hace valer su derecho y se limita exclusivamente a dejar el hogar, se considerará su separación como injustificada ya que la causal que pudo invocar por regla general caduca a los seis meses, y por lo tanto, incurrirá en la causal prevista en la fracción en comento.

Por ello estima Pallares que "no puede argumentar que la norma es injusta respecto del cónyuge que abandonó el hogar por una causa grave que de ofendido se convierta en ofensor, al poder ser demandado por su consorte, por lo que la ley ha dado oportunidad bastante para pedir al abandono que lo agravió, el divorcio necesario. Tiene tiempo suficiente para hacerlo."¹²³

A mayor abundamiento, el titular del derecho que concede esta fracción, es el cónyuge que sufre la separación de su consorte aunque haya incurrido primeramente en falta, según lo ha sustentado la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 199, visible a fojas 305, Tercera Sala, del último apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1985, que es del tenor siguiente:

122 MONTERO DUHALT, SARA. *Ob. cit.* Pág. 231

123 PALLARES, EDUARDO. *Ob. cit.* Pág. 78

"DIVORCIO, ABANDONO DE HOGAR. LA ACCION CORRESPONDE AL CÓNYUGE ABANDONADO.- La acción para pedir el divorcio por abandono del hogar conyugal por más de seis meses, cuando no hay causa justificada para hacerlo, o por más de un año cuando existe una causa, debe entenderse, en ambos casos, concedida a favor del cónyuge que permaneció en el hogar, o sea el abandono y no el otro que se separó, aunque fuere con causa, debido a que, si este último tuvo causa justificada para separarse y para pedir el divorcio, debió deducir la acción dentro del término concedido por la ley, y si no lo hizo su separación se tornó injustificada, y transcurrido el plazo legal sin reincorporarse al hogar, se convirtió en cónyuge culpable".

Ahora bien, el texto de la fracción que se revisa establece que la separación del hogar por causa justificada, sea por más de un año sin que el cónyuge que se separa entable demanda de divorcio, para que a su vez el otro esposo pueda ejercitar su acción por abandono.

Consideramos que la intención del legislador al consignar esta disposición, es evitar que tanto los cónyuges como los hijos se encuentren en una situación de incertidumbre sobre la subsistencia del vínculo matrimonial, por ello repetimos, concede al cónyuge abandonado el derecho de solicitar el divorcio para que su situación jurídica y familiar, no quede indefinida por más tiempo.

En cuanto al término para demandar el divorcio invocando esta causal, aplicando la regla general contenida en el Art. 278 del Código Civil, éste es de seis meses a partir del momento en que concluye el plazo de un año desde que se produjo la separación del cónyuge primeramente ofendido, sin que haya ejercitado su acción.

En adición a lo anterior, también es aplicable al estudio de esta causal, lo vertido al examinar la fracción que antecede, en el sentido de que es necesaria la existencia del domicilio conyugal, en donde ambos consortes disfrutaran de autoridad propia y libre disposición, como presupuesto para ejercitar la acción 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 que proceda la declaración de ausencia".

Para que un cónyuge sea declarado legalmente ausente, es menester que previamente se siga un procedimiento en los términos establecidos en el Título Undécimo del Código Civil, concretamente en los Capítulos I y II, que en esencia disponen lo siguiente:

Se requiere en primer término que el cónyuge se haya ausentado del lugar de su residencia ordinaria, es decir, de su domicilio, y que se ignore el lugar en donde se halle y que no tenga quién lo represente. A este efecto, a petición de parte o de oficio, el juez nombrará depositario de sus bienes al cónyuge presente y procederá a citar al ausente por medio de edictos, que se publicarán en los periódicos más importantes de su último domicilio, fijándole un término para que se presente y que no será menor de tres meses, ni mayor de seis, dictando las providencias necesarias para asegurar sus bienes, atento a lo dispuesto por el Art. 649 del Código Civil.

Cumpliendo el término anterior sin que el ausente se presente por sí o a través de apoderado, se procederá a nombrarle representante quien será el legítimo administrador de sus bienes, y tendrá las mismas obligaciones y facultades que la ley confiere a los autores. (Art. 654 y 660 C.C.)

Pasados dos años desde la fecha en que se haya hecho el nombramiento de representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia y si el juez encuentra fundada la solicitud, ordenará que se publique durante tres meses con intervalos de quince días en el periódico oficial, y en los principales diarios del último domicilio del ausente. (Art. 669 y 674 C.C.)

Transcurridos cuatro meses de la última publicación y si no se tuviere noticias del ausente, ni existiere oposición de parte interesada, el juez declarará en forma la ausencia del cónyuge cuyo paradero se desconoce. (Art. 675)

En otro orden, para que se declare la presunción de muerte es necesario que hayan transcurrido seis años desde que se declaró en forma la ausencia del cónyuge con paradero desconocido, debiendo decretarse por el juez a instancia del cónyuge presente, pero si aquél ha desaparecido en un siniestro grave naufragio, inundación o guerra, bastará únicamente que hayan transcurrido dos años desde que se verificó el suceso, para que opere la presunción de muerte sin que sea necesario previamente declarar su ausencia. (Art. 705)

Por otra parte y de acuerdo con la reciente reforma al Art. 705 del Código civil, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1986, con vigencia a partir del día siguiente, tratándose de siniestros tales como incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria en la que se presume que el ausente se encontraba en los sitios en que ocurrieron, bastará que hayan transcurrido seis meses desde que tuvo lugar para que se declare la presunción de muerte, sin que tampoco se requiera la previa declaración de ausencia.

Galindo Garfias considera respecto de esta causal que "...La declaración de ausencia legalmente pronunciada, no produce por sí sola, el efecto de disolver el vínculo

conyugal. Por estas razones la fracción X del Art. 267 prevé la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por medio del divorcio, reconociendo como causa de él, la declaración de ausencia o la presunción de muerte legalmente pronunciada.¹²⁴

Es decir, para que proceda el divorcio necesario con base en esta causal, es necesario que el cónyuge que demanda pruebe su acción con la sentencia que haya declarado el estado de ausencia o la presunción de muerte del cónyuge ausente, por no operar éstas en forma autónoma para disolver el matrimonio.

Finalmente y en opinión de Montero Duhalt, "esta causal es absolutamente inútil en la legislación, pues para obtener una sentencia en que se declare la ausencia o la presunción de muerte, se necesita el transcurso de varios años, y ya se ha señalado que con el solo lapso de seis meses de la separación del hogar conyugal se tiene causa suficiente de divorcio."¹²⁵

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

Escribe Galindo Garfias que "la sevicia, las amenazas y las injurias graves ejecutadas por un cónyuge en contra del otro, comprenden los malos tratos de palabra y de obra de uno de los cónyuges para el otro y toda palabra o actitud ultrajante de uno de los esposos hacia su consorte que rompan el mutuo respeto y la recíproca consideración a que están obligados en las relaciones, las cuales han de descansar sobre base de armonía, de comprensión y de consideración recíproca."¹²⁶

124 GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Ob. cit. Pág. 601

125 MONTERO DUHALT, SARA. Ob. cit. Pág. 232.

126 GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Ob. cit. Pág. 602.

Antes de abordar el estudio de esta fracción, consideramos conveniente mencionar que también la realización de los hechos en que se hacen consistir la sevicia, las amenazas y las injurias, pueden llegar a configurar un delito, pero sin que exista también una relación de dependencia en sus aspectos civil y penal.

Sobre estas causas de divorcio, nuestro Máximo Tribunal ha sustentado numerosas tesis jurisprudenciales que denotan que son las que con mayor frecuencia se invocan para demandar la disolución del matrimonio, cuando se ha quebrantado la armonía y el mutuo respeto entre los esposos.

La H. Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial 224, visible a fojas 360 del último apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1985, define lo que debe entenderse por sevicia, en los siguientes términos:

"DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE.- La sevicia como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por tanto, quien invoque esta causal debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal".

En cuanto a las amenazas, haciendo una distinción entre el delito y la causa de divorcio, la mencionada Sala en tesis relacionada, visible a fojas 350 y 351 del también citado Apéndice establece los términos en que deben entenderse para que proceda la disolución del vínculo matrimonial, siendo esto lo siguiente:

"DIVORCIO, AMENAZAS COMO CAUSAL DE.- Es preciso establecer una distinción entre la amenaza como causal de divorcio y la amenaza como delito sancionado por la ley penal. Si bien ambas implican actos o expresiones que indican el propósito de ocasionar un daño, el delito de amenazas tutela esencialmente la libertad y tranquilidad de las personas, adquiriendo su verdadera fisonomía sólo en el caso en que realmente haya un ataque a esos bienes jurídicos, por medio de hechos o palabras que constriñen el ánimo del amenazado, restringiéndole su libertad de acción, ante el temor de ver cumplida la amenaza; más la simple expresión por uno de los cónyuges del deseo de inferir al otro un daño, constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque éste sólo puede subsistir mediante una vida en común basada en la mutua consideración, armonía y solidaridad de los esposos. La amenaza de muerte proferida por uno de los cónyuges destruye cabalmente estas condiciones en que se sustenta la vida en común, y confiere al cónyuge ofendido el derecho de promover la disolución del matrimonio; para ello poco importa que se hayan realizado los elementos de intimidación o terror en el ánimo del amenazado, que hubiese coartado sus libertades y ocasionado perjuicios, como tampoco importa si ha habido algún acto posterior demostrativo de que persiste la idea de llevar adelante la amenaza, pues tales elementos no pueden ser contemplados sino en materia del orden penal".

Por lo que concierne a las injurias, la repetida Sala en la tesis jurisprudencial número 213, consultable a fojas 338 y 339 del mencionado Apéndice, las define en la siguiente forma:

"DIVORCIO, CONCEPTO DE INJURIA.- Para los efectos del divorcio por causa de injurias, no es necesario que estas tipifiquen el delito de ese nombre sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, porque pueden constituir injuria; la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se hacen consistir impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido".

Estas causas no operan de modo absoluto para obtener el divorcio, sino que se sujetan a la libre apreciación del juzgador quien deberá tomar en cuenta diversos factores como son; la condición social de los cónyuges, el medio en que viven, sus costumbre, sus principios morales y el lenguaje habitual con que se conducen en sus relaciones sociales, pues como lo manifiesta Pallares, "...Determinadas palabras en personas de refinada educación pueden constituir una injuria, pero no tiene tal naturaleza en los medios sociales inferiores, donde con demasiada frecuencia el lenguaje se caracteriza por su procacidad".

Sobre el particular, cabe citar el criterio de la Suprema Corte, que en la tesis relacionada, visible a fojas 339 y 340 del último apéndice expresa lo siguiente:

"INJURIAS COMO CAUSAL DE DIVORCIO. CASOS EN LOS QUE LAS EXPRESIONES GROSERAS NO LA CONSTITUYEN.- Resulta innegable que entre cierta gente, entre las personas de selecto y educado vocabulario, algunas veces las palabras aparentemente más inofensivas, si se penetra en su oculto y mal intencionado sentido, si se atiende a la dañada intención con que se profieren, constituyen verdaderas injurias, porque van dichas con la péfida intención de ofender, de manifestar desprecio a otra. En cambio en otras manifiesta desprecio, también es notorio que no constituyen injurias las peores expresiones que se aplican entre sí, cuando van proferidas desprovistas de todo deseo de causar ninguna ofensa ni de despreciar a nadie, sino como simple forma o medio de conversar".

Galindo Garfias, apunta con exactitud que "... El juez no solo está autorizado para calificar la gravedad de la sevicia, las amenazas o las injurias, sino que está obligado a estudiar en su sentencia, si esos actos o palabras injuriosas, revelan una falta de consideración de un cónyuge hacia el otro y por lo tanto, la ruptura efectiva de la armonía conyugal."¹²⁷

En concordancia con el criterio anterior, citamos la tesis de jurisprudencia 217, consultable en la página 349 del precitado Apéndice, que en términos precisos establece:

"DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE.- Tratándose de juicios de divorcio, por causas graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar el ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos que ha roto, de hecho, el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio es el Índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador".

Por último y para concluir el análisis de esta fracción, cabe señalar que para que las injurias constituyan causa de divorcio, es indispensable que se expresen con toda claridad las expresiones en que se hacen consistir, en su exacta dimensión a efecto de que el juzgador esté en posibilidad de calificar su procedencia, la vida en común, por lo tanto, cabe pronunciar sentencia decretando la disolución del matrimonio.

"XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Art. 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el cumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Art. 168".

Por encontrarse vinculado con esta causa de divorcio en primer término, es obligatorio hacer la transcripción del Art. 164 del ordenamiento civil, que literalmente dice:

Art. 164. "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de

estos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

De lo anterior tenemos que la negativa sin causa justificada de cualquiera de los cónyuges a cumplir con las cargas del hogar que derivan del matrimonio, como son entre otras; el sostenimiento del hogar, a su manutención y la de sus hijos, así como a la educación de estos últimos, cuando se esta en posibilidad de hacerlo, es motivo de divorcio sin que se requiera previamente solicitar por la vía judicial el aseguramiento de los ingresos o percepciones del cónyuge deudor.

En la legislación anterior a la reforma del 31 de diciembre de 1974, el incumplimiento de estas obligaciones no era causa de divorcio si existía la posibilidad de que el cónyuge acreedor pudiera asegurar los ingresos del deudor, siempre que éste tuviere bienes suficientes, para obligarlo a cumplir con sus deberes alimentarios, lo cual en muchas ocasiones daba pauta para que se cometieran otras tantas injusticias, tan sólo con el simple hecho de que el cónyuge remiso manifestara carecer de trabajo o no tener bienes.

Actualmente la simple omisión de contribuir al sostenimiento del hogar, es causa suficiente para que cualquiera de los cónyuges demande la disolución del vínculo matrimonial con fundamento en la fracción en comento.

Considerando que también deberá de exigirse el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 422 y 423 ya comentados.

En otro orden, el Art. 168 del Código sustantivo que también se vincula con la fracción en análisis, literalmente establece:

Art. 168 "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la educación y formación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente".

Este precepto consagra la igualdad jurídica de los cónyuges para resolver de común acuerdo, todo lo concerniente al manejo y al sostenimiento del hogar, así como a la formación de la prole y a la manera de administrar los bienes conyugales, de tal manera que en caso de desacuerdo a estas obligaciones que les impone la ley, compete al juez de lo familiar resolver lo conducente a fin de restablecer la armonía entre los consortes.

Ahora bien, en caso de que alguno de los esposos incurra en contumacia a la sentencia que pronuncie el juzgador que conozca de la controversia surgida entre ellos, es también causa suficiente para demandar del cónyuge rebelde el divorcio necesario con base en esta causal en la fracción que se sirva.

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

En opinión de Montero Duhalt, " La simple acusación que haga un cónyuge del otro, constituye una profunda deslealtad, aunque la misma no fuere calumniosa. Habiendo calumnia de por medio, implica esa conducta una aversión profunda del cónyuge calumniador respecto del otro que evidencia la ruptura total del afecto conyugal.

"128

Adoptando una postura más rígida, Rojina Villegas señala que esta causa " ... Si requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó el otro cónyuge. Si en esa sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena mayor de dos años, entonces el cónyuge calumniado tendrá ya comprobada plenamente su causa de divorcio, pero se requiere que la sentencia penal que declare su inocencia cause ejecutoria. "129

Por nuestra parte, nos inclinamos por quienes sostienen que no es necesario agotar previamente el procedimiento penal que demuestre la inocencia del calumniado, para acreditar la causa de divorcio en estudio, pues basta la simple acusación que origine un daño en la reputación y buena estima del cónyuge acusado para comprender que se ha quebrantado la consideración y el mutuo respeto que deben guardarse, además de que ante una conducta desleal sería más que difícil la continuidad de la vida en común.

128 MONTERO DUHALT, SARA. Ob. cit. Pág. 234.

129 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. cit. Pág. 97.

Sobre el particular, la H. Tercera Sala de Suprema Corte, en la tesis 206, visible a fojas 321 y 322 del repetido Apéndice, ha sustentado lo siguiente:

"DIVORCIO, ACUSACION CALUMNIOSA COMO CAUSAL DE.- Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que esta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común".

"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".

A fin de comprender mejor la procedencia de esta causal, consideramos conveniente asentar lo que la doctrina entiende por infamia.

Sobre el particular, la H. Tercera Sala de Suprema Corte, en la tesis 206, visible a fojas 321 y 322 del repetido Apéndice, ha sustentado lo siguiente:

"DIVORCIO, ACUSACION CALUMNIOSA COMO CAUSAL DE.- Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que esta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común".

"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".

A fin de comprender mejor la procedencia de esta causal, consideramos conveniente asentar lo que la doctrina entiende por infamia.

Galindo Garfias, nos proporciona un concepto en los siguientes términos "... por infamia se entiende el descrédito en el honor, la reputación o el buen nombre de una persona."¹³⁰

Montero Duhalt, utilizando términos similares entiende a la infamia "... como descrédito en el hogar, la reputación, o el buen nombre de una persona."¹³¹

Por lo anterior, tenemos que delito infamante es aquél que produce un descrédito en el honor o en la reputación de aquél a quien se le imputa, contribuyendo para su calificación de infamante, las circunstancias en que lo realizó.

Por lo tanto, la comisión de alguno de los cónyuges de algún delito que no tenga el carácter de político, pero que produzca descrédito en su honor, en su reputación o en la de su consorte y por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años, es motivo para que el cónyuge inocente solicite con fundamento en esta causal, la disolución del vínculo matrimonial.

Cabe hacer referencia que para que se configure esta causal, si se requiere previamente la existencia de un juicio penal en el que se pronuncie sentencia condenatoria en contra del cónyuge acusado, y que además haya causado ejecutoria, para que en función de la sentencia el juez que conoce de la demanda de divorcio dictamine si el delito es infamante, si implica deshonor para el cónyuge inocente y su familia, y de esta forma decretar la disolución del matrimonio.

130 GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Ob. cit.* Pág. 605

131 MONTERO DUHALT, SARA. *Ob. cit.* Pág. 235

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

Esta causal procede cuando se da la conjunción de los siguientes supuestos: el hábito de juego de alguno de los cónyuges que amaguen causar la ruina de la familia, o que sean fuente continua de altercados conyugales, o bien, el uso indebido o reiterado de drogas enervantes que produzcan las mismas consecuencias.

Estima Flores Barroeta; " Los términos de esta fracción no dejan lugar a dudas respecto a los motivos de ella, puesto que en tales extremos se rompe la armonía conyugal y se hace imposible la vida en común para los fines del matrimonio. Es de hacer notar que los hábitos o vicios que establece la fracción que se estudia, no integran la causa de divorcio, sino que requiere además, la amenaza de la ruina familiar o la constitución de continuos motivos de desavenencia. "¹³²

Queda sujeta a la apreciación del juzgador determinar si coexisten o no los requisitos que la ley exige para decretar la disolución del matrimonio, porque puede suceder que los hábitos de juego, la embriaguez o el consumo continuo de drogas son tolerados por el otro cónyuge, sin que se produzca el riesgo de causar la ruina familiar o no son motivo de desavenencias conyugales en este caso no podrá invocarse esta causal de divorcio.

O bien, puede darse el caso de que aunque no sean motivo de desavenencias conyugales, pero son de tal manera graves los hábitos o los vicios que amenazan causar la ruina de la familia, entonces sí, aunque haya habido tolerancia en ellos, podrá el

¹³² FLORES BARROETA, BENJAMIN. *Ob. cit.* Pág. 390

cónyuge afectado intentar la acción de divorcio con fundamento en lo previsto en esta disposición que se estudia.

En adición a lo anterior apunta con exactitud Galindo Garfias; "... el interés jurídico que se pretende garantizar en el matrimonio, es la seguridad de la vida del hogar, base indispensable para que esta institución pueda realizar cumplidamente la función social y moral que le está encomendada."¹³³

Interpretando a la legislación civil del Estado de Nuevo León, la H. Suprema Corte en la tesis relacionada, visible a fojas 347 y 348 de la Tercera Sala, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, de 1917-1985, ha sustentado el siguiente criterio, aplicable por analogía a la fracción XV del Art. 267 del ordenamiento civil del Distrito Federal, que dice:

"DIVORCIO, HABITO DE JUEGO COMO CAUSA DE (LEGISLACION DE NUEVO LEON).- Para comprobar la causal de divorcio establecida en la fracción XIV del Art. 267 del Código Civil, debe probarse: que el demandado tiene el hábito del juego, y que como consecuencia de ese hábito del juego - o vicio - se amenazara causar la ruina de la familia, o que ese hábito de juego que observa el demandado constituyera un motivo continuo de desavenencias conyugales. Ahora bien, tal causal no procede si no se demuestra que el demandado tuviese realmente el hábito del juego, que no pudo consistir en otra cosa que en un vicio o reiterada práctica del juego a que se dedique la persona de tal manera que no ejecute otras actividades tendientes a adquirir lo necesario para el sostenimiento del hogar y de su familia, ni mucho menos se demostró que

¹³³ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Ob. cit.* Pág. 606

además de existir ese hábito por parte del demandado, con esa conducta o actos ejecutados al practicarse el juego, amenazara causar la ruina de la familia, ni tampoco que como consecuencia de ese hábito o vicio viviera el matrimonio en una continua desavenencia conyugal; pues no basta que existan desavenencias conyugales aisladas o en una o varias ocasiones, sino que debe haber una mortificación o continua desavenencia en el hogar entre los cónyuges, que realmente haga imposible la vida de ellos y su familia".

"XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro 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".

Esta fracción se refiere a determinados hechos realizados por uno de los cónyuges en contra de la persona o los bienes del otro, que se tipificarían como delito si se realizaran contra terceras personas, pero que tratándose de cónyuges no presentan ese carácter, como sería en el caso de robo de infante previsto en la fracción V del Art. 266 del Código Penal.

Sin embargo y a pesar de que tratándose de consortes no revisten un carácter delictivo, tales hechos si pueden ser esgrimidos por el cónyuge ofendido como causa de divorcio, a cuyo efecto el juez al analizar la demanda de divorcio deberá determinar si la conducta desplegada, implica la existencia de un delito si se tratara de personas extrañas con una sanción mayor a un año de prisión, para poder decretar el divorcio.

Considera Galindo Garfias que "el cónyuge culpable incurre en una sanción de naturaleza civil que consiste en la disolución del vínculo matrimonial; pero no es propiamente desde el punto de vista de la sanción, por lo que se ha declarado causa de

divorcio la comisión de tales hechos, sino porque ha desaparecido en este caso, la posibilidad de que exista en la comunidad conyugal la debida protección entre los esposos, para la realización de los fines del matrimonio; la ayuda y colaboración recíproca de los consortes. ¹³⁴

"XVII. Por mutuo consentimiento".

La disolución del matrimonio por mutuo disenso puede revestir dos formas, con ciertas características muy peculiares para cada una; como divorcio voluntario administrativo y como divorcio voluntario judicial, los cuales tienen en común que no se plantea controversia o disputa alguna sobre las causas que originan la ruptura del matrimonio, sino que en ellos los consortes únicamente externan su voluntad de divorciarse.

Destaca de Pina que "el mutuo consentimiento como causa de divorcio, en la mayoría de los casos en que se alega, oculta otra causa que es la verdades, y que se deja al margen con el propósito de no dañar la reputación de los cónyuges y para no dar ocasión a un escándalo. ¹³⁵

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

Incorporada en nuestra legislación civil, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, para entrar en vigor a los noventa días

134 *Ibidem.* Pág. 607

135 *DE PINA, RAFAEL. Ob. cit. Pág. 342*

siguientes, esta fracción no presupone culpa en alguno de los cónyuges, sino que la intención del legislador fue otorgar a los cónyuges que se encuentran en una situación de desavenencia, la posibilidad plenamente decorosa para poner a una situación anómala e incierta.

De esta forma la separación de los cónyuges que se haya prolongado por más de dos años sin importar las causas que la hayan originado, es motivo más que suficiente para que cualquiera de ellos solicite con posibilidades de éxito la acción de divorcio, situación que resulta justa cuando de hecho ya no exista entre los esposos ningún vínculo afectivo, pero que sin embargo resulta de consecuencias inciertas una vez que se ha pronunciado el divorcio.

Con acertado criterio dice Montero Duhalt que "...La inclusión de la citada causal, sin una correcta reglamentación jurídica posterior parece sumamente peligrosa, en cuanto a los efectos que procede la sentencia de divorcio en la persona de los cónyuges. En efecto, en los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la incapacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Y 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 matrimonio o se una en concubinato. Mismo derecho que tendrá el cónyuge varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes."¹³⁶

Más adelante la autora citada infiere; "... la fracción XVII no encuentra dentro del mutuo consentimiento, no se tendrán por ello un divorcio necesario, con la circunstancia

136 MONTERO DUHALT, SARA. *Ob. cit.* Pág. 237

de que no habrá calificación de cónyuge inocente ni culpable: no se tendrá tampoco derecho a alimentos. ¹³⁷

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que a fin de suplir esta deficiencia en el caso de la fracción que se comenta, y tomando en cuenta que aquí no se atribuye culpa a ninguno de los cónyuges, al decretarse la sentencia de divorcio con base en esta causal, debería de aplicarse las reglas que para el otorgamiento de alimentos establece el Código Civil para los casos de divorcio por mutuo consentimiento.

Finalizamos este apartado haciendo referencia a la causal de divorcio establecida en el Art. 268 del ordenamiento civil, cuyo texto en términos claros establece:

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 última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

En referencia concreta a esta causal, expresa Pallares: "esta causal tiene una fisonomía especial, porque no concierne al incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, sino algo muy diferente, como es el no haber tenido éxito en el juicio promovido por uno de los cónyuges en contra del otro. ¹³⁸

137 *Idem*, Pág. 237

138 PALLARES, EDUARDO. *Ob. cit.* Pág. 95

Se dice que no obstante que el legislador estableció esta causal de divorcio fuera de la enumeración de las consignadas en el Art. 267, la razón legal es la misma, esto es, la constatación de la inexistencia de la armonía y el efecto que debe prevalecer entre los cónyuges, pues si uno demanda del otro el divorcio o la nulidad del matrimonio, implica que de hecho éste ha quedado roto.

Se ha considerado también, que su incorporación es con el propósito de evitar la instauración de juicios de divorcio o de nulidad frívolos, en los que se argumenten causas falsas, por lo que la ley otorga al cónyuge primeramente demandado, demandar a su cónyuge que no probó la causal invocada o que se desistió unilateralmente de la acción intentada.

Por lo que atañe al término que tiene el demandado para solicitar el divorcio al cónyuge que no probó los elementos de su acción o se desistió de ella, atento a lo ordenado por el artículo en comento, éste es de tres meses a partir de la notificación del auto que recayó al desistimiento, o de la última sentencia pronunciada, que no es otra que la que en definitiva establezca la cosa juzgada.

A este respecto, la H. Tercera Sala de la Suprema Corte, en la tesis 215, publicada a fojas 342 y 343 del último apéndice, establece el criterio para computar el término en que se debe promover el juicio de divorcio en esta causal, en los términos siguientes:

"DIVORCIO, FECHA EN QUE PRINCIPIAN LOS TERMINOS DE EJERCICIO Y CADUCIDAD DE LA ACCION EN EL CASO DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- La acción de divorcio del cónyuge absuelto en juicio de divorcio anterior a que se refiere el Art. 268 del Código Civil, puede ejercitarse hasta después de

transcurridos tres meses de la notificación de la sentencia que establece la cosa juzgada, o sea, la de amparo y no la de segunda instancia, debiéndose distinguir entre amparo negado y amparo concedido. En efecto, si se negó la protección constitucional, el término de tres meses principia desde la fecha en que la ejecutoria de amparo quede notificada por conducto de la autoridad responsable. En cambio, cuando el amparo se concede, la fecha de iniciación del cómputo, es desde que la autoridad responsable, en cumplimiento de la ejecutoria de amparo, pronuncie y notifique su nueva resolución, dejando sin efecto la reclamada y ajustándose a los términos de la ejecutoria de la Corte. Consecuentemente también, el término de caducidad de seis meses que para el ejercicio de la acción fija el Art. 278, principia después de transcurridos los tres meses, contados a partir de la notificación o cumplimiento de la ejecutoria de amparo, de la manera antes precisada".

En conclusión, del estudio anterior de las causales de divorcio que prevé el Art. 267 del Código Civil vigente se desprende claramente que existe en cada una de ellas una actitud, una conducta, o en su caso una enfermedad de alguno de los cónyuges que provoca la disolución del vínculo matrimonial, por lo que resulta claro que para el matrimonio logre sus fines se requiere su estabilidad y su permanencia indefinida, por lo tanto el ideal se debe perseguir en materia familiar es tratar de mantener esa estabilidad y fortaleza, aunque dentro de la realidad en que vivimos el divorcio es un mal necesario, por lo tanto el legislador debe regular con mucho cuidado y vigilar que sólo se conceda en aquellos casos que la convivencia conyugal sea imposible y por causas realmente graves e irreparables, ya que el matrimonio se vuelve tan débil y fácil, que muchas personas solo se casan a la ligera a sabiendas de que existe una válvula de escape con la que cuentan para destruirlo en cualquier momento, es decir, a medida que se dan mayores facilidades para la desestabilización de la familia, por lo que no se deben crear

normas en materia familiar que cedan a fuerzas sociales caprichosas sino que se debe tomar en cuenta siempre el ideal que se persigue para mantener el equilibrio social, ya que la importancia de la familia en la sociedad, se demuestra por el solo hecho de que la primera da origen a la segunda.

Una vez expuesto lo anterior y vistas las distintas formas que nuestra Legislación prevé para disolver el vínculo matrimonial con apoyo a las causales previstas en la Ley creemos necesario hacer una breve referencia de los Presupuestos Procesales de Divorcio, que se llevan a cabo en la práctica procesal en los juzgados, para que proceda la acción de divorcio, así como otros elementos, materia del siguiente capítulo.

CAPITULO QUINTO

5.1 APLICACION PRACTICA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE

El divorcio necesario o contencioso como ya lo estudiamos con anterioridad, es la disolución del vínculo matrimonial decretada por un Juez competente cuando se apruebe la acción de divorcio fundada en cualquiera de las causales señaladas en los artículos 267 y 268 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Para lo cual en este último capítulo haremos un breve estudio sobre los presupuestos procesales para que proceda la acción de divorcio necesario, analizando cada una de las etapas del Juicio, así como las formas de terminar el Juicio de Divorcio, se incluye también una breve estadística proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (I.N.E.G.I.), de las causales que más se invocan en los Juzgados, contrastando con las que menos tienen demanda, así como las que requieren un proceso previo y los fenómenos o causas que interrumpen los efectos de dichas causales, posteriormente continuaremos con una breve reseña del impacto social de las causales prevista en nuestra ley, así como desde nuestro particular punto de vista la justificación Etico-jurídico, concluyendo con una propuesta de modificación a dichas causales de divorcio previstas en nuestra legislación.

5.2 PRESUPUESTOS PROCESALES DEL DIVORCIO NECESARIO.

Los presupuestos procesales para que proceda la acción de divorcio necesario, son:

- a) La existencia de un matrimonio válido. Que se probará con el acta de matrimonio del Registro Civil. Se presume válido en tanto no se encuentre afectado y haya sido declarado nulo por sentencia ejecutoriada (artículo 253 del Código Civil).
- b) La capacidad de las partes. Se requiere que sean mayores de edad, o que los incapaces o menores de edad, aún cuando sean emancipados. Se hagan asistir por un tutor dativo (artículos 499 y 643 fracción II del Código Civil).
- c) La legitimación procesal. La acción de divorcio es personalísima e intransmisible, por lo tanto, sólo podrá ser intentada por los cónyuges, por sí o por conducto de sus representantes.
- d) Debe pedirse dentro del término legal, es decir, dentro de los seis meses siguientes al día en que se hayan llegado a su conocimiento los hechos en que funde su causal. En caso contrario, la acción se extingue por el transcurso del tiempo, ya que operará la caducidad.
- e) Debe tramitarse ante Juez competente. Será el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal, o en el caso de abandono de hogar, será el del domicilio del cónyuge abandonado.
- f) La existencia de causa o causas determinadas en la ley. Debiendo ajustarse a las señaladas en los artículos 267 fracción I a la XVIII y 268 del Código Civil.

ETAPAS PROCESALES DEL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO

En virtud de que no existe un procedimiento especial para ejercitar la acción de divorcio en vía contenciosa, se procederá conforme a las reglas del juicio ordinario civil en cuanto a su tramitación según las etapas procesales en las que se dividen esta clase de juicio y las formalidades que señala el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en sus artículos 255 al 429, siguiendo ese orden tenemos:

a) DEMANDA

El juicio de divorcio necesario se inicia con la presentación de la demanda ante el Juez de lo Familiar competente, en la cual, el cónyuge ofendido solicitará la disolución del vínculo matrimonial, señalando debidamente la o las causales que en su caso proceda, ajustándose a las establecidas en los artículos 267 y 268 del Código Civil, además se adjuntarán las copias certificadas de las actas de matrimonio y nacimiento de los menores, si los hubiera.

b) ADMISION DE LA DEMANDA.

El Juez de lo Familiar, al admitir la demanda, deberá tomar una serie de medidas provisionales mientras dure el procedimiento, pudiendo ser las siguientes:

- Procederá a la separación de los cónyuges, de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

En los artículos 205 al 217 del citado ordenamiento en los cuales se reglamenta la separación de persona como acto prejudicial, entendiéndose por ésta la separación de cuerpos y no el rompimiento del vínculo matrimonial.

- Señalará y asegurará los alimentos que deberá dar, el deudor alimentista, al cónyuge acreedor y a los hijos. Siendo éstos lo que estime convenientes, sin menoscabo de los bienes de los cónyuges, ni de los de la sociedad conyugal, en su caso.
- Dictará las medidas precautorias que la ley señala respecto de la mujer que quede encinta.
- Pondrá a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En base de ese acuerdo, el cónyuge que pide el divorcio, propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez resolverá en todo caso lo conducente, salvo peligro para el normal desarrollo con los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre (artículo 282 del Código Civil).

c) CONTESTACION A LA DEMANDA.

Admitida la demanda el Juez de lo Familiar emplazará al cónyuge demandado, para que en un plazo de nueve días hábiles produzca su contestación.

En el escrito de contestación a la demanda, el cónyuge demandado deberá referirse a todos y cada uno de los hechos aducidos en su contra, indicando si son ciertos o no, los hechos que se señalan en la demanda, y si han transcurrido o no, en algunas de las causales que se le imputan.

En la contestación de la demanda, se opondrán todas las excepciones que tengan lugar, asimismo, se propondrá la reconvención en los casos en que proceda (artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles).

d) RECONVENCION O CONTRADEMANDA.

La reconvención, es el derecho que tiene el demandado de hacer valer en su contestación, las causas de divorcio en contra de su demandante, es decir, cuando existe reconvención, los papeles se invierten, el actor se convierte en demandado y de demandado en actor.

Al respecto José Becerra Bautista, nos dice: " Puede suceder que el demandado para defenderse, no sólo se limite a impugnar la relación jurídica fundatoria de la demanda, sino que se vea obligado a hacer valer una situación jurídica incompatible con la deducida por el actor. En estos casos, el demandado, aún cuando se defiende, no se limita a oponer una simple excepción, sino que introduce una nueva demanda, una nueva relación jurídica, diversa de aquélla que fundamenta la demanda del actor.¹³⁹

En caso de presentarse la reconvención, el Juez deberá correr traslado de ella al cónyuge demandante en el principal, para que la conteste dentro del término de ley.

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista la parte que corresponde con las

139 BECERRA BAUTISTA. JOSE "El Proceso Civil en México". 4ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1974. Pág. 59.

excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días.

Si una de las partes no concurre sin causa justificada, el juez la sancionará con una multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 de este Código. Si dejaren de concurrir ambas partes, sin justificación el juzgador las sancionará de igual manera. En ambos casos el Juez procederá a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Si asistieran las dos partes, el juez examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado. El conciliador preparará y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.

Lo anterior debe operar para los juicios ordinarios en general, pero no en el caso del divorcio, ya que conforme a lo previsto en el artículo 2948 del Código Civil, no es posible transigir sobre el estado civil de las personas ni de la validez del matrimonio, ya que por ello resulta necesario ajustar la anterior disposición a los principios que rige el matrimonio porque para el caso de que en esa audiencia previa y de conciliación ambas partes llegarán a estar de acuerdo en divorciarse, deberá darse por terminado el juicio contencioso y en un procedimiento por separado, ambos cónyuges deberán iniciar un divorcio por mutuo conocimiento, mismo que ya fue analizado en este trabajo en el capítulo tercero.

Lo anterior, se debe a que no resulta lícito variar la vía contenciosa por otra vía especial. Asimismo, debemos resaltar que por tratarse de un asunto del orden familiar los conciliadores resultan ser un factor determinante en este procedimiento ya que debe aprobarse la comparecencia de ambos cónyuges para exhortarlos a recapacitar sobre su

situación, por lo que no deberá ser una conciliación meramente de procedimiento, sino que se debe promover una reconciliación conforme a lo previsto por el artículo 280 del Código Civil, que pondría fin al juicio de divorcio necesario, sin que existan efectos secundarios, ya que al no haber desistimiento de las prestaciones tampoco, se origina la causal prevista en el artículo 268 del citado ordenamiento legal, provocando con ello una reintegración familiar ubicando a cada uno de los consortes en sus deberes conyugales y paterfamiliales; dando así una verdadera cohesión al núcleo familiar.

Si bien es cierto que en la práctica, esta conducta se ve muy poco en los tribunales, también es cierto que la conciliación ha resultado ser útil en los juicios de divorcio necesario. Lo anterior se traduce en el hecho de que como los conciliadores después de platicar con las partes y éstas con el fin de concluir el procedimiento jurisdiccional, realizan algunos desistimientos parciales de sus peticiones provocando el allanamiento de su contrario.

Aunque esto no resulta muy ortodoxo, ha funcionado en la práctica, porque al menos, determina el litigio disminuyendo en parte los efectos negativos en la pareja y los hijos.

También se ha aprovechado en la práctica esta audiencia para que las partes, realicen convenios sobre la liquidación de sus bienes, así como sobre el ejercicio de la custodia de los hijos que en su caso deberían ejercer ambos padres resolviendo controversias posteriores a la disolución del vínculo matrimonial.

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el juez que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinará en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada con el fin de depurar el procedimiento (artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles vigente).

E) OFRECIMIENTO DE PRUEBAS.

El período de ofrecimiento de pruebas es de diez días, que empezarán a contar desde el día siguiente al de la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba (artículo 290 del Código de Procedimientos Civiles).

Dichas pruebas deberán ser aquéllas que acrediten los hechos narrados en la demanda o contestación consecuentemente la existencia de las causales de divorcio aducidas.

Para el ofrecimiento de pruebas en materia de divorcio, podrán emplearse los medio que señala el artículo 289 del Código Procesal Civil, que a la letra dice:

Artículo 289.- " Son admisibles como medios de prueba aquéllos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos. "

Las reglas específicas para efectuar el ofrecimiento de pruebas; como en todo juicio ordinario se encuentran contenidas en los artículos 291 al 297 del Código citado, debiendo relacionarlas con cada uno de los puntos controvertidos, de lo contrario serán desechadas. Sólo que el auto que deseche una prueba, es apelable en el efecto devolutivo (artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles).

Cabe destacar como dato relevante en los casos de divorcio necesario que en la práctica los litigantes no ofrecen pruebas, ni los juzgadores solicitan medios de convicción para determinar en su momento la situación de los hijos menores procreados por las partes en los términos previstos por el artículo 283 del Código Civil, que a la letra dice:

Artículo 283.- " 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 sea 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 de designar tutor. "

Las únicas pruebas que pueden desahogarse por su propia naturaleza, son las que se encuentran integradas en el mismo expediente y son: La Documental Pública y la Documental Privada; también existe la Prueba Presuncional, Legal y Humana.

En la audiencia serán desahogadas primero las pruebas de la parte actora y después las de la demanda, el día y hora que para el efecto se haya señalado.

G) ALEGATOS

Siguiendo a José Becerra Bautista, nos dice que los alegatos, " Son las argumentaciones jurídicas tendientes a demostrar al tribunal la aplicabilidad de la norma abstracta al caso controvertido, con base en las pruebas aportadas por las partes. "¹⁴⁰

Al concluir el período de ofrecimiento de pruebas, el Tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados, interviniendo también el representante del Ministerio Público, en su caso (artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles).

Se concederá el uso de la palabra por dos veces a cada una de las partes, las que procurarán la mayor brevedad y concisión, evitando palabras y opiniones políticas o religiosas, limitándose a tratar de las acciones y de las excepciones que quedaron fijadas en la clausura preliminar y de las cuestiones incidentales que surgieron.

La finalidad de los alegatos, es para que las partes puntualicen al Tribunal lo que se ha afirmado, negado, aceptado, etcétera, en los actos procesales, desde el inicio, hasta el inmediato anterior a los alegatos, además, si las pretensiones de éstas se ha acreditado a través de las pruebas rendidas. Anticipándole al juzgador por este medio, cual debe ser el sentido de la sentencia, proporcionándole con ello, una versión precisa del litigio o controversia.

H) SENTENCIA.

En términos generales, el mismo autor citado, nos dice que la sentencia, " Es la resolución del Organismo Jurisdiccional que dirime, con fuerza vinculativa, una controversia entre partes. "¹⁴¹

Siguiendo el criterio del mismo jurista, José Becerra, continúa diciendo que la sentencia definitiva de Primera Instancia, " Es la resolución formal vinculativa para las partes que pronuncia un tribunal de primer grado, al agotarse el procedimiento, dirimiendo los problemas adjetivos y substantivos por ellas controvertido. "¹⁴²

Una vez agotado el procedimiento probatorio y previos los alegatos, el Juez citará para oír sentencia, misma que deberá dictarse dentro de los ocho días siguientes a la

¹⁴¹ BECERRA BAUTISTA, JOSE. *Ob. cit.* Pág. 169

¹⁴² *Ibidem*, Pág. 169

celebración de la audiencia de pruebas y alegatos (artículo 87 y 88 del Código de Procedimientos Civiles).

Por medio de la sentencia, el Juez emitirá su resolución sobre el litigio, poniendo término al proceso de primera instancia. Pero para dictarla valorará las pruebas rendidas.

Los anteriores conceptos son válidos para las sentencias de divorcio pero no suficientes ya que el juzgador al emitir su fallo aún cuando no lo soliciten las partes, fijará la situación de los hijos, para lo cual 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 juicios necesarios para ello, por lo cual observará las normas del Código Civil para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien tenga derecho a ello, o en su caso, designar tutor.

Asimismo, el juzgador también tomará en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas, la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica; por lo que sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente, según lo estipula el artículo 283 y 288 del mismo ordenamiento legal.

5.2.1 EJECUTORIZACION DE SENTENCIA

Una vez que hay cosa juzgada la sentencia causa ejecutoria por lo que existen dos clases de ejecutorización de sentencia que son:

- a) Por Ministerio de Ley, y
- b) Por declaración judicial.

a) Las sentencias que causan ejecutoria por ministerio de ley son:

1. Las sentencias pronunciales en juicio cuyo interés no pase de 182 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal a excepción de las dictadas en las controversias en materia de arrendamiento destinadas a casa-habitación.
2. Las sentencias de segunda instancia.
3. Las que resuelvan una queja.
4. Las que dirimen o resuelven una competencia.
5. Las que declaren irrevocable por prevención expresa de la ley, así como aquéllos de las que dispone que no hay más recurso que el de responsabilidad.

b) Las sentencias que causan ejecutoria por declaración judicial son:

1. Las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial. El Juez de oficio hará la declaración correspondiente.
2. Las sentencias de que una vez hecha la notificación en forma no se interpone recurso en el término señalado por la ley.

En este caso se hará la declaración de oficio a petición de parte previa la certificación correspondiente de la Secretaría. Si hubiere deserción o desistimiento del recurso, la declaración la hará el Tribunal o el Juez en su caso.

Las sentencias de que se interpuso recurso, pero no se continuó en forma y términos legales o se desistió de él la parte o su matrimonio con poder o cláusula especial.

El auto de acuerdo en el que se declara que una sentencia ha causado o no ejecutoria, no admite más recurso que el de responsabilidad (artículo 426 al 429 del Código de Procedimientos Civiles).

El auto que declare ejecutoriada o no una sentencia, no admite más recurso que el de responsabilidad, pero no se alterará en ningún caso la sentencia que haya sido declarada firme, sino que únicamente será para determinar la responsabilidad en que haya incurrido el Juzgador.

J) EFECTOS QUE PRODUCE LA SENTENCIA.

La decisión judicial que se exprese en la sentencia, será obligatoria para las partes y para terceros, y cualquier violación o desconocimiento de los derechos y obligaciones derivadas de ésta, permitirán al interesado acudir en la vía de apremio ante el Juez de lo Familiar a deducir sus derechos, y que se tomen las medidas necesarias para hacerlos valer.

Las sentencias que decreten la disolución del vínculo matrimonial producen los efectos siguientes:

- a) Efectos en relación a la persona de los cónyuges.
- b) Efectos en relación a la situación de los hijos.
- c) Efectos en cuanto a los bienes de los cónyuges.

Estos efectos que como resultado de la sentencia ejecutoriada que decreta la disolución del matrimonio y que versan sobre estos tres aspectos, debemos aclarar que en cuanto a los cónyuges y a sus bienes, adquieren firmeza cuando la sentencia ha

causado estado, y se tiene como cosa juzgada, al igual que la ruptura del vínculo matrimonial, que deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, pero en cuanto a la patria potestad, pensión alimenticia y otros inherentes a éstos, no adquieren firmeza, ya que deben ser acordes con la realidad actual, por lo tanto, pueden ser modificados en cualquier tiempo, cuando las circunstancias así lo ameriten, a petición de la parte interesada, solicitar al juez competente que revise las decisiones tomadas con anterioridad para que se ajusten a la nueva realidad.

La Ley otorga a los divorciados la facultad de contraer un nuevo matrimonio, como lo señalan los artículos 266 y 289 primer párrafo del Código Civil vigente.

En el caso de divorcio contencioso la ley sanciona al cónyuge culpable con dos años de espera para contraer un nuevo matrimonio a partir de la sentencia; en cambio al cónyuge inocente, podrá contraerlo en cualquier momento, sin embargo, para evitar confusión en la filiación, tratándose de la mujer, aún siendo inocente deberá esperar a que transcurra un año para poder casarse nuevamente, a menos que ésta de a luz un hijo dentro de ese plazo, ya que se presumen hijos de matrimonio los hijos nacidos después de transcurridos ciento ochenta días contados a partir de la celebración de matrimonio o trescientos días después de la disolución del vínculo conyugal (artículo 158 en relación con el artículo 324 del Código Civil vigente).

La ley señala la obligación que existe entre los cónyuges de proporcionarse alimentos, determinando cuando deben darse éstos, partiendo de que ésta obligación debe ser recíproca y proporcionada de acuerdo a las posibilidades del que los da y a las necesidades del que los recibe (artículo 301, 302 y 311 del Código Civil).

Tratándose de divorcio necesario, se condenará al cónyuge culpable a proporcionar alimentos al inocente, tomando en consideración, tanto la capacidad para trabajar como la situación económica de cada uno, pero si ambos son declarados culpables, no podrá ninguno exigir este derecho al otro (artículo 288 primer párrafo del Código Civil).

Sin embargo, y a pesar de ser divorcio necesario, el fundado en alguna causa remedio, en la fracción XVIII del artículo 267 ó en el artículo 268 del Código en mención, no se resuelve nada sobre quién recae la obligación alimentaria, porque ninguno es declarado culpable y la ley no señala nada al respecto como en un divorcio necesario.

En relación con lo anterior Julio López del Carril, en un estudio sobre el divorcio y su influencia en la vida y sociedad de la comunidad internacional nos dice respecto a este punto que " no es suficiente que el marido o la mujer sean el uno o el otro declarados inocentes en la sentencia para que nazca automáticamente obligación alimentaria, es preciso compulsar la situación económica de cada cónyuge, puede suceder que la mujer inocente tenga mayor entidad económica que su marido, y entonces, no sería justo imponer al "económicamente débil" una pena de tipo pecuniaria."¹⁴³

Continúa exponiendo el autor, que: " en el divorcio vincular, a pesar de operarse la disolución del vínculo, el marido debe atender a la subsistencia de su mujer, inocente del divorcio, salvo dos excepciones:

¹⁴³ LOPEZ DEL CARRIL, J.J. "La Posesión del Derecho comparado frente al Informe de la O.N.U. sobre Condiciones y Efectos de la Disolución y Anulación del Matrimonio y la Separación Legal". *Lecciones y Ensayos*, Núms. 40 y 41, Año 1969, Buenos Aires, Argentina, Pág. 153

- Que ella tenga medios propios, suficientes.
- Cuando la ex-cónyuge contraiga nuevas nupcias. ¹⁴⁴

Termina López del Carril, diciendo, " No es justo ni razonable que, quién no tiene vínculo matrimonial con su ex-cónyuge y sí lo tiene con su marido, aquél que se halle obligado a la prestación alimentaria que no reposa en ningún fundamento serio, cuando el "mantenimiento" debe y es a cargo del segundo esposo que tiene vínculo matrimonial y las consiguientes obligaciones y responsabilidades. ¹⁴⁵

En cuanto al domicilio conyugal, éste desaparece y cada cónyuge con posterioridad a la sentencia firme ó que ha causado estado, debe tener el más amplio derecho a elegir su propio domicilio aunque el mismo fuere en el extranjero.

De lo que respecta a la vocación sucesoria, nuestro Código Civil, sólo reconoce a la viuda un derecho sucesorio representado por una prestación alimentaria a cargo de la masa de bienes.

En cuanto a los efectos de la sentencia, en relación a la situación de los hijos, el artículo 283 del Código Civil vigente, otorga al Juez 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.

Para Rafael Rojina Villegas, los efectos del divorcio en cuanto a los hijos se dividen en tres partes: " La primera, se refiere a los efectos relativos a la legitimidad o

¹⁴⁴ LOPEZ DEL CARRIL, J.J. *Ob. cit.*, Pág. 153

¹⁴⁵ *Idem.*, Pág. 153

ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, o simplemente separada judicialmente de su marido. La segunda comprende los efectos en cuanto a la patria potestad, y la tercera, los relativos a los alimentos de los hijos. "146

Respecto a las cuestiones relativas a la situación de los hijos de los cónyuges que se divorcian, el artículo 284 del Código Civil dispone que a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, el Juez podrá dictar cualquier providencia que considere necesaria y benéfica, para los menores, antes de proveer definitivamente, sobre la patria potestad o tutela de los hijos de los cónyuges divorciados. En todo caso, la pérdida o la suspensión de la patria potestad, no extingue las obligaciones que tienen los padres para con sus hijos, entre ellas las de proporcionarles alimentos (artículos 285 y 287 del Código Civil), además de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos, a la subsistencia y la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

López del Carril al hablar de la patria potestad, hace una exposición muy clara de lo que podemos entender por ésta al afirmar que: "La guarda definitiva de los hijos menores concedida por el tribunal a favor de uno de los cónyuges a raíz de la sentencia de divorcio, no tiene influencia en la patria potestad, pues el ejercicio de la misma corresponde en primer lugar al padre, aún cuando la titularidad de la misma corresponde a ambos cónyuges. El marido a cuya esposa se le otorgó la custodia definitiva de los menores hijos, conserva la patria potestad con su poder de gobierno, conducción, responsabilidad. Sólo se desprende de algunas facetas de su ejercicio: la vivencia en común, la alimentación, etc., pero aún en éstos aspectos conserva su poder de vigilancia. "147

146 ROJIZA VILEZAS, RAFAEL. *Ob. cit.*, Pág 429

147 LOPEZ DEL CARRIL, J.J. *Ob. cit.* Pág 151

Si ambos cónyuges han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, o la han perdido, ésta pasará al ascendiente(s) que corresponda, y si no hay quien le ejerza el Juez nombrará a un tutor.

Los efectos en cuanto a la patria potestad y pensión alimenticia, y otros inherentes a éstos, no adquieren firmeza, ya que deben ser acordes con la realidad actual, por lo tanto, pueden ser modificados en cualquier tiempo, cuando las circunstancias así lo ameriten; y a petición de parte interesada, el Juez revisará las decisiones y las deberá ajustar a la nueva realidad.

En el caso de que la sentencia de divorcio sea dada por causas de enfermedad del cónyuge demandado, el cónyuge sano conservará la guarda de los hijos, pero el ejercicio de la patria potestad concurrirá a ambos, a menos que se trate de una enfermedad mental incurable en la que el cónyuge enfermo queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

Respecto del apellido de los hijos, los que son concebidos o nacidos durante el matrimonio llevan el apellido del padre y lo conservan haya o no divorcio de los padres.

Otro derecho se produce en virtud de la legitimidad de los hijos, éstos están facultados para percibir la porción hereditaria que fije la ley, puesto que dicha legitimación queda intacta, aún a pesar del divorcio de sus padres (artículo 289 del Código Civil). Se hace notar que éste derecho hereditario, surge de la sucesión legítima, pero cuando se ha dejado fuera del testamento de su deudor alimentario a menores de edad o de quien sobre ellos ejerza la patria potestad, éste podrá ser impugnado de inoficioso (artículo 1368 fracción I y 1374 del Código Civil).

Efectos de la sentencia en relación a los bienes de los cónyuges

Una vez ejecutoriada la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial y de la sociedad conyugal se procederá a su liquidación (artículos 197, 203, 204 y 206 del Código Civil).

Cuando se trate de divorcio voluntario, se aplicarán los convenios celebrados entre los cónyuges respecto a la liquidación de la sociedad, una vez que éstos hayan sido aprobados. En tanto que tratándose de divorcio necesario, se tomarán las medidas necesarias para asegurar las obligaciones pendientes, entre los cónyuges, al igual que se hace con respecto a los hijos (artículo 273 fracción V, 287 y 317 del Código Civil).

Por otro lado, el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte, o por otra persona, en consideración al matrimonio; mientras que el cónyuge inocente, conservará lo recibido y podrá reclamar, en su caso, la entrega de lo prometido (artículo 296 del Código Civil).

También señala la ley, que podrá ser acreedor a una indemnización, el cónyuge inocente, cuando haya probado la existencia de daños y perjuicios a sus intereses que le haya causado el divorcio y siendo así, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito (artículo 288 del Código Civil), la indemnización a que se refiere este artículo, no se concede en los casos de divorcio voluntario.

Por último el juez del conocimiento, deberá remitir copia de la sentencia de divorcio debidamente ejecutoriada, al juez del Registro Civil ante el que haya celebrado el matrimonio quien a su vez deberá levantar el acta correspondiente y publicar un extracto de la resolución durante quince días en los estrados destinados para tal efecto (artículo 291 del Código Civil).

Es importante destacar que aún cuando la sentencia de divorcio disuelve el vínculo matrimonial, dejan subsistentes algunos derechos como son:

1. La presunción de la legitimidad de los hijos nacidos después de transcurridos ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o trescientos días a partir de la disolución del vínculo conyugal.
2. El derecho de los hijos a heredar a sus padres en virtud de la legitimación.
3. La obligación alimentaria en relación a los hijos, y en su caso, al cónyuge que resultase inocente, o que la ley así lo indique por serle necesarios éstos.
4. La conservación de la patria potestad sobre los hijos por ambos cónyuges, en caso de que no exista ninguno de los supuestos señalados por la ley para condenarlos a la pérdida de la patria potestad, a criterio del juez y en virtud de ésta, las obligaciones inherentes a la patria potestad subsistirán en tanto los menores sujetos a la misma, alcancen la mayoría de edad.
5. Por último, y en relación al cónyuge inocente, éste tendrá derecho a conservar las donaciones proporcionadas y a reclamar aquéllas que le hayan sido prometidas por su consorte en consideración al matrimonio.

Remisión de constancias al Juez del Registro Civil

Consistente en el envío que hace el Juez de Primera Instancia, una vez ejecutoriada la sentencia, de una copia de la misma, al Juez del Registro Civil ante el que los cónyuges celebraron su matrimonio, para que haga las anotaciones marginales correspondientes y

publique un extracto de la resolución, durante quince días, en los lugares destinados al efecto (artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles).

Formas de dar término al Juicio

Las formas de extinción del derecho al divorcio son:

- a) La reconciliación o el perdón expreso o tácito;
- b) La renuncia o el desistimiento;
- c) El transcurso del tiempo; y
- d) La muerte.

a) La reconciliación o el perdón.- La ley señala cuando se haya otorgado el perdón al culpable, no podrán alegarse ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 para solicitar el divorcio, pero si el juicio ya se ha iniciado, tanto el perdón como la reconciliación de la pareja, pondrán fin a éste, siempre y cuando no exista sentencia ejecutoriada (artículos 279, 280 y 281 del Código Civil).

El artículo 281 señala que deberá denunciarse el perdón o la reconciliación, según sea el caso, ante el juez, pero también estatuye que no se destruyen sus efectos, en caso de omitirse.

De lo anterior se infiere que basta la reanudación de la vida matrimonial de la pareja para que se tenga implícito tácitamente el perdón o la reconciliación de ésta.

El perdón consiste en la declaración de voluntad de quien lo otorga, de no hacer efectivas las acciones que tiene derecho a ejercitar en contra de su cónyuge.

b) La renuncia o desistimiento.- El desistimiento puede ser de la acción de la demanda o de la instancia.

El cónyuge inocente que renuncia o se desiste de la acción de divorcio, pierde todos sus derechos contra el culpable y no puede continuar dicha acción o iniciar otra nueva con fundamento en la misma causa. Tal desistimiento extingue la acción aún sin el consentimiento del demandado pero de efectuarse así le proporcionaría el culpable una causal de divorcio (artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles en relación con los artículos 281 y 268 del Código Civil).

El desistimiento de la demanda requiere necesariamente el consentimiento del demandado cuando se efectúa después del emplazamiento, no así el desistimiento de la instancia que además puede llevarse a cabo sin importar el estado que guarde el procedimiento (artículo 34 del Código Civil).

El desistimiento y la renuncia siempre serán de hechos o causas ya ejecutoriadas puesto que no puede renunciar o desistirse de hechos que aún no acontecen.

Se hace notar que mientras el desistimiento de la acción hace perder todos sus derechos a quien la efectúa; el desistimiento de la demanda y la instancia dejan a salvo el ejercicio de éstos, y tiene el efecto de hacer volver las cosas al estado en que se encontraban.

c) El transcurso del tiempo.- La caducidad y la prescripción son formas de extinción de las acciones, derechos y obligaciones por el transcurso del tiempo.

A diferencia de la prescripción, la caducidad va a extinguir fatalmente las acciones aún a pesar de que existen motivos fundados que pudieran impedir su ejercicio, y sólo

puede evitarse ésta, sin existir ningún otro recurso, haciendo valer las acciones a que se tienen derecho en el momento preciso. No así la prescripción, puesto que pueden interrumpirse sus plazos. Hay dos tipos de prescripción, la positiva y la negativa, éstas operan según sea el derecho a ejercitar (artículo 1135 y siguientes del Código Civil).

Al respecto el Maestro Galindo Garfias, nos dice, que por lo que respecta a las acciones de divorcio, éstas, están sujetas a caducidad y no a prescripción, tal es el criterio de la Suprema Corte de Justicia, al señalar: "...En el divorcio, como en las situaciones jurídicas del orden familiar en general, no puede haber prescripción sino caducidad, más aún cuando el artículo 1167-II del Código Civil, establece que no empieza ni corre aquélla, entre los cónyuges. De lo contrario por los múltiples motivos de suspensión o interrupción del citado medio extintivo, se originarían prolongados estados de incertidumbre, indecisión o inseguridad que corresponde a la firmeza características de la condición civil de las personas, y así para poner fin a los conflictos matrimoniales de esta índole, se requerirían el transcurso de diez años que establece la ley civil para la prescripción negativa. La amenaza del cónyuge con derecho a solicitar el divorcio contra el que sin éxito lo hubiera intentado, sería constante, afectándose con ello, los sagrados derechos de la patria potestad, la formación de los hijos, la obligación alimenticia conyugal y filial, y la disposición de bienes. Consiguientemente, se justifica la caducidad en el divorcio, dado el carácter excepcional de ésta institución que pone fin al matrimonio, por el contenido eminentemente ético de la unión conyugal, de prisión; y, cometer contra el cónyuge un delito que tenga una penalidad superior a un año (artículo 267 fracciones II a la IV, X a la XIV y XVI del Código Civil)."¹⁴⁸

El término de caducidad de estas causales es de seis meses contados a partir del momento en que se tuvo conocimiento de los hechos, y va a extinguirse fatalmente la

acción si se dejan transcurrir éstos, sin hacer valer las acciones a que se tuvo derecho (artículo 278 del Código Civil).

Se hace notar que el adulterio, cuando se ha vuelto una situación permanente, el término de caducidad de la acción empezará a computarse al concluir tal estado.

En el mutuo consentimiento, así como la causal señalada en el artículo 268 del Código Civil, han sido reguladas en forma autónoma, pero debe incluirse ésta última en las causales de realización momentánea, por lo tanto, el término de caducidad de la acción cuando la causal sea en base a la que establece dicho artículo, empezará a correr a partir de los tres meses siguientes de la notificación, la última sentencia, o el auto que haya recaído al desistimiento.

La Maestra Sara Montero Duhalt, nos dice, con respecto a la sentencia que menciona este artículo, que la Suprema Corte ha pronunciado el siguiente criterio: " Tal sentencia no puede ser otra que la que en definitiva establezca la cosa juzgada, o sea, la del amparo, cabiendo inclusive, con relación a ella, la distinción de que si la misma niega la protección constitucional, a partir de su notificación será cuando deba computarse el término de los mencionados tres meses, puesto que es a partir de su pronunciamiento cuando queda firme la resolución de segunda instancia. "¹⁴⁹

De lo anterior se desprende que será después de que hayan transcurrido los tres meses de la notificación respectiva, que deberán computarse los seis meses para la caducidad de las acciones, señalada en el artículo 278 del Código Civil vigente.

d) La muerte.- La acción de divorcio se extingue también por la muerte de cualesquiera de los cónyuges, y así lo estatuye la Ley (artículo 290 del Código Civil).

La muerte pone fin a la acción de divorcio, partiendo de que la misma, es una de las formas de extinción del matrimonio, además de que la acción de divorcio no puede ser transmitida en vida ni a causa de la muerte, pues es un derecho exclusivo del cónyuge inocente y sólo puede ser ejercitado por éste (artículo 278 en relación con 290 del Código Civil).

En consecuencia con todo lo anterior hemos realizado un estudio, sobre los índices de divorcialidad, el cual fue proporcionado por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, de lo cual hablaremos brevemente en el siguiente punto del presente capítulo.

5.3 BREVE ESTADISTICA DE LAS CAUSALES DEL DIVORCIO

Con respecto a la información relativa a divorcios registrados en nuestro país, según la causa del mismo, proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (I.N.E.G.I.), se observa que de 1975 a 1982 la más invocada es el "mutuo conocimiento de los cónyuges", que corresponde a más de la mitad de los casos de divorcio y que tiende a aumentar su frecuencia. Entre otras causas más mencionadas, destaca, "el abandono del hogar", aún cuando ha demostrado una tendencia descendente a partir de 1975.

Al relacionar la variable duración del matrimonio con la causa del divorcio de acuerdo con la información obtenida por el Anuario del INEGI, se observa lo siguiente:

- En todos los períodos analizados, la causa del divorcio mayormente mencionadas es el "mutuo consentimiento y su incidencia mayor se da en los matrimonios que tienen un año de duración.
- La segunda causa de importancia en todos los períodos, de acuerdo a la duración del matrimonio, es el "abandono del hogar", que representa un mayor número de casos, en aquellos de tres años de duración de 1980 a 1982 y de dos años a partir de 1987.
- En los matrimonios con diez años y más de duración, la causa principal del divorcio, sigue siendo el "mutuo consentimiento", seguido por el "abandono del hogar". Sin embargo, esta segunda causa aumenta su importancia proporcional respecto del total de divorcios. ¹⁵⁰

De este estudio estadístico, se puede observar que la mayoría de los divorcios en los últimos años se da en los matrimonios que tiene una duración de uno o cinco años, mientras que la menor cantidad de estos se da en los que tienen un mínimo de un año de casados, de entre las causales de divorcio registradas por orden progresivo son:

1. Mutuo consentimiento.
2. Abandono de hogar.
3. Sevicia, amenaza e injurias graves.
4. Separación del hogar conyugal.
5. Adulterio.
6. Negativa a contribuir al sostenimiento del hogar.

7. Otras causas: (incluye: alumbramientos ilegítimos; propuesta de prostitución; incitación a la violencia; corrupción a los hijos; enfermedad mental incurable; declaración de ausencia o presunción de muerte; acusación calumniosa; haber cometido delito infamante; hábitos de juego; embriaguez o drogas; cometer un acto delictivo contra el cónyuge e incumplimiento de sentencia a Juez Familiar.

Si bien se han registrado incrementos en los niveles de divorcialidad en nuestro país, esto se debe como resultado de los cambios en los patrones socioculturales de la población, definidos por una mayor participación de las mujeres en el ámbito educativo y en el mercado de trabajo, y en términos más generales para una mayor aceptación social del divorcio. nos parece, sin embargo, que existen ciertos comportamientos poco variables al interior del país, ya que regiones con escasa tendencia hacia el divorcio se han mantenido en el paso del tiempo.

El Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, nos hace la siguiente aclaración al decir en su Anuario de 1993 que "Todas las estadísticas en cuanto a divorcios, se toman en base a una tasa de divorcialidad, la cual será la relación entre los divorcios registrados en un año determinado y los matrimonios. Con este indicador se puede ver la proporción de los divorcios con respecto al número de matrimonios civiles" ¹⁵¹

5.4 IMPACTO SOCIAL DEL DIVORCIO EN LA ACTUALIDAD

El divorcio en la actualidad, es una sombra llena de dificultades y contratiempos que viene a concluir con un hogar. Dos personas que mutuamente ya no quieren seguir unidas y de igual forma se han hecho desdichadas, no solo lo hacen en relación a ellas, sino que arrastran a otras personas, en una cadena interminable, pues el divorcio no tiene límite alguno. Y vivir en un hogar truncado, afecta psicológicamente a los hijos, en sobremanera y fundamentalmente, para toda su vida, pues está visto que en la mayoría de los casos los hijos de divorciados, crecen en condiciones desfavorables.

Muy grave es el caso en el cual los niños se ven mezclados directamente en la separación de los padres, incitados a tomar partido, como medio de presión, o educados sencillamente en un clima de disputas. Los padres en conflicto tratan por todos los medios de comprar el afecto de sus hijos por medio de regalos y otro tipo de estímulos desde que éstos tienen muy temprana edad. Traumatizando se ve el niño, que se creía amado, y descubre que contaba muy poco para sus padres, puesto que éstos ponen sus condiciones personales por encima de su propia felicidad. Es la consecuencia directa, un sentimiento de inseguridad, con la angustia del presente, a la que se suma la angustia del porvenir.

Como podemos ver, el divorcio rompe de un modo irreparable, el destino y vida de los cónyuges e hijos, así como el equilibrio afectivo de estos últimos, siendo no sólo un fracaso para el hogar si no para toda la sociedad.

Cada divorcio priva por lo menos a un hijo de su padre ó de su madre ó del amor de alguno de ellos, lo que se agrava, cuando alguno de aquellos ó los dos contraen nuevas nupcias y, en caso de no entregar a los hijos comunes a algún pariente, por lo menos sentirán por ellos menos amor que por los de ésta nueva unión.

Debido al incremento en el índice de divorcios que se ha señalado., como consecuencia principal de la desorganización y desintegración del sistema familiar, y por lo tanto, del sistema social, dicha desintegración familiar, es producto de diversos factores y cambios, tanto sociales como económicos, que surgen a partir de la industrialización, la libertad, la igualdad de derechos; que ha experimentado nuestra civilización, contribuyendo todos estos, en la transformación de los papales del hombre y la mujer, y consecuentemente en sus funciones en el matrimonio y en la vida familiar y social.

A este respecto debido a la serie de cambios sociales, el sociólogo Michael Anderson, nos dice que: " Parece justo reconocer que las mujeres exigen un conjunto de derechos mayor que el que los hombres están dispuestos a conceder, así como los hombres están dispuestos a imponer más obligaciones que aquellas que las mujeres están dispuestas a aceptar. "152

Tal vez sea este el motivo principal, por el que la pareja actual, se enfrenta a conflictos y tensiones mayores que el siglo pasado, mismos que se agudizan en la convivencia diaria de los esposos. por ello el divorcio se va dando como resultado negativo para darle solución a las tensiones conyugales.

Actualmente en México, por iniciativa de la "Asociación Mexicana de Psicoterapia Psicoanalítica" por uno de sus grupos formados por especialistas en la materia, entre ellos la Dra. Dolores M. de Sandoval, después de un estudio, investigación análisis de las consecuencias del divorcio, tanto en los hijos como en la pareja, se tomaron como objetivos primordiales; analizar todo lo relativo a los sentimientos y evolución psicológica

152 ANDERSON, MICHAEL. "Sociología de la Familia", Colección del Tercer Trimestre Económico, Fondo de Cultura Económica, México 1971, Pág. 285

del niño y el adulto, en sus relaciones, padres e hijos; el impacto en su desarrollo por el cambio de la estructura familiar; las actitudes durante el momento del fracaso familiar por la decisión de divorciarse. Todo esto mediante un programa de intervención para ofrecer ayuda psicológica, así como recomendaciones sociales y educativas para aliviar el sufrimiento agudo y quizá evitar, o por lo menos disminuir los resultados negativos de la separación. Ese estudio reveló, entre otras cosas, que "los hijos de parejas separadas y divorciadas, tienden a tratar de conservar sus propios matrimonios a pesar del sufrimiento que les causa las disfunciones y discrepancias de los mismos, en un intento por reparar en los hijos, aquéllos que ellos mismos sufrieron; sin embargo, los hijos de parejas que no se divorcian pero cuya relación es sadomasoquista, tienen a realizar en su propia unión la separación que desearon tempranamente en la pareja parental."¹⁵³

Por otra parte, el divorcio surge de la disensión, pero crea un conflicto adicional entre ambos lados de las líneas familiares. Se rompen acuerdos conyugales previos y se destruyen relaciones que antes eran armoniosas entre parientes políticos. Así tenemos que los viejos amigos tienden a tomar partido, o se sienten incómodos ante la presencia de los divorciados, ya sea porque los espanta el divorcio, o porque la persona divorciada se convierte en una amenaza, ya que simboliza la posibilidad de unas relaciones extramatrimoniales. Pero lo que más necesitan son una cálidas relaciones que mitiguen su aislamiento.

Esto no sólo afecta los diversos papeles que desempeñan como compañeros, madre o padre, amigos, nuera o yerno, o como ciudadanos de una sociedad, sino también las relaciones comerciales y laborales, y principalmente la existencia personal

153 M. DE SÁNDIVAL, DOLORES. "El Mexicano: Psicodinámica de sus Relaciones Familiares", 3ª Edición, Editorial Vilecaña, S.A., México 1988, Pág. 47

del individuo, por la pérdida de una serie de cosas internas y externas, que requieren de gran capacidad para recuperar el individuo, lo que tiene de sí mismo.

Siguiendo con la Dra. Dolores M. Sandoval, señala que: " El impacto emocional es mucho más fuerte en el hombre que en la mujer, pues en la mayoría de los casos el hombre pierde entorno, compañera e hijos, y a cambio de todas estas pérdidas, se encuentra frente a una doble obligación, es decir, mantenerse así mismo y mantener el hogar del cual acaba de separarse. "

La mujer por su parte, generalmente se queda con su mismo entorno, sobre todo con los objetos amorosos que además de satisfacerla y alimentarla, también le ocupan tiempo, de tal modo que disminuye aquel que tiene que dedicar así misma y a los problemas emanados de la pérdida del compañero. ¹⁵⁴

El trabajo puede sostener emocionalmente al hombre, manteniéndolo apartado de las crisis depresivas, de la soledad, ansiedad o desesperación. Además, generalmente regresa al hogar paterno, pues necesita la cercanía de la pareja más arcaica, la madre, o vuelve a contraer matrimonio, pues tiene menor capacidad para vivir sólo. No así la mujer, ya que muy pocas regresan al hogar paterno, o pocas vuelven a contraer matrimonio, pues manifiestan una mayor capacidad para soportar la separación. Seguramente junto a una mayor capacidad para tolerar la separación, se encuentra que les es difícil renunciar a la independencia obtenida respecto al hogar paterno, y por otro lado, con la custodia de los hijos, difícilmente otra pareja que solvente los gastos y la responsabilidad moral que implica una familia ya hecha.

Por su parte el sociólogo Hunt Morton y Berenice, nos dice que: "Indudablemente, el momento de la separación constituye un duro shock para la mayoría de la gente, incluso para quienes deseaban o ansiaban la separación. Aturde, desorienta y asusta porque es una dolorosa transición desde un pasado conocido a un futuro desconocido. La persona recién separada, acaba de franquear la frontera del terreno conocido del matrimonio, independientemente de cuán malo haya sido, a la tierra incógnita de la vida posmatrimonial."¹⁵⁵

El divorcio en nuestro medio, principalmente en provincia está considerado todavía como una tragedia que significa la pérdida o el fracaso, debido en gran parte, a nuestra herencia religiosa, a los rígidos roles que anteriormente venían desempeñando el hombre y la mujer, y a la idea de que el matrimonio está basado en el amor, y si éste acaba, deberá continuar por los hijos, ya que la sociedad considera al hogar, como único lugar idóneo para el desarrollo normal de éstos, en sus diferentes aspectos: personal y social. Condenando al repudio y aislamiento de su medio, a los que se atreven a ir contra estas ideas. Olvidando las terribles consecuencias que produce, tanto para los hijos como para los padres, la permanencia de matrimonios desdichados.

En tal virtud aquéllos que decidan continuar unidos, deberá pagar el precio por mantener una situación, que sociedad y religión, exigen para seguirlos aceptando en su seno, sin dar nada a cambio, sino el efímero o insuficiente consuelo del supuesto deber cumplido. El precio es el sufrimiento que implica, tanto para los cónyuges como para sus hijos, carecen de vínculos afectivos y armónicos desprovistos de una proyección de sentimientos de amor y comprensión hacia sus hijos, predominando los aspectos negativos, que generarán discusiones, sentimientos de cólera, sujeción, traición,

155 HUNA, MORENO Y BERRINCHE. "La Experiencia del Divorcio", Editorial Sudamericana, S.A., 1974, Pág. 15

engaño, competencia, envidia, y si no se le sabe dar solución a estos conflictos, o si son inadecuadas, aumentarán los desacuerdos, los resentimientos y la hostilidad, lo que conduce a la familia a la inadaptación y a la enfermedad emocional.

La enfermedad emocional se debe a la evolución de las tensiones conyugales a lo largo de un cierto período, impregnadas de odio, desconfianza e indiferencia manifiesta o disimulada, que conlleva al matrimonio desdichado, a un divorcio emocional, que resulta ser más destructivo para la pareja y los hijos, que el divorcio legal, ya que el primero, genera una situación difusa que por su naturaleza no es posible afrontarla directamente, siendo más amenazante para la salud física y mental.

En estas simulaciones familiares no hay generosidad, sino sometimiento y aumento de resentimiento. El modelo es malo, ya que como señala la Dra. Dolores Sandoval, "Influirá en la selección de pareja de los hijos y en la aceptación o rechazo de funciones parentales, pues la felicidad de los padres, está favorablemente asociada con las experiencias de noviazgo de sus hijos, ya que de acuerdo a ciertos criterios, los hijos de matrimonios desechos se desarrollan igual o mucho mejor que los de matrimonios intactos pero infelices."¹⁵⁶

Cuando los matrimonios infortunados tienen que optar por la alternativa de permanecer unidos sin llegar a comprenderse, o la de sufrir la transición dolorosa que supone la elección del divorcio, surge una situación polémica en la que es de suma importancia, saber escoger el mal menor.

Sin embargo, y a pesar de los contratiempos y riesgos que conlleva el divorcio, actualmente se ha convertido en una parte integral de la institución del matrimonio y en

156 M. DE SANDOVAL, DOLORES. *Ob. cit.*, Pág. 81

un medio esencial para supervivencia de la misma, en la sociedad moderna, ya que es la posibilidad real de iniciar una nueva vida en la que se tenga opción de luchar para restablecer la integridad y desarrollo personal del individuo, pues el divorcio es un proceso dinámico que puede precipitar el alejamiento de toda dependencia infantil, acercándose a la independencia madura, aceptando las experiencias y responsabilidades del presente.

Podríamos decir, en forma global, que los efectos del divorcio en las sociedades actuales enfatiza tanto a hombres como a mujeres, por el acelerado ritmo de la vida y la poca comunicación humana que día a día se agrava más, están dejando a un lado la posibilidad de que el matrimonio siga siendo la base de una forma de vida más estable, traduciéndose esto en la desaparición del amor de esposos, la disminución de la natalidad, la educación descuidada, falseada o abandono de la descendencia, discordias dentro de las familias, facilidad a las relaciones fuera del hogar, ruptura del freno moral, fomento del adulterio y en general todo lo que directamente conduce a la corrupción y al libertinaje sexual; aunque no podemos dejar de reconocer que en muchas ocasiones, el divorcio es la mejor solución a grandes problemas que se suscitan dentro de una familia y que podrían desencadenar consecuencias fatales dentro de los miembros de la misma familia, ya que según nos cita el Maestro Antonio de Ibarrola, "Aumenta la criminalidad, la mortalidad y la morbilidad infantil, pues los hijos son víctimas de la desavenencia y abandono de los padres, y por la actitud de esto se ven privados de la vida familiar."¹⁵⁷

Consecuentemente de lo anteriormente analizado, no terminaríamos de señalar absurdos y consecuencias fatales nacidas del divorcio. Ya que en la actualidad observamos con tristeza que el alto índice de divorcios nos demuestran que las parejas

157 IBARROLA, A. *Ob. cit.*, Pág. 327

no son capaces de superar los problemas, grandes o pequeños que en la vida matrimonial se presentan. Se puede deducir que falta una mayor preparación y orientación al matrimonio para que haga más conscientes a las parejas que en éste, así como hay alegrías y gratos momentos también problemas y que éstos se presentan para la superación personal de ambos cónyuges por el bienestar de la sociedad en general.

A continuación analizaremos la justificación ético-jurídica del divorcio desde nuestro particular punto de vista:

5.5 JUSTIFICACION ETICO-JURIDICA DEL DIVORCIO

El contenido ético del derecho de familia, puede descubrirse desde el fondo de todo proceso de transformación y señalar sus causas principales, sus tendencias dominantes y sus resultados o consecuencias jurídicas más importantes.

El contenido ético se manifiesta claramente porque en ningún otro campo jurídico influyen tanto como en éste, la religión, la moral y las llamadas buenas costumbres. Antes que Jurídico, la familia es un organismo ético, hasta el punto de que el derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos (artículos 411 y 423 del Código Civil). Así se explica que haya en el Derecho de Familia numerosos preceptos sin sanción o con sanción atenuada y aún obligaciones incoercibles porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coacción, la observancia de diversos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el medio social, por ello, el incumplimiento de tales preceptos sólo genera, incapacidad para heredar o para recibir alimentos.

Este mismo contenido ético se pone también de relieve porque no obstante la regulación jurídica de las relaciones de familia, los comportamientos reales de sus integrantes se producen generalmente al margen del derecho y por otro tipo de impulso y de motivaciones.

Algunos conceptos éticos señalan al divorcio como la causa de desintegración de la familia. Algunos otros terminan por definirlo como un mal necesario, pues remedia una situación familiar conflictiva, aunque lo hace a través de su desintegración, desde nuestro particular punto de vista, ninguno de los dos extremos es exacto, el divorcio como instituto no puede ser calificado en términos de bueno o malo, como se ha hecho hasta ahora. Consideramos que debe ser calificado en términos de utilidad. Esta institución es inútil a la sociedad porque es indudablemente, una institución útil en las relaciones familiares, pues aporta un principio de solución a un conflicto, no es una institución perfecta pues afirmamos que sólo aporta un principio de solución, ya que lo que ofrece es un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo. Es decir, es una institución que se estructura en un plano diferente al conflicto que pretende resolver, por lo cual, la solución sólo llega parcialmente. El resto tendría que ser aportado por la pareja que se divorcia.

Al respecto el Maestro Manuel Chávez Ascencio, nos dice: " Buscar las causas de la ruptura emocional en el divorcio es desconocer los factores psicológicos que están presentes en las relaciones humanas, éste desconocimiento de matrimonio y divorcio necesariamente responden a una determinada ideología; si la familia es ideal, el vínculo se debe preservar a toda costa. Este vínculo es totalmente independientemente de la voluntad e intenciones de los esposos, de tal suerte que aunque éstos se separen, el vínculo persiste, aunque el divorcio sea una situación aceptable se pretende que no exista quiebra en los matrimonios. Esta política necesariamente influye en la pareja que se une con la idea consciente o inconsciente de que su unión es "hasta que la muerte

los separe", idea que la cotidianidad los obliga, una vez agotada la voluntad de amarse, a buscar motivos suficientes que justifiquen su decisión de terminar la relación. Esta búsqueda encuentra su respuesta en el conflicto. ¹⁵⁸

La real causa del divorcio es el rompimiento o agotamiento de las relaciones y de los sentimientos que llevaron al matrimonio a la pareja. Al contrario frente a las desavenencias cotidianas y conflictos graves que llevan a la ruptura, circunstancias que realmente los dañan, la separación franca y honesta les reporta mejorías.

Los principios morales fundados en la ética religiosa, entre otros, influyen en forma determinante en las normas legales, debido a esto, en cuestiones de divorcio, la ley no permanece neutral, sino que tiene una marcada preferencia a conservar el matrimonio aunque éste sea infortunado: Por lo que debe haber resistencia por el divorcio, cosa que hace surgir contrariedad, nos dice L. Theodor Enneccerus, " Surge un contraste entre el sentimiento jurídico y el derecho, perjudicial al pensamiento jurídico. ¹⁵⁹

En materia de divorcio, se han especificado claramente cuales son las causas por las que se puede ejercitar la acción de divorcio, sin embargo, todas ellas son muy difíciles de probar y por lo mismo inoperantes, y en la actualidad hasta retrógradas, por esta razón, cuando se entabla la demanda de divorcio, y se trata de probar la culpabilidad de uno de los cónyuges, se lleva mucho tiempo dirimir la controversia en la mayoría de los casos, cosa que provoca escándalo.

158 CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. *Ob. cit.*, Pág. 572

159 ENNECCERUS L., THEODOR KIPP, *Ob. cit.*, Pág. 213

En relación al problema ético el Maestro Manuel Chávez Ascencio, nos dice que: " En relación al problema ético en el divorcio, conviene precisar si este puede considerársele como algo moral, no obstante que el Derecho procura la estabilidad matrimonial y familiar.

Evidentemente la moral y el derecho son distintos, pero hemos observado que en materia familiar existe una gran participación e influencia de la moral en esta rama del derecho. "¹⁶⁰

Indudablemente, el divorcio tiene efectos en la sociedad en relación a la moral, pues la crisis de las parejas, se refleja en la crisis de los individuos que la integran, pues la desintegración del matrimonio trae como consecuencia problemas graves en relación a los hijos que repercuten en la sociedad como ya lo analizamos con anterioridad.

Siguiendo al Maestro Manuel Chávez Ascencio, nos dice que: " Los principios morales exigen la permanencia del matrimonio y de la familiar. El Derecho de Familia busca la cohesión de ambas comunidades y buscan que la convivencia doméstica sea posible para que el matrimonio y la familia logren sus fines de donde aparece que el divorcio al hacer posible la disolución del vínculo, puede presentarse como algo inmoral, contrario a la permanencia del matrimonio que procura el Derecho Familiar.

Pero debemos tomar en cuenta que la estabilidad del matrimonio y la familia, no depende de que se prohíba el matrimonio. La convivencia conyugal se logra por el incumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales, en relación a los cuales los

160 CHAVEZ ASCENCIO., MANUEL. *Ob. cit.*, Pág. 573

primeros no pueden imponerse en forma coactiva.

Si acontece que algún miembro de la familia realiza actos graves en contra del otro; o de sus hijos que pueden considerarse inmorales o destructores de la convivencia, ésta se vuelve imposible y el divorcio viene a constatar por un lado esa destrucción de la convivencia y a disolver por el otro el vínculo matrimonial. Es decir, si es importante la estabilidad del matrimonio, también lo es el que no mantengan situaciones de violencia inmorales en perjuicio de alguno de los cónyuges o sus hijos.¹⁶¹

Desde el punto de vista sociológico se debe tomar en cuenta que el Derecho Familiar busca mantener la cohesión doméstica, es decir, lograr la solidaridad entre las relaciones familiares, y podrá parecer que el divorcio la rompe.

Por lo tanto desde el punto de vista sociológico también hay una razón y justificación para el divorcio.

5.6 PROPUESTAS DE MODIFICACION A LAS CAUSALES DE DIVORCIO

En los capítulos anteriores hemos especificado claramente cuales son las causas por las que se puede ejercitar la acción de divorcio, sin embargo, todas ellas son difíciles de probar con los medios de convicción, que normalmente se manejan en los tribunales, por lo mismo a veces resultan inoperantes, en la actualidad, por ésta razón cuando se entabla la demanda de divorcio, y se trata de probar la culpabilidad de uno de los cónyuges, se lleva a tiempo en dirimir la controversia en la mayoría de los casos, cosa que provoca escándalos y daños irreparables, tanto en los cónyuges como en los hijos.

161 CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. *Ob. cit.*, Pág. 573

Es de tomarse en consideración, por lo tanto, que si un cónyuge entabla la demanda de divorcio, sea por la causa que fuere, sólo demuestra que ya no existen lazos de afecto, ni respeto hacia su consorte, es pues absurdo pensar, que el demandado, ya sea culpable o declarado inocente, desee ingresar o reanudar una vida matrimonial que de hecho ya no existe, con quien lo incriminó; y que el actor admita a quien lo ofendió o abandonó.

Si en la sentencia que declare la injustificación de la causa, puede el Tribunal decretar el divorcio, tomando como causa automática, el hecho de que el actor no haya justificado la causa de su acción (artículo 268 del Código Civil), cosa que evitaría la situación estresante que causa la amenaza incierta de un nuevo juicio.

Además, no puede pensarse, que en estos casos, la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico, si existe la comprobación absoluta y evidente, de que el matrimonio se ha roto, bastando para ello, la declaración que hacen los consortes, pues el divorcio, como señala Planiol " Aunque un mal, es el remedio de otro mayor e injusticias increíbles. "¹⁶²

Por lo tanto, no debe el legislador, favorecer ni al matrimonio, ni al divorcio, ni resistirse al cambio poniendo toda clase de dificultades a éste último, para que sea molesto; sino que debe tomar consciencia de las exigencias de la sociedad actual, ya que las relaciones humanas en el núcleo familiar, se están visualizando de una manera más madura, más responsable y con más consciencia de lo que cada uno de los miembros requiere y proporciona, por lo consiguiente, la ley no debe conservar una postura severa e inadecuada, en desacuerdo con la sociedad actual, en la que ya no es

162 PLANIOL, MARCEL. Tomo I, Ob. cit., Pág. 11

posible aplicar las leyes de generaciones pasadas con experiencias y actitudes psicológicas, religiosas y sociales congeladas en el pasado legislativo.

Asimismo, por lo que toca la causal fundada en la separación de los consortes por más de dos años, consagrada en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, hace surgir una combinación no definida entre las causas de divorcio necesario y el mutuo

consentimiento; por ello resulta necesario para su exacta aplicación, elaborar una reglamentación acorde a este precepto, pudiendo elaborar medidas similares a las del divorcio por mutuo consentimiento, en el sentido de que en el momento procesal oportuno, es decir, antes de que se dicte sentencia, se exija a las partes, la presentación de un convenio que verse sobre la manera en que deberán ministrar los alimentos, entre ellos, como a sus hijos; lo relativo a la custodia de los hijos y al ejercicio de la patria potestad; el lugar y los derechos para visitar a sus hijos, y el reparto de bienes, es decir, la liquidación de la sociedad conyugal, si es el caso. Pudiendo utilizar las reglas ya establecidas acerca de estos puntos, pero relacionándolos de manera específica a la causal referida.

Estas apreciaciones están basadas, tomando en cuenta, que en las sentencias que decreten el divorcio fundado en esta causal, no existe la declaración de cónyuge culpable, por lo tanto no se pueden tomar las medidas inherentes al divorcio necesario, porque en éste se exige la culpa de uno y la inocencia del otro; y otro tampoco pueden tomarse, sin previa reglamentación legal, las medidas del divorcio por mutuo consentimiento; es por esto que con la presentación del convenio que se sugiere, se llenen algunas lagunas que la ley dejó cuando se estableció esta causal.

Por otro lado, el Estado, por mediación del Órgano Jurisdiccional, debería tomar la iniciativa, apoyando mediante un subsidio económico, los programas de investigación,

promoción y apoyo para proporcionar ayuda a familias con conflicto, relacionadas al divorcio, como el que está realizando entre otras la "Asociación Mexicana de Psicoterapia Psicoanalítica", cuyos objetivos son, entre otros, generar el conocimiento respecto a los efectos de la estructura familiar, debido a la disolución de la pareja que tienen en los hijos, sus reacciones típicas, sus mecanismos de superación, síntomas de desviación y estancamiento, elementos de crisis, intervención preventiva, aplicación oportuna de medidas, labor de divulgación entre padres de familia, educadores, maestros, pediatras, trabajadores sociales, psicólogos, psicoterapeutas, jueces de lo familiar, etcétera.

Tal proposición se hace porque si realmente estamos interesados en la estabilidad de la familia, en las tendencias de su desarrollo y en las formas en que pueda ser protegida o fomentada, debemos interesarnos por tanto, en los casos de quiebra efectiva del matrimonio más que en las sentencias de divorcio, en otras palabras; para fortalecer a la familia debemos poner más atención en los sentimientos de los involucrados en el núcleo familiar, porque el divorcio es en si una alternativa funcional, que la sociedad pone al servicio de la pareja, cuando su relación ha dejado de ser satisfactoria o ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido real, el mantener la unión externa.

Desde nuestro particular punto de vista, y para la realidad mexicana, si bien el divorcio es también un estabilizador, no precisamente de las relaciones conyugales, sino de las relaciones familiares en casos de conflicto, pues tiene la virtud, como instrumento jurídico, de señalar bases también de organización entre los divorciantes y entre los hijos, para cuando la convivencia ya no exista, para cuando a la ruptura interna corresponda una ruptura externa, proponemos una revisión minuciosa de esta institución, revisión que apunta en el sentido que se ha expuesto anteriormente pues, el divorcio en México, tal y como se encuentra reglamentado, es poco útil para la

relaciones familiares. Por otro lado son muchas las causales que la mayoría de ellas busca un culpable y, con ello, se propician conflictos aún mayores en las parejas que se divorcian, además del desgaste emotivo que significa tratar de probar tales causales así como el tiempo que esto lleva.

Por lo que sugerimos que se debe regular como una última salida al conflicto familiar que se ha hecho imposible hacer la vida en común, fundamentalmente por haberse roto la armonía física, espiritual, moral y económica de la pareja, por lo que proponemos se tomen en cuenta las siguientes causales:

Se considera como causales de divorcio:

1. El hecho de separarse sin una razón justificada por más de seis meses del domicilio conyugal.
En este caso la ley debe exigir que se demuestre la existencia de ese domicilio en donde ambos cónyuges tengan plena autonomía de mando y dirección.
2. Cuando se dejan de ministrar los alimentos correspondientes, por parte del deudor alimentario, una vez que se hayan dictado sentencia y ésta sea ejecutoriada, en cuanto no puedan hacerse efectivos en otro juicio.
- 3 Realizar actos u omisiones continuos y reiterados de un cónyuge para el otro, que denoten un profundo alejamiento; mutua desconsideración; falta de armonía para la vida matrimonial, desprecio ofensivo; enemistad u odio; acusaciones calumniosas; malos tratos; envilecerse, actitudes de desacreditarse, mofarse o ponerse en ridículo que sean de tal magnitud que hagan imposible continuar haciendo vida en común y tener un rompimiento total de relación conyugal.

Todas éstas consideraciones deberán ser tomadas en cuenta por el Juez de lo Familiar, cuando se solicite el divorcio y se den algunos de éstos supuestos, ya que las

desavenencias o diferencias conyugales aunadas a la incompatibilidad de caracteres por un permanente desagrado o rechazo e inconformidad mutua entre los cónyuges, debe ser motivo para el rompimiento del matrimonio, asimismo, si la vida en común de los cónyuges y el equilibrio de la familia son imposibles porque se hayan roto los lazos afectivos de la pareja, por tal motivo las anteriores proposiciones son razones para solicitar el divorcio necesario.

Lo anterior se propone por considerar que actualmente el Código Civil para el Distrito Federal es eminentemente sancionador en materia familiar, y la intención de esto es proteger más a la familia de acuerdo con la realidad actual, ya que consideramos que hasta ahora se escatiman los derechos que por naturaleza correspondan, aunada a la mala fe o ignorancia de algunos abogados litigantes de las partes que intervienen para dejar sin protección a los hijos, por lo que se comete fraude en esta materia en contra del cónyuge inocente, muchas veces por falta de pericia del propio abogado, o inclusive por falta de recursos económicos suficientes para comprar la justicia familiar, aunque no siempre se reconoce pero es una realidad. Por lo que pensamos que esta propuesta se puede sujetar de una mejor manera a los jueces para manejar con amplio criterio y siempre auxiliado por el consejo de familia o asesores matrimoniales que previamente podrán o deberán investigar en el ambiente familiar las causas originadoras de ese divorcio, por lo que deberán dar un informe profundo de dichas causas de las desavenencias o diferencias conyugales, sin el cual no se deberá dar trámite a ningún divorcio.

Por otro lado en las actuales condiciones de pobreza y violencia en las que viven millones de mexicanos, la familia se ha convertido en la institución más fuertemente golpeada por los problemas sociales que enfrenta el país, ya que en el horizonte de muchas familias están presentes; la incertidumbre, la preocupación y hasta la angustia

generada por la precaria situación económica, que se vive por lo que todos los sectores de la sociedad debemos preocuparnos por esta institución.

En la actualidad la familia sigue siendo el fundamento de la sociedad tal y como lo señala: " La Declaración Universal de los Derechos del Hombre" en su artículo 16-3, dice que la familia es el núcleo natural y esencial en el que se desarrolla el individuo.

Sin embargo, en la actualidad la familia se ve indefensa ante muchos otros casos de violencia en contra de ella, por lo que es necesario que en conjunto el gobierno por medio de los sectores de la sociedad y la Iglesia (ya que ésta, tiene gran influencia en la sociedad en favor de la integración del núcleo familiar), apliquen las políticas necesarias para fortalecerlas.

Con justa razón la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), hayan declarado a 1994 como el Año Internacional de la Familia, por lo que hay que destacar lo que esto significa.

Nos debe quedar claro a todos, que en éstos tiempos se requiere de un gran apoyo y participación para las familias, pues hay gran preocupación porque el salario es insuficiente y no alcanza a cubrir sus necesidades elementales, las ganancias de los negocios no aumentan, las deudas crecen, las carteras están vencidas y los pequeños comercios cierran, además de que los robos, asaltos y secuestros están a la orden del día, así como en materia de seguridad pública, hay mucho quehacer.

Por lo anterior la quiebra económica de muchos mexicanos repercute negativamente en la vida del hogar y necesariamente en el bienestar de la familia, situación que contribuye a su desintegración.

Ante la pobreza y la miseria, no tiene caso quedarse solo en lamentos y en críticas al sistema económico neoliberal y el cual debería cambiarse por una economía con mayor solidaridad hacia la familia. Tampoco debemos quedarnos a esperar pasivamente que el sistema cambie, por tal motivo se hace la proposición de promover los valores familiares para buscar mejores soluciones a los graves problemas como son: falta de fuentes de trabajo, vivienda, salud y educación respetando los derechos y las libertades fundamentales, por todos los medios de comunicación que sean posibles, ya que hoy en día dichos medios de comunicación masiva especialmente la radio, la televisión y revistas, entre otros, tratan sin pudor asuntos que perjudican la vida familiar, como son la pornografía, violencia en comedias y películas, etc.

Por tal motivo la autoridad debe tomar en cuenta lo anterior para que defiendan y promuevan los valores naturales y buscar soluciones adecuadas para la integración familiar.

Con el anterior análisis contenido en el presente trabajo que resulta breve y aunque quisiéramos abundar más, dada la amplitud del tema y la importancia que significa esta institución, en nuestra sociedad actual y dado que el propósito de este trabajo ha sido el de analizar, cuestionar, así como proponer nuevas tendencias con respecto a este tema de interés general, esperamos haber cumplido con los objetivos que nos propusimos al iniciar este interesante trabajo.

CONCLUSIONES

PRIMERA - A la familia se le debe de considerar como toda una Institución Social permanente y natural, ya que tiene la característica de ser universal, siendo para la sociedad un ejemplo de comunidad total, en las que se realizan todas las formas de convivencia, es decir, se participa de una herencia de valores, creencias, formas de conducta, sentimientos, costumbres e ideales. Por lo tanto la familia debe ser considerada como el grupo más importante dentro de la sociedad.

SEGUNDA - En cuanto a la ubicación del Derecho Familia, éste debe ser considerado como una rama autónoma tanto del Derecho Privado como del Derecho Público, atendiendo fundamentalmente la importancia de conservar e incrementar la unidad familiar. Por lo tanto comulgamos con la idea de que se elabore un Código Familiar, así mismo pugnamos por la autonomía del Derecho Familiar.

TERCERA - Podemos afirmar que la Institución del Matrimonio es un conjunto de reglas de derecho aplicable a una sociedad estable, entre un hombre y una mujer para dar a la familia una organización social y moral para procrear, educar y corregir a los hijos.

CUARTA - En el momento que se acepta el conjunto de reglas de derecho de la sociedad del matrimonio, los cónyuges llevan la idea de que la unión se perpetúe; pero por desgracia se presentan una serie de discrepancias, y la armonía conyugal que se desea no se logra plenamente, por lo que recurren a la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio.

QUINTA.- El divorcio debe ser considerado como la solución más adecuada cuando existen causas suficientes que hagan imposible la vida en común, siendo la principal, la falta de entendimiento y comprensión que rompe la armonía conyugal afectando en forma trascendental al núcleo familiar, trayendo como consecuencia la destructividad del individuo repercutiendo en el ámbito psicosocial.

SEXTA - El matrimonio considerado como contrato es el único que no puede en su cumplimiento ser exigido cohercitivamente, ya que el incumplimiento de las obligaciones y derechos que se derivan de éste, solo dan causa a la acción de divorcio, el cual produce dos efectos principalmente que son la ruptura del vínculo matrimonial existente y la facultad de contraer nuevo matrimonio.

SEPTIMA.- En todo juicio de divorcio necesario los cónyuges usan infinidad de argucias legales, que además traen como consecuencia la pérdida del honor, faltarse el respeto mutuamente poniendo en peligro la afectividad de los hijos amen del daño psicológico que se les ocasionan. Por lo que nos corresponde a los juristas evitar el absurdo de tales "argucias legales", unificando criterios para el establecimiento de causales de divorcio más acordes a la realidad, ya que una causa general es la incompatibilidad de caracteres en las parejas; cuando ya es imposible la vida en común con la finalidad de evitar la destructividad que se ocasionan los cónyuges con los conflictos que surgen de la lucha por inculparse mutuamente en juicios a veces muy prolongados, por tal motivo proponemos que las normas jurídicas que conforman al divorcio deben revisarse minuciosamente para ajustarlas a la realidad actual.

OCTAVA.- En relación a la causal de divorcio contenida en la fracción XVIII del artículo 267 de nuestro Código Civil vigente y que consiste en la separación de hecho de los cónyuges por un término de dos años, independientemente del motivo que haya originado dicha separación: a nuestro criterio surge un nuevo tipo de divorcio que

no se le puede encuadrar dentro de las clasificaciones ya existentes. es decir, no es divorcio sanción ya que no existe cónyuge culpable. pero tampoco es un divorcio remedio, porque no corre peligro la salud de ninguno de los cónyuges, lo que hace surgir una combinación no definida entre las causas de divorcio necesario y mutuo consentimiento, por lo que proponemos que para su exacta aplicación, se elabore una reglamentación, pudiéndose elaborar entre otras medidas las similares a las del divorcio voluntario en el sentido de que antes de que se dicte sentencia, se exija a las partes la presentación de un convenio que verse sobre la manera en que deberán ministrar los alimentos, la guarda y custodia de los hijos, ejercicio de la patria potestad, reparto de bienes, etc., lo anterior se sugiere con la finalidad de que se llenen algunas lagunas que la ley dejó al establecer esta causal que tanta polémica ha tenido desde su creación.

NOVENA.- Es necesario incluir en nuestra legislación disposiciones jurídicas tendientes para que las familias en proceso de divorcio se les proporcione asesoría psicoterapéutica como requisito indispensable, misma que deberá ser ordenada por el órgano jurisdiccional, cuyo objetivo principal debe consistir en que el grupo familiar logre un profundo análisis de los conflictos y así puedan tomar la decisión más adecuada plenamente consciente.

DECIMA.- Resulta claro que para que el matrimonio logre sus fines se requiere su estabilidad y permanencia indefinida, por lo tanto el ideal que se debe perseguir en materia familiar es tratar de mantener esa estabilidad y fortaleza, porque dentro de la realidad el divorcio resulta ser un mal necesario, por ello se debe tener mucho cuidado y se debe vigilar para que sólo se conceda en aquellos casos en que la convivencia conyugal sea imposible y por causas realmente graves e irreparables.

DECIMAPRIMERA.- Es preocupante la crisis familiar, por lo tanto, se tiene que buscar y encontrar soluciones acordes a esta conflictiva, por lo tanto las alternativas que se proponen son: educación moral y sexual, desde temprana edad; revalorización de los papeles que deben cumplir todos los integrantes de la familia dentro y fuera del hogar con un espíritu de igualdad y de justicia; auxilio institucional en todo tipo de servicios domésticos para los padres que trabajan, multiplicando albergues y guarderías, centros de salud y recreación, así como capacitación diversa, ayuda médica y psicológica ya sea preventiva o curativa en conflictos familiares; educación más intensa a través de los medios masivos de comunicación e institucional gubernamentales, con la única finalidad de mejorar la relación entre los familiares, ya que la familia debe persistir como núcleo formativo de la sociedad.

DECIMASEGUNDA.- En base al estudio estadístico realizado por el I.N.E.G.I., se puede observar que en los últimos años, las causales de divorcio registradas, mismas que ya fueron analizadas y estudiadas en el Capítulo Cuarto y Quinto de este trabajo, por lo que proponemos que, cuando se solicite el divorcio y se den algunos de los supuestos enunciados en alguna de esas causales ya sea por desavenencias o diferencias conyugales aunadas a la incompatibilidad de caracteres, por un permanente desagrado, o bien, por un rechazo e inconformidad mutua entre los cónyuges, esto debe ser motivo de terminación del matrimonio, como solución a esos problemas, esta propuesta se puede sujetar de tal manera que los jueces puedan manejar como amplio criterio y auxiliados siempre por el asesor o consejero matrimonial, que previamente podrá o deberá investigar en el ambiente familiar las causas que originan ese divorcio, por lo que deberá rendir un informe profundo de dichas causas, sin el cual no se deberá dar trámite a ningún divorcio.

BIBLIOGRAFIA

- ANDERSON, MICHAEL. "Sociología de la Familia", Colección del Tercer Trimestre Económico. Fondo de Cultura Económica, México 1971.
- BAQUEIRO ROJAS, EDGAR y BUENROSTRO BAEZ, ROSALIA, "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Harla, México 1990.
- BARROSO FIGUEROA, JOSE. "Autonomía del Derecho de Familia", Artículo en la Revista de la Facultad de Derecho, U.N.A.M., Tomo XVII, No. 68, oct.-dic. 1967.
- BECERRA BAUTISTA, JOSE. "El Proceso Civil en México", 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1974.
- BONNECASE, JULIA. "Elementos de Derecho Civil", Tomo I, Editorial Cájica, Puebla, Pue., 1945.
- BONNECASE, JULIAN, "La Filosofía del Código de Napoleón aplicado al Derecho de la Familia", Editorial José M. Cájica, México 1945.
- CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. "Derecho de Familia", 1ª Edición, Editorial Porrúa, México 1984
- CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho", Relaciones Jurídicas Familiares, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1990.
- CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho", Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, México 1990.
- CICU, ANTONIO. "La Filiación", Traducido por Faustino Jiménez Arnau y José Santa Cruz Teijeiro, Revista de Derecho Privado, Madrid 1930.
- COLIN, AMBROSIO Y CAPITANT, HENRY. "Curso elemental de Derecho Civil", Tomo I, Editorial Reus, Madrid 1952.
- DE IBARROLA, ANTONIO. "Derecho de Familia", 3ª Edición, Editorial Porrúa, México 1984.
- DE PINA, RAFAEL. "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Vol. I, Editorial Porrúa, México 1980.
- ENGELS, FEDERICO. "Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado", Ediciones Sampere y Compañía, Valencia, España.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. "Derecho Civil", 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 1980.

- GARCIA CANTERO, GABRIEL. "El Divorcio en los Estados Modernos", El Vínculo Matrimonial", citado por Chávez Ascencio Manuel, "Relaciones Jurídicas Matrimoniales", Editorial Porrúa, México 1990.
- GARCIA MAYNES, EDUARDO. "Introducción al estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1984.
- GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. "Derecho de Familia", Editorial Publicidad y Producciones Gama, S.A., México 1972.
- H. ALBA, CARLOS. "Estudio comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano", Editoriales Especiales del Instituto Indigenista Iberoamericano, México 1949.
- HUNT, MORTON Y BERENICE. "La Experiencia del Divorcio", Editorial Sudamericana, S.A., 1974.
- JOSSERRAN, LOUIS. "Derecho Civil", Traducido por Santiago Cunchillos y Manterola, 3ª Edición, Editorial Bosh, Buenos Aires.
- LECLERQ, JACQUES. "La Familia", 5ª Edición, Editorial Herder, Barcelona 1967.
- LOPEZ DEL CARRIL, J.J., "La Posesión del Derecho comparado frente al Informe de la O.N.U. sobre condiciones y efectos de la disolución y anulación del matrimonio y la separación legal", Lecciones y Ensayos, Núms. 40 y 41, Año 1969, Buenos Aires, Argentina.
- M. DE SANDOVAL, DOLORES. "El Mexicano: Psicodinámica de sus relaciones familiares", 3ª Edición, Editorial Villecaña, S.A.
- MARGADANT, GUILLERMO F. "Derecho Romano", 8ª Edición, Editorial Esfinge, S.A., México 1978.
- MAZEAUD, HENRY, LEON Y JEAN. "Lecciones de Derecho Civil". Primer Parte, Volumen IV, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires 1959.
- MONTERO DUHALT, SARA. "Derecho de Familia", 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 1990.
- ORTIZ URQUIDI, RAUL. "Oaxaca, cuna de la codificación Iberoamericana", Editorial Porrúa, S.A., México 1975.
- PALLARES, EDUARDO. "El Divorcio en México", Editorial Porrúa, México 1984.

- PEREZ DUARTE N, CFR. ALICIA ELENA., "Derecho de Familia", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie A, Fuentes b) Textos legislativos, No 65, U.N.A.M., 1990.
- PETIT, EUGENE. "Tratado elemental de Derecho Romano", 1ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1984.
- PETIT, EUGENE. "Tratado Elemental de Derecho Romano", Traducido por Manuel Rodríguez Carrasco, Editorial Araujo, Argentina, Rivadavia 1795, Buenos Aires.
- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo II, La Habana, 1946.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano", Tomo II, Derecho de Familia, 4ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1975.
- ROUSSEAU, JUAN JACOBO. "El Contrato Social", Colección Muestras Clásicas, No. 23, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- SUAREZ FRANCO, ROBERTO. "Derecho de Familia", Tomo I, del Régimen de las Personas, Editorial Temis, Bogotá 1971.
- THOMAS, CARYLE, "Historia de la Revolución Francesa", 1ª Edición, Editorial Joaquín Gil, Argentina 1946.

OBRAS CONSULTADAS

- ANUARIO ESTADISTICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, I.N.E.G.I., Dirección de Estadística, Demográficas y Sociales, 1993.
- CODIGO DE DERECHO CANONICO, Profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificada de Salamanca, 8ª Edición Bilingue, Editorial Católica, S.A., Madrid, 1988.
- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Editorial Labor, S.A., Barcelona, Madrid 1959.
- DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Eduardo Pallares, Editorial Porrúa, México 1960.
- DICCIONARIO ETIMOLOGICO BRUGUERA, Fernando Carripio Pérez, Editorial Bruguera, S.A., Barcelona 1973.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 4ª Edición, Editorial Porrúa, U.N.A.M., México 1991.

DICCIONARIO, MANUAL ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid 1958.

ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA, Francisco Siex, Editorial Barcelona.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, GEOGRAFIA E INFORMATICA, Anuario 1990, Vol. I, México 1990.