



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

46

Ze

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

LA INCITACION A LA VIOLENCIA HECHA POR UN
CONYUGE AL OTRO, PARA COMETER ALGUN
DELITO, COMO CAUSAL DE DIVORCIO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CORNELIO BENITEZ AGUIRRE



ACATLAN EDO. DE MEX.

AGOSTO DE 1995

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A MIS PADRES:

SIRIACO BENITEZ MORALES

Y

BRUNA AGUIRRE ALMENDARIS

**AL GRAN ARQUITECTO DEL UNIVERSO
POR LA LUZ QUE ME DISTE Y ME
SEGUIRAS DANDO PARA SEGUIR MI
CAMINO.**

**Y A TODOS MIS HERMANOS EN GENE-
RAL.**

A MI ASESOR:

**LIC. ALFREDO GONZALEZ HERNANDEZ
POR LA AMABLE ATENCION QUE TUVO
CONMIGO.**

INDICE

LA INCITACION A LA VIOLENCIA HECHA POR UN CONYUGE AL OTRO,
PARA COMETER ALGUN DELITO, COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO	1
1. En el Derecho Romano	1
1.1. En el Derecho Frances	5
1.2. En el Derecho Español	9
1.3. En el Derecho Mexicano	12

CAPITULO II

2. EL MATRIMONIO	29
2.1. Antecedentes	29
2.2. Concepto de matrimonio	38
2.3. Naturaleza Juridica del Matrimonio	40
2.4. Importancia del matrimonio en el Derecho Mexicano .	50

CAPITULO III

3. EL DIVORCIO	56
3.1. Concepto	56
3.2. Divorcio Voluntario	57
3.3. Divorcio Necesario	63
3.4. Clases de divorcio: Judicial y Administrativo	85

CAPITULO IV

4. LA SEPARACION DE LOS CONYUGES	87
4.1. Separación de hecho	87

4.2. Separación Legal	88
4.3. Efectos de la Separación	89
4.4. Con respecto a los cónyuges	92
4.5. Con respecto a los hijos	95
4.6. Con respecto a los bienes	105

CAPITULO V

5. ANALISIS E INTERPRETACION DE LA FRACCION IV DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL	109
5.1. Concepto de incitación	109
5.2. Formas de violencia	117
5.3. Definición de incontinencia	119
5.4. Delitos considerados de incontinencia carnal	119
5.5. Delitos que encuadran en la fracción IV	120
CONCLUSIONES	121
BIBLIOGRAFIA	125

INTRODUCCION

Con el fin de dar una mejor interpretación jurídica al lector, se ha analizado la fracción IV del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal desde sus diversos vínculos que pudieran hacer posible elementos constitutivos de una causal de divorcio.

Pues en los casos de incitación a la violencia - los delitos no se cometen unilateralmente por lo que se requiere de una investigación técnica jurídica científica que nos conduzca a la verdad del culpable. Pues como se desprende del artículo 209 del Código Penal, se requiere que alguien provoque a una segunda persona ya sea con violencia física o moral.

Con esto se pretende dar algunas explicaciones y hacer reflexionar de algunos hechos que la ley no los especifica a detalle ejemplo, cuando se señala como causal de divorcio enfermedades crónicas incurables, cabe señalar que hay muchas y que pueden dañar a su cónyuge. Por consiguiente las mismas circunstancias pueden suceder en relación con la incitación entre los cónyuges.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

1.1. En el Derecho Romano

1.2. En el Derecho Frances

1.3. En el Derecho Español

1.4. En el Derecho Mexicano

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1. EN EL DERECHO ROMANO

Como sabido es, que entre los romanos *Justae Nuptiae*, era la forma óptima de unión que originaba los derechos y obligaciones familiares, que en aquella época fueron reconocidos. Ya que estaba considerado el matrimonio como una unión duradera de carácter monogámico, cuya finalidad era la procreación y educación de los hijos vinculado con la ayuda mutua de los cónyuges.

Por otra parte, tenemos también que en el derecho romano el matrimonio se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges como causa natural; asimismo, se admitía el divorcio por voluntad de los interesados. La institucionalidad del divorcio en el derecho romano, fue admitida y reglamentada aún cuando no coincidían con las antiguas costumbres romanas que fueron muy estrictas.

Del origen latín "*DIVORTIUM*" nos da la idea de separación de algo que ha estado unido. EL *DIVORTIUM*, fue una institución jurídica que surgió al mismo tiempo que el dere-

cho intervino para organizar jurídicamente el matrimonio, constituyendo sobre la base de un nexo obligatorio entre el hombre y la mujer al decidir éstos, llevar vida en común.

La palabra divorcio, en el sentido común, contiene la idea de separación; en el orden jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado por la ley.

Así, pues, tenemos que divorcio es la disolución en vida del vínculo matrimonial de los cónyuges por una causa posterior a su celebración, dejando a los mismos en aptitud de contraer un nuevo matrimonio; ya que al desaparecer la afectividad, los cónyuges romanos consideraban que el matrimonio no debería continuar.(1)

Existieron en Roma dos tipos fundamentales de divorcio:

- a).- Bona Gratia y
- b).- Repudiación.

Bona Gratia.- en la actualidad se le conoce como - -

(1) Flores Barrueta Bejamin. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Ed. Porrúa, S.A. 1a. Ed. México, 1960, Pág. 382.

divorcio voluntario y los jurisconsultos romanos consideraron como fundamento de esta institución, el mutuo desenso. Este tipo de divorcio no requería de formalidades jurídicas, aún cuando debía cumplirse con algunas solemnidades de tipo religioso necesarias para otorgar validez al acto; sin embargo, surtía sus efectos por la sola realización del acto voluntario.

Repudiación.- consistía básicamente en la declaración unilateral por parte de alguno de los cónyuges a efecto de romper el vínculo matrimonial, la mujer podía intentarlo, siempre y cuando no se encontrara bajo la manus del marido y, posteriormente, ésta pudiera solicitar la disolución del vínculo. Al efecto, cabe señalar que el marido podía repudiar a su mujer por las siguientes causas:

a).- Que la mujer hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.

b).- Adulterio probado de la mujer.

c).- Que hubiese atentado contra la vida del marido.

d).- Que la mujer tuviese tratos con otros hombres sin voluntad del marido o que se hubiese bañado con ellos.

e).- El alejamiento de la casa marital sin el consentimiento del esposo.

f).- Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin permiso del marido.(2)

Por su parte, la mujer podía repudiar al marido a través de los siguientes motivos:

- a).- Por elevada traición oculta del marido.
- b).- Por cometer un atentado contra la vida de la mujer.
- c).- Intento de prostitución
- d).- Por falsas acusaciones de adulterio.
- e).- Que el marido tuviera a su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.

La Lex Julia de adulteris, exigía que el que intentara divorciarse por medio de la repudiación, debería notificar al cónyuge su voluntad ante siete testigos por medio de una acta, que se hacía entregar por un liberto o simplemente por medio de la palabra.

(2) Pallares Eduardo. El Divorcio en México, Ed. Porrúa, S.A. 2a. Ed. México, 1979. Págs. 12 y 13.

1.2. EN EL DERECHO FRANCES

Se considera que el divorcio apareció en Francia en los siglos XIII y XIV al parecer una reforma que se negó a reconocer el matrimonio como un sacramento. A partir de esa época los tribunales eclesiásticos con los únicos jueces en materia de matrimonio. Ya que los matrimonios en conflicto, sólo podían obtener de las autoridades la separación de cuerpos, - por causas especificadas en la ley. En el siglo XIX y sus cercanías los capitulares prohibieron enérgicamente el divorcio, esta prohibición se prolongó por todo el tiempo del Derecho Frances antiguo, dando como alternativas las siguientes formas:

1.- "Cuando la vida en común se hacía insoportable para los dos esposos, el derecho canónico les permitía la separación de cuerpos, y una vez separados los esposos estaban dispensados por decisión judicial de la obligación de cohabitar; pero el matrimonio subsistía entre ellos. Esta institución beneficiaba sobre todo a la mujer porque podía pedir la separación por toda clase de causas, ya que por el contrario, el marido sólo podía pedirla por adulterio de su mujer. La separación no se podía llevarse a cabo por mutuo acuerdo".

2.- "La abundancia de causas por nulidad, que admitía el derecho eclesiástico suplía en ciertos aspectos la prohibi-

bición del divorcio. Sin embargo, el paliativo era evidentemente incompleto. Porque en un principio las causas de nulidad se refieren a hechos concernientes al matrimonio. Los únicos hechos anteriores que daban lugar a una acción de nulidad era la falta de consumación del matrimonio o el abandono del esposo cristiano por su cónyuge, que se hubiere despojado con una infiel. Y los demás agravios que pudieran hacer insoportable la vida en común no tenían categoría de nulidad. Por consiguiente, los esposos separados no tenían más recursos que simular la existencia de una causa de nulidad como la falta de consumación o ausencia de libertad en el momento de celebrarse la unión.(3)

El Código de Napoleón. Los legisladores franceses reglamentaron en forma más estricta el divorcio, es decir, que el cónyuge que solicite la disolución del vínculo matrimonial, debe comprobar que existe una causa muy grave para hacerlo. Este Código admite el divorcio voluntario pero en forma más estricta o sea, reiterando la solicitud cada trimestre y recabando el consentimiento de sus padres para poder llegar a un acuerdo sobre la aplicación de la mitad de la fortuna de cada esposo, que se pedía por ellos para la educación y patrimonio de sus menores hijos. Este ordenamiento legal persiste en la separación de cuerpos para los cón-

(3) Colín Amrosio y Capitán H. Curso Elemental de Derecho Civil. 2a. Ed. T. I. Instituto Editorial Ruiz. Madrid - España. 1941. Pág. 419.

yuges que no pueden seguir viviendo juntos, pero conservando éstos la esperanza de convertirla en solicitud de la disolución del vínculo matrimonial.

"La Ley Naquet del 27 de julio de 1884, no admite el divorcio por mutuo consentimiento ni por incompatibilidad de caracteres, adopta la concepción del divorcio sanción, -- considerando que el divorcio es una pena para el cónyuge culpable, según señala la Mazeaud."(4)

El derecho francés antiguo es de gran importancia ya que al señalar la evolución del matrimonio en el antiguo derecho francés, en virtud de que posteriormente el Código Napoleónico va a servir de inspiración a los Códigos Europeos.

El derecho canónico no admitió el divorcio. Sin embargo, hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aún por adulterio, podía disolverse

(4) León Mazeaud Henri y Mazeaud Jean. Lecciones de Derecho Civil, 1a. Ed. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Bs. As. Arg. 1959. Pág. 381.

el matrimonio. En los primeros siglos, incluso algunos padres de la iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo VIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible. Fue ganando terreno la idea de que ni aún por adulterio era posible el divorcio, y el derecho Francés antiguo evolucionó. En realidad, no fue sino hasta el siglo XIII como ya quedó debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse, ni aún por adulterio.

"Fue hasta la revolución francesa como las ideas católicas respecto a la indisolubilidad del matrimonio, perdieron su valor. Siendo la Ley Francesa de 1792 que se distingue por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, además, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, un hecho inmoral o un delito, como la locura y la ausencia. También la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio.(5)

(5) Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. I. Derecho de Familia, Quinta Edición. Ed. Antigua Librería Robredo. S.A. México, 1980. págs. 417 y 418.

1.3. EN EL DERECHO ESPAÑOL

En la legislación española antigua encontramos el Fuero Juzgo, la Ley II que permite el divorcio por adulterio de la mujer, mediante autorización del obispo y en la ley III autoriza al cristiano o cristiana, para separarse de la mujer o del marido, con quien estaba casado antes, por otra Ley no cristiana.

El matrimonio no consumado según el derecho canónico, puede ser en dos casos: por solemne en una orden religiosa reconocida por la Iglesia y por dispensa pontificia.

El derecho canónico, acepta en ciertos casos, la supresión de la comunidad conyugal (separación de cuerpos). La separación puede ser perpetua o temporal. La primera sólo tiene lugar en caso de adulterio. La separación de cuerpos, siempre ha de ser decretada por autoridad eclesiástica competente y nunca por simple voluntad de los cónyuges.

"La reforma protestante del siglo (XVI) admitía el divorcio, fundándose originalmente en el texto de San Mateo: sólo en el caso de adulterio". Después el protestantismo agre-

gó el abandono y la simple declaración unilateral de voluntad. Originalmente no se requería la intervención de autoridad alguna que pronunciara el divorcio. Más tarde se reconoció la necesidad de hacer intervenir a la autoridad eclesiástica.(6)

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

Las leyes españolas casi no se encargaron de regular el divorcio sino que todo lo relacionado con el matrimonio y el divorcio pertenecía a la jurisdicción eclesiástica, y la iglesia mediante decretales, resoluciones de concilios y el Código Canónico, era lo que regulaba esas materias.

(6) Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil, Primer Cruso, Parte General. Personas. Séptima Ed. Corregida y aumentada y puesta al día. Ed. Porrúa, S.A. México, 1985. Pág. 579.

No obstante, hay algunas disposiciones en la legislación civil que tratan del divorcio. Vamos a referirnos a -- las más importantes de las leyes españolas que precedieron a la nuestra y en parte, estuvieron vigentes en México.

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 dos testigos.

2.- Si no son personas de alcurnia social, el Juez, debía separarlos inmediatamente y ponerlos a 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 hicere con ellos lo que fuera su voluntad.

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

4.- Si la mujer abandonaba injustamente y le hubiera dado a su esposo algún bien, aunque fuera por escrito, tal donación no valdría y todo tendría que tornar a ella.

"Esta ley demuestra que el divorcio en aquel entonces no era indisoluble y hasta el Concilio de Trento para entrar en él, con el carácter de imperativa, la indisolubilidad."(7)

1.4. EN MEXICO

Podemos decir que en el derecho precolonial, poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaron el actual territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones y estaban unidos entre sí por estrechas ligas étnicas y sociales que fueron causa de afinidades numerosas.

Entre ellos se ejerció una hegemonía severa en el pueblo de los aztecas, asentados en la parte central de nuestro actual territorio, y que fueron los que sufrieron en forma más directa el impacto de la conquista.

(7) Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Ed. Porrúa, S.A. México, 1984. Págs. 15 a 17.

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, ya porque hubiera causas que ameritaran la disolución.

El divorcio requería para su validez y para que produjera el rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara y que el que pidiera la autorización se separara efectivamente de su cónyuge.

Las causas de divorcio eran variadas. El marido podía exigir el divorcio en caso de que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

La mujer, a su vez, tenía las siguientes causas: que el marido no pudiera mantener a ella o a los hijos, o que la maltratara físicamente.

Realizada la separación, los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre.

El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos.

El divorcio no era frecuente ni bien visto entre los aztecas. Los jueces se resistían a otorgar el divorcio cuando se presentaba uno de los cónyuges a solicitarlo, y solamente después de reiteradas gestiones autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera.

Cuando la petición era hecha por los dos, los jueces trataban de reconciliarlos, invitándolos a vivir en paz, y si no aceptaban, los despachaban rudamente, dándoles sutá-cita autorización. La misma, solamente podía otorgarse ante las causales mencionadas con anterioridad.

Para la época era la causal de incompatibilidad de caracteres.

5.- DERECHO COLONIAL

En la rama que nos ocupa y en toda la materia de derecho privado, rigió la legislación española, que como he-

mos señalado en la parte de derecho comparado, no conoció el divorcio vincular en el pasado. Es hasta la reciente ley de julio de 1981, una excepción de un brevisimo periodo durante la República (1932 a 1939) que España ha establecido esta forma de divorcio.

En México Colonial en materia de divorcio rigió el derecho canónico, mismo que importaba en España Peninsular. El único divorcio admitido por esta legislación -ya se ha dejado apuntado- es el llamado divorcio separación que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.

6.- MEXICO INDEPENDIENTE

Tenemos entendido que el divorcio vincular aparece por primera vez en nuestra legislación en la ley expedida por Venustiano Carranza en la ciudad de Veracruz el 29 de diciembre de 1914, que reformó la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal, decretadas el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos: "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo

ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges -- cuando el matrimonio tenga más de 3 años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal". "Disuelto el matrimonio, -- los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".(8)

Al expedirse esta ley que abolió el divorcio por separación de cuerpos, única forma permitida por los Códigos Civiles de 1870 a 1884, y que dejaba subsistentes todas las demás obligaciones inherentes al matrimonio (fidelidad, ministración de alimentos e imposibilidad de celebrar nuevas nupcias) se tomó en consideración que lo que hasta entonces se había llamado divorcio, o sea, la simple separación de los consortes, sin disolver el vínculo, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo creaba una situación irregular, peor que la que trataba de remediarse, al fomentarse la discordia entre las familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e -

(8) Gil de Lester Clementina. El Divorcio: Analisis de Alnas Causales. Dinámica del derecho. No.15. Ed. Procuraduría General de la República. México, 1976. Pág.83.

hijos y extendiendo la demoralización en la sociedad. Claramente se puso de manifiesto en la exposición de motivos de la citada ley que la simple separación de los consortes creaba, además, una situación anómala de curación indefinida, contraria a la naturaleza y el derecho que tiene todo ser humano, de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades por cuanto condenaba a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida.

"Si por objetos esenciales del matrimonio debían -- considerarse la perpetuación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los cónyuges para soportar las cargas de la vida, al no alcanzarse por desgracia los fines para los cuales fue contraído el matrimonio, la ley debía -- justamente acudir a remediar tal situación, revelando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia, en un estado totalmente irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas. Admitiendo el principio establecido en la Ley de Matrimonio Civil expedida por Benito Juárez, el 23 de julio de 1859, de que el matrimonio es un contrato civil, formado por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, resultaba absurdo que debiera subsistir cuando esa voluntad faltaba por completo, o cuando exis-

tían causas que hicieran definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias."(9)

Además se mencionó en la exposición de motivos de la ley que comentamos la circunstancia bien conocida de que el matrimonio entre las clases desheredadas era excepcional, realizándose la mayor parte de las uniones de ambos sexos -- por amasiatos, que casi nunca llegaban a legalizarse, ya -- fuera por la pobreza de los interesados o por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables y en -- esas condiciones era evidente que la institución del divorcio vincular era el medio más directo y poderoso, para reducir al mínimo el número de uniones ilegítimas entre las clases populares, disminuyendo como consecuencia forzosa, el -- número de hijos cuya condición estaba fuera de la ley; que, -- además, era un hecho fuera de toda duda que en las clases -- medias de México la mujer, debido a las condiciones especiales de educación y costumbres de esas clases, estaba incapacitada para la lucha económica por la vida, en donde resultaba que la mujer cuyo matrimonio llegaba a ser un fracaso, se convertía en una víctima del marido bajo una condición --

(9) Op. cit. Pág. 84.

de esclavitud de la cual le era imposible salir, si la ley no la emancipaba, desvincundola del marido; se tomó en consideración asimismo, que en la clase media la separación era casi siempre provocada por culpa del marido y era de ordinario la mujer quien la necesitaba, sin que hubiese llegado a conseguir hasta entonces apartar temporalmente a la mujer -- del marido, pero sin remediaren nada sus condiciones económicas y sociales por lo que sin duda, el divorcio vincular tendría levantar a la mujer y darle posibilidades de emanciparse de la condición de esclavitud que entonces tenía y por lo que se refería a las clases cultas y elevadas la institución del divorcio no encontraría obstáculo serio, puesto que las enseñanzas de otros países en donde se encuentra establecido, las tenía acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como algo completamente natural.

También se tomó en cuenta la experiencia de países tal cultos como Inglaterra, Francia y Estados Unidos que demostraba ya, hasta la evidencia que el divorcio vincular era poderoso factor de moralidad, porque, facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, se evitaba la multiplicidad de los concubinatos y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente se ejercía en las costumbres públicas, daba mayor estabilidad a los efectos y relaciones con-

yugales; aseguraba la felicidad de mayor número de familias y no tenía el inconveniente grave de obligar a los que por error o ligereza, fueran al matrimonio, a pagar su falta -- con la esclavitud de toda la vida y claramente se estableció en la exposición de motivo, que si bien la aceptación del divorcio que si devuelve el vínculo era el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debía tomarse en cuenta que sólo se trataba de un caso de excepción y no de un estado que fuera la condición general de los hombres en la sociedad, por lo cual era preciso reducirlo sólo a -- los casos en que la mala condición de los consortes era ya irreparable con otra forma que no fuera su absoluta separación.

El 29 de enero de 1915 y 16 de junio de 1916, el mismo Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Jefe de la Revolución y Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, Venustiano Carranza, expidió sendos decretos que modificaron el Código Civil vigente en el Distrito Federal y Territorios, que pudieran hacer efectivas la ley expedida que -- estableció el divorcio vincular y que se refieren fundamentalmente, por una parte a las causas que habrían de aceptarse según el criterio de la ley como motivos de divorcio y,

por la otra, a las diversas consecuencias que éste tenía -- que producir forzosamente al romperse el vínculo y que no -- se producían cuando sólo autorizaba la separación de los -- consortes. En esas condiciones las causas que, con motivo -- de la separación de los consortes enumeraba el Código Civil, se aceptaron en su generalidad como determinantes de divorcio vincular, porque si ellas presentaban fundamento bastante para autorizar una separación por toda la vida de los consortes, fue porque se les consideró como seguro indicante de que la vida en común era ya imposible.

Por otra parte, el decreto señalado en segundo lugar modificó el procedimiento para el divorcio por mutuo acuerdo, en el que se consideró que era suficiente una junta de avenencia, en lugar de tres como se establecía anteriormente, porque se expresó que no era "lógicamente admisible que unas cuantas conferencias tenidas ante un Juez y las palabras y autoridad de éste, tengan un poder contradictorio mayor que el resultante de las causas bien graves, -- mediatadas y discutidas, que ha llevado a los peticionarios a la presencia judicial ... El objeto lógico y práctico de la intervención del juez, debe ser exclusivamente el de cerciorarse de la libertad de los solicitantes para preten

der el divorcio, y si se quiere, el de hacer un prudente -
esfuerzo para la reconciliación de ellos. En tal virtud se
consideró suficiente una junta, en la cual, después de lle-
nados estos últimos requisitos por parte del Juez, los inte-
resados debían ratificar su solicitud o desistirse de ella.
También se estableció que la junta debía celebrarse dentro
de los diez días siguientes de presentada la solicitud.

Resumiendo, es a partir de la Ley expedida el 29
de diciembre de 1914 cuando se estableció por primera vez -
en México, tanto el divorcio vincular por mutuo consenti- -
miento, como el divorcio vincular necesario, señalando úni-
camente dos causas:

a).- Cuando ya no se pudiera o fuera indebido -
realizar los fines del matrimonio y

b).- Cuando se cometiesen faltas graves por uno
de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia --
conyugal.

Esta ley es el antecedente inmediato de la Ley -
de Relaciones Familiares de 1917, también expedida por Ve-

ustiano Carranza, en donde a su vez vuelve a admitirse el divorcio vincular voluntario o por mutuo acuerdo y el necesario, pero ya no por estas dos causas señaladas por la Ley de 1914, sino fundamentalmente por todas las señaladas por el código Civil de 1884 para el divorcio necesario y que implicaban: delito, hechos inmorales, incumplimiento de obligaciones conyugales, actos contrarios al estado matrimonial, enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias y ciertos vicios incorregibles como la embriaguez consuetudinaria y el juego.

El Código Civil vigente siguiendo a la Ley de Relaciones Familiares regula también el divorcio vincular, tanto voluntario como necesario, reproduciendo fundamentalmente las causas de esta Ley, perdurando como una opción que se origina en el texto mismo del artículo 227, la separación de cuerpos tratándose de las causales de divorcio señaladas en las fracciones VI y VII del Artículo 267, ya que el cónyuge sano puede optar entre el divorcio vincular o la simple separación de cuerpos. Aún cuando la expedición de la Ley de Relaciones Familiares no fue ampliamente debatida ante la opinión pública en su tiempo, suscitó algunos comentarios en contrados, pues hubo quienes la consideraron nociva y quie--

nes exaltaron la bondad de sus disposiciones. Así, el maestro Eduardo Pallares escribió un comentario, poco después de su publicación, en los siguientes términos: "La nueva Ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria y destructora del núcleo familiar.

Sacude al edificio social en sus cimientos y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Es, al mismo tiempo, obra de sinceridad y de valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable. Sólo son comparables a esta Ley, por su importancia política y social, los artículos 3o., 123 y 130 de la Flamante Constitución; pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos, conferencias y críticas de todo género, la ley sobre relaciones familiares ha pasado -- inadvertida, se ha deslizado suavemente; algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que lleva un -- virus destructor de primer orden".(10)

(10) Op. cit. Pág. 89.

Ricardo Couto escribió: "Puesta la discusión en sus verdaderos términos, no pude menos de sostenerse que si la separación es una necesidad de todo matrimonio en -- que si la separación es una necesidad de todo matrimonio -- en que la vida se ha hecho imposible, preferible es por -- mil conceptos que se haga radicalmente, como lo hace el -- divorcio; no caben términos medios en el asunto: o hay matrimonio o no lo hay y si la vida común que es la base del matrimonio se ha roto, es absurdo sostener que haya matrimonio; pretender que éste subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción; en efecto, ¿qué queda del matrimonio, una vez rota la comunidad de -- existencia? ¿puede uno llamar matrimonio a ese estado de -- cosas en que el hombre y la mujer viven, cada quien por su lado, comprometidos quizás en ilegítimas uniones? ¿Puede -- suponerse vivo, valiéndose de una ficción jurídica, lo que ha dejado de existir? ¿y cuáles son los beneficios que -- acarrea esta ficción?. Impedidos los esposos separados de -- contraer un nuevo matrimonio, no les quedan más que dos -- caminos: o condenarse a un celibato forzado o buscar la -- satisfacción de sus pasiones en uniones reprobadas por la sociedad; lo primero es contrario a la naturaleza; lo se-- gundo es contrario a la moral; ahora bien, un sistema de le

gislación que no se compecede con los principios naturales y morales, no podría menos que producir funestas consecuencias para el individuo y para la sociedad. (11)

Mucho se habla de que el divorcio es contrario a la dignidad del matrimonio: nosotros preguntamos ¿no es más indigno para el matrimonio y más contrario al respeto que se merece esta institución el pretender que se mantenga por la fuerza? ¿no es una tiranía, una violencia incompatible con la dignidad humana el querer que dos individuos sigan llamándose esposos y teniéndose las consideraciones de tales cuando han mediado entre ellos ofensas gravísimas contra la persona o contra el honor? De todo lo dicho se infiere que el divorcio, sin dejar de tener los mismos inconvenientes que la simple separación de cuerpos, presenta innumerables ventajas que ésta no tiene; desde luego es más conforme con los principios y encerrando dentro de justos límites porque, con todos los autores que han escrito sobre la materia, reconocemos que el ideal que debe perseguirse en el matrimonio es la perpetuidad del vínculo; en consecuencia, sólo que la vida conyugal se ha-

(11) Op. cit. Pág. 90.

ga imposible entre los esposos, sólo que las condiciones que dieron lugar a la formación del matrimonio hayan dejado de existir, debe admitirse el divorcio.

CAPITULO II

2. EL MATRIMONIO

2.1. Antecedentes

2.2. Concepto de matrimonio

2.3. Naturaleza jurídica del matrimonio.

2.4. Importancia del matrimonio en el derecho mexicano.

CAPITULO II 2. EL MATRIMONIO

2.1. ANTECEDENTES

Cuando hablamos del matrimonio tenemos que hablar también de la familia, que es un conjunto de personas en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación -- (legítima o natural), y en casos excepcionales la adopción -- (filiación civil).

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 socio-económico de los pueblos cazadores y agrícolas, y que surgió antes de la formación de cualquier idea de estado de derecho, esto ha sufrido una incesante evolución 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 tran-

sitorias entre los progenitores, adquirido en su desarrollo.

Evolución de la familia, el origen de la familia -- es sin disputa, anterior el derecho y al hombre mismo. Los -- sociólogos han encontrado que entre los antropoides se produce una unión más o menos entre macho y embra, a partir de la unión sexual.912)

LA TEORIA TRADICIONAL SOBRE LA EVOLUCION DEL MATRIMONIO.

Esta teoría distingue diversas etapas, no coincidentes en el tiempo en todos los lugares, pero que estuvieron presentes en muchas culturas. Como son las siguientes: la primitiva promiscuidad sexual, el matrimonio por grupos que asume, a su vez, variantes: el matrimonio por rapto, el matrimonio por compra, el matrimonio consensual y el matrimonio civil.

Por lo que respecta a la primitiva promiscuidad, -

(12) Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso, -- Parte General. Personas. Familia, Septima Edición, corregida y puesta al día. Ed. Porrúa, S.A. México, 1985. Pág. 428.

podemos decir que este tipo de comportamiento sexual se supone que corresponde a la etapa del salvajismo anterior a toda cultura. Ya que en un principio el ser humano se comportó y se dejó llevar por sus instintos primarios: la búsqueda del alimento para la sobrevivencia y el instinto reproductor para la continuidad de la especie. Sin ninguna traba de carácter moral, social ni religiosa (todos estos, culturales), el humano cumplía con las exigencias de la naturaleza sin más trabas que las impuestas por la misma. La lucha feroz del hombre por sobrevivir en situación de desventaja con otras especies animales mucho más fuertes, hizo desarrollar forzosamente su astucia, y con ello su intelecto.

Moderadamente a partir del siglo XIX empezó a ponerse en entredicho la teoría de la primitiva promiscuidad, aduciendo que en ningún lugar del planeta, por primitiva que sea su cultura, se encuentran vestigios de un indiscriminado comercio sexual y se aduce también que los propios primates, tienen ciertos principios selectivos y permanentes entre las parejas reproductoras.

MATRIMONIO POR GRUPOS

Con independencia de si existió o no una primitiva

anarquía sexual, lo cierto es que la primer alimitación que se encuentra a la libertad absoluta al respecto, es la que surgió en el matrimonio por grupos, llamado también cenogamia. Consiste la misma en la relación sexual establecida entre un grupo de hombres con un determinado grupo de mujeres en el cual todos son cónyuges en común. La relación sexual se entabla únicamente entre los miembros del grupo matrimonial, como una primitiva regulación de los derechos y deberes en razón de la convivencia grupal.

MATRIMONIO POR RAPTO

Esta fue una de las formas más usuales de realizar el matrimonio en diversos pueblos del globo terraqueo, y de ello quedan numerosos vestigios, incluso en obras de arte se reproducen famosos raptos colectivos, como el de las sabinas del que cuenta la leyenda histórica.

Entre los principales factores que originaron el matrimonio por rapto pueden citarse la exogamia que prohibía el matrimonio entre los miembros de una misma tribu, la escasez de mujeres derivaba de la salvaje costumbre generalizada en algunos pueblos de sacrificar mujeres porque no -

eran elementos deseables como proveedoras de satisfactores, --
asimismo, en la guerra las mujeres eran parte del botín de --
los vencedores. Esto originaba que se diera el matrimonio por
captura es ya un primer paso así a la monarquía. El raptor se
casaba únicamente, con la raptada y la consideraba objeto de
su propiedad, puesto que fue su botín, y como tal, le exige --
fidelidad y obediencia plena, castigándose terriblemente sus
faltas al respecto; no sucede lo mismo con el hombre, quien --
es libre por ser el conquistador y puede ser impunemente in--
fiel.

MATRIMONIO POR COMPRA

Una vez sojuzgado totalmente la condición de la --
mujer y establecida la prepotencia del varón en su calidad de
padre o de cónyuge, ya no es necesario acudir a la violencia.
Las mujeres son objeto de propiedad, y por ello, están en el
comercio.

Otro segundo factor que contribuyó a la supremacía
masculina fue la división del trabajo y su valoración económi

ca, porque en esta división del trabajo, la mujer fue productor de servicios y el hombre fue productor de bienes; sin embargo, cuando abundaron los bienes, éstos fueron objeto de intercambio con un valor económico, mientras que los servicios domésticos no eran susceptibles en aquel entonces, de intercambio y, por ello, no tuvieron un valor económico.

De aquí partimos que el varón es estimado dentro del seno familiar, por constituir un elemento productivo, y a la mujer se le desdeña y se vende como un objeto; de esta manera el padre recupera parte de los gastos que le ha ocasionado la crianza y la manutención. La mujer pasa del dueño padre al dueño esposo, éste la ha comprado, es su propiedad y puede ejercer sobre ella actos de dominio.

Fueron los hebreos, griegos y romanos los que consolidaron y transmitieron a otros pueblos el matrimonio por compra. El precio de la novia se entregaba al padre o al ascendiente más cercano.

El matrimonio por compra, asumió otras formas tales como el matrimonio por servicio o intercambio. En el primero de ellos, el novio, en vez de una paga por la novia en dinero o en especie, realiza conductas de hacer, paga con servicios propios al padre o a la familia de la mujer.

El matrimonio por compra, en el transcurso de los siglos fue suavizándose y adquiriendo formas variadas menos denigrantes para la esposa.

MATRIMONIO CONSENSUAL

Consiste en la unión matrimonial de un hombre y de una mujer derivada, únicamente de su libre consentimiento. Largo camino se tuvo que recorrer para llegar a esta forma, única, libre y digna en que dos seres, por su propia voluntad deciden llevar vida en común, sancionada por la sociedad a través del derecho. Es tan reciente este matrimonio que apenas en 1962 surgió un Tratado Internacional mediante el cual las naciones firmantes se comprometen a que el matrimonio será únicamente producto del consentimiento de los consortes.

México el 19 de abril de 1983 ratificó ese tratado. Aunque nuestra tradición jurídica desde siempre ha admitido solamente este tipo de matrimonio.

El matrimonio consensual de hecho presenta diferentes matices en razón del transcurso de cierto tiempo, de la procreación, del registro del mismo o de expresar el consentimiento simplemente ante testigos, etc. como podemos poner como ejemplo de matrimonio consensual de acuerdo a la secuencia histórica matrimonial romano, canónico y civil.

MATRIMONIO CIVIL MODERNO

Tanto el matrimonio civil como el canónico se celebran con festividades sociales a los contrayentes, sus familiares y círculos de amigos conceden normalmente importancia. Todas las costumbres en las ceremonias sociales tienen su origen en formas de la vida del pasado, algunas oscuras y olvidadas, otras todavía presentes en la memoria de la humanidad, pero que se continúan simplemente por

tradición, porque los humanos aman y se apegan a sus tradiciones, aunque algunas, ya no tengan ningún sentido y aún vayan en contra del sentir personal de los que las llevan al cabo.

Todo lo anterior explica que la ceremonia de contraer matrimonio es normalmente un acto solemne, con solemnidad social o religiosa, no necesariamente como acto jurídico solemne.

El matrimonio es un acto jurídico solemne, la ley exige ciertas particularidades, llamadas solemnidades, como requisito de existencia del mismo. No todas las legislaciones exigen las solemnidades, sino que basta el consentimiento de los contrayentes, mediante ciertas formas que, si no se cumplen, el matrimonio de todas maneras subsiste.

Nuestro derecho positivo, considera al matrimonio un acto solemne. Consiste la solemnidad en que, forzosamente, tiene que realizarse frente al Juez del Registro Civil, en el que éste preguntará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y ante la respuesta afir-

mativa de ambos declarar en nombre de la ley y la sociedad que los contrayentes han quedado unidos en legítimo matrimonio. Actos seguidos se levantará el acta y será firmada por los consortes y el Juez. (13)

2.2. CONCEPTO DEL MATRIMONIO

Matrimonio es la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculos indisolubles, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte; Ley I, Título 2, Partida 4. (14)

Otro concepto nos dice que matrimonio es, la forma legal de constituirse la familia, a través del vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas, una comunidad de vida total y permanente.

Así, tenemos, que matrimonio civil es el contraído con sujeción a las normas establecidas por la legislación civil relativa. Artículo 146 del Código Civil.

(13) Diccionario Razonado. De Legislación y Jurisprudencia por Joaquín Escriche, Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid. Nueva Ed. Tomo II. Cárdenas Editor y distribuidor, Madrid. 1873. Pág. 1204.

(14) Sara Montero. Op. Cit. Págs. 95 y 96.

Por otra parte, tenemos que el artículo 130 de nuestra Carta Magna dispone que el matrimonio es un -- contrato civil y que éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, teniendo la -- fuerza y validez que las mismas les atribuyen.

El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista 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 distinto 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.(15)

(15)De Pina Rafael y/o. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, S.A. México, 1991. Págs. 366-367.

Podemos apuntar también, que la palabra matrimonio deriva de la voz latina matrimonium, que significa "carga de la madre". A su vez la palabra "patrimonio" expresa carga del padre (patris numium). El significado de ambas palabras es -- ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. El padre que debe proveer el sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar. Las legislaciones del pasado, señalaban entre sus deberes derivados del matrimonio, esa distribución de funciones.

2.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Podemos considerar que dentro de las estructuras que sustentan la sociedad en que vivimos, la familia se forma legalmente a través de la institución del matrimonio definida por los sociólogos : "una relación estable de cohabitación -- sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer , la cual -- es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que puede surgir".(16)

(16) Comentario al artículo 143 del Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Gabriel Leyva. Porrúa, S.A. México, - 1989. Pág. 41.

Así, pues, tenemos, que el matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista, o sea:

- a).- Como Institución.
- b).- Como Acto Jurídico Condición
- c).- Como Acto Jurídico Mixto.
- d).- Como Contrato Ordinario
- e).- Como Contrato de Adhesión.
- f).- Como Estado Jurídico.
- g).- Como Acto de Poder Estatal y
- h).- Como Sacramento, Refiriéndonos al Derecho -
Canónico.

El matrimonio como Institución, significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica, o sea, un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Pues como señala Ihering, que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propio dentro el sistema total que constituye el derecho positivo. Por su parte, Kelsen formula una jerarquía y un principio de creación en el derecho, según el cual la norma superior rige a la creación en el derecho, según el cual la norma superior

rige a la creación de la norma inferior.

Partiendo del principio de Ihering, la institución jurídica debe quedar integrada por un conjunto de normas que persiguen la misma finalidad. Por lo 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 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.(17)

El matrimonio como acto jurídico condición, -- León Duguit, lo define como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de indivi-

(17) Rojina Villegas. Op. cit. Pág. 210.

duos, para crear instituciones jurídicas concretas que - - -
constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan
por la realización de las mismas, sino que permiten su reno-
vación continua. En el derecho público los actos condición --
permiten aplicar diferentes estatutos del derecho administra-
tivo a los distintos funcionarios, por el sólo hecho de la --
aceptación y protesta de su cargo. El derecho privado tenemos
también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tute-
la. Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de_
un estatuto que vendrá a regir, la vida de los consortes en -
forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su tota-
lidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico_
que permite la realización constante de consecuencias múlti-
ples y la creación de situaciones jurídicas permanentes. De -
acuerdo con lo expuesto podemos encontrar en la definición --
del matrimonio, todos los elementos que caracterizan el acto_
condición, ya que implica una manifestación plurilateral de -
voluntades (la de los contrayentes unida a la declaración que
hace el Juez del Registro Civil), que tiene por objeto crear_
un estado de vida entre los cónyuges para originar derechos y
obligaciones recíprocas, así como relaciones permanentes que_
no se agotan por el cumplimiento de las mismas, sino que se -
siguen renovando de manera indefinida.

En esta concepción se logra conjugar a la vez el aspecto de matrimonio como acto jurídico y su carácter de institución, supuesto que no basta para su debida caracterización tomar en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que surge mediante la organización permanente que establece el sistema normativo.

El matrimonio como acto jurídico mixto, los actos mixtos se distinguen por la concurrencia tanto de particulares, como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Juez del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir, que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

El matrimonio como contrato ordinario, esta es la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil -- del religioso, pues tanto en el derecho como en la doctrina, se le ha considerado, fundamentalmente, como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón - el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Juez del Registro Civil, para unirse en -- matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso -- como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de la partes. Asimismo, se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no esté vi-- ciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas - relativas a los elementos de validez, que deben observarse - en todo contrato consistentes, respectivamente, en la capa- cidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el ob- jeto motivo y fin del acto.

El matrimonio como contrato de adhesión, aquí, co- mo una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido -- que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, por cuanto a que los consortes

no son Libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En ocasiones, el Estado reglamenta determinadas cláusulas o elementos de ciertos contratos de prestación de servicios públicos y en esos casos las partes, ya no son libres para determinar el contenido de las cláusulas. Como sucede en el contrato de transportes y en el suministro de energía eléctrica. En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a este estatuto, funcionando su voluntad sólo para ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados. En cuanto a los contratos de adhesión se ha sostenido que en realidad prevalece la voluntad del Estado que a través de ciertos reglamentos determina algunas cláusulas o elementos de los contratos de prestación de servicios públicos. Respecto al matrimonio, no se puede sostener que prevalezca la voluntad de una parte sobre la de la otra, sino que es la voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos con-

voluntad del Estado expresada en la ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

El matrimonio como estado jurídico. - Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Juez del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estado legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a -

todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta ciertas situaciones naturales, como ocurre en materia de servidumbre por el desnivel de los predios o con el subsuelo mineral para originar la propiedad del Estado; o bien, puede referirse a situaciones humanas que por aplicar derechos y obligaciones derivados de un acto jurídicos. También cabe distinguir los estados naturales y los estados del hombre, en el primer caso, se trata de situaciones derivadas de hechos que son independientes del hombre, pero que el derecho organiza para establecer múltiples consecuencias, como sucede en los ejemplos citados.

Refiriéndonos ya el matrimonio lo caracterizamos como un estado de derechos en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho. En ambos casos existe analogía desde el punto de vista de que constituye estados del hombre debidos a los unión sexual, más o menos permanentes; pero en tanto que el matrimonio es un estado de derecho -- y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en su constitución, en sus efec--

tos y en su disolución por la ley; en el concubinato no encontramos esa regulación normativa, aún cuando sí produce determinadas consecuencias jurídicas. Precisamente, en atención a tales consecuencias podemos considerar como un estado jurídico de hecho. Si careciere totalmente de esos efectos jurídicos tendríamos que reconocer que se trataba de un estado jurídico.

Los estados del hombre pueden influir en su capacidad, como son, respectivamente, los estados de interdicción o de minoridad. El matrimonio influye en la capacidad de los consortes; especialmente de la mujer. Tradicionalmente la esposa había sido considerada como incapaz, tanto en el derecho romano como en los Códigos que inspiraron -- en el de Napoleón. Nuestro ordenamiento de 1870 y 1884 originaron una incapacidad en la esposa tanto para celebrar directamente actos jurídicos, así como para comparecer en juicio. En el Código Vigente se regula todavía algunas incapacidades pero comunes a ambos consortes. (18)

(18) rojina Villegas Rafael. Op. Cit. Págs. 209 a 224.

2.4. IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO MEXICANO

Se afirma en la mayoría de los tratados de derecho civil que el matrimonio constituye la base fundamental de todo derecho de familia.

En relación a nuestro derecho, primero nos referiremos a la posición tradicional que formula Ruggiero en los siguientes términos:

"El matrimonio es institución fundamental del derecho de familia, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son éstos de un orden inferior a meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no lo estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de la unión extramarital es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Una benigna -

extensión limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la ley de las relaciones de la familia legítima a las relaciones naturales derivadas de unión legítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias; la artificial creación del vínculo parental en la adopción, no es más que una imitación de la filiación legítima. Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aún más allá del ámbito de éste".

En el derecho mexicano, a partir de la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco por consaguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural.

Por lo tanto, el matrimonio, deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de la paternidad y de la patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como legítimos, resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código Civil vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenito-

res.

Nuestro Código Civil, ha continuado la obra iniciada por la Ley de Relaciones Familiares, al aceptar casos en que es posible la investigación de la paternidad, que todavía no reconoció el ordenamiento de 1917. Además, equiparó los derechos de los hijos habidos en concubinato, para considerar posible la investigación de la paternidad, siempre y cuando se demostrara que tales hijos, fueron concebidos durante el tiempo en que la madre habitó el mismo techo con el pretendido padre, viviendo con él maritalmente (art. 382 del Código Civil, fracción III).

En la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos, del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos legales, en las distintas instituciones mencionadas a esa clase de descendientes. Por lo tanto, ya no podemos afirmar, como lo hacen en el derecho europeo y en el americano, que el matrimonio es la institución fundamental del derecho fa-

miliar. Menos aún podemos decir, que de él, derivan todas - las relaciones, derechos y potestades, pues nuestro régimen jurídico parte, precisamente, de una hipótesis distinta: ha considerado la filiación (legítima o natural) como la base_ y fuente de todas esas consecuencias jurídicas.

El criterio sustentado por la nueva legislación me_xicana nos parece, desde luego más humanitario que el viejo sistema en el que se desconocen algunos derechos de los hijos, sólo por el hecho de haber nacido fuera del matrimonio. Tal postura no significa minar las bases de la sociedad ni_ del Estado, ni aún fomentar el desarrollo de ideas inmora- les en la institución de la familia, para llegar al liberti_ naje y a las uniones sexuales transitorias y accidentales._ Evidentemente, que tenemos que partir del principio indiscu_ tible de que la unión sexual, debe estar reconocida por el_ derecho, para regular una comunidad de vida permanente, tan_ to biológica como espiritual, pero no desconociendo que se- sería injusto tomar como base única de las relaciones fami- liares, la institución del matrimonio, a efecto de despren- der de la misma, todas las consecuencias en materia de pa- tria potestad, de parentesco, de alimentos, de impedimentos

para el matrimonio, y en general de derechos y obligaciones para los hijos. De aquí partimos que el sistema jurídico -- debe de impedir hasta donde sea posible, el fomento de las uniones extramatrimoniales, pero tal forma de regulación -- no debe fundarse en el sistema antiguo de colocar a los hijos naturales en una condición inferior o ilegítima frente a los hijos habidos en matrimonio. Por otra parte, podrán -- facilitarse las uniones matrimoniales y sancionar, si se -- quiere, a quienes constituyan una familia al margen de la ley, pero por todos conceptos es criticable hacer recaer -- las culpas de los padres sobre los hijos. En este sentido -- un criterio sano de justicia no debe admitir concesión alguna, manteniéndose estricta o intolerante ante una degradación injusta. Para lograr en parte el fomento en las uniones matrimoniales, la Ley de Relaciones Familiares suprimió el procedimiento de publicidad en la celebración de los matrimonios.

Esto nos dice la exposición de motivos: "Que las condiciones más importantes, relativas a las instituciones familiares, deben ocuparse, de facilitar el matrimonio su-

primiendo las publicaciones que la práctica ha demostrado que son inútiles; pero sin que esto sea onice para que se descuiden los intereses de los contrayentes y de la sociedad, exigiendo de ellos y de los testigos que presenten sobre su aptitud legal para casarse, bajo penas severas y no irrisorias como las actuales, requiriéndoles que se conduzcan con toda verdad y con plena conciencia, a cuyo fin debe exigirse a los testigos que garanticen haber conocido a los pretendientes, con bastante anterioridad al acto; y sin que la facilidad que se quiere dar para contraer matrimonio. -- impida que se exija al pretendiente menor de edad, no sólo el consentimiento del padre sino también el de la madre, -- pues ambos progenitores están igualmente interesados en el provenir de sus hijos, y ambos tienen sobre él los derechos y obligaciones que la naturaleza y la ley les otorga; aunque si debe prevenirse un diseño racional, ordenando que el ascendiente que haya dado su consentimiento, no pueda revocarlo sin motivo justificado".(19)

(30) Rojina Villegas R. Op. cit. Págs. 193 y ss.

CAPITULO III

3. EL DIVORCIO

3.1. Concepto

3.2. Divorcio Voluntario

3.3. Divorcio Necesario

3.4. Clases de Divorcio Judicial y Administrativo.

CAPITULO III

3. EL DIVORCIO

3.1. CONCEPTO

De acuerdo con nuestra legislación, el divorcio es la disolución del vínculo que une a los cónyuges, dejándolos en aptitud de contraer nuevo matrimonio. Sobre este aspecto, podemos decir que se conocen tres variedades del mismo:

a).- Voluntario con hijos

b).- Voluntario sin hijos (aquí se aclara que este tipo de divorcio puede tramitarse en la vía judicial, o bien ante el Juez del Registro Civil, siempre y cuando no hayan hijos y esté disuelta legalmente la sociedad conyugal si es que en la vida matrimonial se adquirieron bienes; ya que de lo contrario procederá, únicamente, la vía judicial).

c).- Divorcio causal o forzoso, esto es: necesario y necesidad.

3.2. DIVORCIO VOLUNTARIO

Es de considerarse, que si la institución del divorcio es criticada, lo es mucho más esta modalidad, pues se alega que el matrimonio es la base de sustento de la familia y, por tanto, no puede aceptarse que su permanencia quede al arbitrio de los cónyuges. Ante tales argumentos; creemos y que tiene la enorme ventaja de permitir que los divorciantes resuelvan sin litigio su conflicto afectivo. Es una verdadera alternativa en la búsqueda de soluciones reales, adultas y civilizadas, a la relación dañada; soluciones que atañen tanto a la pareja que se divorcia como a los hijos; soluciones en las que los propios afectados, sean quienes aproten las bases de organización para la realización una vez roto el vínculo matrimonial, pues, aunque jurídicamente este vínculo ya esté disuelto, cuando hay hijos, es imposible dar por concluido todo contacto entre los divorciados. Deberán intentar un acuerdo en beneficio de los hijos. Este es el significado filosófico jurídico que debe darse al divorcio voluntario, aún cuando no sea una concreción real para todos los divorciantes.

En nuestro derecho existen dos tipos de procedimiento

tos para obtener el divorcio por mutuo consentimiento: uno, administrativo que se tramita ante el Juez del Registro Civil, y otro judicial, que se ventila en los juzgados familiares; en ambos casos, el divorcio sólo podrá pedirse cuando haya pasado un año de la celebración del matrimonio, o de la reconciliación, si ya se hubiere solicitado una vez el divorcio por mutuo consentimiento.

Para obtener el divorcio por el procedimiento administrativo se requiere que los cónyuges sean mayores de edad, que no tengan hijos y que liquiden, de común acuerdo, los bienes en comunidad, si fuera el caso. Encontrándose en este supuesto, los cónyuges que así lo deseen, podrán acudir ante el Juez del Registro Civil de su domicilio, presentando los documentos necesarios para demostrar estos extremos y manifestarán su voluntad de divorciarse. El Juez del Registro Civil deberá identificar plenamente a los cónyuges, levantar una acta en que se haga constar la solicitud de los mismos y los citará para que ratifiquen su dicho a los 15 días. Una vez hecha esta ratificación, este funcionario los declarará divorciados, levantará el acta respectiva y hará la anotación del caso en el acta de matrimonio. (Art. 272 del Código Civil).

Como puede contemplarse, este procedimiento es sumamente, sencillo y rápido; no obstante, en nuestra opinión no sólo debería concretarse a los matrimonios entre mayores de edad y sin hijos, sino ampliarse a aquellos que sólo tuvieran hijos mayores de edad y que ya no estuvieran bajo la tutela de sus padres.

Esta ampliación es plenamente congruente con los motivos que el redactor de nuestro Código Civil expresó para justificar este procedimiento:

"El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se divorcien fácilmente, pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no estén en juego los sagrados intereses de los hijos, no se dificulte, innecesariamente, la disolución del matrimonio, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos".(20)

(20) García Téllez Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. México, 1932. Pág. 49.

El procedimiento judicial está regulado por el -- título decimoprimer del Código de Procedimientos Civiles_ y por el artículo 273 del Código Civil, en que se estipula que los cónyuges que no cubran todos los requisitos enumerados para el procedimiento administrativo, harán su solicitud de divorcio ante el juzgado familiar del domicilio conyugal, a la que adjuntarán el acta de matrimonio, las actas de nacimiento de los hijos menores y un convenio que contenga los siguientes puntos:

a).- La designación de la persona bajo cuyo cuidado quedarán los hijos menores del matrimonio, tanto durante el procedimiento de divorcio como después de ejecutoriado el mismo.

b).- La forma como deberán cubrirse las necesidades de los hijos menores, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, la forma como -- deberán hacerse los pagos que se requieran y la garantía que deberá hacerse para asegurarlos. Esta garantía puede consistir, según el artículo 317 del Código Civil., en hipoteca, prenda, fianza o depósito de una cantidad que sea_

suficiente para cubrir los alimentos, o cualquier otra.

c).- El domicilio que servirá de casa habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

d).- La cantidad que un cónyuge pagará al otro durante el procedimiento, después de ejecutoriado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 del Código Civil, y

e).- La forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y como habrá de liquidarse la misma después de ejecutoriado el divorcio. Para ello se acompañará un inventario y avalúo de los bienes muebles e inmuebles que hubiere en la sociedad.

Estos puntos no son excluyentes, ya que en el convenio podrán insertarse todas las cláusulas que los cónyuges consideren pertinentes.

Deseamos aclarar que el artículo 273 del Código Civil, exige la garantía de la pensión alimenticia que se deben los cónyuges y no para aquella debida a los hijos. --

Sin embargo, la práctica ha hecho que, en forma acertada, - la garantía englobe ambas pensiones.

Una vez presentada la solicitud, el juez citará -- a los divorciantes a una junta de avenencia, en la que después de haberlos identificado plenamente, aprobará, provisionalmente, el convenio que se presentó, siempre oyendo la opinión del Ministerio Público y dictará las medidas que -- considere necesarias para asegurar los alimentos y la situación de los hijos menores; los exortará para que recapaciten y se reconcilien. Si ello no es posible, y si los divorciantes continúan en su intención de divorciarse, los citará a una segunda junta después de 8 días de la primera y -- antes de 15, en donde les volverá a exhortar. Si los divorciantes tampoco consienten en la reconciliación y quedan -- bien garantizados los alimentos y bienes de los hijos menores, así como los alimentos que se deben entre sí los divorciantes, si fuere el caso, el juez los citará para sentencia en la cual quedará disuelto el vínculo matrimonial, y -- se decidirá, en forma definitiva sobre el convenio presentado.

En caso de que no se apruebe el convenio porque éste viole los derechos de los hijos y no queden bien garantizados, podrá hacer las modificaciones que considere pertinentes, que serán notificadas a los divorciantes por el juez para que dentro de los tres días siguientes, manifiesten si aceptan o no esas modificaciones. En caso de no aceptarlas, será el juez, quien en la sentencia, cuidará que los derechos de los hijos queden bien garantizados. Hay que hacer hincapié en que, a pesar de lo dicho por el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles en su primera parte, mientras el convenio no sea aprobado en la práctica, no se decretará la disolución del vínculo matrimonial.

3.3. DIVORCIO NECESARIO

En ese renglón nos habremos de referir al divorcio necesario y a las causas que originan el rompimiento del vínculo matrimonial.

Así, pues, tenemos, que de las dieciocho causales que estatuye el artículo 267 del Código Civil, dieciseis son causales de divorcio necesario, es decir, causas que

buscan al culpable de la ruptura.

En la doctrina a estas dieciseis causales se les divide en dos grandes rubros: aquella que implican una sanción para el "culpable" y aquellas que son necesarias o un remedio. La distinción entre unas y otras es muy sutil y más teórica que práctica. Se dice que son causales sanción aquellas que representan a la disolución del vínculo matrimonial como un castigo para el cónyuge que, en cualquier forma es responsable de esta disolución por haber violado los deberes que le impone el matrimonio. Son causales necesarias o remedio aquellas que, sin existir un responsable directo de la ruptura, permiten, normalmente, por razones de salud, proceder al divorcio pues se presentan como una alternativa para proteger la salud del cónyuge sano como de los hijos, se imponen por razón de considerarlas inadecuadas a la vida en común y para los fines del matrimonio. Otros autores las califican en:

1.- Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado más o menos severamente por la ley.

2.- Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes para la vida conyugal.

3.- Causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para abarcar todos aquellos casos de grave perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de una manera categórica y concreta.

4.- Causas de orden individual.(21)

La realidad es que estas dieciséis causales de divorcio, implican un procedimiento muy desgastante para todos los involucrados. Pasamos a referirnos a cada una de ellas, de la manera siguiente:

- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.- Sanciona esta causal la fidelidad debida en el matrimonio. Sorprende realmente intentar encontrar en nuestra doctrina, una tesis que apunte realmente al problema planteado por el adulterio de uno de los cónyuges. Desde nuestro punto de vista la conducta calificada de adúltera no es sino un reflejo de una situación particular de los

(21) Montero Duhalt Sara. Op. cit. Pina Rafael De. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México, 1973. T.I.

cónyuges. Situación que puede ser o no consentida por ellos mismos sin que esto les provoque, muy a pesar de los moralistas, un conflicto en la relación.

Sin embargo, hemos de reconocer, que, normalmente, las relaciones con un tercero causan conflicto en las parejas, tanto si están unidas o no en matrimonio, de ahí que pueda justificarse la causal de divorcio. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, la única justificación que puede encontrarse a tal causal es que se presenta como un dato (o prueba) objetivo de la ruptura de la relación afectiva entre los cónyuges -ello, siempre y cuando, cause realmente problemas en el matrimonio-, pues ha sucedido que las relaciones sexuales extraconyugales sean aceptadas por los involucrados en ella, sin que les cause conflicto.

En México esta causal es todo un problema, pues la idiosincracia nacional apunta a la culpabilidad de la mujer, dado que sus relaciones extraconyugales pueden traer un hijo "ilegítimo" al matrimonio. Situación que no afecta al varón que tiene ese mismo tipo de relaciones. En este contexto, no causa sorpresa alguna leer en la doctrina que son actos lesivos a la fidelidad matrimonial y, por tanto,

constitutivos de adulterio, tanto aquellos actos secundum naturam para la procreación, como los contra natura sean (procreación asistida) o no ("sodomía" y "bestialidad"), aptos para la generación de la prole y no se consideran como adulterinas las relaciones homosexuales o lésbicas de uno de los cónyuges. (22)

Incluso se llega a sostener que no es causal de divorcio cuando el adulterio es compensado, es decir, cometido por ambos cónyuges. Tampoco lo es cuando alguno de los consortes lo comete en razón de que se ha visto empujado a ello por la negativa reiterada al "débito conyugal" o cuando éste se presta a tales "dificultados", "protestas" y "finalidad" que al "pobre" adúltero no le queda más remedio que buscar la satisfacción a sus "naturales instintos" en las relaciones ilícitas. Toda esta argumentación es encaminada, como se comprende fácilmente, a justificar el adulterio masculino y a condenar a la mujer ya sea por adúltera o por provocadora del adulterio de su marido. Por sino es evidente, nos permitimos transcribir

(22) Fernández Cantón Alfredo. Las Causas Canónicas de la Separación Conyugal. Madrid, 1961. Ed. Tecnos. Pág. 107. Chávez Ascencio Manuel. La Familia en el Derecho Relaciones Paterno Filiales, Porrúa, México, 1988. De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México, 1978. Pág. 318.

un párrafo bastante clarificador; "Uno de los casos de provocación al adulterio, es la existencia, todavía en nuestro medio, de mujeres castrantes, hecho frecuente todavía por la pésima educación sexual que recibieron nuestros antepasados.(23)

Como si la deficiente educación sexual fuera sólo patrimonio de la mujer y como si los maridos ausentes, fríos, descorteses, opresores, no empujaran a la mujer a buscar esa relación cálida, afectiva y solidaria que tanto hacen falta a hombres y mujeres.

El adulterio es, en todo caso, una causal de divorcio tan difícilmente demostrable a través de la prueba directa que se admite la presuncional, esto es, al cónyuge ofendido le "bastará" aportar indicios suficientes de la existencia de las relaciones ilícitas de su cónyuge para que el juez pueda decidir la disolución del vínculo por esta causal. Evidentemente, no se requiere la condena penal previa, pues el delito de adulterio requiere en su tipo, que éste se haya consumado con escándalo o en el domicilio conyugal. En el derecho civil basta que exista la relación extracobyugal para que se configure la causal.

(23) De Ibarrola Antonio. Op. cit. Pág. 219.

- El que la mujer dé a luz un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que judicialmente sea declarado ilegítimo.- desde nuestro punto de vista, el legislador, en esta causal vió una variante del adulterio, pues con tal conducta la mujer pretende adjudicar falsamente a su cónyuge la paternidad de un hijo que no es de él. Con esta postura desconoce el problema real de la pareja: la falta de confianza, base en toda comunidad íntima de su vida.

- La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.- la doctrina mexicana justifica la existencia de esta causal en virtud de que la conducta en ella definida denota una degradación moral del marido que hace imposible el cumplimiento de una de las funciones del matrimonio: la formación moral y física de los hijos. Sin dejar de reconocer el peso que esta conducta tiene o puede tener en los hijos, consideramos que es de vital importancia valorarla desde el daño que se le hace a la mujer con ella, independientemente de que tal conducta implica una co-

sificación o devaluación de la mujer que afecta, irreparablemente la relación conyugal, sobre todo si se parte de un discurso de igualdad entre marido y mujer.

- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. - Si es difícil mantener una objetividad académica en todo lo que se refiere al análisis jurídico de la familia, lo es aún más cuando se leen normas como ésta. - ¿Qué quiere decir! Por un lado, queda bastante claro que se trata de evitar que la intimidad que se genera en el matrimonio se convierta en un tipo de asociación delictuosa. Sin embargo, es difícil precisar el término de "incontinencia carnal". Por más que hemos buscado entre los autores mexicanos uno que nos explique este término no lo hemos encontrado. Desde nuestro punto de vista, encontramos que sólo traduce una postura moralista. En este aspecto cabe que aclaremos -- que la explicación del contenido de la incontinencia carnal, la manejaremos, a nuestro entender en nuestro último capítulo, pretendiendo con ello dar algunas explicaciones de cierta claridad.

_ 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.- Esta causal se presenta como una sanción para el cónyuge que desvirtúe a través de la corrupción, la educación o formación que deben dar a los hijos. Puede ser constitutiva también, del delito de corrupción de menores. Sin dejar de comprender las razones que justifican la existencia de esta causal, nos preguntamos si ésta sólo atiende al concepto jurídico penal de corrupción de menores o si se extiende a otros actos u omisiones que den al menor una visión de la vida y de los valores inadecuados. Si éste es el caso, es una causal de difícil aplicación, pues da lugar a que se cuestione los dictados de la moral.

- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable que sea, además, o hereditaria, y la importancia incurable que sobrevenga después de efectuado el matrimonio.- La primera parte de esta causal, es decir, el padecimiento de enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, contiene una razón de salud pública y de interés social. Se pretende la protección de los hijos y del cónyuge sano, tanto como evitar contagios.

En su conjunto es altamente cuestionable. Desde nuestro punto de vista, traduce la estructura patriarcal de nuestra sociedad, con todas sus incongruencias. Supuestamente existe un deber de asistencia entre los cónyuges, pero evidentemente, es un deber muy limitado pues cuando realmente se necesita hacer efectivo al compromiso de vida entre el hombre y la mujer, que decidieron unirse en matrimonio, por existir una enfermedad crónica e incurable, se permite que el cónyuge sano alegue tal enfermedad para obtener el divorcio. Por otro lado, ¿a qué enfermedades se refiere esta causal? Hay tantas que se vuelven crónicas e incurables y que, además, pueden ser contagiosas o hereditarias, por ejemplo: la tendencia al cáncer es hereditaria y éste es incurable, lo mismo la arterioesclerosis. O la colitis crónica, sabemos que es absurdo pero, sólo llevando esta causal a ese extremo podemos evidenciar su incongruencia. Es claro que la intención, desde el patriarcalismo, es "castigar" al cónyuge que contrajo las llamadas enfermedades venéreas en devaneos o aventuras extraconyugales y después se convierte en un peligro para la familia. Sin embargo, esta postura no denota sino una falta de congruencia y esconde una actitud excesivamente moralista y puritana. Aún hoy en día con el peligro del SIDA el compromiso de vida debe llevarse hasta sus últimas consecuencias. La asistencia en-

tre los cónyuges es piedra de toque en el matrimonio. Por ello, el legislador no puede dar una excusa que atente contra este deber, sólo para esconder la verdadera causa de la ruptura del vínculo: ¿cómo se contagió el cónyuge enfermo de ese mal crónico, contagioso o hereditario? en la respuesta está la causal, no en la enfermedad.

La segunda parte: la impotencia incurable para la cópula habla de una falta de imaginación y creatividad en quienes concibieron a la institución del matrimonio. Como si la cópula fuera la razón del matrimonio. El macho que no satisface sexualmente a su mujer, pero que es potente, puede estar tranquilo, a él no lo pueden acusar. El compromiso de vida es mucho más allá de la simple cópula y la sexualidad de la pareja depende, en gran medida, de la educación que ambos tuvieron al respecto. Ya ni siquiera es indispensable la cópula para procrear, entonces: ¿por qué no revisamos nuevamente esta causal y buscamos las respuestas adecuadas a la problemática de la pareja? Cabe aclarar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo número 101/60 señaló que la impotencia es la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual y no la esterilidad,

aún así sorprende la falta de conocimientos sobre la sexualidad humana. Más aún cuando se sanciona la importancia, es decir, la parte "masculina" del acto sexual y no se habla de frigidez, parte "femenina" del mismo, ambas generan frustración dentro del matrimonio o puede no ser sino el efecto de un desajuste en la comunidad íntima de vida de los cónyuges, por lo tanto, considerarla como causa de divorcio no es la respuesta adecuada. Busquemos otra.

- Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga del cónyuge demente. - Esta causal es comprensible, pues una enfermedad de este tipo no es más que una carga conyugal y familiar muy pesada. - Sin embargo, no puede justificarse el que después del divorcio se desatienda al cónyuge enfermo como algunos pretenden. Este es uno de los casos en que la obligación alimentaria -- debe subsistir aunque el cónyuge enfermo pueda, técnicamente ser el culpable.

Nuestros autores afirman que estas dos últimas -- causales, si así lo desea el cónyuge sano, originar el divorcio no vincular o separación conyugal fundado en el artículo 277 del Código Civil. (24)

(24) Montero Duhalt Sara. Op. cit. Págs. 227 a 230.

-La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el abandono del domicilio conyugal, no se refiere únicamente al abandono material del hogar, sino al abandono de su cónyuge, hijos y demás obligaciones conyugales. Este criterio debe ser revisado pues creemos que el simple abandono de hogar, aunque el cónyuge que salió sin causa de él, siga velando por sus hijos debe ser causal de divorcio, ya que viola el deber de cohabitación impuesto por el artículo 163 del Código Civil, y por la naturaleza propia del matrimonio. Sin cohabitación, la comunidad íntima de vida, no existe.

Ahora bien, si además de la separación de la casa conyugal, no ayuda a satisfacer las necesidades de sus hijos y de su cónyuge, puede incurrir en el delito de abandono de personas, tipificando en el capítulo VII del título décimonoveno del Código Penal.

-La separación del hogar conyugal originada por una causa 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.- Coincidimos con la maestra Sara -
Montero (25) cuando ella afirmó que esta causal encierra -
una injusticia, pues resulta que si el cónyuge que no pudo
tolerar más la situación que priva en su matrimonio y, en
una actitud psicológicamente sana, sale del hogar conyugal
y no demanda el divorcio (o justifica su salida), puede --
ser considerado cónyuge culpable. Sin embargo, al igual -
que la causal que antecede esta salida rompe la cohabita--
ción, evidenciando la ruptura previa de la comunidad inti-
ma entre los cónyuges. El año que se da, según el maestro
Galindo Garfias, tiene el objetivo de dar lugar a una posi-
ble reconciliación. (26) En la práctica, y con la adición-
de la causal XVIII, éste ha dejado de tener importancia, -
pues es más fácil esperar un año más a reconocerse culpa-
ble y afrontar un juicio que puede llevar más tiempo.

En las últimas causales es importante precisar -
el concepto de domicilio conyugal y así lo hizo reciente-
mente el legislador para el Distrito Federal, cuyo ejemplo
han seguido algunas entidades federativas, el definirlo en
el artículo 163 del Código Civil, como "el lugar estable-
cido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos -

(25) Ibidem.

(26) Galindo Garfias. Op. cit. Pág. 588.

disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales".

- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que se necesite para que se haga que proceda la declaración de ausencia.- Para obtener el divorcio por esta causal es necesario que exista previamente un juicio en el que se haga la declaración de ausencia o la presunción de muerte. Esta causal está justificada por la incertidumbre que crea en los hijos y en el cónyuge del ausente o presunto muerto, el desconocimiento de su paradero y al mismo tiempo es una sanción para este último por abandonar sus deberes conyugales. Sin embargo, es poco práctica, ya que existen tres causales que sancionan la violación del deber de cohabitación.

- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro.- Con ello se comprenden los -- actos o palabras que, a criterio del juez, rompan el mutuo respeto y consideración que se deben los cónyuges, tomando en cuenta la educación y cultura de ambos. Esta causal com

Prende todas las conductas crueles, amenazantes o injuriosas que hagan sufrir, intimiden u ofendan al cónyuge inocente. En ella, podemos encontrar resumidas todas las demás, pues denota claramente la muerte de la affectio maritalis. Es claro que en ella se otorga una libertad al juzgador, que no se encuentra en otras causales, para aplicar su criterio y decidir si tales conductas ameritan el divorcio. Desde nuestro punto de vista, la simple demanda de divorcio por esta causal, como por cualquier otra, habla de un conflicto profundo entre los cónyuges; sin embargo, la necesidad de encontrar un culpable, dificulta la acción del juzgador. Sería más sencillo si esta búsqueda no existiera.

- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar, previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por algunos de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168. Esta negativa es violatoria de los deberes de asistencia y de aquellos que se tienen con respecto de los hijos, ya sea de educación o alimentación.

- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge -
contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos --
años de prisión. - Esta causal no requiere según la Suprema
Corte de Justicia de la Nación de una sentencia penal pre--
via que demuestre que se ha cometido el delito de calumnia,
ya que sólo el hecho de levantar una acusación calumniosa -
implica que ha dejado de existir la estima, la considera--
ción, la lealtad y el afecto entre los cónyuges, situación
que daña moral y socialmente al cónyuge inocente y a los --
hijos.

- 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. Po--
dría afirmarse que la comisión de cualquier delito es infa--
mante, sin embargo, sólo será causal de divorcio aquel que
al criterio del juez, por su naturaleza o por las circuns--
tancias en que fue cometido, represente un verdadero desho--
nor para el cónyuge inocente y para los hijos; siempre y --
cuando exista una sentencia condenatoria en la que se le --
imponga, al cónyuge culpable, más de dos años de prisión,

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

- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyan un motivo de desavenencia conyugal.- En esta fracción se pretende garantizar la seguridad de la vida del hogar y será el juez quien califique si en realidad estos hábitos hacen imposible o no la convivencia de los cónyuges, aunque parece claro que la presencia de tales circunstancias en el matrimonio, siempre causan serios conflictos en la comunidad de vida.

- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.- Existen delitos como el fraude, robo, etc, que no producen responsabilidad penal o que sólo pueden perseguirse a petición del agraviado, si son cometidos entre cónyuges. Sin embargo, independientemente, de que se desee querellarse, tales actos si constituyen una justificación o causal de divorcio, porque habrá desaparecido la confianza mutua entre los cónyuges.

El artículo 268 del Código Civil, contiene otra causal de divorcio necesario que se presenta cuando un cónyuge ha pedido la nulidad del matrimonio o el divorcio, sin haber justificado su dicho o que la causa invocada no haya sido suficiente para decretar la ruptura del vínculo, o cuando se hubiere desistido de su demanda sin la conformidad del demandado. En este caso, el cónyuge demandado, tiene a su vez derecho de pedir el divorcio pasados tres meses de la notificación de la última sentencia, y durante este tiempo, los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

El divorcio necesario se ventila en los juzgados familiares y en la vía ordinaria civil, sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que se haya tenido noticia de los hechos en que se funde la demanda (art. 278 Código Civil).

Se discute mucho si caduca o no la acción del inocente al llegar a este término. Sin embargo, no se puede encuadrar en un solo machote a todas las causales del artículo 267 del Código Civil. Todo dependerá no sólo el día en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento de los he

chos en que funde su demanda, sino también deberá considerarse si esos actos o hechos persisten al momento de entablarla, pues algunas causales son de tracto sucesivo.

Una vez admitida la demanda de divorcio, el juez procederá a la separación de los cónyuges, y asegurará los alimentos que debe dar el deudor al cónyuge acreedor y a los hijos, dictará todas las medidas necesarias para que los cónyuges no puedan causarse daño en sus bienes propios o en los de la comunidad. Si la mujer estuviera encinta dictará todas las medidas necesarias para asegurar los alimentos de la madre y del hijo cuando naciere, y aquellas requeridas para evitar la suposición del parto y podrá a los hijos bajo el cuidado de las personas que hubieren designado de común acuerdo los cónyuges o de la persona que designe el actor en el juicio (art. 282 y 1639 del Código Civil y 680 del Código de Procedimientos Civiles).

La reconciliación o la renuncia de los derechos hecha por el inocente obligado al otro a reunirse con él, ponen fin al litigio de divorcio, siempre que fueren hechos antes de pronunciada la sentencia y de que ésta haya

causado ejecutoria; y los hechos que originaron esa demanda no podrán ser invocados en un nuevo juicio (Art. 280 y 281 del Código Civil). También pone fin al juicio de divorcio la muerte de uno de los cónyuges.

En la sentencia el juez deberá resolver la situación de los hijos y cuenta, para ello, con facultades necesarias. Así, pues, deberá obtener los elementos de juicio suficientes para atender al mejor interés de los hijos e hijas.

Cabe aclarar, en todo caso, tanto el padre como la madre continuarán teniendo las mismas obligaciones para con sus hijos, aunque pierdan la patria potestad, y el juez, antes de resolver definitivamente sobre este asunto, tomará las medidas necesarias que considere benéficas para los hijos a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores, y podrá modificar su decisión si el caso lo amerita (arts. 283, 284 y 285 del Código Civil).

En los divorcios de este tipo, el juez sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente, - tomando en cuenta las circunstancias del caso; derecho que disfrutará este último mientras viva honestamente y no vuelva a contraer nupcias. Si el divorcio origina daños y perjuicios al inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

Los bienes comunes se dividirán tomando las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que -- queden pendientes entre los cónyuges o en relación a los hijos.

Una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, - el juez remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil_ ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente y para que publique, durante quince -- días, un extracto de la resolución.

Esta sentencia disuelve el vínculo matrimonial_ dejando a ambos divorciantes en la aptitud de volver a -- contraer otro, pero el cónyuge culpable tendrá que esperar dos años para poderlo hacer.

3.4. CLASES DE DIVORCIO: JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO

Ya anteriormente, nos hemos referido y explicado a las diferentes clases de divorcio, que prescriben, nuestras leyes respectivas. Sin embargo, y en forma breve, nos abocaremos a señalar sus características:

En primer lugar, tenemos el divorcio judicial, el cual podemos decir que se divide en:

1.- Divorcio necesario, el cual puede ser sanción y el divorcio necesidad; éstos, como ya lo explicamos están comprendidos dentro de las dieciseis causales que enmarca el artículo 267 de nuestro Código Civil; por otra parte, tenemos el judicial voluntario, o sea, aquél que se tramita ante el juez familiar, de común acuerdo, por parte de los consortes; la razón de que se tramita ante dicho funcionario que se debe a que hay intereses sagrados relativos a la pensión alimentaria de los hijos; su guarda, custodia y educación de los mismos y también, con relación a los bienes pertenecientes a éstos, si los hay. Así como también determinar la liquidación de la sociedad conyugal.

Y, por último, tenemos el divorcio administrativo, el cual se tramita ante el Juez del Registro Civil. Esa tramitación procede cuando los cónyuges son mayores de edad, no han adquirido bienes de fortuna y no han procreado hijos. En cuanto al procedimiento de este divorcio, ya lo hemos explicado anteriormente.

C A P I T U L O I V

4 LA SEPARACION DE LOS CONYUGES.

4.1.- Separación de hecho.

4.2.- Separación legal.

4.3.- Efectos de la separación.

4.4.- Con respecto a los cónyuges.

4.5.- Con respecto a los hijos.

4.6.- Con respecto a los bienes.

CAPITULO IV

4. LA SEPARACION DE LOS CONYUGES

4.1. LA SEPARACION DE HECHO.-

En este aspecto, así podemos considerar que se llama o, se ha dado en llamar a la causal establecida en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, que fue adicionada el 27 de diciembre de 1983. Como es de verse, fue una acción inusitada y novedosa del legislador mexicano, pero totalmente acertada. Tal fracción reza: "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".

Podemos apuntar que es una figura que apunta a la realidad concreta de la pareja ligada por matrimonio, que sólo existe jurídicamente, pues se ha roto la convivencia, la comunidad íntima de vida entre ellos. Este es el único extremo que se tiene que demostrar y para ello existe la presunción legal de que ello sucede cuando la separación dura más de dos años sin que sea importante buscar la razón de tal separación y, por tanto, no existe cónyuge culpable.

[Gran avance en la búsqueda de relaciones sanas!.

Es claro que tiene un sinnúmero de detractores y enemigos entre los "defensores" de la familia. Sin embargo, la realidad se ha impuesto. Desde su aparición ha sido la causal más invocada simplificando el conflicto que ya existe en la pareja. Ciertamente los "defensores" encuentran en este hecho la justificación a sus ataques, pues alegan que ha venido a desarticular a las familias. La respuesta sigue siendo la misma: el divorcio no desarticula, ni rompe, ni desune, sólo ofrece una solución, una base de organización, cuando la relación afectiva entre los cónyuges ha dejado de existir, dando paso a la frustración y a los conflictos graves.

4.2. SEPARACION LEGAL.-

Con relación a la separación legal de los cónyuges, el maestro Rafael De Pina, en su Diccionario de Derecho (27), lo siguiente: "es acto prejudicial realizado por el juez de primera instancia, a solicitud de la mujer que intente demandar a su marido o formular contra él una acu-

(27) De Pina Rafael. Op. cit. Pág. 458.

sación penal, o a solicitud del marido que intente demandar o acusar a su mujer (arts. 205 y 206 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal").

4.3. EFECTOS DE LA SEPARACION.

Es de comprenderse, que todo divorcio es consecuencia de un grave conflicto conyugal, provocado por uno o ambos consortes. Esta situación impide la convivencia en el mismo domicilio, por lo que tratándose de divorcio contencioso el juez procederá a la separación de los cónyuges como medida provisional, o antes del planteamiento del divorcio si hubiere urgencia (Art. 282 del Cód. Civ.) Semejante situación se presenta en el caso del divorcio voluntario cuando ambos esposos deciden divorciarse y formulan el convenio respectivo.

Como la separación conyugal no procede por libre acuerdo de los cónyuges, ésta debe ser autorizada por el juez para lo cual el artículo 275 del Código Civil previene que "mientras se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional".

Debe notarse que los involucrados en el convenio siguen siendo cónyuges, y por lo tanto conservan algunos de los deberes y todas las obligaciones. Dentro de los deberes se suspenden la vida en común, el débito carnal y el diálogo, pero se conserva la fidelidad que debe haber entre ellos material y espiritual, el mutuo auxilio y socorro mutuo, el respeto y la autoridad.

La separación de los cónyuges puede lograrse amistosamente de acuerdo al arreglo pactado en el convenio. Sin embargo, el hecho de haberlo así convenido no significa que la separación se logre fácilmente, por lo cual en algunos casos habrá que acudir al juez para lograr el desplazamiento del domicilio familiar del cónyuge que no siga con la custodia de los hijos, en donde permanecerán los hijos y el cónyuge custodio. Independientemente de que el divorcio se obtenga por medio de un proceso contencioso, o por el trámite voluntario, la separación de los cónyuges se impone como necesaria, para lo cual en el convenio cada uno deberá señalar la casa que servirá de habitación durante el procedimiento (art. 273 fracción III del Cód. Civ.).

¿Qué consecuencia trae la separación de los cónyuges? Estaban residiendo en el domicilio conyugal, que para los efectos del artículo 163 del Código Civil se debe entender como la casa o morada en la que viven los cónyuges y sus hijos. La separación de ambos y el hecho de no vivir alguno en la misma morada, significa un cambio de domicilio para el consorte que salga. El concepto jurídico del domicilio es más complejo y el artículo 29 del Código Civil, lo señala como el lugar, es decir, la población en donde la persona reside habitualmente, entendiéndose por residencia donde vive (casa o morada) que debe ser efectiva o de hecho. Adicionalmente debe haber habitualidad en esa residencia, que indica cierta fijeza o permanencia. Cuando se está en un lugar accidentalmente, como excepción se puede considerar domicilio cuando falte otro que fuera el habitual.

Debemos tomar en cuenta que nuestra legislación cita - adicionalmente como domicilio la residencia y no el lugar - donde está la residencia. Así, el artículo 97 del Código Civil, relacionado con la solicitud del matrimonio, establece que se presentará ante el Juez del Registro Civil del

domicilio de alguno de los contrayentes. Se señala como domicilio de los menores el de los que ejerzan la patria potestad. Y el domicilio de los cónyuges el hogar de éstos (art. 163 del Código Civil). Pero debemos entender que "cuando la ley alude el domicilio como la casa habitación de una persona, implícitamente se refiere a la población en donde se encuentra ubicada la morada en que vive o reside. (28)

Al solicitar y autorizar el juez la separación de los cónyuges significa que cada uno vivirá en domicilio distinto, en una casa ubicada en un número determinado de una calle de la población, por lo cual aún al residir dentro del mismo lugar (ciudad, pueblo, etc.), tendrán diversos domicilios para todos los efectos legales.

4.4. CON RESPECTO A LOS CONYUGES.

En este aspecto podemos establecer que parece obligado hacer un análisis de tipo moral siempre que se toca este tema, obligación que, desde luego, no rehuimos. Sin embargo, no creemos que los límites de espacio, a que está

(28) Galindo Gardias I. Op. Cit. Pág. 359.

sujeto este trabajo permitan abarcar todas las vertientes - por las que se elabora la discusión. Por tanto, elegimos - la vertiente de la psicología como apoyo de la valoración ética de este instituto, pues a través de los elementos que esta ciencia nos aporta se le puede realmente evaluar como un instrumento más al servicio de las familias. Es cierto que esta afirmación puede aparecer contradictoria incluso -absurda- para los autollamados defensores de la familia o para quienes utilizan en la discusión argumentos moral-religiosos, sobre todo aquellos argumentos derivados de la tradición judeocristiana. (29) A ellos respondemos que en la familia se conjugan elementos afectivos muy poderosos - que no pueden ser considerados exclusivamente desde el deber moral o religioso ¿qué más da que la separación de los cónyuges sea socialmente considerada como algo malo si - ellos mismos y los hijos resultan afectivamente beneficiados.

Algunos considerandos éticos señalan al divorcio como la "causa" de desintegración familiar. 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 punto de vista

(29) Ibarrola. Op. Cit. Págs. 283 y ss.

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. Este instituto ¿es útil a la sociedad? sí o no y por qué. En estos términos, el divorcio es, indudablemente, un instituto útil en las relaciones familiares, pues aporta un principio de solución a un conflicto. No es un instituto perfecto, claro está y afirmamos que sólo aporta un principio de solución, pues lo que ofrece es un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo. Es decir, es un instituto 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.

Con las anteriores afirmaciones, no pretendemos incursionar en materias que no son de nuestra especialidad; más, sin embargo, reiteramos, que el divorcio, si es una solución que vienen a disfrutar, generalmente, aquellas parejas que se encuentran conflictuadas, y que en razón de lo mismo, la convivencia en común ya no es posible.

Para concluir en lo anterior, podemos decir que los efectos entre los divorciados, son en primer lugar, que deja a éstos y a cada quien, con su libertad, por una parte y por otra, en aptitud de contraer nuevas nupcias. Si se trata del inocente, éste podrá hacerlo hasta un año después de ejecutorizada la sentencia de divorcio; por lo que respecta al culpable, no podrá hacerlo hasta dos años después de que haya causado ejecutoria la sentencia de divorcio, ello en tratándose de un divorcio contencioso. Aclarando también que queda a cargo del culpable todas y cada una de las obligaciones alimenticias con respecto a los hijos; y, con respecto al inocente, subsistirán las obligaciones alimentarias, mismas que permanecerán mientras el cónyuge inocente lleve a cabo buena conducta y no contraiga nuevas nupcias. Podemos decir a grosso modo que esos son los efectos que se dan entre los divorciantes.

4.5. CON RESPECTO A LOS HIJOS.

Podemos decir que como consecuencia del efecto primario del divorcio, cesa el estado vida conyugal; la separación de los esposos implica un cambio en las obligacio-

nes derivadas de la relación paterno filial. La sentencia que disuelve el vínculo matrimonial fija, como efecto secundario, la situación de los hijos, resolviendo todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación.

El juez determinará cuáles obligaciones y derechos se ejercerán conjuntamente y cuáles individualmente por un solo progenitor. La de formar o educar a los hijos corresponde, en principio, a ambos padres; sin embargo, - "será necesario adjudicar la guarda de uno de los progenitores". (30) Físicamente los hijos se deben quedar con alguno de los padres; esta tenencia física se denomina guarda o custodia del menor. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado claramente el concepto de guarda o custodia del hijo en los casos de divorcio, la cual puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad:

"La guarda del menor hijo implica esencialmente

(30) Nanni Estela. Atribución del Ejercicio de la Patria - Potestad Después del Divorcio. Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, Córdoba. Núm. 19, 1984, Pág. 94.

la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y - constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; - dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física o espiritualmente, procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades... (31)

La guarda es una facultad implícita de la patria potestad, pero en el caso de separación de los padres, ésta se desliga de aquella. Otorgar la guarda o custodia a un progenitor, no significa que el otro pierda la potestad, que seguirá ejerciendo, pero de otra manera. El progenitor privado de la guarda tiene derecho a visitar a su hijo, de relacionarse con él, de estar al corriente de su vida y educación. En virtud de ese derecho, podrá recabar del otro progenitor noticias sobre la salud física del menor, sobre su estado emocional, sobre la marcha de sus estudios y podrá asimismo, vigilar su educación moral. Al que la ejerce, compete dirigir la educación, la formación moral -

(31) Amparo Directo 4029/67. Juan Cantú Villanueva, 3 de febrero de 1969, Informe del Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. - 1969. Pág. 26.

del menor y el control de sus relaciones con otras personas; la obligación de proporcionar al otro progenitor información sobre las decisiones importantes que deban tomarse en relación a los hijos y propiciar las condiciones para mantener las relaciones entre el otro padre y el hijo.

Por otra parte, se debe garantizar al ex-cónyuge el derecho de visitas o más correctamente hablando, el derecho a relacionarse con sus hijos, dado que este derecho involucra, asimismo, el de establecer correspondencia, o las estancias prolongadas del menor con su padre, relación que redundará en beneficio tanto del padre como del hijo, se procurará no agravar el conflicto de relación y de comunicación entre ellos. Los vínculos de parentesco generan una fuente relación personal a nivel afectivo, que exige la continuidad, sobre todo en situaciones de crisis familiar.

Por lo que respecta a la determinación de la guarda en el divorcio por mutuo consentimiento, podemos decir lo siguiente:

En este tipo de divorcio, cuando ambos consortes

convengan en divorciarse, deben presentar ante el juez de lo familiar -como ya lo hemos dicho anteriormente-, una solicitud acompañada de un convenio en el que designen, entre otras cosas, a la o las personas a quienes serán confiados - los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio. Pero es el caso - que si el Ministerio Público se opone al convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que esos no quedan 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 las aceptan. En caso de que no lo hagan, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando de que en todo caso queden garantizados los derechos de los hijos. Cuando el convenio no se apruebe, no podrá decretarse la disolución del vínculo matrimonial.

En el caso del divorcio voluntario, entonces la decisión sobre la guarda se basa en el convenio presentado - por los divorciados. El fundamento de la determinación de la guarda es el acuerdo entre los padres; son ellos los que han convivido con los hijos y quienes mejor los conocen, -

saben sus gustos y necesidades y son, supuestamente, los más interesados en el bienestar de los mismos, por ello, el legislador reconoce una relevancia, jurídica entre los cónyuges sobre la guarda y cuidado de los hijos. Sin embargo, este acuerdo sólo adquiere eficacia con la aprobación judicial.

Si bien en ocasiones los padres deciden la custodia en beneficio de sus hijos, en otras, al discutir entre sí consideran a los hijos como un asunto más en sus arreglos y se distribuyen la guarda a cambio de otros beneficios. También puede ocurrir que sean asignados los hijos al progenitor de personalidad más fuerte, aunque éste no sea el más idóneo para ocuparse de ellos, cuidarlos y educarlos. Conviene resaltar cuán importante es el que el juez no se limite a un superficial examen del acuerdo que presenten los divorciantes; que compruebe que el cónyuge designado como guardador reúne las condiciones de formación y de aptitud para desempeñar esa función y si se ha previsto la viabilidad y posibilidad de cumplimiento de lo acordado.

Como ya lo hemos dicho, el convenio es revisado -

por el Ministerio Público, cuya intervención representa el interés de la sociedad en la protección de los menores.

En nuestro país, la ley mantiene el principio de la autonomía de la voluntad, manifestada a través del convenio y de la aceptación de las modificaciones que se plantean con la supervisión de la sociedad, por medio de la intervención del Ministerio Público y de la aprobación del Estado, que vuelve eficaz el acuerdo a través de la sentencia. Es la sentencia ejecutoriada la fuente de los derechos y obligaciones relacionadas con la patria potestad en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la cual se encuentra condicionada en su contenido, por la voluntad de los cónyuges, aunque no de modo definitivo ni absoluto.

Con relación a la pérdida o suspensión de la patria potestad podemos decir que en la sentencia de divorcio, el juez puede decretar la pérdida de la patria potestad en los siguientes casos: cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o es condenado dos o más veces por delitos graves; cuando las costumbres deparadas de los padres, malos tratamientos o abandono

no de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; en casos de divorcio y por la exposición que el padre o la madre hiciera de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses (art. 444 del Código Civil).

La Suprema Corte de Justicia ha emitido numerosas tesis relacionadas con la pérdida de la patria potestad. Consideramos de especial interés la siguiente:

"La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción toda vez que la moral es que la ejerzan siempre los padres; las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen, deben considerarse como de estricta aplicación de manera que solamente cuando haya quedado aprobada una de ellas de modo indubitable surtirá su procedencia sin que pueda aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores". (32)

(32) Amparo Directo 4414/72. Leopoldo Fonseca Molina, 7 de abril de 1978. (5 votos). Informe 1978, Núm. 108. Pág. 71.

Los criterios de la Corte, lo mismo que las pruebas que aporten las partes, constituyen elementos de juicio para el tribunal.

La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia declaradas, o por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión. Cuando el juez considere la conducta de alguno de los que ejercen la patria potestad como perjudicial a los intereses del menor, decretará la suspensión de ésta, pero el que se vió suspendido en sus derechos puede recuperarlos si las causas que originaron la suspensión se modifican. Afortunadamente han desaparecido del actual artículo 283 -reformado en 1983- las normas que atribuían la patria potestad al cónyuge considerado inocente en el juicio de divorcio y si los dos cónyuges resultaban culpables, ambos perdían la potestad, causando con ello graves perjuicios a los menores. En la actualidad, el juez decide en interés del menor, sin atender a las connotaciones de culpabilidad o inocencia de la conducta de la pareja, pues las relaciones entre los cónyuges son independientes de la relación paterno filial. Una persona puede ser considerada cónyuge culpable por el incumplimiento de

ciertos deberes respecto de su consorte, pero al mismo tiempo puede ser un progenitor responsable que cumple con sus obligaciones para con los hijos, y, por tanto, al que no debe privársele de la patria potestad. (33) Si un progenitor pierde o es suspendido de sus derechos inherentes a la patria potestad, el otro la continuará ejerciendo. En cambio, si en la sentencia se decide la pérdida de la patria potestad para ambos padres, la misma será ejercida por los abuelos maternos o paternos, según lo determine el juez de lo familiar y como lo indica el artículo 418 del Código Civil.

A falta de abuelos, o porque éstos estén impedidos o se excusen, el juez nombrará a un tutor legítimo o dativo que tendrá bajo su cuidado a la persona y los bienes del menor.

Es de considerarse que tal interés debe estar presente en toda decisión judicial; para precisarlo, el tribunal debe requerir de una investigación sobre los cónyuges, indagará cuál ofrece mejores garantías para satisfacer las

(33) Montero Sara. Op. cit. Pág. 252.

necesidades materiales y emocionales de los hijos.

No cabe duda que la decisión sobre la guarda presenta graves dificultades de tipo humano y psicológico, familiares y sociales, en las que el juez no es normalmente un especialista y que sólo conoce lo que su experiencia o estudios como aficionado le hayan reportado; de ahí debe considerarse, la necesidad de un asesoramiento por parte de especialistas, terapeutas familiares, psiquiatras, sociólogos, psicólogos y demás imparciales que proporcionen una luz en el problema; su aportación representa un importante auxilio al juez en la decisión sobre el destino de los hijos.

En nuestro medio, desafortunadamente, no se utilizan estos auxilios profesionales aún, pero es de esperarse que en un futuro no muy lejano, se establezcan como obligación, para el juez, tomar en consideración los dictámenes de especialistas, antes de adoptar su decisión.

4.6. CON RESPECTO A LOS BIENES.

- Es de considerarse que por razón de este instituto los ascendientes que ejercen la patria potestad administran y usufructan los bienes del menor: lo representan en toda clase de actos jurídicos, tanto dentro como fuera de juicio. Esta facultad se ejerce en razón de que el menor no puede por sí mismo disponer de sus bienes. Sin embargo, se trata de facultades limitadas, pues la administración y el usufructo no comprenden los bienes adquiridos por otra causa distinta (herencia, donación, legado, etc.), le pertenecen al menor tanto la propiedad de los mismos como la mitad del usufructo, a menos que el autor de la herencia, donación o legado haya dispuesto que el menor disfrute totalmente del usufructo.

La administración también es una facultad limitada en sí misma, ya que no comprende la libre disposición de los bienes del hijo, pues atentaría contra el principio de conservación de dichos bienes que impera en este instituto. Cuando sea de absoluta necesidad o evidente beneficio para el hijo, la disposición de ciertos bienes, el ascendiente que ejerce la patria potestad deberá solicitar autorización al juez de lo familiar para la ejecución de los actos ten-

dentes a ello y será en este momento cuando se demuestran los extremos de necesidad o beneficio a que hace referencia la ley. El juzgador está obligado, además, a cuidar que el producto de la disposición de los bienes se invierta en favor del menor.

La representación legal derivada de la patria potestad también tiene ciertos límites, de tal suerte que quien la ejerce no puede celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años; recibir la renta anticipada por más de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donaciones de los bienes o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación (art. 436 del Código Civil).

En este contexto limitativo se ubica el concepto de "buen padre de familia" bajo cuyo criterio se evalúa la gestión de los bienes del menor. Concepto ambiguo que quiere significar la buena fe y aplicación que se tiene en la administración y representación como efectos de la patria potestad y que justifica la interpretación de los artículos

430, 441 y 442 del Código Civil en el sentido de que es posible exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados al hijo por la mala administración o abuso a la representación.

C A P I T U L O V

5. ANALISIS E INTERPRETACION DE LA FRACCION IV DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

- 5.1.- Concepto de incitación.
- 5.2.- Formas de violencia.
- 5.3.- Definición de incontinencia.
- 5.4.- Delitos considerados de incontinencia carnal.
- 5.5.- Delitos que encuadran en la fracción IV.

ANALISIS E INTERPRETACION DE LA FRACCION IV DEL ARTICULO -
267 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

5.1. CONCEPTO DE INCITACION.-

Incitar, es tanto como provocar, inducir, facilitar o ayudar. Así, pues, tenemos que la incitación a cometer un delito debe ser directa y expresa. Sólo puede ser dolosa o sea con la voluntad y conciencia del agente de incitar la ejecución de un cierto y determinado delito.

En relación a lo anterior, podemos considerar, - que en ocasiones, el delito no es la obra de una sola persona; sino que dos o varias suman sus fuerzas para realizarlo participando en él. La actividad delincuente se sirve a veces de los mismos medios que la actividad honesta, y por ello a veces la codevincuencia se asemeja a una empresa industrial. De aquí los problemas de la participación, tanto más importantes cuanto que los más graves delitos se cometen con pluralidad de sujetos activos, y tal es la tendencia de la criminalidad en la vida moderna.

Todos los participantes de un delito son respon-

sables. Pero ¿los son en igual medida? Poco fino es el criterio que no diferencia entre las formas de participación - en el delito.

Para explicar lo anterior y para darle mayor claridad al análisis que nos ocupa, referente al inciso en - tratamiento, creemos conveniente transcribir, lo que en relación a ello nos dice el maestro Rogina Villegas: (34)

Artículo 267 del Código Civil...

...Fracc. IV.- Incitación o violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. En la fracción IV del mismo artículo 267 se declara que es causa de divorcio la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Aquí nuevamente encontramos que esta incitación puede tipificar el delito previsto por el artículo 209 del Código Penal, - que textualmente estatuye: "al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de

(34) Rogina Villegas R. Op. Cit. Pág. 373.

cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido".

Como se ve, conforme al artículo 209 del Código Penal, se requiere que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, o bien, que haga la apología de éste o de un vicio; en cambio, la fracción IV del artículo 267 del Código Civil, no requiere que esta provocación sea pública, basta con que un cónyuge incite el otro a cometer un delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal, o bien, que lleve a cabo una violencia física o moral para que cometa el delito, cuando públicamente un cónyuge incite o provoque al otro para que cometa el delito, o lo que es más grave, cuando lleve a cabo violencia bien física, a través de fuerza, de tortura, de dolor, de privación de la libertad o moral, mediante amenazas, para que se cometa el delito. Penalmente no se necesita que el delito se realice; pero si se ejecutare, entonces habrá una co-participación, serán responsables del delito, respectivamente el que indujo, incitó o provocó para que se cometiera, y el que lo realizó.

En relación a lo anterior podemos hablar de responsable principal incitador y responsable accesorio incitado. Así el cónyuge provocador será el principal y el cónyuge incitado será el accesorio. Sin embargo, este último en cuanto a su participación en la comisión de un delito, puede quedar fuera de toda responsabilidad penal, o sea, inculpable. A reserva de explicarlo más claramente en el curso de este análisis, por ahora creemos más conveniente llevar a cabo el desarrollo explicativo de los responsables principales y accesorios. Encontramos en la obra del maestro Carrancá y Trujillo (35) lo siguiente:

"Carrara distinguió entre autores principales y accesorios: autor principal es sólo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y cuantos más le dan vida en todos aquellos grados tanto más serán los actores principales; todos los demás son delinquentes accesorios".

"Esta distinción precisa es suficiente y generalmente aceptada, entendiendo que los delinquentes accesorios no son otros que los secundarios o cómplices y que los va-

rios autores principales son los denominados por ello co-
autores.

Con base en las anteriores consideraciones, podemos determinar el juego de la incitación en los siguientes términos.

Si el cónyuge incitador, a quien podríamos llamar también responsable principal, a través de la amenaza grave, la violencia física o moral que proyecta hacia su cónyuge para que éste cometa un delito o haga apología de algún vicio, aquí demostrada la violencia inferida a él, lo exculpa de toda responsabilidad penal, por una parte, y, por otra - demostrará, civilmente, la causal que justifique en el juicio de divorcio que es cónyuge inocente y, por tanto, se le conceda el rompimiento del vínculo matrimonial.

En cambio si el cónyuge incitado, actúa supuestamente por esa provocación; pero si en el fondo sólo es un pretexto, entonces es de estimarse que si es responsable del delito cometido o de la apología que haga de algún vicio. En este caso se le catalogará como coautor o cómplice.

Hechas las salvedades expuestas y a efecto de explicar de mejor manera lo referente a la incitación, podemos decir que ésta puede hacerse por cualquier medio: verbal, escrito, gráfico, etc., de hacer pública la provocación; asimismo no es necesario que el delito haya sido o esté siendo juzgado, o haya sido judicialmente declarado en concreto por algún tribunal, ni siquiera que se haya cometido. Basta con que se trate de un delito, o sea de un tipo delictivo, configurado en la ley, o de cualquier conducta que por ello sea legalmente delictuosa.

En cuanto a la apología, ésta puede consistir en -que también ha de hacerse públicamente- de un delito o de un vicio: su defensa o alabanza. Sólo puede ser, asimismo -dolosa por consistir en la voluntad y conciencia de presentar como laudables y meritorios el delito o el vicio, con el fin de que se los cometa o adopte.

Constituye una forma indirecta y elusiva de provocación o de instigación.

Los vicios cuya apología constituye el delito-

sólo pueden serlo aquellos que envenenan o degeneran físicamente al hombre y que por ello se consideran gravemente perjudiciales. Otros, como el tabaquismo, aunque dañosos, no son objetos de la tutela de la salud pública por los medios penales. El elemento examinado es normativo-cultural y su valoración corresponde al juez en uso de su prudente arbitrio. Como es la salud física general el objeto jurídico del delito cuyo núcleo consiste en la apología de un vicio, dicho objeto no lo es la moral pública sino aquél; la salud del pueblo y de la estirpe.

El delito de provocación a cometer un delito o de apología de un delito o vicio es de peligro general, doloso. Sujeto pasivo: la colectividad social representada por el Estado. No es configurable la tentativa. Se consuma por la ejecución de los hechos en que consistan la provocación o la apología mismas. Es de considerarse también que la ley debió referirse al provocador o al apologista, si el delito se ejecutare: no sólo al provocador; pues en este caso la acción del apologista puede estar en concordancia con el provocador o viceversa.

Por último, cabe mencionar que la sanción correspondiente al delito de provocación a delinquir o de apología de un delito o de algún vicio sólo es aplicable si el delito no se cometiere. En caso contrario la pena se rige por las reglas de participación en el delito cometido siendo el agente autor intelectual del delito que resulte, por inducir o compeler a cometerlo. (36)

En relación a lo anterior, la fracción II del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal nos aclara aún más el análisis que venimos realizando. Así, pues, tenemos:

Artículo 13.- Son responsables de los delitos:

...Fracción II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos. Sobre este aspecto, nos dice el maestro Carrancá y Trujillo lo siguiente: "Los inductores son también autores intelectuales del delito, por instigación sobre el autor material. La inducción -de inducir: instigar, mover, persuadir a uno- puede consistir en dádiva, consejo,

(36) Carrancá y Trujillo Raúl y O. Código Penal Anotado. - Ed. Porrúa, S.A. México, 1972. Pág. 209.

promesa, error, etc. Lo que se exige es que represente el impulso al delito.

Los que compelen -de compeler: obligar a uno, o por autoridad, a que haga lo que no quiere- a otro a cometer el delito, por ejemplo, por mandato, orden, coacción moral, etc., son también autores intelectuales. El compelido -cónyuge inducido- puede no ser responsable si obra en estado de necesidad a virtud de obediencia o, en nuestro caso, por coacción física o moral. Pero el que compele o incita siempre lo es..."

5.2. FORMAS DE VIOLENCIA.

Podemos considerar que la violencia puede consistir o ser física o moral. La primera es aquella que se lleva a cabo por medio del dolo, de la fuerza física o de la privación de la libertad, se coacciona la voluntad a efecto -en nuestro caso-, a través de la instigación, hecha por un cónyuge, para que el otro, cometa un delito o haga apología de un vicio o de un delito en sí. También existirá cuando por la fuerza se priva a uno de los cónyuges de sus bienes,

o se les hace daño, para lograr el mismo objetivo; o bien, cuando merced a la misma fuerza se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes del inducido (uno de los cónyuges).

Por lo que corresponde a la violencia moral, existe cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o el patrimonio del cónyuge inducido, sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el segundo grado.

Propiamente en la violencia física el vicio existe cuando por el dolor o la fuerza se coacciona la voluntad a fin de que el cónyuge inducido realice el delito o la apología del vicio. Este peligro existe tanto en la violencia moral como en la física, de tal suerte que no puede coaccionarse la voluntad en sentido jurídico cuando no haya peligro de perder la vida, la honra, la libertad o el patrimonio, así como también de ascendientes, descendientes o colaterales hasta el segundo grado.

5.3. DEFINICION DE INCONTINGENCIA.

Para poder definir la incontinencia es preciso, - en primer término, tener una idea de lo que es la "continencia", ésta nos la define el Diccionario Enciclopédico Quillet, (37) de la siguiente manera:

"Continencia (del latín continentia). Acción de - contener o contenerse.- Virtud que modera y refrena las pasiones y afectos del ánimo, y hace que viva el hombre con sobriedad y templanza.- Abstinencia de los delitos carnales".

En consecuencia, la incontinencia es el vicio opuesto a la continencia. (38)

5.4. DELITOS CONSIDERADOS DE INCONTINENCIA CARNAL.

A nuestro juicio consideramos que los delitos de incontinencia carnal se encuentran establecidos en el Título décimoquinto del Código Penal del Distrito Federal, co-

(37) Diccionario Enciclopédico Quillet. T. III. Ed. Cumbre. S.A. 10a. Ed. México, 1979. Pág. 37.

(38) Op. cit. T. V. Pág. 143.

rrespondiente a los delitos sexuales, los cuales son: atentados al pudor, estupro y violación. El rapto, aun cuando sobre este delito, puede decirse que el raptor lo haga en forma exclusiva de raptar, pero sin que haya el ánimo de tener relaciones carnales con el o la raptada; el incesto el adulterio y la bigamia.

5.5. DELITOS QUE ENCUADRAN EN LA FRACCION IV.

Aparte de los delitos señalados en el numeral precedente, se puede decir que dentro de la fracción IV del artículo 267 del Código Civil, pueden comprenderse varios delitos, desde robo, homicidio, lesiones, fraude así como ultrajes a la moral pública, corrupción de menores, lenocinio o bien, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio. En todos estos casos, puede inducir el cónyuge provocador, para que lo realice el cónyuge inducido.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

P R I M E R A .- Como hemos visto, el divorcio, a través de los tiempos, y con diferentes modalidades, ha existido; respecto a ello, y en el mejor de los casos, es una experiencia desafortunada, y puede no ser siquiera una solución. No obstante, en sí mismo, el divorcio no es necesariamente ni bueno ni malo. Es tan sólo aquello en que pueden convertirse los seres humanos implicados.

S E G U N D A .- Podemos considerar también, que todo cambio es difícil, y el divorcio, aunque sea también muchas otras cosas, es indudablemente un cambio. La convalecencia, el cambio o pasaje de la enfermedad a la salud es también difícil.

T E R C E R A .- Podemos decir también, y con considerable justificación, que si el matrimonio exige hoy más que en el pasado, los hombres y las mujeres se hallan en cierto sentido menos preparados para ello que en épocas anteriores.

C U A R T A .- Al hombre y a la mujer individuales, el impacto de estas fuerzas históricas se les presenta como algo agudamente personal. La familia, aunque es más reducida y menos vigorosa que en el pasado, se halla sujeta al mismo tiempo a tensiones mucho mayores. Cada uno de sus miembros exige más de todos los restantes. Cada una de las relaciones se hace más intensa; cada insuficiencia, más dolorosa. La familia de hoy les exige a sus miembros adultos mayor ilustración y mayor comprensión mutua como marido y mujer, y hacia los niños como padres.

Q U I N T A .- Por otra parte, debemos partir de la realidad existencial del matrimonio y de la familia, para comprender ambas instituciones dentro del ámbito del derecho, - lo que nos obliga a cambiar de mentalidad y de estructuras en derecho de familia. Conviene incorporar nuevos elementos y aprovechar otros dándole un especial contenido. El hombre es un todo: cuerpo más espíritu igual a hombre. El derecho debe tomar en cuenta a todo el ser humano, en su realidad - compleja, con sus valores espirituales y materiales, y viceversa.

S E X T A .- La familia es un organismo de orden natural, - perteneciente, tanto al dominio de la biología como al de la psicología, o, si se refiere, a la vida afectiva. Por lo mismo, el derecho y la moral juntos difícilmente lograrían mantener la familia, considerada en su esencia, sin la ayuda del sentimiento en el sentido específico del término y, especialmente, del sentimiento del amor.

S E P T I M A .- En el matrimonio y la familia, tampoco se puede omitir el aspecto religioso. La vinculación del derecho con la religión se impone si queremos comprender las relaciones en su totalidad. No es posible desdoblarse al ser humano, considerándolo, por un lado religioso y, por otro - en sus relaciones temporales y civiles.

O C T A V A .- Es de considerarse que la niñez, la familia y la comunidad, son elementos coexistentes en un esquema de desarrollo integral, en cuyos objetivos de bienestar y de esmerada atención, se sustenta la sociedad para lograr un futuro justo. Por lo que debe estar protegida por el derecho.

N O V E N A .- Como lo hemos señalado ya en el cuerpo de este trabajo, dentro de nuestra legislación, existe reglamentado el divorcio, en sus diferentes formas, mismas que ya hemos analizado. Respecto al divorcio existen varios criterios en pro y en contra. Sin el propósito de cuestionar uno y otro criterio, podemos decir, que el divorcio no es bueno ni malo, simplemente es. Por lo mismo, después del rompimiento vincular, lo importante es llevar adecuadamente, por parte de los responsables, el cumplimiento de sus obligaciones con relación a los hijos y sus bienes.

D E C I M A .- En el tratamiento de los conflictos, desavenencias conyugales y principalmente en el divorcio, consideramos que los jueces de lo familiar aunado a las facultades discrecionales que les concede la ley en el tratamiento de dichos conflictos, deben de adquirir una preparación multidisciplinaria e incluso ser asesorados por especialistas, para que sus resoluciones sean lo más adecuadamente reales.

D E C I M A P R I M E R A .- La causal que hemos escogido, como tema principal de este trabajo ha sido de las que menos explicaciones ha tenido por los especialistas. Sin embargo, en la medida de nuestras posibilidades, hemos tratado de allegarle un poco de luz, para hacerla más entendible cuando ésta se invoque como causa de divorcio.

D E C I M A S E G U N D A .- Esta causal que nos ocupa, nos dice que hay un incitador o provocador con respecto a un cónyuge con relación al otro, a efecto de que cometa un delito o haga apología del mismo o de un vicio. Esta situación puede, en el fondo tratarse de una coautoría; es de

cir, tratarse de un responsable principal y un accesorio o cómplice, o bien, de un cónyuge obligado a través de la violencia física o moral a la comisión de un delito, a la apología del mismo o de un vicio. En este caso, el cónyuge incitado no es responsable, y por tanto, inculpable penalmente y, por otro lado, demostrará en la vía civil o familiar el fundamento y eficacia de esa causal.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- Flores Barraqueta Benjamín. Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil. Ed. Porrúa, S. A. 1a. Ed. México, 1960.
- Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Ed. Porrúa, S. A. México, 1979.
- Colín Ambrosio y Capitán H. Curso Elemental de Derecho Civil. 2a. Ed. T. I Instituto Editorial Ruiz, Madrid España - 1941.
- León Mazeaud y Mazeaud Jean. Lecciones de Derecho Civil. 1a. Ed. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Bs. As. Arg. - 1959.
- Rojina Villegas Rafaél. Derecho Civil Mexicano. T. I. Derecho de Familia. Quinta Ed. Ed. Antigua Librería Robredo, S. A. México, 1980.
- Galindo Gardias Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas. Séptima Ed. Ed. Corregina y aumentada y puesta al día. Ed. Porrúa, S. A. 1985.
- Gil de Lester Clementina. El Divorcio: Análisis de Algunas Causales. Dinámica del Derecho. No. 15. Ed. Procuraduría General de la República. México, 1976.
- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, por Joaquín Escriche, Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid. Nueva Ed. T. II, Cárdenas Editor y Distribuidor, Madrid, 1973.
- Montero Duhal Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S. A. México, 1990.
- De Pina Rafael y/o Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa, S. A. México, 1991.
- Gabriel Leyva. Comentario al artículo 143 del Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, S. A. México 1989.
- García Téllez Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. México, 1932.

De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa, S. A. - México, 1973.

Fernández Cantón Alfredo. las Causas Canónicas de la Separación Conyugal. Madrid 1961 Ed. Tecnos.

Chávez Asencio Manuel. La Familia en el Derecho. Ed. Porrúa, S. A. México, 1988.

De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S. A. México, 1978.

Nanni Estela. Atribución del Ejercicio de la Patria Potestad después del Divorcio. Revista del Colegio de Abogados. - Córdoba, Córdoba. Núm. 19. 1984.

Amparo Directo 4029/67. Juan Cantú Villanueva, 3 de Febrero de 1969. Informe del Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1969.

Amparo Directo 4414/72. Leopoldo Molina. 7 de Abril de 1978. (5 votos). Informe 1978, Núm. 108. Pág. 71.

Carranca y Trujillo R. Derecho Penal Mexicano, Parte General T. II Ed. antigua Librería Robredo. México, 1964.

Carranca y Trujillo Raul. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa, S.A. México, 1972.

Diccionario Enciclopédico Quillet. T. III y V. Ed. Cumbre, - S. A. México, 1979.

L E G I S L A C I O N

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. - Porrúa, S. A. México, 1992.

Código Civil del Distrito Federal. Ed. Porrúa, S. A. México, 1992.

Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Ed. - Porrúa, S.A. México, 1992.