

192
24



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
(SEMINARIO DE DERECHO CIVIL)**

"EL MATRIMONIO Y SU DISOLUCION"
Estudio de las Fracciones XII y XVIII del artículo 267,
y del artículo 268, ambos del Código Civil
Vigente para el Distrito Federal

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAUL FELIPE ESQUIVEL MARTINEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F., 1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA.

***A mi madre, LIC. LUZ MARÍA MARTÍNEZ
BELLO DE ESQUIVEL
In Memoriam.***

No tienes idea de cuántas ganas tengo de compartir contigo
más directamente la culminación de esta etapa,
que tú forjaste con tu infinito amor y ejemplo,
de cuán grande es mi necesidad
de sentir el calor de tu abrazo y escuchar tu consejo,
de cuánto desearía poder ver tus ojos y tu sonrisa una vez más
y ofrendarte este trabajo, como el primer fruto de esta semilla
que sembraste un día y que ahora soy yo.
Tu partida dejó un hueco tan grande en mi vida
que nada ni nadie podrá llenar jamás;
pero cuando menos, tengo el consuelo de que estas líneas,
—que, ni con mucho van a poder abarcar en su totalidad
todo el amor que siento por tí
y todo mi agradecimiento por todo lo que me diste—,
van a viajar por los cielos hasta el lugar
donde ahora te encuentras, con la plena seguridad
de que recibirás mi mensaje satisfecha de ver
tu misión cumplida.
Que sea este trabajo, un homenaje a tu esfuerzo
y dedicación, así como la ratificación de mi compromiso
de seguir tu ejemplo y no defraudarte jamás.
En tanto nos encontramos nuevamente,
te envío desde aquí todo mi amor y devoción.

A mi Padre, LIC. RAÚL FELIPE ESQUIVEL PASOS.

Por todo lo que me has dado y que me das,
factores determinantes para la construcción
de lo que ahora soy.

***A mis hermanas, LUZ MARÍA
Y ARCELIA ALEJANDRA.***

Por su inmenso cariño, apoyo, comprensión y,
por sobre todas las cosas, su perenne paciencia.

A mi tío y hermano, LIC. HÉCTOR MARTÍNEZ BELLO.

¿Qué puedo decirte?,
conformas una parte sumamente importante en mi vida.

***A mi tío LUIS ALBERTO ESQUIVEL PASOS
In Memoriam.***

Una locura más en esta larga consecución de locuras que es la vida.
Gracias por tus enseñanzas, que han trascendido en mí
más allá de tu presencia física.

Al Profesor, LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA.

Asesor en este trabajo, y quien me dio su apoyo, consejo, enseñanza
y todas las facilidades para llegar a la culminación de esta etapa.
Con mi más profundo y eterno agradecimiento.

A TÍ.

Hoy, que alimentas las ilusiones de mi vida.

*"...la única prisa es la del corazón,
la única ofensa, es tener testigos..."*
(S. R.)

Al Doctor, DON RAÚL ORTIZ URQUIDI. In Memoriam.

Querido maestro don Raúl:

Tal vez no tuve el orgullo y el honor de conocerlo personalmente, el tiempo me jugó una trastada y no me permitió compartir su presencia física. Sin embargo, su presencia espiritual, a través de la tradición oral por parte de mis padres en un primer momento, y posteriormente a través de su fascinante obra impresa, ha trascendido en mí, ocupando un lugar muy importante dentro de mi iconografía personal.

Su persona y su obra aún hoy, después de tantos años, y muy a pesar de las nuevas corrientes doctrinarias, sobrevive en nosotros, sus discípulos, gracias a su fuerza inspiradora y al ejemplo suyo, que tratamos de seguir cabalmente así como tratamos de hacer trascender sus enseñanzas a las nuevas generaciones, con trabajos como éste. Sirva éste trabajo como un tributo respetuoso y lleno de admiración para usted, quien, estoy totalmente convencido, supo con total magnificencia, practicar la más difícil de las profesiones: la de saber ser hombre.

A TL

v

RECONOCIMIENTO.

¡Qué insondable atractivo emana de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, que cautiva al corazón y entusiasma a la mente, de manera que queda, para siempre, en la memoria de quienes hemos tenido el privilegio de estudiar en ella!. Fueron éstas las palabras que escuché decir a mi padre, don Raúl Felipe Esquivel Pasos, en cierta ocasión en que me habló de sus estudios, como los de mi madre, doña Luz María Martínez Bello (q. e. p. d.), paradigmas de mi vida, quienes también los hicieron en esta casa. Tanto me impresionaron en aquel entonces, que ahora en este trabajo recepcional, memorable acontecimiento de mi existencia, las recreo.

He aprendido, además, que la Facultad de Derecho es, desde las Facultades de Leyes y de Cánones, de las Universidades Novohispanas, hasta nuestros días, la conciencia jurídica de México, de suerte que eso explica la grandeza de los hombres y mujeres que de ella han emanado y que con sus luces y talento han concurrido a formar las instituciones de mi patria.

Sería, por tanto, innumera la lista de los nombres de esos ilustres universitarios; por lo que válgame patentizar mi gratitud perenne en la persona y memoria de tres ilustres desaparecidos que han influido en mi espíritu y vocación al estudio del derecho, como son el señor doctor Don Raúl Ortiz Urquidi, doctora Sara Montero Duhalt y doctor Raúl Cervantes Ahumada.

Haber tenido la satisfacción de formarme en las aulas de la Facultad de Derecho, implica una grave responsabilidad de conciencia y un enorme compromiso con la patria, que habrán de ceñir mi quehacer profesional. A la Universidad Nacional Autónoma de México, a la Facultad de Derecho y a los ilustres universitarios que las constituyen, mi más leal e imperecedero reconocimiento.

INDICE.

DEDICATORIA.	p. II.
RECONOCIMIENTO.	p. VI.
INDICE.	p. VII.
INTRODUCCION.	p. XI.
CAPITULO I.	
RETROSPECCIÓN.	p. 1.
1.- Planteamiento,	p. 2.
2.- La Familia, el Matrimonio	
y el Divorcio en el Derecho Romano,	p. 3.
3.- Matrimonio y Divorcio	
en el Derecho Mexicano:	p. 22.
<i>a).- en el Código Civil de 1870,</i>	p. 22.
<i>b).- en el Código Civil de 1884,</i>	p. 30.
<i>c).- disposiciones reguladoras en materia</i>	
<i>de matrimonio y divorcio en la</i>	
<i>Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917,</i>	p. 37.
4.- Decretos Emitidos por el	
General Venustiano Carranza	
en relación al matrimonio y el Divorcio.	p. 55.

CAPITULO II.
PRESUPUESTO LÓGICO DEL DIVORCIO
(Breves Consideraciones del Matrimonio
en la Legislación Civil Vigente
para el Distrito Federal).

- p. 60.
- 1.- Planteamiento, p. 61.
2.- La Familia, p. 62.
3.- Formas de Constitución de la Familia, p. 65.
4.- Concubinato
(Matrimonio por comportamiento), p. 67.
5.- Matrimonio: p. 76.
 a).- concepto, p. 76.
 b).- naturaleza jurídica, p. 80.
 c).- elementos y requisitos
 para contraer matrimonio, p. 87.
 d).- derechos y obligaciones
 de los cónyuges, p. 99.
 e).- efectos del matrimonio. p. 106.

CAPITULO III.
ASPECTOS DOCTRINALES DEL DIVORCIO
EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE.

- p. 115.
- 1.- Planteamiento, p. 116.
2.- Formas de Terminación del
Vínculo Matrimonial, p. 118.
3.- Divorcio. Su Concepto, p. 120.
4.- Clases de Divorcio, p. 124.
5.- Causas de Divorcio Establecidas en el

Código Sustantivo Civil Vigente,	p. 129.
6.- Efectos Jurídicos del Divorcio.	p. 136

CAPITULO IV.

***LAS FRACCIONES XII Y XVIII
DEL ARTICULO 267, Y EL ARTÍCULO
268, DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL.***

	p. 142.
1.- Planteamiento,	p. 143.
2.- La Causa de Divorcio Establecida en la Fracción XII del Artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal:	p. 144.
<i>a).- elementos,</i>	p. 147.
<i>b).- distinción de la causa de divorcio y la petición de alimentos,</i>	p. 149.
<i>c).- existencia de la presunción de incumplimiento de la obligación alimenticia,</i>	p. 153.
<i>d) imposibilidad para comprobar el cumplimiento de la obligación alimenticia,</i>	p. 161.
3.- La Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal:	p. 166.
<i>a).- elementos,</i>	p. 171.
<i>b).- la causa XVIII vislumbrada como divorcio unilateral,</i>	p. 190.
<i>c).- la fracción XVIII y su problemática procesal,</i>	p. 195.
4.- La Causa Contendida en el Artículo 268	

el Código Civil para el Distrito Federal:	p. 219.
<i>a).- elementos de la causa,</i>	p. 221.
<i>b).- el artículo 268 del Código Civil, contemplado como forma de divorcio por injuria,</i>	p. 223.
<i>c).- la problemática que presenta el artículo 268 en el plano procesal.</i>	p. 227.

CONCLUSIONES. **p. 247.**

BIBLIOGRAFIA. **p. 256.**

INTRODUCCIÓN.

La familia y el matrimonio son, en nuestro concepto, las dos instituciones fundamentales de toda sociedad, pues que ellas constituyen su célula primaria. Es por ello que estos factores sociales han implicado una especial atención para nosotros, toda vez que, de su buen desarrollo y funcionamiento, depende el presente y el futuro de nuestra patria, que en los tiempos actuales tanto necesita de la producción de nuevas generaciones de mexicanos que cimienten su existencia en bases sólidas y perfectamente establecidas, lo que se traduce en una conciencia nacional de solidaridad, armonía y trabajo conjunto, en la construcción de un futuro mejor, que enaltezca nuestras raíces y alumbré al porvenir.

Sin embargo, no podemos soslayar que, al ser tanto la familia como el matrimonio instituciones humanas, éstas, como el hombre, no son perfectas, aunque sí perfectibles, razón por la que su existencia, contienen la posibilidad latente de que el proyecto de vida común que implican, no funcione y por consiguiente fracase, sea por razones de carácter económico, social o incluso espiritual, y de persistir en su vigencia, no sólo no cumpliría con sus finalidades inmanentes, sino que, por el contrario, constituirían un factor altamente nocivo para la sociedad.

Es por ello que, desde sus primeras manifestaciones, el Derecho Familiar dio a luz a la figura antagónica del matrimonio: el divorcio, que se proyectó y se proyecta como el resultado de una necesidad social, es decir, como un mal necesario. El divorcio entonces se concibe por nuestro sistema jurídico como la solución, si no la más deseada, sí la más sensata, por lo que se encuentra prevista como una situación de excepción para los casos en que las uniones matrimoniales, por diversas causas específicamente señaladas en nuestra legislación civil, resulten insostenibles.

Ahora bien, la experiencia foral nos ha permitido percatarnos que aún y cuando el divorcio constituye un caso de

excepción, existen dentro de su regulación jurídica diversas deficiencias, lo que ha dado como resultado que, de manera por demás injustificada, existan contemplados en la ley supuestos generadores de divorcio que, constituyen, virtualmente, puertas fáciles para disolver el vínculo matrimonial, y por consiguiente, esto ha propiciado su abuso desmedido.

Por lo anterior, decidimos efectuar una reflexión respecto de dichas deficiencias legales, que culminó en el presente estudio, que pretende, de la manera más humilde, pero mejor intencionada, colaborar en el mejoramiento de nuestro sistema jurídico, mediante el tratamiento concreto de estos puntos de controversia, exponiendo su problemática y planteando alternativas de solución.

Consideramos que, para poder abordar con la debida propiedad las causa de divorcio en que se centra nuestro trabajo, era necesario realizar un acto de inducción, de manera que primeramente, presentamos un breve panorama de la familia y del presupuesto lógico del divorcio —el matrimonio—, así como los aspectos genéricos del divorcio mismo, temas manejados desde su perspectiva histórica y su regulación vigente, tratando que de esta forma, el lector pueda partir de una base más concreta y estructurada, que le permita comprender en toda su magnitud la problemática que aquí se plantea.

Así pues, cabe mencionar que para la elaboración de este trabajo, se tomaron como métodos de investigación, la búsqueda de datos y referencias bibliográficas, con el fin de presentar las consideraciones doctrinales que nos parecieron más relevantes, sobre los diferente tópicos que abordamos, con lo que nos fue posible, además, partir de estos para establecer criterios propios sustentados en dichas consideraciones. Por otro lado, también se realizó una investigación de campo, en la que tuvimos la oportunidad de allegarnos de ejemplos claros y prácticos respecto de nuestro tema, lo que apoyó nuestra fundamentación y abrió, igualmente, nuevos planteamientos que enriquecieron nuestros

planteamientos, constituyendo lo anterior, el fundamento material de nuestras apreciaciones.

En este orden de ideas, queda a su consideración este trabajo que tiene por objetivos, dos cosas: en primer lugar, uno de carácter científico, consistente en establecer, de manera clara y concreta, la urgente necesidad de modificar el texto legal, permitiendo de esta manera que sean salvadas las deficiencias y lagunas existentes en torno a la regulación del divorcio y, en consecuencia, se proteja y resguarde la integridad y el buen desarrollo tanto de la familia como del matrimonio, de la manera más saludable posible.

Finalmente, nuestro segundo objetivo es más personal: configura el anhelo de que este breve estudio, logre transmitir a quien lo examine, la profunda preocupación que representa para nosotros la regulación actual de algunas de las causas de divorcio de nuestro Código Civil, pretendimos —y esperamos haberlo conseguido—, realizar un trabajo que en una forma clara, amena y concreta, conformara un principio de convicción que pudiera generar las opiniones más variadas, así como nuevas opciones de transformación para nuestra legislación familiar.

Si después de la lectura del presente trabajo, surge una opinión, sea a favor o en contra; si cualquiera de los temas expuestos sirve de base para la construcción de nuevos estudios que lleven a la aportación de nuevas alternativas de solución que vayan más allá de las aquí presentadas, entonces, nuestro objetivo se habrá cumplido.

México, Distrito Federal, 1997.
Raúl Felipe Esquivel Martínez.

CAPITULO I.
RETROSPECCIÓN.

CAPITULO I. RETROSPECCIÓN.

Sumario: 1.- Planteamiento, 2.- La Familia, el Matrimonio y el Divorcio en el Derecho Romano, 3.- Matrimonio y Divorcio en el Derecho Mexicano: a).- en el Código Civil de 1870, b).- en el Código Civil de 1884, c).- disposiciones reguladoras en materia de matrimonio y divorcio en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, 4.- Decretos Emitidos por el General Venustiano Carranza en relación al matrimonio y el Divorcio.

1.- Planteamiento.

Antes de comenzar a analizar con detenimiento los artículos 267, en sus fracciones XII y XVIII, y 268, del Código Civil para el Distrito Federal, materia de este estudio, siempre es pertinente presentar una visión retrospectiva sobre ésta, con el fin de ubicarla en el marco general que le corresponde, lo que hacemos en el presente capítulo.

Instituciones jurídicas como la familia, el matrimonio y el divorcio han trascendido, a través del tiempo, por la fuerza que cada una de ellas tiene, toda vez que se trata de figuras que representan la célula primordial de la sociedad (como lo es la familia), su institucionalización (el matrimonio) y finalmente, su disolución, que son, desde una perspectiva sociológica, productos sociales y, por el impacto que producen en la sociedad, también factores sociales. Así las cosas, encontramos estas tres figuras desde épocas remotas, revistiendo en cada una de ellas características especiales que las han distinguido y diferenciado de una etapa a otra; pero por otro lado, presentan otras características esenciales que permanecen, por su relevancia, perennes en toda sociedad e incluso hasta nuestros días, gozando de un reconocimiento de carácter universal. Dada la extensión temporal de los tópicos, nos constreñiremos al Derecho Romano y al Derecho de

nuestro país, sin que ello signifique carencia de la importancia que tiene su evolución en el Derecho europeo y su influencia en el ambiente jurídico de México, sino tan sólo que el espacio de este trabajo recepcional no permite que los incluyamos.

Por lo que se refiere al Derecho Mexicano del matrimonio y del divorcio, nos habremos de referir a sus manifestaciones más importantes de los últimos tiempos y que han determinado directamente la regulación de las figuras en cuestión de nuestros días. Dicho lo anterior, procedemos entonces al desarrollo de este capítulo.

2.- La Familia, el Matrimonio y el Divorcio en el Derecho Romano.

El Derecho Romano, como quedó establecido en el planteamiento de este capítulo, puede considerarse como el antecedente más antiguo e importante para el Sistema Jurídico Mexicano, puesto que él ha constituido la base fundamental sobre la cual el grueso de las culturas occidentales han partido para la elaboración de sus propios sistemas jurídicos y, a mayor abundamiento, ha ejercido relevante influencia en lo que diversos autores han tenido a bien denominar la Tradición Jurídica Romano-Canónica¹, a la cual pertenece el Sistema Jurídico Mexicano.

En este orden de ideas, encontramos como institución fundamental y celular de la sociedad romana a la *domus*, es decir la familia, de donde resaltan dos aspectos característicos, a saber: la figura del *paterfamilias*^{*} y la *manus potesta*. El *paterfamilias* era un monarca doméstico que ejerce un vasto poder sobre sus hijos, nietos, esposa, nuera, esclavos y clientes² y poseía sobre estos el *ius vitae*

¹ MERRY MAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980. p. 57.

^{*} Esta expresión es un arcaísmo latino subsistente, pues en la Roma clásica se usaba *paterfamiliae*.

² MARGADANT S., Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano*. Editorial Esfinge, S.A., México, 16ª edición 1989. p. 22.

*necisque*² y, además, era quien presidía el culto del hogar. La *manus potesta* consistía en el “poder unitario”³ que asistía al *paterfamilias*.

Como nos es posible apreciar, en la sociedad romana prevalece un carácter plenamente patriarcal, puesto que quien regía y representaba a la *domus* frente a los demás y se constituía como el eje alrededor del cual giraban todas las relaciones familiares y era considerado, a su vez, como la autoridad máxima dentro de su núcleo, era precisamente el *paterfamilias*. En este orden de ideas encontramos, por otro lado, el papel que desempeñaba la mujer, que era un elemento más de la familia, sujeto a la voluntad absoluta del *paterfamilias* y, por consiguiente, tenía un papel secundario dentro del núcleo familiar.

De lo anterior podemos concluir que la *domus* o familia romana era el conjunto de personas libres⁴ que se encuentran vinculadas entre sí por virtud de una potestad que sobre estas recae. Este concepto nos lleva nuevamente a contemplar otra figura inherente a la familia y que surge con motivo del vínculo de las personas que conforma la familia: el parentesco. En un primer momento, el Derecho Romano reconocía exclusivamente el parentesco a partir de la línea paterna, es decir, por las personas que se encontraban sujetas a la potestad del *paterfamilias*; sin embargo, con el paso del tiempo esta idea se fue modificando, concediéndole al vínculo sanguíneo mayor importancia, mediante el cual se consideraban parientes, por virtud de la descendencia de un tronco común, sea por línea paterna —conocida como *agnación*— o bien por línea materna —conocida como *cognación*—.

Ahora bien, de todo lo anterior podemos establecer una idea un poco más clara de la *domus* o familia romana, definiéndola como ese grupo de personas libres que se encuentran vinculadas entre sí en virtud de un sometimiento de éstas a la potestad de una misma persona.

² Derecho sobre la vida y la muerte.

³ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1984. p. 549.

⁴ JORS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*, Versión en Castellano de L. Prieto, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1965. p. 90.

Es pertinente señalar que el hecho de que estas personas que conforman el núcleo familiar se encuentren sujetas a la potestad del *paterfamilias*, no conlleva necesariamente que todas ellas se encuentren relacionadas por un parentesco, como es el caso de la esposa, la cual pasa de una familia a la otra en el momento de contraer nupcias, pasando a ser parte de la nueva familia del esposo y, en muchos casos, desligándose totalmente de la familia de la cual proviene. Esto, por consiguiente, nos lleva directamente a un breve estudio de las tres figuras contempladas por el Derecho Romano y que implican el ingreso de una persona a una nueva familia. Estas formas, a las que a continuación nos referimos son: a) el nacimiento, b) la adopción; y c) el matrimonio.

a) El Nacimiento:

El nacimiento era la forma idónea para el ingreso a la familia, ya que se derivaba de un acto de la naturaleza, dando como resultado la satisfacción de un concepto muy importante para la sociedad romana: la descendencia, la continuación de la estirpe, que se presentaba como garante de la continuidad del culto de los dioses domésticos.

El ingreso de un nuevo ser a la familia por medio del nacimiento estaba sujeto a reglas muy estrictas, como lo era el hecho de que tal nacimiento se diera dentro de un matrimonio legal, es decir, que el nacimiento se diera después de transcurridos ciento ochenta y dos días a partir de la celebración del matrimonio, o bien, dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, lo que nos demuestra una vez más el espíritu protector de la familia y la sociedad romana, a través de esta disposición, que servía como instrumento para dicho propósito. Si se nacía dentro de este lapso, se le

denominaba *iustus*. Dentro de esta forma de ingreso a la familia, existía también otra figura muy ligada al nacimiento y que era el reconocimiento, que solamente tenía lugar en los casos de que el nacimiento se diese con anterioridad al término de los ciento ochenta y dos días a partir de la celebración del matrimonio; más no sucedía lo mismo con los menores que nacían después de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio.

En este orden de ideas, los efectos que producía el nacimiento, podemos señalar, en principio, que solamente daba lugar al surgimiento del parentesco conocido como *agnación* y que, como quedó asentado con antelación, consistía en el parentesco que se produce por la descendencia de determinado *paterfamilias*, o sea, el parentesco por virtud de la línea paterna. Sin embargo, el paso del tiempo fue produciendo una transformación evolutiva de la sociedad romana, reconociendo entonces tanto la sociedad cuanto el derecho otro tipo de parentesco producto del nacimiento: la *cognación*, consistente en el parentesco que se daba mediante la línea materna, sin importar entonces el ascendiente masculino de manera privativa, sino que se aceptaba ya también el vínculo de carácter consanguíneo que, en un momento dado, incluía a los descendientes tanto del padre como de la madre, para que estos fuesen considerados como pertenecientes a un mismo tronco común.

b) La Adopción:

La figura de la adopción en el Derecho Romano revestía una importancia que en la actualidad lamentablemente se ha perdido, que era precisamente el

asegurar la descendencia y la continuación, con ello, de la estirpe, así como la garantía de continuar con el culto doméstico, lo que era un aspecto fundamental en la vida y el pensamiento romanos, ya fuera por cuestiones de carácter político o ya fuera por razones de carácter religioso. Por lo tanto difiere con el significado que se le da a esta figura en nuestros días, que está relacionado exclusivamente con motivos e intereses de carácter netamente personal. Así las cosas, la adopción en el Derecho Romano era, además de una forma de ingresar a la familia, una forma de garantizar la subsistencia de ésta.

Roma reconocía dos formas de adopción, a saber: *la adrogatio*, es decir, la adopción que se realizaba cuando el adoptado era una persona *sui iuris* —no sometido a potestad alguna—, y la *adoptio* propiamente, o sea, aquélla que se celebraba cuando el adoptado era un *filius*, es decir, que se encontraba sujeto a la potestad de un determinado *paterfamilias* y, por consiguiente, pertenecía a una familia, de la cual habría de salir, como efecto de la *adoptio*.

I) La Adrogatio: Para los historiadores, la *adrogatio* es la forma especial de adopción que estableció el Derecho Romano, mediante la cual las personas que se encontraban bajo la potestad del ahora *adrogado*, ingresaban a la familia del *adrogante*. A este respecto escribe Manuel F. Chávez Ascencio, lo siguiente:

La *adrogatio* "...suponía la extinción de la familia del *adrogado*, que pasaba con todos sus descendientes y bienes a la familia del *adrogante*; traía consigo la extinción de los cultos domésticos

correspondientes a la familia que propiamente se fusionaba, y que se incorporaba al *adrogante* también los bienes de la familia del *adrogado*⁵.

De lo anterior podemos concluir que la *adrogatio* consistía en la absorción de una familia por otra, toda vez que tanto el *adrogado*, como toda su descendencia, así como todos sus bienes, pasaban al *adrogante*, es decir a familia diversa de la que provenían.

Esta figura presentaba formalidades muy especiales, puesto que con ella se trataba de proteger a la familia de su extinción, por lo que era considerada de interés general, o por decirlo en otro giro, de derecho público, puesto que se trataba de la extinción de una familia para asegurar la existencia de otra, significando esto que al extinguirse la familia del *adrogado*, se extinguía también el culto a los dioses de ésta, constituyendo una circunstancia por demás delicada para el pensamiento de la sociedad romana de esa época, puesto que para ella, las divinidades más relevantes en su vida, fueron las familiares, conocidas como *dioses manes* o almas de los antepasados. Por ello, el procedimiento a seguir para la celebración de la *adrogatio* era sumamente estricto y delicado, con una rígida reglamentación que establecía que únicamente podía darse esta figura en Roma propiamente y no así en las provincias, y además, se trataba de un acto en el que tomaba parte el Colegio Pontifical, que examinaba la petición y emitía una decisión basada en un acuerdo surgido de la Asamblea Popular. Para que fuera declarada la

⁵ *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Editorial Porrúa S.A., 2ª edición México, 1992. p. 193.

procedencia de la *adrogatio*, se analizaban detalladamente las circunstancias particulares que daban lugar a la petición y, de esta manera, el pedimento podía ser aceptado o rechazado en el caso de que el *adrogante* contara con descendientes o estuviera en posibilidad de tenerlos, puesto que, al tener la *adrogatio* como objeto, la conservación a través del tiempo de la familia del *adrogante*, si existían hijos o la posibilidad de procrearlos, no había razón alguna para desaparecer a la familia del *adrogado*, aunque resulta pertinente puntualizar que las mujeres quedaban excluidas de la posibilidad de ser adrogadas, por tratarse, como lo dijimos desde un principio, de un sistema eminentemente patriarcal y, por consiguiente, el hecho de que ingresaran a una nueva familia, no significaba nada para la continuación de la estirpe. Igualmente y por razones obvias, quedaban excluidos los incapacitados.

II) La Adoptio: Esta otra forma de adopción, consistía en la incorporación de un *filius*, que se encontraba bajo la potestad de un *paterfamilias* y por consiguiente, habiendo pertenecido a una familia determinada, ingresaba a una nueva: la del adoptante. Esta forma de adopción ya es más moderna y el procedimiento necesario para su celebración era menos estricto y presentaba menos formalidades, toda vez que en esta figura no se afectaba propiamente el interés general, puesto que no se daba una desaparición de la familia de la que proviene el adoptado, sino que ésta continuaba existiendo y lo único que sucedía era que el adoptado pasaba de la potestad de un *paterfamilias* a la de otro.

La celebración de la *adoptio* se realizaba a través de la simulación consecutiva de una venta por tres ocasiones, que efectuaba el *paterfamilias* de su *filius* al adoptante, fundando dichos actos en un texto plasmado en la Ley de las XII Tablas, que proclamaba la libertad del hijo vendido por tres ocasiones consecutivas, perdiendo, de esta manera, el padre natural la *patria potestas* en favor del adoptante.

Así las cosas, el Derecho Romano establecía una serie de requisitos para que se llevara a cabo la adopción, ya sea por virtud de la *adrogatio* o de la *adoptio*, además de una serie de efectos que surtían como resultado de éstas y que son las siguientes:

1).- El adoptante debía ser de mayor edad que el adoptado. Cuando se trataba de la *adrogatio*, el *adrogante* debía tener sesenta años. Con Justiniano se estableció la diferencia de edad en dieciocho años al tratarse de la *adoptio*, por considerar que debía tratarse plena *pubertas* la mencionada diferencia de edad.

2).- El adoptante tenía que ser capaz de ejercer la *patria potestas* sobre el adoptado, razón por la cual solamente podían ser adoptantes las personas *sui iuris*.

3).- En el caso de la *adrogatio*, era fundamental la manifestación expresa del consentimiento del adrogado para ser adoptado. Entratándose de la *adoptio*,

bastaba con que no existiera manifestación en contrario.

4).- La adopción en la sociedad romana, se fundaba básicamente en una imitación de la naturaleza, razón por la cual solamente eran susceptibles de adoptar quienes eran capaces de engendrar hijos, quedando excluidos los eunucos y los impúberes. Sin embargo, no se encontraban excluidos los impotentes de la posibilidad de adoptar, puesto que se consideraba que si no les era posible procrear, ello se debía a un problema que podía cesar por acción de la naturaleza.

5).- Estaba impedido para adoptar quien contara con hijos legítimos o naturales, toda vez que la esencia misma de la figura en cuestión era la de proteger y asegurar la continuidad de la familia, al existir hijos, no había razón para la adopción. Cuando se trataba de hijos naturales, lo que operaba respecto a ellos era la figura de la legitimación por el subsecuente matrimonio, la cual, durante el periodo de Justiniano, fue suprimida y vuelta a implantar por dicho emperador.

c) El Matrimonio:

Al abordar el párrafo en comentario, nos referiremos al matrimonio como una figura más que implicaba el ingreso de una persona a un nuevo núcleo familiar, esto dejando aclarado que, al tratarse el

matrimonio, como una de las tres instituciones en que se centra el presente numeral, más adelante se hará una exposición más detallada de esta institución, con el fin de concretar el concepto y alcance exacto del matrimonio.

La figura jurídica del matrimonio da lugar a que una persona “extraña” se integre a una “nueva familia” y tuvo, tanto en el Derecho como en la sociedad romana, un lugar muy destacado, ya que era considerado como la semilla de lo que a la postre constituiría el núcleo familiar. Por virtud de la celebración del matrimonio, la mujer ingresaba a la *domus* del marido, creándose así un nuevo parentesco en razón de la línea paterna, en otras palabras, la mujer abandonaba y jurídicamente se desligaba totalmente de su antigua familia, para ingresar a una nueva —la del marido—. Es pertinente señalar, antes de continuar con el análisis del matrimonio romano, que el Derecho Romano reconocía diversas clases de matrimonio y que no todas ellas contemplaban la situación del total desligamiento de la mujer con respecto de su familia primera, sino que esto se suscitaba exclusivamente en el matrimonio celebrado *in manus*.

Como podemos observar, el matrimonio romano puede ser concebido como una vía de ingreso a un nuevo núcleo familiar, que destaca porque, al ser celebrado *in manus*, era privativo de la mujer, puesto que es ésta precisamente quien ingresaba a la familia del marido. El Derecho Romano fundaba esta idea en los conceptos de *paterfamilias* y de *agnación*.

Una vez que hemos dado, grosso modo, las características fundamentales de la familia y sus consecuencias inmediatas para el Derecho Romano, como lo es el parentesco, y que, por otra parte, han

quedado, establecidas en las figuras del nacimiento, la adopción y el matrimonio, como formas de ingresar al núcleo familiar, ya nos es factible establecer un concepto más preciso de tan relevante figura. En este orden de ideas, podemos decir que familia romana es un grupo de personas libres que, en virtud de su sometimiento a una potestad, se encuentran vinculados entre sí.

Ahora bien, decimos que se trata de un grupo de personas libres, puesto que debemos diferenciarlas del concepto de esclavo, que se encontraba vigente en la Roma antigua, toda vez que, aún y cuando las personas libres se encontraban sometidas a la potestad de un *paterfamilias* —limitando en ciertas circunstancias su capacidad individual—, es verdad que éstas, al ser reconocidas como miembros integrantes de una familia, adquirían y se les reconocían una serie de prerrogativas dentro de las cuales estaba, incluso, la posibilidad de independizarse. En contraposición, la situación del esclavo, que igualmente se encontraba sometido al poder del *paterfamilias*, no era considerado como persona sino como cosa* y, por dicha razón, carecía absolutamente de cualquier derecho ciudadano, es decir, carecía de capacidad jurídica y, en la mayoría de los casos, no existía entre el esclavo y el *paterfamilias* ningún vínculo de parentesco, ya sea consanguíneo o por afinidad.

Por otro lado hemos establecido, en nuestro concepto, la idea de un vínculo entre personas libres, precisamente porque, implica el reconocimiento que tanto el Derecho como la sociedad le conceden a la figura del *paterfamilias*, como elemento primordial dentro del núcleo familiar. En efecto, esto se debe al carácter patriarcal que reinaba en la Roma antigua, determinado por la *agnación*, y finalmente, porque se vislumbraba, en el *paterfamilias*, el punto de atracción y cohesión del núcleo familiar y, por ende, el reconocimiento de la existencia evidenciada de su potestad, permaneciendo unidos,

* Carlos Cossio, jurista argentino, no está de acuerdo en la idea de que el esclavo carecía de personalidad jurídica por ser considerado cosa, pues que estima que la esclavitud no implica un problema de personalidad sino de libertad.

gracias a ella, los miembros de la mencionada familia, esto significa, por otro lado, que el matrimonio romano era, en el fondo, un sistema establecido de autoridad.

De esta manera hemos adquirido una visión general de lo que, para el Derecho Romano, era la familia, asentando su naturaleza patriarcal, sus características y su importancia como célula misma de la sociedad, así como las formas que implicaban la integración de nuevos miembros a la familia. Una vez que ha quedado establecido lo anterior, ya nos es posible introducirnos más a fondo de la figura del matrimonio. En esta perspectiva, al contar con una visión de las ideas y principios de la época en cuestión, procederemos al estudio del matrimonio.

El matrimonio, o *Iustae Nuptiae*, en Roma, era considerado propiamente una situación jurídica y no como acto jurídico, puesto que en aquellos días no existía la construcción sistematizada del esquema del acto jurídico que conocemos hoy, cuyas doctrinas y teorías surgieron en la modernidad, es decir, después de la Revolución Francesa de 1789. A virtud de dichas doctrinas y teorías se determinaron elementos de validez y existencia con sus respectivas características. Así las cosas, al referirnos al matrimonio como una situación jurídica, queremos dar a entenderlo como la concreción del derecho objetivo en un acontecimiento que cumple con una serie de requisitos y que, por consiguiente, se derivan de éste diversas consecuencias jurídicas —derechos y obligaciones—, contempladas y reguladas por el Derecho Romano.

Ahora bien, en lo que a formalidades se refiere, podemos decir que en un primer momento, no existía formalidad alguna para la celebración del matrimonio. Se trataba de uniones de hecho, que no eran celebradas en forma jurídica; sin embargo, con la llegada del Cristianismo y su filtración en la sociedad romana, se comenzó a tomar la idea del matrimonio como un sacramento y se empieza a organizar su celebración de una manera más rígida⁶, y como prueba de la

⁶ MARGADANT S., Guillermo Floris. Op. cit. p. 207.

afectio maritalis, era necesaria la bendición de un sacerdote que presidía el acto.

Por otro lado surge la pregunta de cuáles eran los requisitos que se establecían, en esa época, para la celebración del matrimonio y que no se tratara de una simple y llana unión de personas. En respuesta a esta cuestión podemos enumerar los requisitos que enseña el doctor Guillermo Floris Margadant, a saber⁷:

a).- **Que los cónyuges tuvieran el *connubium***^{*}, lo que significaba, en un principio, que ambas personas debían ser de origen patricio, pero posteriormente significó que debía tratarse de personas de nacionalidad romana o que pertenecieran a pueblos que hubiesen recibido de las autoridades romanas el mencionado privilegio del *connubium*.

b).- **Que fueran sexualmente capaces**, es decir, que el hombre tuviera cuando menos catorce años y la mujer doce. De esta manera, el eunuco quedaba excluido de la posibilidad del matrimonio.

c).- **Que tanto los cónyuges como sus *paterfamilias*, hubieran otorgado un consentimiento para la celebración del matrimonio y que éste adoleciera de vicios**, esto es, que el matrimonio no se encontrara afectado de error, dolo, intimidación, etcétera.

d).- **Que los cónyuges no tuvieran otros lazos matrimoniales**, lo cual se explica por la tradición predominantemente monogámica de la Roma antigua y por la necesidad de mantener incólume el culto de la *domus*.

⁷ Idem. pp. 208-209.

* Era el derecho de casarse, con todas las consecuencias del Derecho Civil.

e).- Que no existiera un parentesco consanguíneo dentro de ciertos grados. El límite permitido en el parentesco colateral varió entre el tercer y el cuarto grado.

f).- Que no mediara entre los cónyuges una diferencia de carácter social. Para la celebración del matrimonio era necesaria cierta similitud educativa y de intereses.

g).- Que la mujer viuda dejara pasar un determinado lapso para evitar la *turbatio sanguinis*.*

h).- Que no existiera una relación tutelar entre los cónyuges, salvo después de dar por terminada la tutela entre ellos y que se rindieran las respectivas cuentas, sólo de esta manera era posible la celebración del matrimonio.

i).- Además se encontraban de manera dispersa, otros requisitos de carácter negativo, como son la imposibilidad de la celebración del matrimonio entre adúltero y amante, entre raptor y raptada, personas que hubieran hecho voto de castidad, entre gobernador y mujer de su provincia, así como la imposibilidad del soldado para contraer matrimonio, toda vez que no se concedía *patria potestad* a las personas que, por su actividad, debían conservar una libertad de movimiento.

De lo anterior podemos señalar las siguientes características del matrimonio en Roma:

* Se refería al nacimiento de un hijo, del cual no se tenía la seguridad si era del marido fallecido o del nuevo esposo.

D).- Era monogámico: La Ley Romana no autorizaba el doble vínculo, por lo que el anterior matrimonio era causa de impedimento para el posterior.

II).- No estaba sujeto a ninguna modalidad o condición por parte de los cónyuges o de terceros: Se trataba de una institución que tenía gran importancia para el Estado, su sistema jurídico y sociedad romanos.

III).- Era tendente a una comunidad perpetua: El matrimonio en Roma revistiera una trascendental connotación social y en consecuencia se pretendía que éste tuviera permanencia dentro de la sociedad, pues ello suponía la vocación romana por la perpetuidad del culto familiar.

IV).- En algunos casos, la mujer ingresaba por virtud del matrimonio, a la familia del cónyuge: Esta situación sólo se daba cuando el matrimonio era celebrado bajo *conventio in manum*.

En cuanto a los efectos jurídicos que surgían por virtud del matrimonio, estos eran los siguientes:

1).- La fidelidad de los cónyuges: Existía mayor rigidez en este aspecto para la mujer, ya que por su infidelidad se introducía sangre extraña a la familia, además de que este hecho, indefectiblemente, constituía un delito público. En contraposición a lo anterior, la infidelidad del marido no constituía causa de divorcio, siempre que ésta no se efectuara dentro del domicilio conyugal.

2).- La esposa tenía el derecho y la obligación de vivir con el marido: El esposo estaría en posibilidad de

reclamar, en toda época, la reincorporación de su esposa si ésta se quedaba en domicilio ajeno.

3).- Los cónyuges tenían la obligación de suministrarse los alimentos: Estos se determinaban en la medida de las posibilidades de quien los debe y las necesidades de quien los pide.

4).- Los hijos nacidos por virtud del matrimonio caían bajo la *patria potestad* de su progenitor: La única excepción permisible era cuando se trataba de un *peregrino*^{*} y un *connubium*.

5).- Los hijos del matrimonio seguían la condición social del padre.

6).- Los cónyuges estaban impedidos para hacerse donaciones: Se procuraba con esta medida, que ninguno de los cónyuges "...se privara de sus bienes por mutuo amor..."⁸.

7).- Se prohibía a la mujer ser fiadora de su marido: Esta disposición se dio durante el período de Augusto y posteriormente fue ampliada con Velejano, prohibiendo así toda fianza ofrecida por la mujer con el fin de garantizar obligaciones, tanto de su esposo como de un tercero.

8).- Los cónyuges estaban impedidos para ejercer acción por robo en contra del otro.

^{*} Persona que adolecía de la ciudadanía romana pero tenía el derecho de vivir en Roma y acudir al magistrado romano para dirimir sus controversias.

⁸ MARGADANT S., Guillermo Floris. Op. cit. p. 210.

9).- Los cónyuges tenían la *Beneficium Competentiae*: Esto es que en materia civil, la condena que obtuviera un cónyuge contra el otro, no podía excederse de las posibilidades de la parte que fuera vencida en juicio. Así las cosas, la condena podía privar de los bienes suntuarios*, más debía conservarse la cantidad mínima de bienes para que éste pudiera subsistir acorde a su rango social.

10).- En caso de quiebra, existía la presunción de que los bienes de la mujer adquiridos durante el matrimonio, procedían del marido y por consiguiente, ingresan a la masa de la quiebra: En el caso de adquisiciones hechas por ésta con ingresos propios, era a ella a quien correspondía la probanza.

11).- La viuda pobre tenía derechos, aunque limitados, en la sucesión del marido, cuando éste moría intestado, y

12).- La existencia de la *Adfinitas** de uno de los cónyuges, ya sea con el suegro o la suegra, constituía un impedimento para el matrimonio con éstos, una vez que hubiera quedado disuelto el matrimonio del que surgió este parentesco.

Finalmente, en el rubro dedicado al matrimonio, sólo nos falta establecer cuáles son las causas de la extinción del vínculo matrimonial, que en el derecho romano eran dos, a saber: la muerte de uno de los cónyuges —en razón por demás lógica— y el *repudium*, es decir, el divorcio. A lado de éste, tenemos la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, que también configura

* Constituye el menaje de casa (muebles, artículos decorativos, etc.).

* Parentesco entre el cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro.

divorcio. Así, pues, hemos llegado a la última figura que contempla el presente apartado de este capítulo y, en seguida, procederemos a su análisis.

El divorcio es una forma de disolución del vínculo matrimonial y tuvo gran importancia en el mundo romano, toda vez que el matrimonio era considerado eminentemente disoluble⁹. Genéricamente hablando, el divorcio era considerado como la forma más práctica de solucionar el problema que se presentaba en un matrimonio ante la ausencia de la *afectio maritalis*, pues los romanos consideraban que no había razón alguna para mantener vigente el matrimonio cuando alguno de los cónyuges perdía el deseo de permanecer conformando una comunidad perpetua, como es el matrimonio. Además, al ser el divorcio una situación precedida de un acto que no revestía mayor formalidad —el matrimonio—, tampoco requería una formalidad especial. Incluso, en su época, el emperador Augusto concibió al divorcio como una forma de llevar a cabo su política de fomentar las uniones fértiles que dieran nuevos hijos a la patria, sin que ello haya implicado grandes medidas para reglamentarlo, por lo que se limitó a establecer ciertas modalidades formales al acto del repudio, como es la presencia de siete testigos.

Durante el período de la decadencia romana, encontramos que el divorcio es un acto que se da frecuentemente y no es sino hasta la llegada del Cristianismo, que se lleva a cabo “una fuerte reacción contra la libre facultad de disolver el matrimonio, aunque sin llegar a negar validez al divorcio”¹⁰. Dentro de la sociedad romana siempre se hicieron patentes grupos de personas que se oponían a la figura del divorcio, por considerar que al ser disoluble el matrimonio, se estaba atentando en contra de la idea de que éste era una comunidad perpetua, es decir, con el fin de perpetuar la especie. El divorcio, en este orden de ideas, se presentaba ante sus opositores como un peligro para sus

⁹ JORS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. Op. cit. p. 399.

¹⁰ IGLESIAS, Juan. Op. Cit. p. 578.

principios. Sin embargo, se hizo patente en la sociedad romana aún y con las severas críticas de sus detractores.

Por su parte, Juan Iglesias¹¹ expone cuatro clases del divorcio en la era Justiniana, quien al respecto escribe:

a).- *Divortium ex iusta causae*, esto es, motivado por una culpa de la otra parte, en cuanto reconocida por la ley. Son *iustas causae*: 1.- la maquinación o conjura contra el emperador, o también su ocultación; 2.- el adulterio declarado de la mujer; 3.- las malas costumbres de la mujer; 4.- el alejamiento de la casa del marido; 5.- las insidias al otro cónyuge; 6.- la falsa acusación de adulterio por parte del marido; 7.- el lenocinio intentado por el marido; 8.- el comercio asiduo del marido con otra mujer, dentro o fuera de la casa conyugal.

b).- *Divortium sine causae*, cuando se produce como acto unilateral no justificado por la ley.

c).- *Divortium communi consensu*, es decir, por el simple acuerdo común.

d).- *Divortium bona gratia* o divorcio fundado, en una causa no proveniente de culpa del otro cónyuge: impotencia incurable, voto de castidad, cautividad de guerra..

Finalmente, cabe señalar, que entratándose del *divortium ex iustae cause*, el cónyuge culpable perdía la dote, las donaciones nupciales o, en su caso, a falta de éstas, se le condenaba a la pérdida de una cuarta parte de los bienes que poseyera. Así las cosas, hemos ya hecho un pequeño recorrido por el universo romano y asentado las notas primordiales de las figuras anteriormente presentadas.

¹¹ Idem. pag. 579.

3.- Matrimonio y Divorcio en el Derecho Mexicano.

a) en el Código Civil de 1870.

Por virtud del decreto de fecha trece de diciembre de 1870, expedido por el entonces Presidente de la República, licenciado Benito Juárez, fue promulgado el primer Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, el cual comenzó su vigencia el primero de marzo de 1871. Este Código tiene como antecedente directo un proyecto realizado por el doctor Justo Sierra, entre 1859 y 1861. Dicho código “fue uno de los más avanzados... de su tiempo y por su sistema y claridad de expresión, es uno de los cuerpos mejor redactados”¹², el cual consta de 4126 artículos, divididos en cuatro libros que versan sobre las personas, los bienes, los contratos y las sucesiones, respectivamente. Es en el Título Quinto del Libro Primero —referente a las personas—, donde se encuentran contenidas las disposiciones que reglamentan al matrimonio.

Así las cosas, encontramos como primera disposición de este código, en relación a la figura del matrimonio, que el artículo 159 establece una definición, concebida de la siguiente manera:

La sociedad legítima de un sólo hombre y una sólo mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Al analizar el concepto que consagra este cuerpo legal, encontramos que se refiere, primeramente, a la naturaleza jurídica que dicho código reconoce del matrimonio y que es la de una sociedad legítima. Tal concepto, hace patente el interés por parte del Estado, en proteger y velar por la conservación y preservación del matrimonio. Al elevar el legislador, a esta categoría al matrimonio, descarta la idea de

¹² GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S.A., 12ª edición, México, 1993, p. 107.

que dicha figura pueda tratarse de un simple y llano ayuntamiento entre hombre y mujer, para considerarla, de manera privativa, como una comunidad de dos personas de sexos diversos, fundada en el amor y con el objetivo primordial de proyectarse hacia el futuro mediante la constitución de la familia.

Posteriormente se habla del vínculo que surge por virtud de esa unión de hombre y mujer, que para este código resulta indisoluble, toda vez que se considera que al celebrarse el matrimonio y conformarse la unión legítima, los cónyuges permanecen unidos hasta el fallecimiento de alguno de ellos.

Para tener una idea más clara de lo que se comenta, se hace necesario situarnos en el ambiente que se vivía en el México de finales del siglo XIX, cuando esta disposición era vigente. La sociedad, en ésta época, se encontraba por demás influenciada por la doctrina católica —cuya iglesia recientemente había sido separada del Estado—, y se basaba en la unidad misma de la familia, puesto que se vislumbra al matrimonio como una unión no susceptible de disolución por voluntad de los cónyuges o de uno sólo de estos, puesto que lo contrario constituiría un verdadero atentado en contra de la integridad de la familia y, por consiguiente, de la sociedad misma. En este orden de ideas, al establecer el legislador la indisolubilidad del matrimonio, garantizaba por este simple hecho el éxito del mismo, a grado tal que, en el supuesto de suscitarse alguna controversia entre los cónyuges, éstos tendrían que dirimirla, por grave que fuera, sin necesidad de disolver el vínculo conyugal, pues, como ha quedado dicho, en todos los casos el matrimonio era subsistente.

Finalmente, nos encontramos con que este concepto del matrimonio establece de manera clara y privativa que el matrimonio consiste en la unión de hombre y mujer. Esto, aún y cuando pudiera ser una explicación ociosa, deja muy en claro una situación, a saber: que en aquellos días de gran influencia del catolicismo en nuestro país, debía recalcarse la unión heterosexual, por considerar que la de carácter homosexual era una situación contra la naturaleza misma y, por ende, una inaceptable aberración. Cabe mencionar, al respecto, que

esta idea ha permanecido hasta nuestros días en nuestro sistema jurídico y en una importante medida del sentimiento social, aunque el Código Civil vigente no proporcione una definición de matrimonio; pero la regulación jurídica que de él hace, de manera sistemática hace referencia a la mujer y al hombre, como los sujetos del matrimonio, es decir, que de dicha regulación se desprende, implícitamente y de manera clara, que se conserva vigente la idea que don Justo Sierra, dejó impresa en el Código Civil de 1870.

Ahora bien, el concepto del Código Civil de Sierra aporta, respecto del matrimonio, clara mención de los fines de éste, entre los cuales deben mencionarse, en primer término, la perpetuación la especie y, en segundo, la ayuda mutua que se deben los cónyuges*.

Posteriormente, el artículo 161 del cuerpo legislativo que se comenta, establece el rango de solemnidad del matrimonio, pues dispone que éste deberá:

...celebrarse ante los funcionarios y con las formalidades que la ley exige.

En la especie, podemos decir que para que se llevara a cabo la celebración del matrimonio, el Código Civil de 1870 establecía que la autoridad competente para conocer de este acto, era el Juez del Estado Civil correspondiente al domicilio de los pretendientes. Previamente debía solicitarse a este juez, quien procedía a levantar acta que comprendiera los datos de los contrayentes, conservando una copia de ésta el juez y colocando otras dos en lugares públicos por un lapso de quince días, con el objeto de que el futuro matrimonio fuera hecho del conocimiento general y que se hicieran valer ante el juez los impedimentos que existieran para dicha celebración, lo cual debía

* Por supuesto, que estos fines han sido considerados por todas las doctrinas del matrimonio y por todas las legislaciones civiles posteriores a la de 1870, habidas en nuestro país, aunque algunas de las primeras cargan el acento en la ayuda mutua, lo que ha servido de bandera a los escasos movimientos homosexuales de nuestros días.

hacerse en el término de quince días a partir de la fecha de la publicación de la solicitud de matrimonio. Además, se establecía que, en caso de riesgo inminente de muerte de alguno de los pretendientes, la autoridad política superior tenía la facultad para otorgar la dispensa de realizar las publicaciones de la solicitud.

Por otro lado, si mediara algún impedimento para la celebración del matrimonio, el mismo debía denunciarse, dentro del término señalado en el párrafo inmediato anterior, ante el Juez del Estado Civil que hubiera levantado el acta de la solicitud. El procedimiento de denuncia de la existencia de impedimento para contraer nupcias consistía en el levantamiento de un acta ante la presencia de dos testigos, donde se asentaban los datos y motivos que el denunciante expusiera. Hecho lo anterior, el acta era presentada ante el Juez de Primera Instancia, a quien correspondía hacer la calificación de los impedimentos imputados, suspendiéndose todo procedimiento en tanto era resuelta la denuncia y fuera dictada sentencia definitiva.

Por lo que se refiere a los impedimentos para celebrar matrimonio, el mencionado Código establece en su artículo 163, los siguientes impedimentos:

I).- La falta de edad de los contrayentes: el hombre debía tener una edad mínima de catorce años y la mujer doce años para poder contraer nupcias..

II).- Ausencia de consentimiento por parte de quien o quienes ejercen la Patria Potestad.

III).- El error: siempre que se trate de una forma esencial sobre la persona.

IV).- La existencia de parentesco: sea por consanguinidad, legítimo o natural, en línea ascendente o descendente sin limitación de grado; en línea colateral igual por lo que hace a hermanos y medios hermanos; en línea

colateral desigual, tíos y sobrinos y en tercer grado siempre que no medie la dispensa previa.

V).- El atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para contraer matrimonio con el que quedase libre.

VI).- La fuerza o miedo graves.

VII).- La locura constante o incurable; y

VIII).- La subsistencia de un matrimonio contraído con anterioridad.

En lo tocante a los menores de veintiún años, se establece como requisito indispensable para contraer nupcias, el consentimiento de sus padres, a falta de estos, el consentimiento del abuelo paterno o materno, o dado el caso de que estos igual faltaren, de la abuela paterna o materna respectivamente; o bien, a falta de los abuelos era el tutor quien suplía el consentimiento y en el caso de que no se encontrara designando un tutor, debía recurrirse ante un juez de primera instancia para que éste lo diera. Es pertinente señalar que, en el caso de que los ascendientes, el tutor o en su caso el juez de primera instancia negaran su consentimiento, los menores de referencia se encontraban en la posibilidad de acudir ante la primera autoridad política del lugar para exponer sus motivos para contraer nupcias, y entonces esta autoridad era quien podría habilitar o no la edad de estos para suplir el consentimiento.

En otro orden de ideas, el Código de 1870 establece una serie de efectos que surgen entre los cónyuges con motivo de la celebración del matrimonio, entre los que destacan los siguientes:

1).- La obligación de proporcionarse alimentos: esta obligación se establece en el artículo 217

del multicitado código, y dispone que la obligación alimentaria subsiste en tanto exista el matrimonio e incluso en los casos de divorcio, que en ese entonces no era vincular.

De manera genérica, es el marido quien debe proporcionar los alimentos; pero si la mujer cuenta con bienes propios y su esposo se encuentra incapacitado para trabajar o adolece de bienes, entonces la obligación queda a cargo de ella.

2).- El deber de fidelidad y socorro entre los cónyuges.

3).- La obligación de contribuir a la procreación: este efecto constituye el fin primordial que persigue el matrimonio; y

4).- La mujer casada queda representada legalmente por el marido: Esto implica que no puede comparecer a juicio, adquirir bienes a título oneroso o lucrativo, enajenar ni en general obligarse, si no existe previo consentimiento por escrito por parte del cónyuge.

Una vez que han quedado expuestas las disposiciones que establece el Código Civil de 1870, es procedente continuar con el estudio de la figura jurídica del divorcio, el cual reviste en esta obra legislativa una característica esencial muy diferente a la que encontramos establecida en la actualidad: para este Código, el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, es decir, no tiene carácter vincular, exclusivamente suspende algunas de las obligaciones que surgen con motivo de dicho vínculo. Como podemos observar, esto constituye hasta cierto punto una contradicción con respecto a la idea que se establece en este código de que el matrimonio es indisoluble, toda vez que si bien es cierto se mantiene vigente el vínculo matrimonial, también es muy cierto que, en el momento en que los cónyuges se ven

excentos, por virtud del divorcio, del cumplimiento de ciertas obligaciones, ello reporta, de cierta manera, el incumpliendo de los fines para los cuales se estableció el matrimonio, aún con la subsistencia de éste.

Así pues, encontramos que el Código de 1870 en sus artículos 240 y 244, establece de manera privativa dos clases de divorcio; a saber:

A) Divorcio Voluntario: Operaba cuando los cónyuges expresaban su mutuo acuerdo en divorciarse y por consiguiente no existía conflicto alguno. Procedía siempre que no hubiesen transcurrido veinte años a partir de celebrado el matrimonio y que el divorciante no fuera mayor de cuarenta y cinco años de edad. Por otro lado, los divorciantes por mutuo consentimiento se encontraban obligados a celebrar convenio que determinara la situación futura respecto de sus hijos y de la administración de sus bienes. Debemos señalar que esta clase de divorcio era considerada como un caso de excepción y los requisitos arriba señalados tendían a la protección del matrimonio y por consiguiente de la familia.

El procedimiento a seguir en este divorcio daba comienzo con la presentación de la solicitud de divorcio de ambos cónyuges, y una vez que se recibía dicha solicitud se les citaba a una junta de avenimiento celebrada ante el Juez de Primera Instancia y que tenía por objeto el disuadir a la pareja, para que llegaran a una conciliación y dirimieran sus diferencias evitando el divorcio. Si no era posible conciliación alguna entre los cónyuges, después de dejar transcurrir tres meses a partir de la celebración de la primera junta, y a petición de uno de los divorciantes, el Juez de Primera Instancia daba fecha para la celebración de una segunda junta, y si en esa junta tampoco era posible llegar a un arreglo, se dejaba pasar un lapso de noventa días e,

igualmente, a petición de parte, el juez procedía a resolver la solicitud. La sentencia emitida por el juez determinaba la separación de los divorciantes, la cual no podía exceder del término de tres años, y transcurrido éste, ninguna de las partes podía solicitar nuevamente solicitud de divorcio voluntario.

B).- Divorcio Necesario: Este operaba cuando por alguna causa imputable a uno de los cónyuges, el otro decidía solicitar el divorcio. Las causas que reconoce el Código de 1870 para que fuera posible que uno de los cónyuges entablara demanda de divorcio necesario son las siguientes:

I).- Adulterio.

II).- La propuesta hecha del marido para prostituir a su mujer: aunque ésta no haya sido hecha directamente, sólo bastaba que fuera comprobado que hubiera el marido recibido alguna prestación para permitirlo.

III).- La incitación o violencia hecha de un cónyuge al otro para cometer algún delito.

IV).- El conato por parte de los cónyuges para corromper a los hijos, o en su caso, tolerancia al respecto.

V).- El abandono por parte de los cónyuges por un término mayor de dos años. Esta causa de divorcio constituye el primer antecedente de la vigente causa señalada en la

fracción XVIII del artículo 267 de nuestro Código Civil.

VI).- La Sevicia.

VII).- La acusación calumniosa cometida de un cónyuge al otro; y

VIII).- El hecho de que alguno de los cónyuges hubiera intentado juicio de divorcio sin acreditar en juicio la procedencia de su acción: La demanda fundada en esta causa debía presentarse en el término de cuatro meses posteriores a la conclusión del primer juicio.

De lo anterior, podemos concluir que el Código Civil de 1870 no contempla al divorcio como lo tenemos establecido en la actualidad, pues, aún y cuando de cierto modo sienta las bases para la figura que hoy conocemos como tal, su esencia es diversa, toda vez que el divorcio de que se habla, no da lugar a la disolución del vínculo jurídico que une a los cónyuges, sino que en el afán del legislador por mantener la vigencia de la familia como célula de la sociedad por medio del matrimonio, únicamente produce la separación de cuerpos y de habitación e incluso, en el caso del divorcio voluntario, únicamente se vislumbra como una especie de suspensión temporal de la obligación de cohabitación. Esto se hace más evidente con la disposición que el propio código establece abriendo la puerta al cónyuge inocente para que obligue al culpable a incorporarse con él nuevamente.

b) en el Código Civil de 1884.

En el año de 1884, fue promulgado un nuevo Código Civil que revistió una característica especial en cuanto al matrimonio se

refiere, que establece un punto de perfecta distinción con el Código Civil vigente, y que yace en la definición que este cuerpo normativo hace del matrimonio, definiéndolo en su artículo 155 como la “sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”. La definición antes transcrita bien merece, por lo menos, un breve estudio, puesto que nuestro Código vigente no hace referencia a lo que en concreto es y debe entenderse por matrimonio.

Así las cosas, encontramos que la característica más distintiva que plantea el Código en comentario respecto de esta figura, es precisamente el de la naturaleza jurídica del matrimonio, concebida como una sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer. Aquí encontramos la primera diferencia entre el Código de 1884 y el vigente, ya que el primero le otorga la naturaleza de sociedad, a diferencia de la naturaleza, hasta cierto punto discutible, contractual que establece el segundo. El término de sociedad, nos da a entender al matrimonio como una comunidad de dos personas de sexo distinto, establecida al amparo de la ley y sujeta a una reglamentación perfectamente establecida en la misma. El legislador de 1884, encuentra la importancia del matrimonio y así lo expresa con esta definición, consiguiendo así, distinguirlo de otro tipo de sociedad de personas; la figura del matrimonio no sólo se detiene en la comunidad de hombre y mujer, sino que trasciende y escapa de cualquier otra comunidad similar, toda vez que es el Estado mismo quien legitima esta unión que, al cumplir con los requisitos que la ley establece, la eleva y otorga la categoría de matrimonio, estableciéndole además, fines específicos e immanentes a la naturaleza humana.

Ahora bien, ya instalados en el estudio del matrimonio contemplado a la luz del Código de 1884, encontramos los siguientes requisitos que éste establece para su celebración:

1).- La edad mínima para celebrar el matrimonio: Este código, establece, como edad mínima para contraer matrimonio, la de 14 años para el hombre y la

de 12 para la mujer, lo cual podría prestarse a diversos cuestionamientos, ya que en nuestros días, resulta virtualmente imposible la existencia de parejas que, con esa edad, estén preparadas física y mentalmente para contraer matrimonio y mantenerlo, razón por la cual es pertinente contemplar el contexto histórico de la época en que estuvo vigente la legislación que se estudia, para de esta manera, comprender este requisito y los motivos del legislador. Así pues, nos encontramos ante una sociedad completamente diferente a la actual, que reviste por consiguiente otras ideas, necesidades y costumbres que no coinciden con las nuestras.

2.- El consentimiento de quienes ejercieran la patria potestad para la celebración del matrimonio: El consentimiento sólo se daba cuando los contrayentes eran menores de veintiún años de edad. El consentimiento debía ser otorgado en el siguiente orden: primeramente por el padre, al falta de éste por la madre y, para el caso de que faltaran ambos, por el abuelo paterno o materno, y si faltaran estos, por la abuela paterna o materna, respectivamente.

Por otra parte, encontramos en lo que respecta a las formalidades que deben contemplarse para la celebración del matrimonio, que el Código de 1884 establece al matrimonio como un acto solemne celebrado ante un representante del Estado —el Juez del Estado Civil—, quien lo presencia y sanciona; además, debe efectuarse ante dos testigos que deben declarar que los contrayentes eran aptos para llevar a cabo tal acto, los cuales por supuesto, debían conocer a los futuros cónyuges. Antes de la celebración del matrimonio, el Juez del Estado Civil realizaba dos publicaciones que eran colocadas en dos lugares públicos, con el objeto de que se hiciera del conocimiento general la pretensión de la pareja de contraer nupcias y que en caso de existir algún impedimento para ello, fueran denunciados. Si no existían impedimentos o estos eran disculpados, el Juez entonces procedía a

fijar la fecha y hora de la celebración del matrimonio. En caso de que existiera algún impedimento por parte de los pretendientes, la denuncia debía presentarse ante el Juez del Estado Civil, adjuntando la declaración de dos testigos. El Juez del Estado Civil remitía la denuncia a un Juez de Primera Instancia para que éste efectuara la calificación del impedimento, suspendiéndose la celebración del acto en tanto se emitía la resolución que recayera a la denuncia.

Ahora bien, una vez que había celebrábase el matrimonio, éste comenzaba a surtir efectos estableciéndose entre los cónyuges una serie de deberes que claramente establecía el Código de 1884 en su artículo 189, que asienta la obligación de los cónyuges de guardarse fidelidad y de cumplir con el objeto del matrimonio, planteado en el artículo 155 como la perpetuación de la especie así como la ayuda y el socorro mutuos entre los cónyuges. Respecto de la obligación alimenticia, ésta recaía en un primer término al marido y la mujer estaba obligada a contribuir cuando ésta poseía bienes suficientes y su marido se viera imposibilitado para trabajar. Como nos es posible apreciar, esta situación respecto de los alimentos es muy distinta en nuestro derecho actual, puesto que en el periodo en que tuvo vigencia el código que se estudia, la mujer aún se encontraba en un plano inferior frente al hombre; a manera de reforzar esta idea, encontramos que el mismo código establecía la sujeción de la mujer al permiso judicial para poder participar como parte en un proceso, así como para enajenar sus bienes y de manera genérica, para adquirir cualquier obligación o incluso para contratar con su marido.

Una vez que a rasgos generales se han establecido los lineamientos del matrimonio en el Código de 1884, es momento de comenzar el estudio de la figura del divorcio dentro del mismo; el cual se encuentra contemplado en el artículo 226, estableciendo que no tiene por efecto la disolución del vínculo matrimonial —continuando con la idea de la indisolubilidad del matrimonio establecida ya desde el Código de 1870—, sino que se limita exclusivamente a suspender algunas de las obligaciones que nacieron por razón de la celebración del matrimonio; ratificando el concepto de divorcio como un mero

suspenso de los deberes derivados del matrimonio, como en la legislación civil anterior. Las razones por las cuales eran sostenidas estas ideas son las mismas que quedaron planteadas en lo referente al divorcio en el numeral inmediato anterior, por lo que resulta ocioso el repetirlos.

Las obligaciones que quedaban suspendidas por virtud del divorcio son la cohabitación y el consiguiente débito carnal, aunque la obligación alimentaria subsistía e incluso, el Código de manera expresa establece que la mujer que no hubiera dado causa al divorcio, tenía derecho a percibir alimentos sin importar si posea bienes propios, lo cual muestra el interés del legislador en proteger a la mujer que por motivo de un juicio de divorcio pudiera verse económicamente desamparada. Cuando la mujer era declarada culpable en el juicio de divorcio, igualmente tenía derecho a percibir los alimentos, siempre que la causa invocada no fuera la de adulterio, además de que quedaba autorizada para administrar sus bienes.

En otro orden de ideas, encontramos dos formas de divorcio contempladas en este código; el voluntario y el necesario.

a).- Divorcio Voluntario: El artículo 231, plantea que solamente procedía después de transcurridos dos años a partir de la celebración del matrimonio. En cuanto al procedimiento, podemos decir que es similar al que contempla nuestra legislación civil actual; salvo que solamente a petición de los divorciantes, se debía señalar una segunda junta de avenencia y la sentencia que se emitía establecía un lapso de separación únicamente. A la demanda de divorcio voluntario debía acompañarse una copia del convenio que solucionara la situación de los hijos así como de la administración de los bienes de los divorciantes durante el tiempo que durara la separación; el cual debía ser aprobado por el Ministerio Público competente.

b).- Divorcio Necesario: Este solamente procedía después de cumplirse un año de la celebración del matrimonio y

la acción para demandarlo, recaía en el cónyuge que no diera lugar al divorcio; sin ser procedente cuando se invocaba alguna causa en que se hubiese otorgado el perdón del ofendido.

El artículo 227 señalaba cuáles eran las causales que daban lugar a la acción de divorcio necesario y que eran las siguientes:

I).- El adulterio: Se daba esta causal por el varón únicamente en los casos en que se hubiera cometido en el domicilio conyugal, cuando se daba el concubinato entre los adúlteros dentro o fuera del domicilio conyugal, que se cometiera con escándalo o existiera insulto público hecho por el marido a la mujer legítima, o bien por que por causa del adulterio se haya maltratado a la mujer.

II).- El que la mujer diera a luz a un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que fuera declarado judicialmente ilegítimo: En este código aún se maneja la diferenciación entre los hijos legítimos —los nacidos dentro del matrimonio— y los ilegítimos —fuera del matrimonio y no reconocidos por el padre—.

III).- La propuesta del marido para prostituir a la mujer.

IV).- La incitación o violencia hecha por un cónyuge hacia el otro para cometer algún delito.

V).- El conato o tolerancia en la corrupción de los hijos.

VI).- El abandono del domicilio conyugal por más de un año, sin que el culpable haya intentado iniciar el juicio de divorcio con o sin causa justificada.

VII).- La sevicia, amenazas o injurias inferidas por un cónyuge hacia el otro.

VIII).- La acusación falsa que un cónyuge haga en contra del otro.

IX).- La negativa del cónyuge obligado de suministrar alimentos al cónyuge acreedor: Es importante hacer hincapié en esta causal, toda vez que es el primer antecedente que tenemos de la causa que nuestro Código vigente establece en la fracción XII de su artículo 267.

X).- Los hábitos de juego o embriaguez.

XI).-La enfermedad crónica o incurable, contagiosa o hereditaria, que sea anterior a la celebración del matrimonio y que haya sido desconocida por el otro cónyuge; y

XII).- La infracción a las capitulaciones matrimoniales.

Una vez que era decretado el divorcio, encontramos como efectos, que los divorciantes adquirirían la libre administración de sus bienes y la mujer adquiere la capacidad para litigar sin necesidad del permiso judicial, siempre que no fuera declarada culpable, pues el divorcio no era vincular.

De esta manera hemos dado un breve vistazo a las disposiciones legales del Código de 1884, respecto de las figuras del

matrimonio y el divorcio, disposiciones que en la actualidad podrían carecer de cualquier lógica jurídica, pues relegan a un plano inferior a la mujer frente al hombre y la concepción del divorcio era muy cerrada aún; sin embargo, durante el tiempo que tuvo vigencia dicho código, respondió a las necesidades de la sociedad de la época.

c) disposiciones reguladoras en materia de matrimonio y divorcio en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, promulgada el 9 de abril de 1917 por decreto del General Venustiano Carranza, en su carácter de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, fue publicada en el Diario Oficial del 14 de abril al 11 de mayo de 1917, fecha esta última en que entró en vigor y constituye el antecedente histórico más inmediato de nuestro Código Civil vigente, en cuanto a Derecho Familiar se refiere, y ante nuestros ojos se presenta este cuerpo legal derogado como una muestra de la transición social que experimentó nuestro país durante los primeros años del siglo veinte.

Esta ley consta de quinientos cincuenta y cinco artículos divididos en cuarenta y tres capítulos y además consta de un capítulo de Disposiciones Varias, que reúne otros diez artículos transitorios. Su vigencia fue, si no efímera, si muy corta, ya que quince años después, el primero de octubre de 1932, fue derogada por el Código Civil vigente; sin embargo reviste, como quedó anotado en el párrafo anterior una importancia primordial para la creación de la legislación vigente en materia familiar, como podremos verlo más adelante, al entrar al estudio de ésta.

Con la promulgación de la Ley Sobre Relaciones Familiares, el entonces Gobierno Constitucionalista pretendió crear una legislación que lograra una autonomía efectiva con respecto de las ideas del Derecho Romano y Canónico abrazadas tiempo atrás por nuestro sistema jurídico, con el objeto de que dicha ley respondiera a

las necesidades de un país que resurgía gracias al movimiento revolucionario, dejando a un lado las ideas y concepciones consideradas anacrónicas y que representaban un obstáculo para el buen desarrollo de la nueva nación. Como ejemplos de lo anterior, encontramos que esta ley proponía el establecimiento de una situación de igualdad entre la mujer y el hombre, además de pugnar por la superación de la concepción del matrimonio como una forma permitida por la ley, para ubicar a la mujer en un estado de inferioridad con respecto al hombre; así como otras cuestiones como la patria potestad, la tutela, los bienes de los hijos o los alimentos, por mencionar algunos. Sin embargo, en nuestro concepto el aspecto más trascendente de esta ley es precisamente el establecimiento del divorcio vincular, al considerar al legislador que la indisolubilidad del matrimonio no garantizaba por sí el cumplimiento de éste.

Por todo lo antes expuesto con respecto a la Ley Sobre Relaciones Familiares, nos es posible manifestar la idea de que ella representa un claro ejemplo de una legislación práctica y moderna, que busca olvidar los antiguos conceptos que constituían un estorbo para la promulgación de un cuerpo legal que cubriera las necesidades de una floreciente sociedad, ya que fue expedida como una ley planteada “sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia”,¹³ como célula primordial de la sociedad.

Ahora bien, ya adentrándonos en el estudio específico de la regulación que del matrimonio y del divorcio se hace en la Ley Sobre Relaciones Familiares, encontramos que el matrimonio está regulado en los capítulos I y II y señala, en el artículo 13, que:

...el matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con un vínculo

¹³ “Exposición de Motivos”, *Ley Sobre Relaciones Familiares*, Editorial Ediciones Andrade S.A., 4ª edición, México, 1993. p. 1.

disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

De lo anterior es pertinente hacer las siguientes aclaraciones:

I).- El carácter de contrato que reviste el matrimonio en esta ley, proviene del acuerdo de la voluntad de los contrayentes, impulsados por el deseo de permanecer unidos entre sí al amparo de la ley. Dicho acuerdo de voluntades se manifestaba ante un Juez del Estado Civil una vez que hubieren reunido los requisitos que la ley establecía para tal efecto, y éste último recogía dicha manifestación y hacía la declaración de unión de los contrayentes en nombre de la ley y la sociedad.

II).- Los fines que persiguen los contrayentes con la celebración del matrimonio, se encontraban establecidos en la misma ley y consistían en la perpetuación de la especie y la prestación de ayuda mutua. Aquí se plantea una diferencia con el Código vigente, ya que la ley que se estudia, si establece claramente cuáles eran los fines del matrimonio y, a mayor abundamiento, establece, en su artículo 16, que:

...cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio se tendrá por no puesta.

En la fracción IV del artículo 76, dicho código establecía, como causa de divorcio, que alguno de los cónyuges fuera incapaz "...para llenar los fines del matrimonio...", en cambio el Código Civil vigente es omiso al respecto. Este aspecto, contemplado por la Ley Sobre Relaciones Familiares destaca, puesto que el señalamiento

expreso de los fines primordiales del matrimonio, resulta en beneficio del gobernado, cumpliendo así con el principio de seguridad jurídica que debe contemplarse en todo sistema jurídico.

En cuanto a los requisitos y formalidades que establece la Ley Sobre Relaciones Familiares para contraer matrimonio, encontramos que en su artículo 1 establece la presentación de una solicitud de matrimonio que contuviera los siguientes datos:

1).- Nombre y apellidos de cada uno de los contrayentes, su lugar de nacimiento, domicilio, edad, ocupación, si alguno de ellos o ambos en su caso habían ya estado casados, y en caso de que así fuera, el nombre de la persona con quien habían celebrado el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha en que se declaró ésta,

2).- Nombre y apellidos del padre y la madre de cada uno de los solicitantes, si vivían o habían fallecido, su lugar de nacimiento, el de su última residencia, su edad y ocupación,

3).- Que ninguno de los contrayentes se encontraba impedido para unirse en matrimonio; y

4).- Que era su voluntad unirse en matrimonio.

En caso de que alguno o ambos contrayentes no supiera escribir, la solicitud debería ser firmada por un testigo mayor de edad. También debían firmar la solicitud los padres o tutores de los contrayentes menores de edad y, en caso de que el menor que pretendiera celebrar matrimonio no contara con padre ni tutor, debía acompañarse la solicitud con una autorización de el Juez de Primera Instancia del lugar, autorizando la unión matrimonial del menor. Por

otro lado, si alguno de los solicitantes se había encontrado bajo tutela por idiotismo o demencia, debía presentarse también la resolución del juez que declarara la cesación de la tutela por haber desaparecido la causa que la motivó. Además, el escrito de solicitud de matrimonio debía estar autorizado por dos testigos mayores de edad que, bajo protesta de decir verdad, manifestaran que conocían a los contrayentes por lo menos con tres años de anterioridad a la fecha de la solicitud y que sabían y les constaba que no contaban con impedimento alguno para unirse en matrimonio, por encontrarse en pleno uso y goce de sus facultades mentales y que tenían la edad requerida por la ley para celebrarlo.

Una vez que el Juez del Estado Civil recibía la solicitud que cubriera todos los requisitos que quedaron asentados, procedía a autorizarla y señalaba día y hora para la celebración del acto. En esa fecha el juez daba lectura a la solicitud y a los documentos que se habían acompañado en presencia de los testigos y los contrayentes o sus apoderados legales y, acto seguido, procedía a preguntar a los testigos sobre la identidad de los contrayentes y, a éstos, si era su voluntad unirse en matrimonio. Finalmente, si la respuesta de los futuros cónyuges era afirmativa, el juez procedía a declararlos unidos en nombre de la ley y la sociedad "...con todos los derechos y prerrogativas que aquella otorga y con las obligaciones que impone..." (artículo 13), y se levantaba el acta correspondiente.

En cuanto a la edad mínima necesaria para contraer el matrimonio, la ley establece, en el artículo 18, que "solamente pueden contraer matrimonio el hombre que ha cumplido dieciséis años y la mujer que ha cumplido catorce...." y, en el mismo precepto, abre la posibilidad de dispensa de este requisito por parte del Gobernador del Distrito Federal, en casos de excepción y por causas graves y justificadas, siempre que el varón tuviera doce años cumplidos. Cuando los futuros cónyuges no contaran con la mayoría de edad, establecida por la ley, de veintiún años cumplidos, era necesario que prestaran su consentimiento los padres y a falta de ellos los abuelos paternos y a falta de estos, el consentimiento de los abuelos maternos, y

en caso de que faltaren tanto padres como abuelos, debían expresar su consentimiento el tutor o, a falta de éste, el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio del menor (artículos 19 y 29, ambos inclusive).

Por otro lado, se mencionó dentro de los requisitos para contraer matrimonio, el consistente en no encontrarse impedido para unirse en matrimonio, razón por la cual es necesario enumerar dichos impedimentos, los cuales se señalan en el artículo 17 de la ley en comentario, y que son los siguientes:

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

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

III.- El error, cuando sea esencialmente sobre la persona;

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

V.- La relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna;

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

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la robada,

mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente manifieste su voluntad;

VIII.- La embriaguez habitual, la impotencia por causa física para entrar en el estado matrimonial, siempre que sea incurable; la sífilis, la locura y cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

IX.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer; y

X.- El fraude, las maquinaciones o artificios para inducir en error a alguno de los contrayentes, siempre que versen sobre hechos substanciales, que si hubieran sido conocidos de la otra parte, no habría ésta de celebrar el matrimonio, y que dichos hechos se prueben por escrito procedente de la parte que empleó el fraude, las maquinaciones o los artificios...”

El mismo artículo establece que solamente son objeto de dispensa la falta de edad y el parentesco por consanguinidad en la línea colateral desigual. Más adelante, la ley establece en el artículo 24 otro impedimento —aunque dispensable—, al señalar que:

...el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se concederá por el Gobernador del Distrito Federal o Territorio que corresponda, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

Cuando alguno de los contrayentes estuviera dentro de alguno o algunos de los supuestos que la ley establece como

impedimentos, el matrimonio era nulo; igualmente, cuando era celebrado un matrimonio que no hubiese reunido las solemnidades impuestas por la ley para tal acto, dicho matrimonio era nulo y podía ser denunciado tanto por uno de los cónyuges como por cualquier persona que tuviese interés en probar dicha nulidad o, incluso, a instancia del Ministerio Público.

Por otra parte, en el capítulo IV de la Ley Sobre Relaciones Familiares se establecen los derechos y las obligaciones derivados de la unión matrimonial, los cuales clasificamos, a fin de una mejor comprensión, de la siguiente manera:

a).- Obligaciones y Derechos Comunes:

1.- Guardarse mutua fidelidad (artículo 40),

2.- Contribuir a la realización de los fines establecidos para el matrimonio: perpetuación de la especie y apoyo mutuo (artículo 40),

3.- Contribuir a los gastos del hogar (artículo 42),

4.- Igualdad de autoridad y consideraciones de los cónyuges en el hogar (artículo 43),

5.- Ejercicio de común acuerdo de la patria potestad sobre sus hijos así como en la administración de los bienes de éstos (artículo 43),

6.- Capacidad plena de los cónyuges mayores de edad para la administración de los bienes de su propiedad (artículo 45); y

7.- Pleno derecho durante la vigencia del matrimonio para ejercitar en contra del cónyuge acción en juicio, sea que les corresponda con anterioridad a la celebración del matrimonio, o bien que dicha acción se adquiriera durante el matrimonio a título de herencia y, por otra parte, no corre prescripción entre los cónyuges mientras se mantenga vigente el matrimonio (artículo 50).

b).- Derechos y Obligaciones Atribuidos a uno de los Cónyuges en lo Particular.

1.- Obligación de la mujer de vivir al lado de su marido, excepto en el caso de que el marido se ausentara de la República o se estableciera en lugar insalubre o no adecuado a la posición social de aquella (artículo 41),

2.- La mujer está obligada a atender el hogar y a sus hijos y cuenta con la posibilidad de trabajar fuera del hogar, siempre que obtenga la autorización del marido o éste hubiera abandonado el domicilio conyugal o bien, que aún y cuando permanezca integrado al domicilio conyugal, no contara con los medios necesarios para el sostenimiento del mismo (artículo 44),

3.- La mujer mayor de edad tiene plena libertad para comparecer en juicio a ejercitar cualquier acción o defenderse de alguna ejercitada en su contra (artículo 46),

4.- La mujer puede, sin necesidad de consentimiento de su marido, celebrar cualquier clase

de contrato en relación con los bienes de su propiedad; (artículo 47); y

5.- La mujer puede otorgar a su marido poder para administración de los bienes de su propiedad o de aquellos que poseyeran ambos y revocar dicho poder en cualquier momento, siempre que ésta sea mayor de edad (artículo 49).

En lo que respecta al régimen patrimonial del matrimonio, la Ley Sobre Relaciones Familiares regula este aspecto en su capítulo XVIII, denominado “Del Contrato de Matrimonio con Relación a los Bienes de los Consortes” (artículos 270 al 284, ambos inclusive).

En primer lugar, esta ley establece como regla general, que cada uno de los cónyuges conservarían la propiedad de los bienes de que fueran titulares con anterioridad a la celebración del matrimonio, así como sus respectivos frutos y accesiones, salarios, sueldos y ganancias que obtuvieren en el desempeño de su profesión o empleo (artículo 270). Ahora bien, la ley que se comenta, establece la posibilidad de pacto en contrario respecto del punto anterior, esto es, los cónyuges se encuentran en posibilidad de convenir, antes o después de la celebración del matrimonio, que parte de los frutos, accesiones, salarios, sueldos y ganancias fueran comunes, “siempre que la mujer tenga en los productos del marido la misma representación que ella conceda a éste en los suyos” (artículo 273).

De la misma forma, el marido está en posibilidad de dar a su mujer una representación mayor que la que ésta le otorgue a él, del producto de su trabajo o los obtenidos con sus bienes e, incluso, puede éste compartir con su mujer los productos de sus bienes, trabajo, profesión o comercio, sin que por este hecho la mujer se obligue a otorgar contraprestación alguna respecto de los suyos (artículo 274). Cabe mencionar que estos convenios solamente surtían efectos frente a terceros, cuando constaran en escritura pública registrada debidamente; cuando se tratara de bienes inmuebles, siempre que no constituyeran

más del cincuenta por ciento de los frutos y los productos (artículo 275). Cuando alguno de los cónyuges faltaba al convenio que estructuraba la titularidad de los bienes del matrimonio, el artículo 276 de la multicitada ley establecía que el otro cónyuge adquiriría entonces el derecho de reclamar el cumplimiento de dicho convenio o bien pedir su rescisión, para lo sucesivo y el cumplimiento del cónyuge culpable hasta el día de la demanda.

Por otro lado, la mujer tiene un derecho preferente sobre los bienes y los productos de estos, los sueldos, salarios u honorarios de su marido para el pago y cumplimiento de la obligación alimenticia, tanto cuanto respecto de ella como de sus hijos menores. Al tratarse de los bienes del marido, este derecho accederá a la mujer después de liquidados con el valor de estos, los créditos hipotecarios o prendarios constituidos sobre ellos legalmente (artículo 277). Ahora bien, cuando la mujer tiene que contribuir en los gastos de la familia y del hogar, ya sea en parte o en su totalidad, el marido tiene igual derecho que el de la mujer (artículo 278).

Entratándose de los bienes que los cónyuges adquirirían por herencia, legado, donación o cualquier otro título oneroso o gratuito, debía ser administrado por ambos cónyuges o por uno de ellos con acuerdo del otro, en calidad de mandatario, en tanto se realizaba la división de dichos bienes, y cuando se trataba de bienes inmuebles, estos no podrían enajenarse si no era de mutuo acuerdo (artículo 279). Cuando se trataba de la casa donde ha quedado establecido el domicilio conyugal, así como los bienes que le pertenezcan a ésta, sean propios o de uno solo de los cónyuges o de los dos, la ley establecía en su artículo 284 que estos no podrían ser enajenados ni gravados sino por consentimiento expreso de ambos y, de ninguna manera, podían ser embargados por los acreedores de alguno de los cónyuges o de los dos, siempre que no rebasaran en conjunto, un valor de diez mil pesos. Más adelante establece la necesidad de notificar a la autoridad municipal dónde se ubicaba su domicilio conyugal, para el caso de que el matrimonio fuera propietario de diversas casas o propiedades y que residiera en cada una de ellas en distintos periodos, con el fin de saber

a ciencia cierta cuál de las casas o propiedades, era la que debía atenderse a este precepto, y si no era registrado ningún domicilio como el conyugal, a todas las casas y propiedades les era aplicable lo establecido en este artículo y, en caso de embargo, se respetaría solamente el lugar que ocupara el matrimonio en el momento de la diligencia.

Por otra parte y finalmente, ambos cónyuges responden al otro de los daños y perjuicios que fueren causados por su dolo, culpa o negligencia (artículo 282).

Ahora bien, planteada la regulación que la Ley sobre Relaciones Familiares establece para el matrimonio, es el momento de proceder al estudio de la reglamentación de esta ley con respecto de la figura antagónica del matrimonio —el divorcio—, la Ley Sobre Relaciones Familiares plantea un giro radicalmente distinto, respecto de lo establecido por el Código Civil de 1884, toda vez que no se presenta a la figura de divorcio como una simple suspensión de las obligaciones de los cónyuges, derivadas del matrimonio, permitiéndole a los cónyuges vivir separados; sino que esta la Ley Familiar, vislumbró al divorcio como una verdadera forma de disolución del vínculo matrimonial —como lo plantea el artículo 75 de ésta, dándoles la libertad de contraer otro posterior—. Esta nueva concepción aportada por la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, vino a revolucionar y transformar la idea de que el matrimonio era una institución indisoluble, como imperara en épocas anteriores. Este cambio se da porque los legisladores consideraron que el hecho de conceder la indisolubilidad del vínculo matrimonial, no garantizaba en ninguna medida el cumplimiento de los fines del matrimonio, sino que, por el contrario, únicamente se evadía la posibilidad de una solución que si bien no era la más deseable, si era necesaria. Así fue como, atendiendo a las necesidades del momento histórico en que se vivía, se dio esta transformación tan significativa, que de cierto modo afectó los intereses de la sociedad en el matrimonio y la familia.

La ley que comentamos dedica el capítulo VI (artículos 75 al 106, ambos inclusive), a la regulación del divorcio, estableciendo de

manera expresa los casos en que solamente podía ser decretado el divorcio, una vez cumplidos los requisitos y procedimientos que ella misma establecía.

En la especie, esta legislación establece dos tipos o clases de divorcio, a saber:

a).- El Divorcio Necesario: Que demandaba uno de los cónyuges por una causa de las señaladas en el artículo 76 de esta ley, y que fuera imputable al otro cónyuge. Las causas que el artículo antes mencionado señalan para el divorcio, eran las siguientes:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

Aquí cabe aclarar que el artículo 77 establece que siempre será causa de divorcio el adulterio de la mujer. Cuando el adulterio fuera del marido, en cambio, sólo constituiría causa de divorcio, si concurrían las siguientes circunstancias:

a).- que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

b).- que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

c).- - que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; y

d).- que la adúltera haya maltratado, de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos, a la mujer legítima.

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

III.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, provocada por actos del marido tendentes a prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción —posteriormente, el artículo 78 de la multitudada ley, establece que el conato para corromper a los hijos por alguno de los cónyuges, constituye causa de divorcio, sean de ambos o de uno sólo de ellos. Además preceptúa que la tolerancia en la corrupción de los hijos, debe hacerse consistir en actos positivos y no en simples omisiones—, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para realizar los fines del matrimonio, o padecer sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

V.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;

VI.- La ausencia de marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;

VII.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquellas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;

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

IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una prisión o destierro mayor de dos años;

X.- El vicio incorregible de la embriaguez;

XI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena no menor de un año de prisión;

XII.- El mutuo consentimiento.

Además de las causas señaladas en el artículo 76, la ley que se comenta contemplaba, en su artículo 79, otra causa de

divorcio, consistente en que cuando uno de los cónyuges hubiera demandado el divorcio o la nulidad del matrimonio, sin poder justificar las causas en que invocó su demanda o éstas hubieran resultado insuficientes, el cónyuge demandado adquiriría, *ipso iure*, el derecho de demandar el divorcio; más esta acción, sólo podía ser ejercida después de tres meses de la notificación de la última sentencia. Cabe mencionar que durante estos tres meses, la mujer no estaba obligada a vivir con el marido.* Por otra parte, las causas de divorcio antes mencionadas, debían ser invocadas en un término de seis meses después de que se hubiera tenido noticia de los hechos constitutivos de dichas causas y solamente podían ser invocadas por el cónyuge que no hubiera dado lugar a las mismas (artículo 88).

b).- El Divorcio Voluntario: El divorcio voluntario procedía por el mutuo consentimiento de los cónyuges, según establecía la fracción XII del artículo 76 y, por lo tanto se consideraba causa de divorcio. Para esta disolución del matrimonio se debía concurrir por escrito ante un juez competente (artículo 80), acompañando a su escrito el convenio que arreglara la situación de los hijos, así como la liquidación de los bienes comunes a los cónyuges (artículo 81). Esta acción de divorcio no podía ejercitarse hasta después de transcurrido un año a partir de la celebración del matrimonio y, una vez que era presentada la solicitud ante el Juez de Primer Instancia, éste debía remitir el expediente al Juez del Estado Civil del lugar, para que la publicara en la tabla de avisos y citar a los cónyuges a una junta, en la cual debía tratar de persuadirlos y, en su caso, certificar la plena libertad de los cónyuges para divorciarse. En caso de no lograr que los divorciantes llegaran a un acuerdo, debía citarlos a hasta una tercera junta de avenencia, a petición de

* Es en la disposición de este artículo, encontramos el antecedente directo de la causa generadora de divorcio señalada en el artículo 268 de nuestra actual legislación civil para el Distrito Federal.

las partes, después de transcurrido un mes desde la fecha de la última junta (artículo 82). En tanto se celebraban las juntas mencionadas y se decretaba el divorcio aprobando el convenio, el juez estaba facultado para autorizar la separación provisional de los cónyuges, dictando las medidas provisionales correspondientes para asegurar la subsistencia de los hijos menores (artículo 84). Si después de que se hubieran celebrado las tres juntas de avenencia, los cónyuges no lograran dirimir sus diferencias y continuaran con su deseo de finalizar su matrimonio, el juez entonces debía aprobar el convenio de divorcio presentado por los divorciantes, haciendo las correcciones que creyera oportunas y escuchando la opinión del Ministerio Público, cuidando, en todo caso, que no se violaran los derechos y prerrogativas de los hijos o de terceros (artículo 83).

Cabe mencionar que, si el procedimiento de divorcio voluntario era suspendido por más de seis meses, éste no podría reanudarse, sino que debía incoarse un nuevo procedimiento, precisamente a partir de las publicaciones que hiciera el Juez del Estado Civil (artículo 85). Además, la Ley Sobre Relaciones Familiares contemplaba en el artículo 86, que los cónyuges, en cualquier momento pueden dar por terminado, de común acuerdo, el procedimiento de divorcio voluntario; pero no podían volver a pedirlo nuevamente hasta que pasara un año a partir de su reconciliación. Por otra parte, el artículo 91 establece la presunción *iure ete iure*, de la reconciliación de los cónyuges, cuando después de presentada la demanda de divorcio, ha habido cohabitación entre ellos.

En cuanto a los efectos que producía el divorcio una vez declarado el mismo, fuera necesario o de común acuerdo, daba plena capacidad a los divorciantes para contraer nupcias nuevamente, siempre que se respetaran los términos que la misma ley establecía en su artículo 140, que disponía que la mujer no podía contraer segundas nupcias, sino hasta que hubiesen transcurrido trescientos días de la

disolución del primer matrimonio o bien, a partir de la fecha en que se suspendió la cohabitación, con el fin de proteger, durante ese tiempo, un embarazo que pudiera dar lugar a una confusión en cuanto a la paternidad.

Por otro lado, el cónyuge que resultara culpable de adulterio, estaba impedido para contraer segundo matrimonio sino pasados dos años de pronunciada la sentencia de divorcio, además de que el cónyuge culpable en divorcio necesario, perdía la patria potestad de sus hijos en tanto viviera el cónyuge inocente, pues en caso de que éste muriera, estaba en posibilidad de recobrar la patria potestad de sus hijos, siempre que el divorcio fuera decretado por las causas VI, VII, VIII y IX del artículo 76 y la mujer, que conservara la patria potestad de los hijos, lo perdía en caso de dedicarse a la mancebía —prostitución—, o diera a luz un hijo ilegítimo (artículo 97). También, establecía el artículo 99, que el cónyuge culpable perdía cualquier donación que el inocente, o bien un tercero en consideración a éste, le hubiera otorgado o prometido y que el cónyuge inocente conservaría todo lo que recibió y tenía, en su caso, derecho a reclamar lo pactado en su provecho. Además la mujer, cuando era la inocente, conservaba el derecho a recibir alimentos de su cónyuge, en tanto contrajera nuevas nupcias y viviera honestamente y, en caso de ser el marido inocente, solamente tenía derecho a los alimentos cuando se encontrara imposibilitado para trabajar y careciera de bienes propios con los cuales pudiera subsistir. Sin embargo, la Ley Sobre Relaciones Familiares también ofrece una posibilidad para que el acreedor alimentista pudiera liberarse de su obligación, al entregar, por adelantado, el importe de las pensiones correspondientes a cinco años (artículo 101).

Como hemos podido apreciar a lo largo de lo citado en párrafos anteriores, el espíritu de la Ley Sobre Relaciones Familiares plantea al divorcio como un caso de excepción y no como regla general a todos los matrimonios celebrados, e incluso llega a establecer en su artículo 92 la figura que conocemos como el perdón del ofendido en el divorcio necesario y, por virtud del cual, el cónyuge inocente estaba en

plena libertad de otorgar dicho perdón a su consorte dando por terminada la controversia de divorcio, aunque impedía, a quien otorgara el perdón, el derecho de ejercitar nuevamente acción de divorcio en contra de su cónyuge, fundado en las mismas causas que dieron lugar a la primera demanda.

4.- Decretos Emitidos por el General Venustiano Carranza en Relación al Matrimonio y al Divorcio.

En los primeros años del siglo que está por concluir, nuestra nación se vio inmersa en una etapa de transición y transformación, como resultado del advenimiento de la Revolución iniciada en 1910. De esta forma, México se proyectaba como un país que emergía de las viejas estructuras mantenidas durante las tres décadas que había durado el Porfiriato, por lo que hablamos de un México constituido por una sociedad que reclamaba los cambios que el momento histórico requería, así en lo social como en lo político y, por ende, en lo jurídico.

Este reclamo fue recogido y considerado por el General Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y que se hizo cargo del Poder Ejecutivo en el año de 1914, después del derrocamiento del gobierno Huertista, y el resultado fue que el General Carranza emitió, el veintinueve de diciembre de 1914, un decreto por virtud del cual reformaba la fracción IX del artículo 23 de la Ley del catorce de diciembre de 1874, Reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal decretadas el veinticinco de diciembre de 1870, que establecía la indisolubilidad del matrimonio civil, disponiendo que exclusivamente era posible decretarse la separación temporal de los cónyuges, sin que esto implicara la disolución del vínculo matrimonial, el cual sólo podía disolverse por virtud de la muerte de alguno de uno de los consortes.

La reforma que el decreto antes mencionado hacía, consistía en abrir la posibilidad a los cónyuges, de demandar la disolución del

vínculo que los unía y establecía, para dicho efecto, dos procedimientos, a saber:

a).- El basado en el mutuo consentimiento; siempre que hubieran transcurrido tres años de la celebración del matrimonio; y

b).- El basado en el hecho de que existieran motivos que hicieran imposible la realización de los fines y objetivos del matrimonio y, en su caso, las conductas de uno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia.

Una vez que se hubiese conseguido dicha disolución por cualquiera de las formas antes mencionadas, los cónyuges quedaban en libertad de contraer nuevamente matrimonio. Por otro lado, el artículo 2 del decreto en comentario, establecía que mientras se restableciera el orden constitucional en el país, los gobiernos locales estaban facultados para realizar las reformas que considerasen necesarias, en sus respectivas legislaciones, de tal suerte que fuera aplicado cabalmente dicho decreto.

Un mes más tarde, el veintinueve de enero de 1915, el General Venustiano Carranza emitió un segundo decreto que tenía por objeto el reformar los artículos 155, 159 y el Capítulo V del Código Civil de 1884.

Este decreto establecía, en su artículo primero, que a partir de la entrada en vigor del decreto, el matrimonio debía considerarse como un contrato civil, celebrado entre un sólo hombre y una sólo mujer; y que estos se unían en una sociedad legítima con el objeto de perpetuar la especie y ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida. Igualmente estableció, como impedimento para contraer matrimonio, la embriaguez habitual, la impotencia, la sífilis, la locura "...y cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria" En su artículo segundo, dispone, el mencionado decreto, la

reforma al Capítulo V del Código de 1884, relativo al divorcio, estableciendo que el divorcio consistía en la disolución legal del vínculo matrimonial, con el fin de dejar a los cónyuges en plena capacidad de volverse a casar.

También se establecieron, por virtud de este decreto, las causas de divorcio que reformaron el artículo 227, para quedar como sigue:

1.- El adulterio de alguno de los cónyuges (en relación con esta causa, se conservaron las circunstancias que habían sido previstas en el Código de 1884),

2.- El hecho de que la mujer de a luz a un hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y que sea declarado ilegítimo,

3.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por la prostitución de la mujer; incitación de uno al otro para cometer un delito; así como el conato para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción; o por algún hecho de naturaleza similar,

4.- La incapacidad de alguno de los cónyuges para llenar los fines del matrimonio; sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable; o cualquiera otra enfermedad crónica, incurable que fuere además contagiosa o hereditaria,

5.- El abandono del domicilio conyugal por más de seis meses de cualquiera de los cónyuges,

6.- La ausencia del cónyuge por un lapso mayor de un año, si además esta conducta incurría en el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio,

7.- La sevicia, amenazas, injurias graves o malos tratos de un cónyuge para con el otro, siempre que estas conductas hagan imposible la vida en común,

8.- La acusación calumniosa hecha de un cónyuge al otro de un delito que merezca una pena mayor de cinco años,

9.- Cometer alguno de los cónyuges algún delito cuya pena sea mayor de diez años.

10.- El hecho de que alguno de los cónyuges tuviera “el vicio incurable de la embriaguez”; y

11.- El mutuo consentimiento.

En lo que respecta al divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, el decreto de enero de 1915, dispuso que éste procedía hasta que hubieran pasado tres años a partir de la celebración del acto, ampliando así el término establecido en el Código Civil de 1884, para pedirlo. Además, establecía que procedían hasta dos juntas de avenencia, a petición de los cónyuges, después de que hubiera tenido verificativo la primera, con el objeto de que el juez procediera a emitir la resolución definitiva decretando el divorcio.

Finalmente, con fecha dieciséis de junio de 1916, se emitió otro decreto que reformó algunas de las disposiciones señaladas en los párrafos anteriores, resultando entonces que en el divorcio voluntario debía celebrarse únicamente una junta de avenencia, además de disponer la libertad de los cónyuges que solicitaran el divorcio por mutuo consentimiento, para reunirse en cualquier tiempo, más no podían volver a intentar esta forma de divorcio sino hasta que hubiera transcurrido un lapso de un año después de la reconciliación, con lo que se redujo el término que anteriormente tuvo vigencia y que era de tres años.

Así las cosas, ha quedado expuesto de manera breve y sucinta los decretos que el General Venustiano Carranza promulgó, con relación a la regulación del matrimonio y el divorcio, los cuales representan el primer paso hacia el cambio que experimentara el derecho patrio respecto de estas instituciones y que concluyeron en la promulgación de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, que sirviera de base y antecedente directo para lo que ahora constituye nuestro Derecho Familiar vigente, planteando conceptos novedosos para su época, como es el de permitir la disolución del vínculo matrimonial y dejar en libertad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias; ideas que han trascendido hasta nuestros días.

CAPITULO II.

***PRESUPUESTO LÓGICO DEL DIVORCIO
(Breves Consideraciones del Matrimonio en la
Legislación Civil Vigente para el Distrito
Federal).***

CAPITULO II
PRESUPUESTO LÓGICO DEL DIVORCIO
(Breves Consideraciones del Matrimonio en la Legislación Civil Vigente para el Distrito Federal).

Sumario.- 1.- Planteamiento, 2.- La Familia, 3.- Formas de Constitución de la Familia, 4.- Concubinato (Matrimonio por comportamiento), 5.- Matrimonio: a).- concepto, b).- naturaleza jurídica, c).- elementos y requisitos para contraer matrimonio, d).- derechos y obligaciones de los cónyuges, e).- efectos del matrimonio.

1.- Planteamiento.

El matrimonio es, dentro de nuestro sistema jurídico actual, una de las instituciones más relevantes y trascendentales para el Derecho de Familia, toda vez que el Estado, por medio de sus diversas leyes, ha establecido una ardua reglamentación tendente a normar y plantear sus requisitos y solemnidades, así como las consecuencias jurídicas que de su celebración emanan. Por esta razón, en el presente capítulo se exponen algunas consideraciones respecto del tema del matrimonio que, como ha quedado asentado en el título del mismo, es precisamente el presupuesto lógico del divorcio, con el objeto de establecer claramente las reglas y normatividad del matrimonio, a fin tener una idea clara de su trascendencia en el plano jurídico y social, además de adentrarnos en el tema que será materia del próximo capítulo, es decir, del divorcio.

Para introducimos de lleno en el tema del matrimonio, consideramos que es preciso detenernos en un estudio breve y preliminar respecto de la familia, célula primordial de la sociedad y que es el antecedente sociológico directo del matrimonio, pues uno de los objetivos del matrimonio es precisamente el establecimiento

formal de la familia, de manera que la mayor parte de sus efectos y consecuencias jurídicas, están encaminadas a proteger y cultivar la estabilidad y vigencia de la familia.

2.- La Familia.

Respecto a la familia, podemos decir que esta institución ha existido desde tiempos ancestrales, y se ha manifestado de muy diversas formas adecuándose a cada momento histórico y sus necesidades. Es, grosso modo, una de las instituciones más importantes dentro de una sociedad constituida, toda vez que es la célula primaria de la sociedad misma, razón por la cual el Estado Mexicano se ha preocupado y se preocupa por el mantenimiento de su vigencia, así como de su protección, a partir las formas que el Derecho reconoce y regula en sus diferentes legislaciones, sean locales o federales.

Así las cosas, vislumbramos a la familia como un agregado social que en términos generales, constituye la base sobre la que descansa la sociedad actual, y se constituye por personas ligadas por el vínculo del parentesco, siendo el medio inmediato dentro del cual el hombre se desenvuelve desde que nace y al que se encuentra generalmente ligado toda su vida. La familia, en un sentido lato, engloba a todas las personas unidas por un lazo de parentesco o afinidad, y se extiende a límites lejanos, de este modo, la familia descansa a la vez en la comunidad de la sangre, en el matrimonio y en la adopción y, en un sentido mucho más restringido, y diferente, podemos ver a la familia como el grupo de aquellas personas que viven bajo un mismo techo —padre, madre, hijos, y si hubiera lugar, nietos e incluso colaterales— convirtiéndose, entonces, o poco menos, en el sinónimo de hogar, de la *domus*, que como comentamos en el capítulo inmediato anterior, es la institución fundamental y celular de la sociedad.

A lo largo de los tiempos, se ha manifestado la familia de maneras muy diversas y poco a poco estas formas de familia han ido evolucionando hasta llegar a lo que hoy día conocemos, y, toda vez que el tema es por demás vasto, de presentarlo en toda su extensión nos pondría en riesgo de desviarnos del objetivo central del presente trabajo, razón por la que presentamos, brevemente, los diferentes tipos de familia más característicos que han existido desde los tiempos primitivos hasta épocas más recientes, no sin dejar de mencionar sus características primordiales:

a).- La Familia Poliándrica: Esta familia consiste fundamentalmente en la unión de una sola mujer con varios hombres, lo que configuró, naturalmente, un sistema familiar de tipo matriarcal, es decir, que es la organización familiar en la cual es la madre el elemento esencial de ésta y quien ejerce en ella la autoridad y en la cual la descendencia y los derechos se determinan por línea materna. Esta forma de familia se inició en los pueblos que pasaron de cazadores a agricultores sedentarios.

b).- La Familia Polígama: Este tipo de familia ha existido en algunas sociedades primitivas. Temporalmente se dio y aceptó en la antigua sociedad israelita y, posteriormente la musulmana y la mormona, entre otras. Parece, según investigaciones socio-antropológicas del siglo pasado, como las de Morgan y Bachofen, que entre otros grupos de cazadores y guerreros, el dato detonante de este tipo de familia, lo fue la escasez de hombres dentro de las comunidades, como consecuencia de la caza y la guerra

c).- La Familia Monógama Patriarcal: Esta forma familiar la encontramos mencionada en la “Política” de Aristóteles y en el “Antiguo Testamento”, así como en

el Derecho Romano. Se funda primordialmente en el culto a los muertos y a los antepasados, el cual era practicado de manera privada en el hogar, existiendo dioses familiares, los cuales eran precisamente sus propios muertos. Así las cosas, la familia romana se constituía como una unidad religiosa, política y económica. Dentro de ella era el *paterfamilias* el director del culto doméstico, actuando como magistrado para dirimir todos los conflictos que surgiesen en su seno y era el único dueño del patrimonio familiar. El nexo fundamental de la familia romana era el parentesco civil o *agnación*.

d).- La Familia Cristiana: El “Nuevo Testamento” exaltó el contrato matrimonial a la categoría de sacramento, elevando así el nivel de la mujer, y puso a la institución familiar al servicio de los hijos y para el beneficio de estos. Las ideas mantenidas por el cristianismo representaron el más fuerte freno a la corrupción de las costumbres que se desarrollaran durante el periodo del Bajo Imperio Romano.

e).- La Familia Feudal: En esta forma familiar, la familia se convirtió virtualmente en el feudo, dentro del cual sus miembros, vasallos y los siervos, vivían bajo la autoridad del señor. La actividad primordial de los hombres, era la guerra, en tanto que la de las mujeres era el hilado y el tejido.

f).- La Familia Conyugal Contemporánea: Esta familia, que se origina en tiempos más recientes, por influencia principalmente del Cristianismo, y que se ha extendido hasta nuestros días, se encuentra constituida por los cónyuges y sus hijos, quienes conforman, de manera evolucionada, el hogar, concepto proveniente, sin duda de

la *domus* romano, es decir, sin la existencia culto familiar y sin la autoridad brutal y absoluta del *paterfamilias*.

Finalmente, encontramos que la familia tiene y ha tenido en el mundo occidental, del cual formamos parte, una trascendental relevancia, la que ha dado, como resultado, que nuestro sistema jurídico patrio ponga especial interés en la familia, así como en su constitución y en sus relaciones internas, lo que ha traído, como consecuencia lógica, el surgimiento de lo que conocemos como el Derecho de Familia, que es precisamente el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto regular las relaciones entre los miembros del grupo familiar, abarcando tres aspectos: 1).- la protección de la familia; 2).- la creación de relaciones supletorias; y 3).- el establecimiento de las normas que rigen las relaciones familiares. Finalmente, encontramos que las relaciones jurídicas del Derecho Familiar

...son aquellas vinculaciones de conducta que se establecen debido al parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela; siendo las principales el parentesco, el matrimonio y la adopción.¹⁴

3.- Formas de Constitución de la Familia.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, hoy vigente, reconoce dos formas de constitución de la familia, a saber: el *concubinato* y el *matrimonio*. Cabe aclarar que el código no hace dicho reconocimiento de manera expresa; empero, sí tácitamente, como lo pasamos a explicar:

¹⁴ ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Apuntes del Primer Curso de Derecho Civil*. México, 1961. p. 48

En primer lugar, dicho código regula tanto al matrimonio cuanto al concubinato a lo largo de sus Títulos Quinto al Décimo, ambos inclusive de su Libro Primero, respecto de sus relaciones familiares.

En segundo lugar, encontramos que igualmente se contemplan estas formas familiares en su Libro Tercero, referente a las sucesiones, donde lo mismo se alude a la sucesión de la cónyuge que a la sucesión de la concubina.

Se percibe, de lo antedicho, la importancia trascendental que reviste la institución del matrimonio dentro de la sociedad, pues goza de una normación sistemática y expresa; pero respecto del concubinato no sucede lo mismo, a tal grado, que las disposiciones que contienen referentes a éste se hallan desperasas a lo largo de los títulos que se han mencionado y, lo más grave, es que la citada ley no contiene un concepto claro del concubinato, sino que éste se desprende de los elementos que concurren a configurar las normas de la sucesión de la concubina, es decir, que dicho cuerpo legal más se preocupa por la figura de la concubina que por el concubinato mismo.

Tenemos la convicción de que el criterio legal apuntado es defectuoso, puesto que el concubinato debe contar con un capítulo específico dentro de nuestro Código Civil, en el cual se contemplaría dicha figura y sus elementos subjetivos, así como las relaciones familiares correspondientes derivados del mismo, que podían ser reguladas, en lo conducente, de manera análoga a las del matrimonio.

Obsérvese pues, que resulta muy clara la trascendencia del matrimonio y del concubinato, como medios que se dan, innegablemente en la realidad social para la constitución de la familia. De esta manera, según lo hemos dicho, ambas figuras se encuentran positivadas en nuestro Derecho Civil, aunque la segunda de manera incompleta. Esto significa que el orden jurídico positivo de México reconoce, sin lugar a dudas, a una y otra, como fuentes de la familia; pero la regulación incompleta y defectuosa de la

segunda, implica la subsistencia de prejuicios que hoy más dañan que benefician y que, por lo mismo, deben desaparecer, para dar paso a una regulación armoniosa y justa de la familia. Ya en los numerales posteriores, nos encargaremos de dar una breve exposición de lo que son estas dos formas de constituir a la familia, tratando por supuesto de manejar y dar un punto de vista propio en lo que a su problemática se refiere.

4.- Concubinatio (Matrimonio por Comportamiento).

Dentro de las formas existentes de constitución de la familia, según lo visto, está el concubinatio, que todavía hoy, para su tratamiento científico representa, en palabras del desaparecido e inolvidable doctor Raúl Ortiz Urquidi, quien fuera profesor entrañable de Derecho Civil en nuestra Facultad, "...ciertamente novedoso, apasionado y tal vez - o sin el tal vez - hasta escabroso".¹⁵

Al hablar de concubinatio estamos hablando, de acuerdo a su concepción etimológica,¹⁶ de la unión de dos sujetos de distinto sexo, que se unen para hacer una vida en común, quienes estando en plena posibilidad de contraer matrimonio, prefieren no hacerlo.¹⁷ La palabra concubinatio alude, de acuerdo a esto, a la comunidad del lecho, lo que implica cierta permanencia. Así, esta voz sugiere una modalidad de las relaciones sexuales fuera del matrimonio, como

¹⁵ DE PINA, Rafael. Reseña Bibliográfica de la tesis doctoral *Matrimonio por Comportamiento* del doctor Raúl Ortiz Urquidi, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, octubre - diciembre, 1955, número 20, Ciudad Universitaria, México, Distrito Federal.

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la Lengua Española*, 20ª edición, Madrid, 1990. p. 342.

¹⁷ *Gran Enciclopedia Larousse*, T. III, Editorial Larousse, Barcelona, 1980. p.155.

expresión de una antigua costumbre que proviene, para la cultura occidental, de la Roma Imperial.¹⁸

Mucho se ha discutido en torno a esta figura jurídica y aún no ha sido posible conciliar una opinión uniforme, puesto que es grande la cantidad de detractores como defensores de esta figura jurídica, de la cual haremos, en los siguientes renglones, tan sólo, un breve análisis, ya que profundizarlo, sería materia de un estudio específico y, por ende, no pertinente a la investigación que estamos desarrollando. Pasemos, por tanto, a realizarlo:

El fundamento legal que nos ha permitido, en la parte final del apartado anterior, asegurar que el concubinato es, junto con el matrimonio, dentro de nuestro Derecho, fuente de la familia, precisamente el artículo 1635 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, que a la letra preceptúa:

“Artículo 1635.- La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.”

De esta disposición percibimos lo siguiente:

a).- Los elementos subjetivos de concubinato.

Esta disposición no hace referencia, en sentido estricto, al

¹⁸ *ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA*. Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1967. p. 616

concubinato, sino a sus elementos subjetivos — concubina y concubinario— y a las condiciones que ellos deben cumplir para poder ser herederos uno de otro.

b).- El fundamento ontológico y teleológico del concubinato. De los elementos subjetivos y de las condiciones que ellos deben cumplir, según lo expuesto en el inciso anterior, se infiere que el concubinato es una unión, más o menos permante, de dos personas de distinto sexo, con el propósito de llevar una vida en común que les suavice las cargas de la existencia, es decir, que dicha unión está fundada no sólo en una comunidad de afectos, sino, además, en un principio de solidaridad. Esto explica que entre dichos elementos subjetivos surja el derecho a heredarse recíprocamente.

c).- La índole de la unión. Dicha norma establece que la unión de los elementos subjetivos del concubinato sea análoga a la conyugal, es decir, que el trato y consideración que ellos se brinden sean lo mismo sexual que económica, moral y social, de modo que la sociedad los identifique como pareja.

d) La permanencia del concubinato.- El lapso que la ley contempla para considerar la existencia de concubina y concubinario, está contemplado en dos hipótesis, a saber:

I.- En el primer párrafo de la norma que se comenta, se establece, como regla general, que los dos individuos, hombre y mujer, hayan vivido juntos, de acuerdo a lo mencionado en los incisos precedentes, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de uno de ellos. Esto

significa que la ley considera que durante ese tiempo existió, legalmente, el concubinato, pues sólo así puede calificar a los elementos de esta relación, como concubina y concubinario. Este término de permanencia viene a ser, de acuerdo a la concepción y estructuración de la norma, la regla general, misma que tiene como excepción la que pasamos a explicar en el siguiente numeral.

II.- Encontramos, como excepción a la regla general que la norma establece que no es necesario que corran los cinco años, si los elementos subjetivos del concubinato hubiesen tenido dentro de él hijos en común. Esto merece reflexionarse, en nuestro punto de vista, de la siguiente manera: Obsérvese que la ley expresamente preceptúa "...o cuando hayan tenido hijos...", lo que significa que el legislador se refiere al alumbramiento de cuando menos un hijo procreado por la pareja y no, como se ha sostenido insensatamente, más de uno, ya que ello implicaría atentar contra los derechos y la dignidad de un ser humano menor de edad. La ley no está hecha para eso.

Por otro lado, la expresión "...hayan tenido hijos...", significa, por su composición gramatical, exactamente lo mismo que el lexicográfico de alumbramiento, y no el sostenido por un Tribunal Colegiado de Circuito, como sinónimo de concepción, puesto que ello representa un atentado en contra del vástago de la pareja, quien pudo haber sido concebido con anterioridad a la configuración del

* Amparo directo 3510/90. Adriana Josefina Ortega Meza. 8 de noviembre de 1990. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutierrez.

concubinato; pero haber nacido dentro de éste, incluso por horas o días. De esta manera y por ese sólo hecho, por supuesto que se dan los elementos subjetivos de la figura que venimos estudiando. No solamente eso, sería, además, un atentado en contra del perfeccionamiento e integración jurídica de una familia.

e).- **La aptitud de contraer matrimonio.** Por último, de la disposición que analizamos, se desprende claramente, como condición *sine qua non*, que los miembros del concubinato hayan permanecido libres de matrimonio durante éste, es decir, que ambos se hayan mantenido en la aptitud jurídica de consolidar su unión mediante el matrimonio y, sin embargo, nunca lo hicieron porque simplemente no juzgaron necesario acudir ante la autoridad competente para realizar una vida y un proyecto de existencia en común.

Crítica de concubinato por el doctor Rafael De Pina.

Con motivo de la tesis doctoral del profesor Raúl Ortiz Urquidi, el doctor Rafael De Pina, sinodal que fue de su exámen doctoral, manifestó su desacuerdo con el concubinato como forma de constituir una familia; pero sobre todo como matrimonio por comportamiento.

En efecto, escribió, acorde con los sectores más conservadores, que el concubinato es una forma de constituir a la familia limitada a los sectores más precarios económica y culturalmente de nuestra sociedad, además de representar un

...símbolo de depravación, que responde a meros instintos carnales.¹⁹

Por supuesto que no estamos de acuerdo con este criterio, puesto que, aún y cuando haya prevalecido en la época en que el doctor De Pina emitió tal opinión, hoy día es cada vez mayor el número de parejas que, teniendo una posición económica desahogada y acceso a un nivel cultural elevado, deciden unirse en concubinato, estableciendo, ante todo, un verdadero matrimonio, pues consideran —y a ésta consideración nos adherimos—, que el realizar la formalidad legal de celebración del matrimonio, no afecta en nada el deseo y la voluntad de la pareja en permanecer unidos formando una familia y compartiendo un proyecto de vida común, y que desde un punto de vista material, el hecho mismo de la celebración solemne del matrimonio no es más que un indicio subconsciente de certeza y pertenencia, mientras que:

...en el matrimonio por comportamiento, esa voluntad que se esgrime de permanecer unidos, se da a cada momento, en el transcurso de la vida cotidiana.²⁰

Por ello, no debemos olvidar que el Derecho va cambiando de acuerdo con los cambios mismos de la sociedad, fuente real de la evolución del Derecho. La experiencia nos enseña que dicha evolución se produce con los cambios, perceptibles o imperceptibles de la vida social, que generan nuevas necesidades. No tomar en cuenta esto, nos enseña Lon L. Fuller²¹, es cerrar los

¹⁹ DE PINA, Rafael. Reseña Bibliográfica de la tesis doctoral *Matrimonio por Comportamiento* del doctor Raúl Ortiz Urquidí, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, octubre - diciembre, 1955, número 20, Ciudad Universitaria, México, Distrito Fedral.

²⁰ ORTIZ URQUIDÍ, Raúl. *Apuntes del Primer Curso de Derecho Civil*. México, 1961, p. 56

²¹ *La Moral del Derecho*. Editorial Trillas, S. A. México, 1967, p. 82.

ojos a las nuevas realidades y propiciar una incongruencia entre ella y el Derecho, lo que abre paso, a la postre, a graves conflictos sociales. El Derecho debe alimentarse de las realidades, siempre nuevas, de la sociedad, como ésta, debe recibir el impacto normativo de la actualización del Derecho.

Ahora bien, estamos en total acuerdo con la concepción del doctor Raúl Ortiz Urquidi, en el sentido de que el concubinato debe ser manejado de manera análoga a un matrimonio no solemne, es decir, como un matrimonio por comportamiento, puesto que representa, como ya se dijo antes, la unión más o menos permanente de dos sujetos que se unen para hacer una vida en común, pero que aún y cuando están en plena posibilidad de contraer matrimonio, no lo hacen. Además hay que tener en cuenta los elementos de hecho que deben darse para que exista esta figura y que son, prácticamente los mismos que los establecidos para el matrimonio:

- a) La unión de un sólo hombre con una sólo mujer,
- b) la convivencia de esa pareja; y
- c) el trato sexual continuado de la misma...²²

A este respecto agrega, en nuestro cocepto atinadamente, el doctor Ortiz Urquidi, que el matrimonio por comportamiento es, en rigor, aunque carente de formalidad legal, un genuino matrimonio virtual, que como el solemne tiende a constituir una familia, pues

...sí en un dado caso concurren por la libre y espontánea voluntad de los interesados todos los elementos de hecho... y no se presenta ninguno de los casos de incapacidad... el matrimonio debe estimarse perfectamente

²² ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Matrimonio por Comportamiento*. Editorial Stylo, Unica edición, México, 1955. pp. 41-42.

válido, sin necesidad del cumplimiento de formalidad o solemnidad alguna...²³

Por otro lado, no debemos perder de vista que todos los órdenes jurídicos del mundo y, con ellos, el de México, estiman y regulan a la familia como una institución de orden público, lo que significa que la nuestra es, desde esta perspectiva, una legislación incongruente consigo misma. ¡Cómo es posible que ella considere a la familia como institución de orden público y, sin embargo, no le brinde una protección completa, so pretexto de la no regulación del concubinato sino tan sólo de sus elementos subjetivos, y eso para efectos de la sucesión!

Por nuestra parte, nosotros estimamos urgente que se regule al concubinato, según nuestro parecer atendiendo a los siguientes criterios:

a).- En primer lugar, establecer que el concubinato es un genuino matrimonio por comportamiento y, como tal, fuente de la familia.

b).- Por lo que se refiere a los elementos subjetivos —concubina y concubinario— del concubinato, por el sólo hecho de constituirlo, adquieren, en lo conducente, todas las obligaciones y derechos de los consortes en el matrimonio solemne.

c).- Por imperio de la ley, el patrimonio del concubinato deberá constituirse, a la manera de la antigua sociedad legal, con todos y cada uno de los ingresos pecuniarios y de bienes y derechos, aún los originados por la fortuna, así como obligaciones, siempre y cuando no

²³ ORTIZ URQUIDI, *Matrimonio por...* Op. Cit. p. 51.

sean tendentes a despatrimonializarla, provenientes de los elementos subjetivos de esta figura.

d).- Por lo que se refiere a las cargas, así como derechos y obligaciones, de los concubinos respecto de los hijos, incluso los aportados por ellos, sean iguales a los que los cónyuges tienen respecto de sus hijos, bien los habidos en el matrimonio como los adoptivos.

e).- La disolución del concubinato deberá tramitarse indefectiblemente, por tratarse de un matrimonio no formal, que implica la asunción de un estado civil, necesariamente ante la autoridad jurisdiccional, de manera similar al divorcio, pues como éste, tendería a declarar la conclusión de un estado civil para constituir uno nuevo, a saber, el de soltería.

f).- Por otro lado, el juez que conozca del divorcio, deberá, como debiera hacerlo también en el del matrimonio solemne, estudiar de oficio todo lo referente a alimentos en beneficio del elemento subjetivo del concubinato que se quede en precariedad económica para la subsistencia, así como de los hijos.

En efecto, la experiencia nos enseña, hoy día, que entratándose de divorcios, sobre todo en los que se tramitan con invocación de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, se omite, porque la ley no lo establece, esta sana práctica y, respecto de los hijos, siempre que no se reclaman, lo que implica, por parte de la ley y de los juzgadores, un grave olvido de que los alimentos son de interés público y por lo mismo, irrenunciables. Pues bien, por los mismos motivos no se deberá olvidar, ni en la legislación ni en la aplicación jurisdiccional de ésta, dicho tópico alimentario.

Hagamos una acotación final respecto del concubinato: podría argüirse, sin razón alguna desde luego, que el matrimonio por comportamiento atentaría en contra del matrimonio solemne, lo cual no es exacto, puesto que debidamente regulado como lo proponemos, llevaría a que las parejas prefirieran, en una gran mayoría, debido a la estricta regulación sugerida, solemnizar su proyecto de vida conyugal.

5.- Matrimonio.

a).- concepto:

A manera de noción preliminar, podemos decir que el matrimonio es la entrega absoluta tanto del hombre como de la mujer, con el fin de establecer y compartir un proyecto de vida común, sujetándose a los deberes y adquiriendo los derechos que la ley les impone por un lado y concede por el otro, razón por la cual, la pareja que se une en matrimonio, debe tener muy en cuenta una de las características primordiales del matrimonio y que es la permanencia, es decir; la voluntad de la pareja de continuar unidos en matrimonio, toda vez que han comprendido en toda su magnitud la importancia y la trascendencia que éste reviste, el cual debe estar constituido y cimentado en bases firmes que permitan el cabal cumplimiento de ese proyecto de vida común que han decidido emprender, y de esta manera poder sobrellevar las duras y difíciles cargas que igualmente conlleva la vida en común, pues debe tomarse en cuenta, en primer término, que el hombre es un animal de costumbres y que las mismas se adquieren desde la cuna, de suerte que en el mundo cotidiano de la pareja, ella lleva consigo diferentes y hasta cierto punto divergentes formas familiares de pensar y de comportamiento social, las cuales habrán de conciliarse, pues de otra manera se puede minar la relación que se da por virtud del matrimonio, que es tan estrecha y por decirlo de algún modo, de

tiempo completo. Por lo anterior, el matrimonio debe fundarse en la idea plena de la permanencia, pues de ésta depende el buen o mal logro de la unión familiar, de la familia, del matrimonio, y a largo plazo, de la formación de hombres y mujeres que cumplan con los requerimientos que la sociedad exige.

Ahora bien, retomando el concepto del matrimonio, si bien la definición preliminar que hemos aportado nos da una idea primaria de lo que es la institución que nos ocupa, también es cierto que para tener un concepto sobre el matrimonio en toda su dimensión nos encontramos en la necesidad de contemplar diversos aspectos, además del ya comentado, toda vez que se trata de un concepto complejo.

En primer lugar, debemos referirnos a su definición etimológica que deriva de los vocablos latinos *matris* y *munium*, que significan la carga o gravamen para la madre, dando a entender que es la mujer quien lleva el peso mayor durante la gestación y posteriormente al parto. Sin embargo, sistemas jurídicos como el francés, el italiano y el inglés, por mencionar algunos, no conceden validez a esta definición etimológica, donde se habla de *maritage*, *maritagio* y *marriage*, términos y conceptos, todos ellos, que derivan de la palabra marido.

Por otra parte debemos contemplar lo dispuesto por el penúltimo párrafo del artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice:

Artículo 130.- ...Los actos del estado civil de las personas son competencia exclusiva de las autoridades administrativas en los términos y condiciones que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

Por lo anterior, podemos considerar al matrimonio como un acto de carácter civil, aún y cuando el Código Civil vigente para el Distrito Federal no plantea, de manera expresa, una definición o

un concepto del matrimonio, pues únicamente se limita a establecerlo como un acto de carácter voluntario que celebran dos personas, un hombre mayor de dieciséis años y una mujer mayor de catorce, por virtud del cual se constituye un vínculo conyugal que los une, lo cual debe ser considerado de una manera mucho más amplia en donde surgen diversas consecuencias jurídicas.

También tenemos que la Enciclopedia Jurídica Omeba conceptúa al matrimonio desde un doble aspecto: como institución, afirmando que es:

...la institución social fundada en la unión del hombre con la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole.²⁴

En un segundo aspecto, como acto jurídico define al matrimonio como

...el contrato de Derecho de Familia en virtud del cual un hombre y una mujer formalizan una unión reconocida por la ley como base de la familia legítima.²⁵

Ahora bien, en México, diversos estudiosos del Derecho han pretendido aportar una idea que conduzca a un concepto propio del matrimonio, destacando, a nuestro parecer, las aportadas por el doctor Rafael Rojina Villegas, el doctor Raúl Ortíz Urquidí y el doctor Ignacio Galindo Garfías:

a).- El doctor Rafael Rojina Villegas²⁶ conceptúa —de acuerdo con la posición tradicional de

²⁴ *ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA*, Tomo XIX. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.

²⁵ *Idem*.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

Ruggiero—, que el matrimonio es una institución fundamental para el Derecho Familiar, toda vez que el concepto de familia reposa en éste como supuesto y base necesaria. Sin embargo, va más allá, al considerar que el matrimonio no debe limitarse a la filiación nacida del matrimonio, sino que se debe partir del principio de que la unión sexual debe estar reconocida jurídicamente para regular una comunidad de vida permanente, tanto biológica como espiritual, sin que lo anterior implique un atentado a la sociedad y el Estado, ni mucho menos el fomento del desarrollo de ideas inmorales dentro de la familia, que desencadene uniones sexuales transitorias o meramente accidentales.

b).- Por su parte, el doctor Ortíz Urquidí, conceptúa al matrimonio como:

...la unión y convivencia de un solo hombre y una sola mujer, para hacer nacer entre ellos, de acuerdo a la ley, determinados derechos y obligaciones y lo determina una institución jurídica que regula las relaciones familiares, una vez que se ha dado solemnidad a la unión de la pareja constituyendo una familia, sometándose a una serie de reglas tendentes a la realización de una finalidad específica que, en la especie, son los fines y objetivos del matrimonio.²⁷

Además, expresa que el matrimonio no debe limitarse a aquel que se formaliza de manera solemne,

²⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I: Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa, S. A., 25ª edición México, 1993 p. 319.

²⁷ ORTIZ URQUIDÍ, Raúl. *Matrimonio por...* Op Cit. p.p. 59, 69.

sino a aquel que se da a través del comportamiento, es decir, por la libre voluntad de las partes de unirse para formar una familia y permanecer constituidas como núcleo familiar, aún y cuando no se presenten ante los funcionarios del estado Civil para solemnizar su unión. Así las cosas encontramos que considera dos tipos de matrimonio, a saber: el matrimonio solemne, que se encuentra regulado por nuestro Código Civil de manera expresa, y el matrimonio por comportamiento o concubinato.

e).- Finalmente, el doctor Galindo Garfias²⁸ concibe al matrimonio tomando en consideración dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges. Además afirma que por virtud de la celebración del matrimonio se da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges, así mismo, considera que el matrimonio se compone de un complejo de deberes y facultades, en vista y para protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges, considerados estos por el doctor Galindo Garfias como los intereses superiores de la familia.

b).- naturaleza jurídica.

Mucho se ha discutido respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, pues los estudiosos del Derecho aún no han logrado ponerse de acuerdo respecto de ella. Este tema ha sido abordado desde muy diferentes puntos de vista, mismos que el profesor Rafael

²⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S.A., 12ª edición, México, 1993. p. 471.

Rojina Villegas²⁹ señala de la siguiente manera, no sin expresar nuestra opinión a cada una de dichas posturas:

I).- Como Institución: Se entiende por institución, a un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan a un todo orgánico y persiguen una sola finalidad, o bien, significa

...aquél cuerpo social, con personalidad jurídica o no, integrado por una pluralidad de individuos, cuyo fin responde a las exigencias de la comunidad y del que derivan para sus miembros situaciones jurídicas objetivas, que los envisten de deberes y derechos estatutarios.³⁰

Así, el matrimonio visto como institución, significa la finalidad común de los cónyuges de fundar una familia y la realización de un estado de vida permanente entre ellos.

II).- Como Acto Jurídico Condición: Entendemos por acto jurídico condición, a aquellos necesarios para que una situación jurídica general se aplique en un caso individual. Aquí podemos decir que en muchos casos, la norma jurídica no es aplicable de pleno derecho a un caso individual, para que lo sea, es necesaria la verificación de un acto jurídico intermedio. Este acto produce entonces una modificación en el orden jurídico puesto que, por su realización, el individuo se ve colocado dentro de la regla general. De esta manera, la situación de

²⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio...* Op. Cit. pp. 321-322.

³⁰ *ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA*. Tomo XVI. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955 p. 116.

casado no se aplica a todos los individuos, sino sólo a los que ya han realizado los actos de matrimonio.

Por virtud de la celebración del matrimonio, se condiciona la aplicación de un estatuto rector de la vida de los cónyuges en forma permanente, es decir, un sistema jurídico es puesto en marcha por virtud del acto jurídico del matrimonio, que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

III).- Como Acto Jurídico Mixto: Por acto jurídico mixto entendemos, aquellos en que concurren el acto público y el acto privado, es decir, se da la intervención del Oficial del registro Civil y el consentimiento de los contrayentes, respectivamente. Desde este punto de vista, la intervención del Oficial de Registro Civil en la celebración del matrimonio, es de suma importancia, ya que la función de éste no es meramente declarativa, sino constitutiva, puesto que si omite dar constancia en el acta respectiva de la declaración de unión conyugal de los celebrantes, el matrimonio resultaría inexistente.

IV).- Como Contrato Ordinario: en tanto que para la Iglesia, es un contrato y un sacramento, para la ley civil sólo es un contrato civil. Esta fue la forma por medio de la cual, el legislador mexicano logró separar el matrimonio de la Iglesia Católica y, con esto, negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, considerando que el matrimonio es un acto jurídico que reúne todos los requisitos genéricos de los contratos, aunque posteriormente, lo revistió de características especiales como la formalidad, que es la solemne, en su celebración.

V).- Como Contrato de Adhesión: El contrato de adhesión, es una forma de contrato en la que uno de los contratantes, se encuentra impedido para establecer o modificar las cláusulas del contrato, pues solamente se limita a aceptar las ya estipuladas por su cocontratante. Este punto de vista constituye una variante de la posición contractualista del matrimonio, afirmando que los consortes no son libres para establecer derechos y obligaciones distintos de aquellos que de manera imperativa determina y establece la ley, ya que las partes no hacen sino a aceptar o adherirse a las cláusulas o los elementos impuestos por el Estado, funcionando su voluntad sólo para el efecto de iniciar dicho contrato.

Los cónyuges, al contraer matrimonio no son libres para estipular derechos y obligaciones diversos de los previamente establecidos de forma imperativa por la ley, puesto que se estima que el Estado, por razones de interés público, ha impuesto al régimen jurídico del matrimonio, forma tal que los contrayentes únicamente se adhieren a dicho régimen, funcionando su voluntad solamente para el caso de poner en vigor y aplicar el mencionado estatuto.

VI).- Como Estado Jurídico: el hecho jurídico así como el acto jurídico, se consumen en su realización, sin embargo, esto no acontece con el estado jurídico, ya que en él se producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida.

Siguiendo esta idea, el matrimonio crea un estado jurídico entre los cónyuges, toda vez que se está creando entre ellos, una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes, como resultado de la

aplicación de la normatividad respectiva en todas y cada una de las situaciones que se presentan a lo largo de la vigencia del matrimonio.

VII.- Como Acto de Poder Estatal: pues se considera que la declaración de la voluntad de los contrayentes se manifiesta ante el Oficial representante del Estado y que, por consiguiente, cualquier otra manifestación de voluntad no tiene ningún valor. Así las cosas, el matrimonio aparece como constituido formalmente por el Poder Público.

Nuestro Punto de vista.- Consideramos, por nuestra parte, que el matrimonio es una institución, en el sentido que ha quedado apuntado en el inciso I que antecede, pues que en efecto, es un conjunto de normas de la misma índole que regulan un todo orgánico y que persiguen una sólo finalidad, amén de que constituyen un cuerpo social, cuyo fin responde a las exigencias de la comunidad y del que derivan para sus miembros situaciones jurídicas objetivas, lo cual se debe a que el Derecho reconoce implícitamente un fenómeno socioantropológico que desde tiempos antiguos ha venido evolucionando, de modo que configura un estado civil. El acto jurídico de celebración del matrimonio, que no es el matrimonio mismo, es la asunción libre y espontánea del estado civil que así se denomina y, por lo mismo, no se deben confundir.

Ahora bien, la asunción del estado civil llamado matrimonio, dentro de nuestro ambiente jurídico, se ha considerado únicamente al solemne, con olvido de que dicha asunción puede ser, como hoy acontece ya de manera muy generalizada, de hecho, a través del concubinato, razón por la cual consideramos, con el doctor Ortiz Urquidí, a éste como matrimonio por comparamiento y, por lo mismo, se le debe regular completamente, como lo hemos propuesto en líneas precedentes.

No participamos del criterio que lo considera como acto jurídico condición, pues tal punto de vista, está referido discriminatoriamente al matrimonio solemne, con olvido de las realidades sociales que nutren la evolución del Derecho, como tampoco estamos de acuerdo, con el que lo estima acto jurídico mixto, por las mismas razones, además de que se refiere, como en el criterio anterior, a su celebración y no al estado civil.

Por lo que se refiere a los criterios que lo estiman o contrato ordinario o contrato de adhesión, no lo compartimos, en primer lugar porque se refiere a la celebración y, en segundo lugar, a que en rigor no es un contrato aún cuando se trate de un acuerdo de voluntades, puesto que ellos, como especie del género convenio jurídico, tienden a crear o transferir derechos y obligaciones, en tanto que en la celebración del matrimonio tiene como finalidad únicamente la asunción de un estado civil, el cual, entendido como institución, se encuentra revestido de un cúmulo de cargas, derechos y obligaciones entre los cónyuges y de estos con sus hijos, así como respecto del estado civil mismo.

Habría que hacerse, en todo caso, una reflexión más: si fuera en verdad un contrato, el acto del matrimonio debería entenderse, aunque no lo es, como contrato nominado solemne y, en tal evento, no habría razón para negarle al concubinato el carácter de contrato innominado, sobre todo porque la ley no prohíbe al concubinato aún cuando no lo define ni regula.

La Iglesia Católica, considera al matrimonio como contrato y como sacramento; empero, respecto de lo primero, como ha quedado dicho, no estamos de acuerdo, por las razones históricas que pudieran existir. Respecto de lo segundo, es un tema ajeno al presente trabajo y, por lo mismo, no lo pasamos a reflexionar.

Por lo que se refiere a considerar a la celebración del matrimonio como un típico acto de poder estatal, que se manifiesta, so pretexto de su solemnidad, a través del Juez, antes Oficial, del Registro Civil, resulta inadmisibles por la carga brutal de iuspositivismo, que implica la voluntad omnimoda del Estado y

abre, con ello, el camino al despotismo estatal en el ámbito de la familia. Esto no significa que estemos en contra de la solemnidad jurídica con que el Estado reviste a la celebración del matrimonio, entendida como una mera formalidad legal, sino que colateralmente a ella propugnamos, por corresponder a la realidad social actual, por el matrimonio por comportamiento, que hasta fecha relativamente cercana fue regulado por el Derecho Civil del Estado de Texas, Estados Unidos.*

En lo tocante a considerar al matrimonio como estado civil, este criterio se refiere lo mismo a su celebración que a la relación conyugal permanente de quienes lo contrajeron, esto es, desde el primer punto de vista, como el acto jurídico por el cual se asume, solemnemente, el segundo.

En resumen, nosotros recogemos, por considerarlos compatibles, tanto el criterio que considera al matrimonio como institución, cuanto al que lo considera estado jurídico civil, precisamente, porque el segundo es contenido del primero. Desde luego, que la noción de institución, entendida subsumiendo la de estado civil, debe ser ampliada para que quede inmersa dentro de ella el concubinato o matrimonio por comportamiento.

Por lo tanto no sería posible concebir la naturaleza jurídica del matrimonio desde un punto de vista diferente del de una institución, como lo hemos concebido, la cual nos da la posibilidad de encontrar un marco más amplio y adecuado a las necesidades reales del matrimonio y consecuentemente, de la familia, que es el bien jurídicamente protegido por el matrimonio, sea solemne o por comportamiento. La naturaleza misma de esta institución la hace especialmente regulada por el Estado, toda vez que la sociedad es la primera interesada en que de manera clara, precisa y correcta, se establezcan toda una serie de normas tendentes a regular los requisitos, las obligaciones y los derechos que surgen de la celebración del matrimonio, todo ello, en beneficio de la seguridad

* Recuérdese al respecto el caso de Mario Moreno "Cantinflas"

jurídica de los gobernados y en atención al bienestar común de la sociedad.

c) elementos y requisitos para contraer matrimonio.

Para poder tener una idea más clara y precisa del matrimonio, así como de su trascendencia, es necesario analizar los elementos esenciales de esta institución y que a continuación se enumeran³¹:

1.- Sujetos: estos son los contrayentes, es decir, el hombre y la mujer que pretenden unirse en matrimonio, concurren ante el Juez del Registro Civil con el fin de expresar su voluntad. Estos deben tener plena capacidad —tanto de goce como de ejercicio—, para que el matrimonio sea completamente válido, independientemente que deben encontrarse fuera de cualquiera de los supuestos que el artículo 156 del Código Civil vigente establece como impedimentos para contraer matrimonio.

2.- Consentimiento: que es en principio el acuerdo de voluntades que los contrayentes expresan ante el Juez del Registro Civil al momento de contraer matrimonio, de manera libre y carente de toda violencia o presión física o emocional; sin embargo, es pertinente aclarar que dicha expresión de la voluntad recae tanto en la pareja como en la disponibilidad y posibilidad de dar pleno cumplimiento al los fines del matrimonio.

³¹ PACHECO E., Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*. Editorial Panorama Editorial S.A. México, 1984. p. 70.

3.- Objeto: Desde un punto de vista muy genérico, el objeto es la consecuencia lógica de la celebración de un acto jurídico y presupone, respecto del matrimonio, la asunción de un estado civil, el cual conlleva un cúmulo de cargas, derechos y obligaciones, que implican, como objeto mediato, el apoyo y ayuda mutuos (art. 147), así como la procreación de hijos. Este último, no es indispensable, habida cuenta de que existen parejas que, por circunstancias especiales, se encuentran imposibilitadas de tenerlos, además de lo preceptuado por el artículo 4º de nuestra Constitución, que establece, en su tercer párrafo, que “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”

4.- Solemnidad: Independientemente de que más adelante se analizará con mayor detenimiento este aspecto del matrimonio, podemos afirmar que la solemnidad sólo se refiere a la forma en que los contrayentes deben manifestar su voluntad, de unirse en matrimonio, ante el Juez del Registro Civil.

De estos elementos emergen una serie de conceptos, los cuales deben considerarse de manera particular, ya que la comprensión de los mismos nos darán la posibilidad de acceder al entendimiento del desarrollo del tema que se realizará más adelante. Así, pues, encontramos a los siguientes elementos: a).- la capacidad en los contrayentes, b).- la aptitud para contraer matrimonio y c).- las formalidades requeridas por la ley para la expresión del consentimiento de los contrayentes.

a).- La Capacidad en los contrayentes: Por capacidad entendemos la “aptitud para adquirir un

derecho, o para ejercerlo o disfrutarlo”³². Igualmente, podemos considerar a la capacidad como uno de los atributos inherentes a la personalidad jurídica, comprendida en su doble aspecto: de goce y de ejercicio. Estas capacidades no siempre van de la mano, puesto que la primera se refiere a la aptitud de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, en tanto que la capacidad de ejercicio, como su nombre lo indica, es la posibilidad de ese individuo para poder hacer valer, por sí mismo, esos derechos y dar cumplimiento a dichas obligaciones. En un aspecto muy genérico, encontramos las siguientes características de la capacidad de goce y de ejercicio:

I).- Capacidad de Goce: Se adquiere con el simple hecho del nacimiento y se pierde con la muerte; pero se tiene por nacido al concebido para los efectos establecidos por las leyes. Se entiende por nacido a un individuo, cuando el feto se ha desprendido completamente del seno materno y ha sobrevivido las siguientes cuarenta y ocho horas posteriores a dicho desprendimiento o antes si ha sido presentado vivo en el Registro Civil, como lo establece el artículo 337 de nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal.

II).- Capacidad de Ejercicio: Esta se adquiere solamente cuando se ha cumplido la mayoría de edad —dieciocho años— y el individuo no se encuentra dentro de los supuestos establecidos en la fracción II del artículo 450 del

³² PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, S.A., 20ª edición, México, 1994. p. 138.

Código Civil, es decir, que siendo mayores de edad, los individuos estén “disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos...”, o bien “...que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que ésto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio”.

Ahora bien, aún y cuando los individuos no tengan capacidad de ejercicio, esto no implica que no pueden ejercitar sus derechos, la circunstancia que se da en este caso, es que son quienes ejercen la patria potestad de estos o sus tutores, quienes ejercen sus derechos a su nombre, pues son estos quienes están a cargo de los incapacitados y por ende obligados a procurar su bienestar y a cuidar sus intereses.

Por otra parte, en lo que se refiere a la capacidad como requisito para contraer matrimonio, encontramos que el Código Civil establece una excepción a la regla general que impone, como requisito para celebrar cualquier acto jurídico, el hecho de ser mayor de edad, estableciendo en su artículo 148 como edad mínima para contraer matrimonio, dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer, ya que el legislador consideró que esta edad marca el momento a partir del cual los contrayentes se encuentran en posibilidad de cumplir con uno de los fines del matrimonio y que es precisamente la procreación, y que además, han alcanzado la madurez física y mental para

afrontar los deberes que derivan del matrimonio, apreciación ésta última que, en nuestra opinión, es por demás errada, pero esa discusión constituye un tema completamente distinto al de este trabajo y por lo mismo no ahondaremos en ello.

Cabe aclarar que esta excepción está sujeta a la declaración de consentimiento que deben efectuar los ascendientes que ejerzan la patria potestad de los contrayentes menores de edad, o bien sus tutores o incluso a falta de estos, un Juez de lo Familiar (artículos 149 y 150 del Código Civil). Igualmente, los menores contrayentes pueden acudir ante el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados cuando ascendientes o tutores hayan negado o revocado su consentimiento (art. 151).

Como refuerzo a esta excepción, encontramos que el mismo Código, al referirse a la nulidad del matrimonio, establece en su artículo 237 lo siguiente:

“Art. 237.- La menor edad de dieciséis años en el hombre y de catorce en la mujer dejará de ser causa de nulidad:

I. Cuando haya habido hijos;

II. Cuando, aunque no los haya habido, el menor hubiere llegado a los dieciocho años; y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado nulidad.”

Así las cosas, “al permitir la ley la convalidación a través de las dos formas ya indicadas, nos hace concluir que se trata de una nulidad, lo que nos hace suponer que no se trata de una incapacidad de goce, sino de incapacidad de ejercicio”³³.

³³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op Cit. p.p. 104-105.

b).- La Aptitud para Contraer Matrimonio:

Al hablar de esta aptitud, nos estamos refiriendo a no estar encuadrado dentro de alguno de los supuestos enumerados por los artículos 156, 157, 158, 159 y 289 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal, es decir, estamos hablando de los impedimentos.

Los impedimentos son las “circunstancias objetivas que no permiten que se celebre, válidamente, el matrimonio...”,³⁴ es decir, son los obstáculos que establece la ley por virtud de la naturaleza de la institución, derivadas de circunstancias que afectan tanto a uno o a ambos contrayentes. Son “excepciones a la capacidad universal de contraer matrimonio y deben por tanto siempre interpretarse respectivamente”,³⁵ tomando en consideración la tradición jurídica existente en torno al matrimonio, que a lo largo de la historia han sido recogidos por los diferentes sistemas jurídicos y evidentemente, por las normas de Derecho Natural.

Los impedimentos que privan a los pretendientes de su aptitud para contraer matrimonio, se han clasificado de diversas maneras; pero consideramos que la clasificación clásica de estos es la más adecuada y accesible para su mayor comprensión y aplicación en el mundo fáctico y que consiste en clasificarlos en dirimentes e impedientes; atendiendo por supuesto a la sanción que la ley impone para los contrayentes que se encuentren ubicados dentro de alguna o algunas de las circunstancias que determina la ley.

1).- Los Impedimentos Dirimentes:

Son aquellos que el Código Civil sanciona en la

³⁴ PACHECO E., Alberto. Op. Cit. p.81.

³⁵ Idem. p. 93.

fracción II del artículo 335 con la nulidad del matrimonio, y se refieren a los mencionados en el artículo 156 del mismo ordenamiento, pudiéndose dispensar solamente los relativos a la falta de edad y al parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual. A continuación se transcribe el artículo 156 del Código Civil, que hace referencia a esta clase de impedimentos:

“Art. 156: son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

- I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;**
- II. La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos;**
- III. El parentesco por consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. en la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente hasta los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;**
- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;**
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;**
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;**

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

VIII. La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias

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

X. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer.

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

2).- Los Impedimentos Impedientes:
Estos impedimentos, contenidos en los artículos 157, 158, 159 y 289 inclusive de nuestro Código Civil vigente. Son aquellos que, como su nombre lo indica, únicamente impiden la celebración del matrimonio, sancionando a los matrimonios celebrados aún y con la concurrencia de alguno a algunos de estos, con la declaración de ilicitud de dicho matrimonio, es decir, contrarios a derecho. Estos impedimentos, por lo general se dan de forma transitoria y abren y dan pauta a sanciones diferentes a la de nulidad; como la sanción administrativa para el Juez del Registro Civil que autorizó y celebró el acto siendo de su conocimiento la existencia del impedimento.

Para tener una idea más clara de cuáles son los impedimentos impedientes, procedemos a transcribir los artículos de nuestro Código que los establecen:

“Art. 157.- El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción.”

“Art. 158.- La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz a un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.”

“Art. 159.- El tutor no puede contraer matrimonio con la persona con la que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.”

“Art. 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino

después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio.

Para los cónyuges, que se divorcien voluntariamente pueden volver a contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.”

c).- Las formalidades requeridas por la ley para la expresión de la Voluntad de los Contrayentes: En párrafos anteriores ya hablamos del consentimiento de los contrayentes y dejamos asentado que éste debe hacerse conforme a las solemnidades que la ley establece, y que este consentimiento nunca podrá establecer condición alguna que contravenga los fines del matrimonio, puesto que de ser así, el código de referencia establece en su artículo 147 que se tendrán por no puestas.

Por otro lado tenemos que los artículos 100 al 103, ambos, inclusive, del Código que se comenta, establecen, por decirlo de alguna manera, “la forma sacramental en la que deberá llevarse a cabo el acto mismo de la celebración del matrimonio”,³⁶ es decir, el procedimiento que debe de llevarse a cabo en el momento de la celebración del acto ante el Juez del Registro Civil.

Así pues, tenemos que, una vez que los contrayentes han presentado la solicitud de matrimonio con los anexos que la ley requiere, el Juez del Registro Civil debe citar por separado tanto a los pretendientes como a quienes hayan otorgado su consentimiento, para que comparezcan ante él y reconozcan su firma, así como a los testigos para que estos ratifiquen, bajo protesta de decir verdad, las manifestaciones vertidas e, incluso, está

³⁶ ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Apuntes...* Op. Cit. p. 60.

facultado para cerciorarse de la autenticidad del dictamen médico, de considerarlo necesario (artículo 100). Una vez hecho lo anterior, el Juez debe señalar dentro de los ocho días siguientes, día y hora para la celebración del matrimonio (artículo 101) y el día y hora fijados, deberán comparecer ante él los contrayentes —y en su caso un apoderado especial debidamente acreditado—, así como dos testigos de cada uno que acrediten su identidad. Posteriormente, el Juez debe leer en voz alta la solicitud de matrimonio y de los documentos anexados e interrogará a los testigos sobre la identidad de los pretendientes y de ser afirmativa su respuesta, procederá entonces a preguntar a cada uno de los futuros cónyuges si es su voluntad unirse en matrimonio y, si están conformes, los declarará unidos en matrimonio en nombre de la ley y de la sociedad (artículo 102).

Ahora bien, el artículo 103 contiene otras formalidades referentes a la manera de hacer constar la celebración del matrimonio en los términos que han quedado descritos en el párrafo inmediato anterior, estableciendo la obligación del Juez de:

a).- Otorgar el acta matrimonial;

b).- Hacer constar en dicha acta tanto la voluntad de los consortes de unirse en matrimonio, como la declaración del Juez considerándolos unidos en matrimonio en nombre de la ley y la sociedad;

c).- Determinar los nombres y apellidos de los contrayentes;³⁷

d).- Asentar lugar, fecha y hora en que se elabora el acta matrimonial;

e).- Hacer constar la edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

f).- Hacer constar si los contrayentes son mayores o menores de edad y en caso de ser menores, hacer constar el consentimiento de los padres, abuelos, tutores o autoridades substitutas, según el caso, asentando sus nombres, apellidos, ocupación y domicilios;

g).- Hacer constar que no hubieron impedimentos por parte de los contrayentes para unirse en matrimonio, y si lo hubo, que fue dispensado;

h).- Asentar la manifestación de los contrayentes del régimen patrimonial que regirá al matrimonio;

i).- Asentar en el acta nombre, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de cada uno de los testigos así como su declaración sobre si son o no parientes de los consortes, y de serlo, establecer su parentesco.

³⁷ La omisión de cualquiera de estas tres formalidades produce la inexistencia del acto.

Cabe mencionar, al respecto, que el Profesor Ortiz Urquidi difiere con este listado, pues considera que la obligación planteada en el inciso b).- como una solemnidad, "de tomarse en cuenta, no tendría caso el artículo 250 congruente con el 2234 de Código, que permite que la conducta o el comportamiento de las partes prepondere sobre el inflexible texto de la ley."³⁸

d) derechos y obligaciones de los cónyuges.

El hablar de los derechos y obligaciones que surgen por virtud de la celebración del matrimonio, nos lleva al análisis de las reglas básicas que nuestro Código Civil establece para que sea posible una buena convivencia entre los consortes, pues constituyen, de una forma u otra, el desarrollo del objeto del matrimonio, que consiste en el apoyo y la ayuda mutua de los cónyuges para poder llevar a buen término ese proyecto de vida que han decidido emprender. Estos derechos y obligaciones, se derivan de la naturaleza misma del matrimonio, y que por este hecho son irrenunciables, por estar encaminados al pleno y cabal cumplimiento de los fines del matrimonio, lo cual se traduce a la protección que el Estado lleva a cabo en favor de la familia y la sociedad.

Así las cosas, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, ha establecido dichas obligaciones y derechos de los cónyuges en el Capítulo III del Título Quinto, contenido en su Libro Primero, que a continuación, procedemos a exponer:

1).- Las Obligaciones:

a).- La Obligación de los cónyuges de contribuir a los fines del matrimonio y socorrerse mutuamente (art. 162, primer párrafo): Aquí se plantea

³⁸ ORTIZ URQUIDI, Raúl. Matrimonio por... Op. Cit. p. 64.

una de las obligaciones primordiales del matrimonio que consiste precisamente, en que ambos deben velar por el cumplimiento de los fines del matrimonio. Además el socorro mutuo que se deben los cónyuges, implica la obligación de auxilio y ayuda mutua; pues el matrimonio es un compromiso de vida que efectúa la pareja, y por ese mismo hecho, debe apoyarse y auxiliarse en los momentos difíciles y adversos que la vida y las circunstancias les presenten, y este auxilio no debe prestarse solamente en lo material, sino que debe trascender a lo espiritual. Ahora bien,

...no son similares los conceptos de ayuda y socorro mutuo, cada uno tiene su propia significación. Entiendo que la ayuda mutua hace referencia más bien al aspecto económico, lo relativo a los alimentos, administración de bienes, etc., y el socorro hace referencia a la asistencia recíproca en casos de enfermedad, auxilio espiritual que deben dispensarse los cónyuges, ayuda en la vejez, etc. combinados ambos se logra la promoción integral de cada uno de los cónyuges y de la comunidad conyugal.³⁹

b).- La obligación de la cohabitación (art. 163 primer párrafo): Los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal, el cual es el lugar donde, de común acuerdo, decidan establecerse y donde puedan gozar de plena autonomía y autoridad, y la única excepción que puede darse a esta obligación es sólo para el caso de que alguno de los cónyuges traslade su domicilio a un país extranjero, a no ser que sea en servicio público o social; o el caso en que alguno de los cónyuges se establezca en un

³⁹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. p. 143-147.

lugar insalubre o indecoroso. Otra excepción que podemos encontrar a esta obligación, sin que esto implique un incumplimiento, es la separación que declare un Juez Familiar, en tanto dure el procedimiento de divorcio. Es la cohabitación el elemento material que une a la pareja, puesto que de esta manera podrán llevarse a cabo los fines del matrimonio, mientras continúe vigente.

c).- La obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar (art. 164): Antiguamente, y como nos es posible apreciar en el primer capítulo del presente trabajo, esta obligación recaía exclusivamente en el hombre, pues en ese momento histórico, los roles que llevaban a cabo los hombres y las mujeres eran cerrados y limitaban a la mujer a las labores del hogar y era el hombre quien salía a trabajar y por consiguiente, poseía los medios necesarios para la subsistencia de su familia. En la actualidad las cosas son diferentes, la apertura que se ha dado en la última mitad de este siglo a dado como resultado que tanto el hombre como la mujer, sean capaces de desarrollarse integralmente y por consiguiente, la adquisición de medios de subsistencia no se encuentra limitada a los hombres, sino que se ha extendido a las mujeres, por lo que esta obligación se ha repartido entre los dos, basado en esa contribución que cada uno de los consortes deben aportar para realizar su proyecto de vida común. La forma y proporción de esta obligación queda al libre acuerdo de los esposos.

d).- La obligación de administrar alimentos a los hijos (art. 164): Esta obligación de los cónyuges, se refiere a cinco aspectos primordialmente y que son descritos en el artículo 308 del Código que se comenta, a saber: comida, vestido, habitación, asistencia médica y

educación a nivel de secundaria. Aquí cabe mencionar que el referido precepto sólo hace mención de la educación primaria, más con las últimas reformas constitucionales quedó elevada al nivel obligatorio la educación secundaria y; por tal motivo, debe incluirse ya dentro de la ministración de alimentos a que están obligados los padres para con los hijos.

e).- **La obligación de guardarse fidelidad:** Aunque esta obligación no se encuentra expresamente establecida en el Código, la encontramos consagrada en el artículo 267, fracción I, al enumerar al adulterio como causa de divorcio. Así pues, la fidelidad que deben guardarse los esposos es imprescindible para el matrimonio; pues se apoya en la confianza que se tiene mutuamente la pareja, como resultado de esa promesa que se hizo al momento de decidir unirse en matrimonio. La fidelidad

...nace del matrimonio y comprende, no sólo los actos de no hacer relativos a abstenerse de relaciones génito sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en especial al cumplimiento de la promesa dada y al compromiso diario y permanente entre cónyuges, comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de vida. La fidelidad es un deber que se da en igualdad, complementario y se exige como recíproco; es intransmisible e irrenunciable.⁴⁰

f).- **El débito carnal:** Esta obligación se plantea como una expresión más de la convivencia y el amor que existe entre los cónyuges. A nuestro modo de

⁴⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Idem. p. 145.

pensar, esta obligación es la que va relacionada, de manera más directa, con la intimidad de la pareja y cuyos frutos son el resultado del deseo limpio y puro de entregarse en plena libertad el uno al otro para complementarse como pareja, dando lugar a una comunión y, por decirlo de alguna manera, a una fusión espiritual plébrica de comunicación y comprensión entre los seres que en él intervienen. Por eso consideramos que, más que una obligación, el débito carnal es una de las formas más contundentes de confirmar esa voluntad de permanecer unidos en matrimonio y de seguir compartiendo ese proyecto de vida que constituye el matrimonio.

II).- Los Derechos de los Cónyuges:

a).- El derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos (art. 162, segundo párrafo): La pareja tiene plena libertad para que de común acuerdo, decidan cuántos hijos van a tener y cuándo los van a tener; o si así lo deciden, a no tenerlos. Al referirse el Código Civil a que esta decisión debe tomarse de manera responsable e informada, se está refiriendo a que la pareja debe decidir el número de hijos que desea tener en base a las posibilidades económicas que tengan, con el fin de poder cumplir de la mejor manera posible con las obligaciones que se adquieren para con los hijos, y que deben procurarse toda la información posible y relativa a la planificación familiar y control natal, para así no tener más hijos de los que se desean y pueden atender.

b).- Derecho a decidir en qué proporción va a contribuir cada uno de los consortes al sostenimiento del hogar (art. 164): Si bien ambos cónyuges están

obligados al sostenimiento del hogar, están en plena libertad de decidir en qué cantidad van a contribuir cada uno. Esto, considerando que generalmente los ingresos de los consortes son diferentes y, por consiguiente, no siempre es posible contribuir en un porcentaje igual, además de que esto da la facultad a los cónyuges de decidir si uno de estos no va a trabajar y por ello no va a contribuir en nada con esta obligación.

c).- El derecho de los cónyuges en materia de alimentos art. 165): Al igual que los hijos, los cónyuges que se encuentran bajo la dependencia del otro, tienen derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien se haga cargo del sostenimiento económico de la familia.

d).- El derecho de los cónyuges a tener igual autoridad y consideraciones en el hogar (art. 168): Este derecho se establece con independencia del ingreso que cada uno de los cónyuges aporte al sostenimiento de la familia y, por virtud de este derecho, la pareja debe resolver de común acuerdo todo lo relativo al manejo del hogar, a la educación de sus hijos y la administración de sus bienes, y en caso de desacuerdo, es un Juez de lo Familiar quien deberá decidirlo.

e).- El derecho de la pareja de dedicarse a la actividad que desee (art. 169): Este derecho se da en los cónyuges siempre que dicha actividad no dañe la moral de la familia o a su estructura, lo que da también otro derecho para los cónyuges, consistente en la posibilidad de oponerse a la actividad que desarrolle el otro cónyuge y en ese caso el Juez de lo Familiar es quien resolverá lo conducente.

f).- La capacidad de los cónyuges mayores de edad de administrar, contratar y disponer de sus bienes (art. 170): Este derecho se da en todos los mayores de edad, pero en el caso del matrimonio, la prerrogativa consiste en que, entratándose de que el matrimonio regido por la separación de bienes, cada cónyuge puede disponer libremente de los bienes propios sin que necesite del consentimiento del otro e, incluso, está facultado para venderlos a su cónyuge (art. 176) y cuando el régimen patrimonial del matrimonio en cuestión sea el de sociedad conyugal, los actos de administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal, deben llevarse a cabo de común acuerdo y a través de quien sea el administrador de dicha sociedad.

g).- La capacidad de los consortes menores de edad para administrar los bienes propios (art. 173): Este derecho se encuentra sujeto a una aprobación judicial; toda vez que al tratarse de menores de edad, estos adolecen de capacidad de ejercicio y, por otro lado, se hace necesario un tutor dativo. Esto se da porque aún y cuando por virtud del matrimonio el menor de edad se considera emancipado de derecho, según lo dispuesto en el artículo 641 del Código Civil, encontramos que el artículo 499 del multicitado código, establece que "siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado". Este derecho que está limitado como ya hemos visto, se rige en lo general conforme a las reglas que establece el artículo 172 respecto de los cónyuges mayores de edad.

h).- El derecho de cada uno de los cónyuges para ejercitar durante el matrimonio los derechos y acciones que se tengan en contra del otro (art. 177): Este

derecho da la facultad a los cónyuges de exigir el cumplimiento de las obligaciones que el otro cónyuge tenga a favor de quien demande; sin embargo, la prescripción entre los esposos no corre durante la vigencia del matrimonio. Así mismo, este derecho implica también la posibilidad de uno de los consortes de demandar al otro el cumplimiento de las obligaciones que ha adquirido por virtud del matrimonio, como puede ser el cumplimiento en el pago de alimentos, por citar un ejemplo.

A grosso modo, ha quedado enumerada y analizada la situación imperativo atributiva que surge por virtud del matrimonio y que, constituye uno de los pilares fundamentales para el cumplimiento de los fines del matrimonio, así como las facultades para exigir que sean cumplidas en su totalidad estas reglas primarias que, como se puede observar, pretenden lograr una estabilidad en el matrimonio y con ello, su preservación.

e) efectos del matrimonio:

Respecto de los efectos que se producen por virtud de la celebración del matrimonio, el Profesor Ortíz Urquidí⁴¹ lo ha considerado desde tres puntos de vista: 1).-en cuanto a la persona de los cónyuges, 2).- En cuanto a los bienes; y 3).- en cuanto a los hijos.

1).- En cuanto a la persona de los cónyuges:

En primer término, se señalan los derechos y las obligaciones emanados por virtud de la unión matrimonial y que han quedado señalados con el parágrafo inmediato anterior. Además encontramos como efecto del matrimonio al parentesco por afinidad que se establece entre los

⁴¹ ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Apuntes...* Op. Cit. p. 75.

cónyuges y entre cada uno de estos con la familia del otro cónyuge. Esto es que los padres de uno de los cónyuges se convierten en padres del otro por virtud del matrimonio, lo mismo sucede con los hermanos y demás parientes; sin embargo, es pertinente aclarar que las familias de los esposos no adquieren ninguna clase de parentesco entre sí, esta relación sólo se limita a los cónyuges.

2).- En cuanto a los bienes: Como mencionamos con anterioridad, uno de los requisitos para la celebración del matrimonio, es precisamente el establecer claramente el régimen patrimonial que regirá al matrimonio (art. 103, fracción VII del Código Civil vigente para el Distrito Federal); y es de esta situación de la que dependerán los efectos del matrimonio con respecto de los bienes. Por esta razón, es menester exponer los regímenes patrimoniales que se pueden adoptar para el matrimonio —así como los efectos que de ellos se desprenden— y que están reconocidas por nuestro Código Civil: a).- Sociedad Conyugal; y b).- Separación de Bienes.

a).- La Sociedad Conyugal: Este régimen consiste en que cada uno los cónyuges acepten y determinen que su patrimonio particular se fusione quedando estos como copropietarios al cincuenta por ciento de dicho patrimonio. Este régimen nace con el matrimonio o durante el mismo (artículo 184), y puede terminarse con la disolución del matrimonio o durante éste (art. 187) y se rige por las capitulaciones matrimoniales que, para ese efecto se elabore, atento a las reglas generales del contrato de sociedad en todo aquello que no se hubiere estipulado (art. 183 del código Civil vigente). Dichas capitulaciones deben constar en

escritura pública cuando así se requiera (artículo 186). La sociedad conyugal puede comprender tanto bienes presentes como futuros que adquieran los consortes (artículo 184). Los consortes que adopten este régimen patrimonial, deberán nombrar un administrador de la sociedad desde las capitulaciones (art. 189, Fracción VII), las cuales pueden ser modificadas en cualquier momento y sin especificar las causas. El dominio de la sociedad recae en ambos cónyuges y por consiguiente, cualquier acto de administración de los bienes de la sociedad debe hacerse de común acuerdo (artículo 194). Finalmente, para la disolución de la sociedad conyugal, debe hacerse un inventario exceptuando los objetos de uso personal así como el lecho conyugal (art. 203); de los bienes y derechos de ésta así como los créditos, los cuales se pagarán y del restante se procederá a la repartición a cada cónyuge de lo que proporcionó al matrimonio y lo demás se repartirá a partes iguales; en caso de que hubieren pérdidas, el importe de las mismas se repartirá entre los cónyuges en proporción a las utilidades que debieran corresponderles, y si sólo uno contribuyó con capital, se deducirá de la pérdida total (artículo 204).

b).- La Separación de Bienes: Este régimen puede existir por virtud de la celebración del matrimonio o durante la vigencia del mismo mediante convenio de los consortes o bien por declaración judicial y puede comprender tanto bienes presentes como futuros (art. 207 del Código Civil). Este régimen no necesita ninguna formalidad específica para establecerse en el matrimonio; es

decir, que basta con la sólo declaración de los cónyuges de adoptar este régimen al momento de celebrar el matrimonio, sin que sea necesario que la separación conste en escritura pública, a menos que se modifique al régimen de sociedad, para lo cual debe cumplirse con las formalidades exigidas por la ley para la transmisión de los bienes de que se trate (art. 210). Cada consorte, por virtud de este régimen, conservan la propiedad y administración de sus bienes que les pertenecen, y por ende los bienes y accesiones de estos (art. 212), al igual que los salarios, sueldos emolumentos y ganancias que obtengan por la prestación de sus servicios personales, el desempeño de su profesión, comercio o industria (art. 213). Por otra parte, los bienes que los cónyuges adquieran en común por herencia, legado o cualquier otro título gratuito o por don de la fortuna, serán administrados en tanto se reparte, ya sea por ambos o por uno de ellos, quien será considerado como mandatario del otro (art. 215).

De manera general, estos son los dos regímenes patrimoniales que puede adoptar el matrimonio, aunque cabe mencionar que podemos incluir un régimen mixto que, aunque no está reconocido de manera autónoma en el Código, si está regulado en sus artículos 189 y 208, y que consiste en el establecimiento de un sistema patrimonial por virtud del cual, los cónyuges son en parte copropietarios de algunos bienes y por el otro lado conservan para sí otros. Cuando esto sucede, debe establecerse perfectamente en las capitulaciones matrimoniales cuáles son los bienes y/o productos que se regirán por la sociedad conyugal (art. 189, fracciones I y II, ambas inclusive) y cuáles quedarán reservados para los cónyuges en particular (art. 189,

fracciones IV, V, VII ambos). Lo mismo debe hacerse respecto de los bienes futuros (art. 189, fracción VIII). Por otro lado, tenemos también que el artículo 208 establece que los bienes que no sean comprendidos en la separación de bienes, cuando se trate de una separación parcial, serán objeto de la sociedad conyugal.

Como nos es posible apreciar, cada uno de los regímenes patrimoniales del matrimonio tiene características específicas y formales tanto para su creación como modificación o extinción, y como también nos es posible apreciar, consideramos que la sociedad conyugal representa diversas críticas, pues desde el punto de vista práctico, es bien sabido que la copropiedad es por lo general la causa de diversos problemas del orden jurisdiccional, pues al intervenir intereses de carácter económico entre las cónyuges, difícilmente puede darse una buena conclusión en su relación, máxime que generalmente quienes contraen matrimonio no cuentan con la más mínima idea de lo que este régimen implica, por carecer de una orientación de quienes tienen el conocimiento jurídico para orientarlos al respecto, e incluso, aún y cuando nos encontremos ante una disolución pacífica de este régimen, las formalidades que deben cubrirse resultan engorrosas y que muy frecuentemente terminan en verdaderas controversias jurisdiccionales.

En cambio, cuando se trata del régimen de separación de bienes, la relación de los cónyuges respecto de los bienes es más sincera, puesto que mientras subsista una buena relación en su matrimonio, los bienes de cada uno de ellos serán compartidos con el otro y con los hijos, y si por algún motivo, estos deciden disolver su matrimonio, cada quien conserva su patrimonio, sin que esto constituya mayor problema.

3).- En cuanto a los hijos: Con respecto a este tipo de efectos del matrimonio, estos los podemos subdividir en tres clases: I).- La atribución de legítimos para los hijos nacidos dentro del matrimonio, II).- La legitimación de los hijos naturales y III).- El establecimiento de la certeza de la patria potestad.

I).- La atribución de legítimos para los hijos nacidos dentro del matrimonio: Este efecto lo encontramos desglosado en los artículos 324, 325, 340 y 341 de nuestro Código Civil vigente, y que a continuación se transcriben:

“Art. 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

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

“Art. 341.- La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la

partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres”

“Art. 341.- A falta de éstas o si éstas fueran incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido dentro del matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para su admisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de ésta deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.”

II).- La legitimación de los hijos naturales:
Este efecto es analizado en nuestra legislación civil en el capítulo referente a la legitimación, siendo lo más relevante en los siguientes artículos:

“Art. 354.- El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración.”

“Art. 355.- Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.”

“Art. 357.- Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio.”

“Art. 358.- Pueden gozar también de ese derecho que les concede el artículo 354 los hijos que ya han fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes.”

“Art. 359.- Pueden gozar también de este derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviere encinta.”

III).- El establecimiento de la certeza de la patria potestad: Este efecto del matrimonio con relación a los hijos, se refiere a quién va a ser el titular de la patria potestad de los hijos; y al respecto, encontramos los artículos 414 fracción I, 415 primer párrafo y 420 de nuestro Código Civil y que a la letra establecen:

**“Art. 414.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:
I.- Por el padre y la madre...”**

“Art. 415.- Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.”

“Artículo 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.”

Así pues, ha quedado de manera genérica establecido el matrimonio desde un punto de vista teórico y a la luz del Código Civil vigente en el Distrito Federal, quedando evidenciada la importancia fundamental que

CAPITULO III.

***ASPECTOS DOCTRINALES DEL DIVORCIO
EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE.***

CAPITULO III.

ASPECTOS DOCTRINALES DEL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE.

Sumario.- 1.- Planteamiento, 2.- Formas de Terminación del Vínculo Matrimonial, 3.- Divorcio. Su Concepto, 4.- Clases de Divorcio, 5.- Causas de Divorcio Establecidas en el Código Sustantivo Civil Vigente, 6.- Efectos Jurídicos del Divorcio.

1.- Planteamiento.

Dejamos establecidas, en el capítulo anterior, las bases, características y consecuencias de la institución del matrimonio. Es en éste, el lugar donde hablaremos de una de las instituciones más controvertidas del Derecho Familiar y que representa, día con día, una creciente preocupación para el Estado, a saber: el divorcio.

El divorcio ha surgido, dentro de nuestra sociedad —y dentro de todas las que pueblan el orbe—, como un verdadero mal necesario, toda vez que, como resultado del cambio radical que éste ha experimentado a lo largo de la última mitad del presente siglo, ha traído consigo que cada año sea mayor el número de parejas que deciden disolver su matrimonio, concurriendo ante las instancias competentes que el Estado ha creado para tal efecto. Consideramos que estos cambios, consisten en una crisis de valores, sustentada en una cierta incompatibilidad sociocultural y psicológica,⁴² acrecentada en nuestro país por una impresionante carencia de educación e información adecuada en las parejas que deciden

⁴² ROSALES HERNANDEZ, René Ramón. "Reflexiones en torno del Divorcio (Sus Condicionamientos Sociales)", en *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar, presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la U.N.A.M.*, Coedición de la Facultad de Derecho y de Cárdenas Editores, México, 1966, p.260

contraer matrimonio, respecto de lo que éste es en el orden social, ético, axiológico y teleológico, e incluso religioso.⁴³ A esto se debe agregar el impacto que han sufrido estos matrimonios, en las últimas décadas, de índole económico.

A lo anterior se debe agregar la creciente independencia de la mujer, quien acorde con la transformación del mundo, ya no se encuentra sujeta totalmente al marido, lo que ha implicado en ella una clara conciencia de las posibilidades de su realización humana, lo que ha lastimado grandemente al machismo, afortunadamente cada vez menor, del varón mexicano, que no acepta totalmente dicha independencia reflejada en su cónyuge, bien por la ausencia de ésta del hogar conyugal, bien porque no admite del todo que su consorte pueda obtener ingresos económicos superiores a los suyos o bien, finalmente, porque siente afectada la reminiscencia de un concepto antiguo de propiedad conyugal.

Todo lo anterior, constituye un problema social de dimensión alarmante, que hace necesaria una acción integral del Estado, de carácter preventivo y de carácter desvinculatorio. Respecto del primero, tanto la iniciativa privada como la pública, han hecho bien poco,⁴⁴ en cambio, respecto del segundo, ha establecido reglas sustantivas y adjetivas, hasta cierto punto precisas, tendentes al divorcio, sin afectación, hasta cierto grado de los hijos, así como de protección, también hasta cierto punto, de la mujer divorciada.

Cabe aclarar, desde este momento, que aún y cuando hemos atribuido al divorcio la calificación de "mal necesario", de ningún modo sugerimos la conveniencia de que nuestra legislación, convierta al matrimonio en una institución indisoluble, como lo fue en las legislaciones del siglo pasado, vigentes hasta principios del actual, sino que reconocemos que se trata de una institución conveniente e ineludible, de excepción y para ciertas hipótesis

⁴³ Idem. p.263

⁴⁴ Ibidem. p.270

legales insostenibles, convenientes para las parejas, los hijos de éstas y la sociedad. Como ha quedado dicho, por ser la disolución del matrimonio un acontecimiento de excepción, su tramitación debe ser restringida y rigurosa, habida cuenta de que se afectan dos instituciones jurídicas de interés público y social, a saber: el matrimonio y la familia.

Señalado lo anterior, nos avocaremos al estudio del divorcio, con el ánimo de determinar cuáles han sido las medidas que el Estado, a través del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ha tomado para tratar, por un lado, de hacer que la disolución conyugal sea una opción heroica de la pareja unida en matrimonio, y por otro, que los efectos que ella produzca no dejen desprotegida a la familia.

2.- Formas de Terminación del Vínculo Matrimonial.

Desde un punto de vista general, la desvinculación de los cónyuges implica la disolución de un estado civil, el del matrimonio, para que en estos se produzca la asunción, *ipso iure*, de un estado civil anterior, que los deja en aptitud de contraer nuevo matrimonio. La doctrina considera, generalmente acorde con las normas jurídicas de la materia, que las formas de terminación del matrimonio son la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio.

a).- La muerte de uno de los cónyuges: La muerte de uno de los cónyuges es, propiamente, la forma natural de terminación del matrimonio. Uno de los consortes cumple su ciclo de vida y muere dejando al cónyuge que le sobrevive en plena libertad para contraer nuevo matrimonio. Solamente en el caso de la mujer, existe una restricción temporal a esta libertad, puesto que el artículo 158 de nuestro Código Civil establece que no puede hacerlo hasta pasados trescientos días de la

disolución anterior — en este caso, el término se computa a partir de la muerte del marido— o antes si da a luz a un hijo. Lo anterior se establece con el fin de evitar una confusión en la paternidad del hijo que naciera durante este periodo, es decir, no se sabría con exactitud y certeza quién es el padre, el marido fallecido o el nuevo esposo.

b).- El Divorcio: El divorcio se produce cuando la pareja unida en matrimonio no puede llagar a una solución a los problemas que como cónyuges les aqueja, no quedando otro remedio que disolver los lazos que los unen para poder seguir su camino y recomenzar una nueva vida independiente. El divorcio en sí, representa un fracaso en ese proyecto de vida que constituye el matrimonio, y las razones pueden ser variadas y diversas, no solamente las que el Código Civil establece de manera limitativa, pues igualmente concurren una serie de circunstancias, tanto de carácter económico como espiritual. Dijimos en el capítulo tocante al matrimonio, que el hombre es un animal de costumbres, y que en el momento en que un individuo se unía a otro para conformar una familia, debía pasarse por un periodo de aceptación mutua de las costumbres con las que se ha crecido y formado. Desgraciadamente, en muchas ocasiones las parejas —generalmente jóvenes—, que se unen en matrimonio, no cuentan con la madurez o la capacidad psicológica para afrontar esta nueva vida en común, dando como resultado que el matrimonio no llegue a fructificar.

En muchas ocasiones también, el paso del tiempo y la rutina constituye una forma de que ese deseo e ilusión que representaba el estar unidos en matrimonio, vaya sucumbiendo ante la costumbre, y lentamente y sin darse cuenta, la pareja sigue su vida por simple inercia y,

al paso de los años, se percatan de que se han convertido en dos extraños, buscando entonces otras situaciones fuera del matrimonio que los saquen de esa monotonía en la que se encuentran y, finalmente, optando por acabar con ese lazo que ya no les produce ninguna ilusión, ningún incentivo.

Esto no es más que una nota introductoria a lo que es el divorcio, vislumbrado solamente como una forma de terminar con el vínculo matrimonial y a través de una apreciación que, ni con mucho, pretende ser una verdad absoluta, pues parte de consideraciones puramente subjetivas. En lo que resta de este capítulo, ya se hablará y se contemplarán los aspectos formales establecidos por la ley con respecto al divorcio para su mejor comprensión.

3.- Divorcio. Su Concepto.

Consideramos que para que sea posible obtener un concepto adecuado y propio del divorcio, es necesario detenernos a examinar algunos de los conceptos que consideramos, son más relevantes. Así pues, encontramos primeramente que la palabra divorcio proviene del latín *divortum*, *divorto*, que significa separar, siendo así el divorcio la separación de los unidos en matrimonio.⁴⁵

El doctor Ignacio Galindo Garfias, aporta como concepto de divorcio, considerándolo como

...la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y

⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la Lengua Española*. 20ª edición, Madrid, 1990, p. 163

fundada en una de las causas expresamente establecidas por la ley.⁴⁶

Por su parte, el doctor Raúl Ortíz Urquidi, considera que el divorcio es

...la disolución del vínculo matrimonial que une en vida a los cónyuges por una causa expresamente determinada por la ley y que una vez declarada por un juez competente, deja a estos en aptitud de contraer nuevo matrimonio.⁴⁷

Por otro lado, encontramos la definición que propone la doctora Sara Montero Duhalt, quien dice que el divorcio es la

...disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecidas expresamente en la ley.⁴⁸

Finalmente, encontramos que nuestro Código Civil vigente no establece un concepto concreto de lo que es el divorcio, puesto que se limita a establecer en su artículo 266, que

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

⁴⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa S. A. 12ª edición, México, 1993, p. 576.

⁴⁷ ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Apuntes del Primer Curso de Derecho Civil*. México, 1961. p. 84.

⁴⁸ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, S. A. 5ª edición, México, 1992. p. 195.

Como hemos podido apreciar de los conceptos antes señalados, los elementos concurrentes para la configuración del divorcio son:

a).- **La disolución del vínculo matrimonial:** Por virtud de esta figura el lazo matrimonial que une a los cónyuges, se disuelve, desaparece o termina, y estos recuperan, entonces, su estado de soltería y la aptitud jurídica para contraer nuevo matrimonio.

b).- **Debe darse en vida de los cónyuges:** La vida de los cónyuges es un supuesto necesario, pues que de lo contrario se trataría de la terminación del matrimonio por muerte de uno de ellos.

c).- **Dejar a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio:** La aptitud de contraer nuevo matrimonio, es una consecuencia lógica jurídica de la disolución del anterior, y la asunción del estado civil que se tenía antes de haberlo contraído, lo que significa que dicha aptitud, no es consecuencia, *per se* del divorcio, sino del nuevo estado civil de soltería, que es un efecto constitutivo de estado de la resolución que disuelve al matrimonio.

d).- **Debe ser decretado por autoridad competente:** El divorcio únicamente puede ser declarado por un Juez, bien de lo Familiar o bien del Registro Civil, según la clase de divorcio de que se trate. Está claro, que la resolución de divorcio, atento a su naturaleza, según se ha dicho, es simultáneamente declarativa y constitutiva, pues que en efecto, el juez declara disuelto el matrimonio y, aún cuando sea omiso respecto de la asunción del

estado de soltería, éste se constituye por efecto de la ley y de la naturaleza de la resolución.

Ahora bien, es un error la idea que tiene la gente de que el divorcio es dado por el cónyuge demandado o por los cónyuges que optan por la solicitud del voluntario, puesto que es tarea específica del Juez conferirlo o no, de acuerdo a la procedencia de las causas invocadas.

e).- Debe ser motivada por alguna de las causas expresamente determinadas por la ley: El divorcio únicamente se puede pedir por las causas específicamente establecidas por la ley sustantiva de la materia. Esto quiere decir, que el catálogo de las mismas pone en claro que se trata de permisiones excepcionales legalmente establecidas, lo que confirma nuestro criterio de que el divorcio en México, es excepcional, aunque en la práctica judicial, se presente de manera contraria. Pensar lo contrario sería insensato, pues conduciría a un atentado en contra del matrimonio.

Después de lo analizado anteriormente, nos atrevemos a sugerir, como concepto de divorcio, el siguiente:

El divorcio es la disolución del matrimonio, declarada, de manera firme, por la autoridad competente, como resultado de un procedimiento jurisdiccional o de un proceso administrativo, que surge por la actualización de una causa posterior a su celebración, a virtud de la cual, los divorciados asumen, por efecto de la ley, el estado civil anterior a la celebración del matrimonio y adquieren nuevamente, su capacidad jurídica para contraer uno nuevo, con ciertas reservas.

Ahora bien, sustentamos este concepto considerando que sin que exista la declaración de divorcio emitida por la autoridad competente y que ella cobre firmeza, no hay tal divorcio, aún cuando durante el procedimiento jurisdiccional se haya decretado la separación de los cónyuges, pues que ésta, no es, en modo alguno, la disolución del matrimonio. Además, durante la tramitación cabe, y así lo establece la ley, la posibilidad de una reconciliación entre los cónyuges. Por otro lado, también encontramos que aún y cuando el matrimonio se encuentre espiritualmente disuelto por una separación reiterada y hasta permanente, en puridad jurídica, los cónyuges continúan unidos en matrimonio, con independencia de que la ley prevé, como causa de divorcio, la separación de los cónyuges por más de dos años, a la que nos referiremos en el siguiente capítulo.

4.- Clases de Divorcio.

Al respecto, podemos hablar de tres clasificaciones para el divorcio: a) atendiendo a sus efectos, b) atendiendo a la autoridad ante quien se tramita y c) atendiendo a la voluntad de los cónyuges.

a).- Atendiendo a sus efectos: En virtud de esta clasificación, encontramos dos clases de divorcio, a saber: el divorcio vincular y el de simple separación de cuerpos.

1).- El divorcio vincular: Como ya quedó establecido en los párrafos precedentes, es el que disuelve el vínculo matrimonial restableciendo a los cónyuges su estado de soltería, es decir, los deja en aptitud de contraer nuevamente matrimonio, y es aquel que se encuentra establecido en los artículos 266 y 267

del Código Civil vigente y que será analizado más adelante.

2).- El divorcio de simple separación de cuerpos: Es el que determina el artículo 277 del Código Civil, que a la letra dice:

“Artículo 277.- El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.”

Como podemos observar, este tipo de divorcio, consistente en la separación de cuerpos, se limita exclusivamente a casos en los que alguno de los cónyuges padezca enfermedades crónicas, incurables y contagiosas o hereditarias o bien, que padezca enajenación mental incurable, una vez que exista la declaración de interdicción emitida por autoridad competente; sin embargo, las demás obligaciones del matrimonio subsisten, quedando a salvo solamente la obligación de cohabitación y el consecuente débito carnal, razón por la cual, en nuestro más personal punto de vista, no constituye un divorcio en estricto sentido, puesto que el fin del divorcio, es precisamente el dar por terminada la relación jurídica que emana de la

celebración del matrimonio, dando lugar a la recuperación del estado de soltería de los divorciantes y con éste, la posibilidad de contraer nuevas nupcias.

b) Atendiendo a la autoridad ante quien se tramita: De esta clasificación se desprenden dos clases de divorcio: el administrativo y el judicial.

1).- El divorcio administrativo, es aquél que se tramita ante un Juez del Registro Civil, siempre que se cumplan con los requisitos y formalidades que establece el Código vigente de la materia en su artículo 272, el cual se transcribe a continuación:

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

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

levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

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

Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles."

La razón por la cual se estableció esta clase de divorcio es que, si se casaron de forma voluntaria, si no han procreado hijos ni existe contienda conyugal alguna en lo que respecta a los bienes, de igual forma podrán separarse voluntariamente sin necesidad de trámites que alarguen la disolución del vínculo matrimonial. Por otra parte, las penas en que puede incurrirse por falsedad en lo declarado al Juez del Registro Civil puede ser la nulidad del divorcio y la sanción penal correspondiente.

2).- El divorcio judicial es el que se verifica ante un Juez de lo Familiar, cuando los consortes no se encuentran en el caso que permite el divorcio administrativo, es decir, que tengan hijos, sean menores de edad o se encuentren inmersos en alguna desavenencia. Para tramitar este divorcio, los esposos deben

seguir los lineamientos que para cada caso establecen los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles vigentes.

c) Atendiendo a la voluntad de los cónyuges: De este aspecto se desprenden dos clases de divorcio, a saber, el voluntario o de mutuo consentimiento y el necesario o contencioso.

1).- El divorcio de mutuo consentimiento o voluntario es el que se da cuando los cónyuges, sin encontrarse en el supuesto establecido por el artículo 272 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, deciden de común acuerdo disolver el vínculo matrimonial que los une, debiéndose ajustar a lo que establece el artículo 273 del código en comento, que dice:

“Artículo 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad."

2).- El divorcio contencioso o necesario viene a ser el divorcio de pleno Derecho, es decir, aquél que se motiva por alguna de las dieciocho causas señaladas por el artículo 267 y la establecida en el artículo 268, ambos y de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal.

5.- Causas de Divorcio Establecidas en el Código Sustantivo Civil Vigente.

Las causas que nuestro sistema jurídico establece como motivadoras de la acción para pedir a la autoridad competente la disolución del vínculo matrimonial, se encuentran enumeradas de forma limitativa en los artículos 267 y 268, ambos inclusive y del Código Civil vigente para el Distrito Federal, los cuales se presentan y explican a continuación.

El artículo 267 establece dieciocho causas de divorcio que son las siguientes:

“Artículo 267.- Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.**
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante del matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;**
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;**
- IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;**
- V. los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;**
- VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;**
- VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;**
- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;**
- IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;**

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

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

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

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

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

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

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

XVII. El mutuo consentimiento;

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

Por otra parte, encontramos una causa más, señalada en el artículo 268:

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

Ahora bien, para una mejor comprensión de las causas de divorcio, a continuación señalamos distintas clasificaciones de las causas de divorcio, elaboradas todas ellas para que éstas sean entendidas de forma más didáctica. Dichas clasificaciones son las siguientes:

a).- **Causas que contemplan una conducta contraria a la moral familiar:** Dentro de esta clasificación, se encuentran incluidas las fracciones I, II, III, IV, V, XIII, XIV y XVI, todas ellas del artículo 267 de nuestra legislación civil. Cabe mencionar que algunas de las conductas contempladas en los supuestos señalados con antelación pueden constituir delitos aunque éstos en caso de configurarse son totalmente independientes de la acción de divorcio puesto que los delitos deben tramitarse ante las autoridades correspondientes en materia penal.

Por otra parte consideramos que la inclusión de estos supuestos como causas generadoras de divorcio constituyen un gran acierto por parte de los legisladores toda vez que de ser permisibles estas conductas se estaría atentando en contra de la integridad misma de la familia, así como en contra de su buen desarrollo moral y emocional.

b).- Causas por razones de eugenésis: Estas, son las que se encuentran previstas en las fracciones VI, VII, XI y XV del mencionado artículo 267 que se comenta. Consideramos que la razón que amerita la inclusión de estas conductas como supuestos motivadores de causa de divorcio, responden al interés de los legisladores en el bienestar físico, económico y mental tanto de los consortes, como de la familia en general. Se intenta con ello evitar que el matrimonio pueda convertirse en foco de infecciones físicas y psíquicas, al evitar que las personas que presenten los padecimientos señalados como causas de divorcio, tengan contacto con personas sanas, puesto que dicho contacto puede ser perjudicial para el buen desarrollo de la familia.

Cabe señalar que, entratándose de la causa señalada den la fracción VII del artículo en cuestión, se hace necesaria la declaración previa de un estado de interdicción de uno de los cónyuges, emitida por parte de una autoridad competente, después de haber llevado todo un juicio de interdicción, cumpliendo con las formalidades que la ley establece para el caso en concreto puesto que, de no cumplir con dicha sentencia de interdicción, el intento de divorcio buscado mediante esta causa no fructificaría, toda vez que se trata de una cuestión por demás delicada y por la misma razón, el legislador ha considerado necesario tener certeza legal de la incapacidad de uno de los cónyuges para poder configurar una causa de divorcio.

c).- Causas relacionadas con los derechos y obligaciones del matrimonio: La pareja, al unirse en matrimonio, forma de unión humana por excelencia, acepta cumplir ciertos deberes y simultáneamente adquiere diversos derechos, los cuales hemos analizado en

el capítulo anterior. Estos deberes a que nos referimos son, en forma genérica, el socorro y la ayuda mutua, así como el débito carnal y así mismo, los derechos son los de recibir por parte del cónyuge el cumplimiento de estos deberes. Luego entonces, cuando alguno de los cónyuges se niega a cumplir con los deberes adquiridos por virtud del matrimonio, la ley concede al cónyuge que sufre esta omisión, el demandar el divorcio al que no cumple. De esta forma, las causas de divorcio señaladas en el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que se encuadran en esta clasificación son las enumeradas en las fracciones VIII, IX, y XII, las cuales se traducen en una conducta por parte del cónyuge culpable para dejar de cumplir con las obligaciones que el matrimonio le impone.

d).- Causas relacionadas con la voluntad de las partes de disolver el vínculo matrimonial: En esta clasificación, quedan descritas las causas señaladas en las fracciones XVII y XVIII del artículo 267, e incluso, la causa establecida por el artículo 268 del nuestra legislación civil vigente, puesto que de éstas se infiere desde luego el deseo de por lo menos uno de los cónyuges de disolver el vínculo existente con su pareja por virtud del matrimonio, es decir, sea de forma pacífica o contenciosa, dejan de manifestar su voluntad de continuar con la vigencia del proyecto de vida común que es el matrimonio.

e).- Causas no imputables a uno de los cónyuges: Dentro de esta última clasificación, solamente se encuadra la fracción X del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que está establecida para casos en que por circunstancias adversas que sean

además independientes de la voluntad de algunos de los consortes, se vea el matrimonio afectado con la ausencia de alguno de ellos, necesitándose para este caso una declaración de ausencia decretada por la autoridad competente, o bien para el caso del acacimiento de un siniestro que de lugar a considerar presuntivamente el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Esta es pues, la clasificación que proponemos para las causas de divorcio establecidas en los multicitados artículo 267 y 268 del Código Civil las cuales, según el criterio de nuestro más alto Tribunal, cuentan con autonomía propia y no pueden ser confundidas unas con otras, aún y cuando sean varias las que sean alegadas en juicio, siendo suficiente para establecer la procedencia del divorcio, el que el cónyuge inocente pruebe solamente una de ellas, con la condición de que el juez esté plenamente convencido de su existencia. Estas consideraciones, se encuentran basadas en los criterios que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que a continuación se transcriben:

“DIVORCIO. LAS CAUSALES DEBEN PONDERARSE PLENAMENTE.- La institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial. Por tanto, en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada, así como que la acción que se haya ejercido oportunamente, es decir, antes de la caducidad.⁴⁹

⁴⁹ Amparo directo 6805/58. María Luisa Pacheco Benavides. Tercera Sala. 5 votos.

Amparo directo 5329/58. Beatriz Margarita Machin de Moreno. Tercera Sala. 5 votos.

Amparo directo 1461/59. Dolores Rodríguez. Tercera Sala. 5 votos.

“AUTONOMÍA DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.- Las causales de divorcio que la ley establece son autónomas y no deben involucrarse las unas con las otras. Además son limitadas y no cabe respecto de ellas la interpretación extensiva por analogía o por mayoría de razón.”⁵⁰

6.- Efectos Jurídicos del Divorcio.

Los efectos jurídicos que se desprenden de la disolución del vínculo matrimonial pueden ser divididos, para fines prácticos, en tres grupos: I).- los efectos jurídicos en relación a los cónyuges, II).- los efectos jurídicos en relación a los hijos menores de los cónyuges y III).- los efectos jurídicos con relación a los bienes, independientemente del régimen patrimonial que haya regido al matrimonio.

I).- Los efectos jurídicos con relación la los cónyuges: En este grupo, encontramos que el principal efecto jurídico que se desprende del divorcio es precisamente la disolución del vínculo matrimonial que unía a los cónyuges, es decir, la restitución del estado de soltería de los consortes que, en consecuencia, los deja en aptitud para contraer nuevas nupcias, con las condiciones que la ley establece, según se trate de un divorcio de mutuo acuerdo o

Amparo directo 5296/88. José Guadalupe Sánchez. Tercera Sala. Unanimidad de 4 votos.

Amparo directo 1383/62. Ranulfo Pérez Cuervo. Tercera Sala. 5 votos.
Semanao Judicial de la Federación, Sexta Época, Cuarta Parte: Volúmen XXV, p. 138

⁵⁰ PALLARES, Eduardo. *El Divorcio en México*. Editorial Porrúa, S. A., 6ª edición, México, 1991, p. 226.

bien contencioso, así como de que se trate del cónyuge inocente y el cónyuge culpable.

Por otra parte, entrándose de divorcio por mutuo consentimiento, cualquiera de los cónyuges puede convertirse tanto en deudor como acreedor alimentista, según las circunstancias de carácter personal y económico de cada uno, por todo el tiempo que haya durado el matrimonio, siempre que el cónyuge que se establezca como acreedor alimentista, no contraiga nuevo matrimonio o se una en concubinato. Ahora bien, el Juez de lo Familiar que conozca del juicio de divorcio puede, en los casos de que sea necesario o contencioso, establecer una condena al cónyuge que resulte culpable del pago de una cantidad en concepto de alimentos en favor del cónyuge inocente.

El fundamento de los efectos jurídicos que se desprenden del divorcio en relación a los cónyuges, se encuentra establecido en el artículo 288 y en el artículo 289 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que a la letra dicen:

“Artículo 288 . En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos

suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito."

"Artículo 289. En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

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

Para que los cónyuges que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio."

II).- Los efectos jurídicos en relación a los hijos menores de los cónyuges: Por lo que se refiere a los hijos menores, cuando se trate de divorcio voluntario, ambos padres ejercerán conjuntamente la patria potestad, y lo referente a la guardia y la custodia de sus menores hijos, se regirá según lo acordado en el convenio de divorcio presentado por los padres al Juez que conozca del procedimiento.

Ahora bien, cuando el divorcio es necesario, el juez del conocimiento tiene facultad discrecional para decidir en todo lo relativo a la patria potestad, la custodia y el cuidado de los hijos, teniendo igualmente, la obligación de fundarse en los elementos de juicio necesarios para emitir su resolución, observando las condiciones que la ley establece para otorgar la patria potestad a quien legalmente le corresponda el derecho para ello o bien, para el nombramiento de tutores. Igualmente, el juez debe decidir

sobre quién debe ministrar alimentos a los hijos menores, tanto en el divorcio voluntario como en el necesario.

Estos efectos, se encuentran previstos en los artículos 283, 285 y la parte final del 287, todos de nuestra legislación civil vigente y que se transcriben a continuación:

“Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez tendrá las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión y limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar a ejercer la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o a designar tutor.”

“Artículo 285.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.”

“Artículo 287.- ...Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta la mayoría de edad.”

III).- Los efectos jurídicos con relación a los bienes de los cónyuges: Al respecto, cuando se trata de divorcio por mutuo consentimiento, los bienes de la sociedad conyugal, se van a repartir de acuerdo a lo estipulado por los consortes en el convenio de divorcio presentado al juez del conocimiento. Ahora bien, al tratarse del contencioso, el cónyuge declarado culpable de la

comisión de la conducta establecida en la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil, tiene como sanción, en los términos de lo preceptuado por el artículo 196 del Código Civil, que cesen en su perjuicio, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan, situación que subsiste, a menos que exista convenio expreso. Estando fundado el divorcio necesario en alguna de las demás causas señaladas en el artículo antes mencionado, una vez que la sentencia ha causado estado, se procederá a elaborar un inventario de los bienes que formaron parte de la sociedad, para proceder en ejecución de sentencia a la división de estos, garantizando previamente el aseguramiento de las obligaciones pendientes entre los cónyuges o en relación a los hijos.

Por otra parte, cuando el régimen patrimonial adoptado por los cónyuges fue la separación de bienes, el cónyuge que dio lugar al divorcio, pierde todo aquello que hubiere otorgado u ofrecido su cónyuge o un tercero en consideración a su consorte, mientras que el inocente conserva todo lo que hubiera recibido y queda en aptitud para reclamar lo pactado en su provecho.

El fundamento legal de estos efectos de carácter patrimonial, lo encontramos establecido en los artículos 196 y 287 en cuanto hace al régimen de sociedad conyugal y 286 en lo concerniente a la separación de bienes, todos estos del Código Civil vigente para el Distrito Federal, los cuales se reproducen textualmente:

“Artículo 196.- El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, modifica o suspende la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; estos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso”.

“Artículo 287.- Ejecutoriada el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta la mayoría de edad.”

“Artículo 286.- El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.”

CAPITULO IV.

***LAS FRACCIONES XII Y XVIII DEL
ARTICULO 267, Y EL ARTÍCULO 268, DEL
CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
DISTRITO FEDERAL.***

CAPITULO IV.
LAS FRACCIONES XII Y XVIII DEL ARTICULO 267,
Y EL ARTICULO 268, DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Sumario.- 1.- Planteamiento, 2.- La Causa de Divorcio Establecida en la Fracción XII del Artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal: a).- elementos, b).- distinción de la causa de divorcio y la petición de alimentos, c).- existencia de la presunción de incumplimiento de la obligación alimenticia, d) imposibilidad para comprobar el cumplimiento de la obligación alimenticia, 3.- La Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal: a).- elementos, b).- la causa XVIII vislumbrada como divorcio unilateral, c).- la fracción XVIII y su problemática procesal, 4.- La Causa Contenida en el Artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal: a).- elementos de la causa, b).- el artículo 268 del Código Civil, contemplado como forma de divorcio por injuria, c).- la problemática que presenta el artículo 268 en el plano procesal.

1.- Planteamiento.

En los capítulos precedentes, estudiamos, genéricamente, el divorcio, así como su presupuesto lógico, el matrimonio. Ahora nos referiremos a las fracciones XII y XVIII del artículo 267 y al 268, del Código Civil, vigente en el Distrito Federal, cuyas causas de divorcio nos han representado una profunda inquietud técnica-jurídica y, por sus repercusiones prácticas y sociológicas. No desconocemos la importancia de las demás causas previstas por la ley, pero su estudio merece trabajos de investigación específicos, que escapen a la inquietud mencionada.

Creemos que las causas que nos inquietan revisten características singulares que requieren un estudio específico,

condicionado en nuestro ánimo, por la necesidad de una mayor protección de la familia, la cual es piedra angular y base inamovible de toda sociedad, pues de ella depende la prosperidad o el fracaso del agregado social y del Estado.

2.- La Causa de Divorcio Establecida en la Fracción XII del Artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

La experiencia del foro demuestra que la causa prevista en la fracción XII del artículo 267 del citado Código Civil, constituye, aún no siendo la más grave, una de las invocadas con mayor frecuencia, acaso porque representa, hasta cierto punto, una incidencia mayor de la conducta social y una mayor facilidad de éxito procesal de las partes, lo que ha dado lugar al abuso de la misma. Creemos que esta hipótesis científica de investigación nos habrá de conducir, en las subsecuentes líneas, a su comprobación y, probablemente, al encuentro, si la aserción fuera correcta, de alguna sugerencia correctiva. De esa guisa pasamos a su estudio.

Metodológicamente, como inicio del estudio, transcribimos dicha fracción XII:

“Artículo 267.- Son causas de divorcio:

...XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;...”

* Nos dimos a la tarea, durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1996, a hacer un análisis de campo en los Juzgados de lo Familiar del Distrito Federal y bufetes particulares, que arrojó un 48 % de invocaciones de las causas previstas en las fracciones XII y XVIII del artículo 267 del Código Civil. Todo esto de un universo de 50 expedientes consultados.

Esta norma contempla dos hipótesis de incumplimiento injustificado de obligaciones sustantivas, precisamente las preceptuadas en los artículos 164 y 168 del propio ordenamiento legal, razón por la cual ahora procedemos, para su debida comprensión a transcribirlos:

“Artículo 164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.”

“Artículo 168.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.”

Nos encontramos que la fracción de análisis contempla, en rigor, dos causas de divorcio diferentes, a saber: la primera, relativa a la falta de ministración de alimentos por parte de uno de los cónyuges y, la segunda, a la negativa a realizar los actos ordenados por sentencia firme emitida por un Juez de lo Familiar, en relación con discrepancias en cuanto a la autoridad o manejo del hogar formación y educación de los hijos, y a la administración de los bienes que a los hijos pertenezcan.

En lo que atañe a los alimentos, estos se encuentran definidos por el artículo 308 del Código Civil, que a la letra dice:

“Artículo 308.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.”

Resulta necesario destacar, que de acuerdo al trabajo de campo mencionado en la nota a pie de página que antecede, que de ambas causas de divorcio, la invocada con mayor frecuencia, es la primera, razón por la que nos restringimos a ella en este breve análisis.

Originalmente esta causa precisaba, como condición *sine qua non*, para que fuera procedente la acción de divorcio fundada en esta causa, la existencia de una sentencia ejecutoriada que condenara, a uno de los cónyuges, al otorgamiento de alimentos, tanto al otro cónyuge cuanto a los hijos menores, en el caso de que los hubiera, sin que se consiguiera el cumplimiento de dicha obligación. Sin embargo, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, esta causa se reformó, suprimiendo esta condición para la procedencia de la acción, razón por la que ya no es necesario agotar previamente los procedimientos tendientes al cumplimiento en el pago de los alimentos, es decir, a su aseguramiento, por lo que su texto actual produce una serie de dificultades, a veces insuperables, para el cónyuge demandado. Por lo pronto, en una secuencia lógica de nuestro trabajo, pasamos a referirnos, aunque brevemente, a los elementos primarios de esta causa de divorcio*:

* Aún cuando no es materia de esta tesis, y precisamente por ello, hacemos a pie de página referencia a los elementos de las segundas de las causas de divorcio: a).- La negativa de uno de los cónyuges a cumplir con la sentencia ejecutoriada sobre las cuestiones a que se refiere el artículo 168. Esto quiere decir que existiendo una sentencia firme que obligue a uno de los cónyuges a desplegar determinada conducta con respecto al manejo del hogar o la educación

a).- **Elementos.** En efecto, de la primera hipótesis contenida en la norma que se estudia, encontramos como elementos constitutivos de aquella, los siguientes:

1).- **La negativa injustificada de uno de los cónyuges de proporcionar alimentos.** El presupuesto lógico jurídico de la indebida conducta omisiva alimentaria, se encuentra en la obligación de ministrar alimentos, que le impone a los cónyuges el artículo 164 antes transcrito, en beneficio de la pareja y de los hijos. Esta obligación tiene subyacente, respecto de los consortes, el principio ético de solidaridad conyugal que nutre a la institución del matrimonio y que es la *ratio legis* de la regulación jurídica de éste, y respecto de los hijos, el deber ético también y la obligación jurídica en la que aquella se ha positivizado, para la debida formación, de toda índole de los vástagos, como lo dejamos explicado en el capítulo III del presente trabajo, y respecto de ambos, también la *ratio legis* de todas las normas jurídicas que conforman el Derecho de Familia, puesto que en ésta, tiene singular interés la sociedad y el Estado.

La negativa a que nos referimos tiene que ser verdaderamente grave, esto es, permanente y constante, puesto que su eventualidad, por más incomoda que sea y por fuerte la dificultad que se produzca entre los cónyuges, no es suficiente para

y formación de los hijos, éste se niega a dar cumplimiento al mandato judicial.

b).- **La gravedad de estas negativas.** Aquí nos referimos a que estas negativas sean tan graves, que hagan que resulte imposible la vida en común de los cónyuges, es decir, que estas negativas por parte de uno de los cónyuges, entrañen un desapego, desprecio y abandono total, absoluto y evidente para con el otro cónyuge y los hijos, lo que a la larga se traduce en el deseo de no continuar más unido por virtud del vínculo matrimonial.

configurar esta causa de divorcio, aunque puede dar paso, por la desavenencia que entraña, a la configuración de otras causas, como pudieran ser, las injurias y la sevicia.

2).- El derecho a recibir alimentos. De la norma en comentario se desprende, el derecho en lo relativo a los cónyuges, de recibir la contribución alimentaria que tienen la obligación de proporcionarse, y en relación a los hijos, el que estos tienen de recibir alimentos, por disposición imperativa de la ley y por las razones éticas mencionadas en el apartado 1) precedente.

Ahora, el sentido de la disposición no implica un desconocimiento de la realidad socioeconómica y sociocultural que viven los matrimonios en México, la que nos evidencia que generalmente, la cónyuge permanece en el hogar para la atención de éste y de la familia, es decir, de su consorte y de sus hijos. Debe, por tanto, entenderse que la contribución de ambos cónyuges, al sostenimiento del hogar y al proporcionamiento de los alimentos, en un sentido principalmente pecuniario, corre a cargo del marido y que, el significado literal de la norma sólo debe aplicarse cuando ambas personas obtienen ingresos.

El criterio jurisprudencial, acorde con lo antes dicho, ha sostenido⁵¹ que la cónyuge cumple, cuando quien trabaja y lleva el numerario al hogar es su marido, en estricta forma y proporción, con su desempeño en el hogar conyugal, de atender a la

⁵¹ Amparo directo 7146/66 Adrián Rodríguez. 30 de abril de 1969. Tercera Sala. 5 votos, Ponente: Maestro Rafael Rojina Villegas. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Volúmen IV, Cuarta Parte, p. 13.

familia de acuerdo a las capacidades económicas de ésta, puesto que el asco y cuidado de la morada es una carga por demás considerable, como lo es también la elaboración de comidas y la atención y cuidado de los hijos. Aunque cabe aclarar que, igualmente, señala que en caso de que la mujer adquiera un trabajo, sin que medie la coerción del marido, debe contribuir económicamente al sostenimiento del hogar.

3).- La presunción sustantiva de la no ministración de alimentos. Obsérvese que la disposición que venimos estudiando, hoy establece que para la configuración de la causa en mérito —y su eventual ejercicio—, no es “...necesario agotar previamente los procedimientos tendientes al cumplimiento...” de la obligación alimentaria. Esto implica, atento a la transcripción que antecede, la presencia técnica de una presunción jurídica sustantiva *iuris tantum*, que exige, para su cabal comprensión, un análisis detallado y profundo, que más adelante habremos de abordar.

b) Distinción de la causa de divorcio y la petición de alimentos.- Como nos es posible apreciar, resulta evidente que tanto la acción de divorcio fundada en el incumplimiento de la obligación alimenticia, como la de petición de alimentos, son muy similares, en tanto que parten del mismo supuesto normativo: la falta de ministración de alimentos de un cónyuge para con otro y con los hijos. Sin embargo, debe tenerse mucho cuidado de no confundirlas, pues se trata de dos situaciones independientes y autónomas, que conllevan un objetivo diferente, por lo que es preciso y de suma

importancia establecer su diferenciación para no incurrir en error alguno.

Encontramos, en efecto, cinco diferencias entre la causa enumerada en la fracción XII del artículo 267 y la acción de petición de alimentos, a saber:

I).- La naturaleza. Aquí encontramos una diferencia fundamental y que es precisamente que la fracción XII del artículo 267, constituye una causa generadora de divorcio, en tanto que la petición de alimentos es una acción. Es decir, cuando se hace uso de la fracción XII del artículo 267, lo que se está ejercitando es la acción de divorcio, pues la fracción XII no es más que el fundamento en el cual se apoya dicha acción de divorcio, mientras que, entratándose de la acción de petición de alimentos, ésta se ejerce fundada en el supuesto jurídico de la falta de cumplimiento. Si bien la hipótesis condicionante —el incumplimiento en el pago de alimentos—, es similar, lo que están produciendo es el surgimiento de acciones diversas: divorcio por un lado y petición de alimentos, por el otro.

II).- La reglamentación. Mientras que la causa de divorcio se tramita conforme a las reglas específicas que el Código Civil establece para el divorcio, la petición de alimentos se rige por reglas propias para su tramitación y manejo. Esto es, que la causa de divorcio está contemplada en el Código Civil dentro del capítulo X, del Título Quinto, del Libro Primero y los alimentos se reglamentan en el mismo Libro Primero de la Ley de la Materia, pero dentro del Título Sexto, en el capítulo II.

III).- La finalidad. Esta es otra diferencia radical entre la causa de divorcio y la acción de petición de alimentos. Cuando se demanda el divorcio basándose en la falta de cumplimiento de la obligación alimenticia, lo que se pretende es la destrucción del matrimonio mediante su disolución. Cuando se ejerce la petición de alimentos, lo que se está pretendiendo es que el cónyuge demandado dé cabal cumplimiento a su obligación, y por consiguiente, esta acción no atenta contra la existencia del matrimonio.

IV).- La gravedad del incumplimiento. El incumplimiento de la obligación alimenticia, para que pueda hacerse valer como causa de divorcio, debe ser de una gravedad tal que produzca, por parte de uno de los cónyuges, el desprecio y abandono manifiesto de éste para con su familia haciendo además, imposible la vida en común. Ahora bien, cuando se trata de la petición de alimentos, se trata de un incumplimiento de la obligación, sí; pero esta falta no resulta tan grave, al grado de no constituir un motivo para dar fin a la vigencia del matrimonio, pues lo único que se busca al ejercerla es el cumplimiento de dicha obligación, para alcanzar un mejor desarrollo de la vida en común, en beneficio de los cónyuges y de los hijos cuando existen.

V).- La persona que demande. Cuando se trata de la acción de divorcio, aún cuando la causa generadora sea la falta de ministración de alimentos, lógicamente, la única persona que puede ejercerla, es el cónyuge que se ve afectado por el incumplimiento para con éste o sus hijos menores. En cambio, si se trata de la petición de alimentos, esta acción puede ser

ejercitada por cualquiera de los acreedores alimentistas que se vean afectados con tal incumplimiento, cónyuge, hijos o ascendientes; pero entrándose de los menores, quien tenga la representación legal de los mismos e incluso, hasta el Ministerio Público.

A mayor abundamiento, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, ha emitido la siguiente tesis:

“DIVORCIO POR INCUMPLIMIENTO A LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR COMO CAUSAL DE (ARTICULO 267, FRACCIÓN XII, DEL CÓDIGO CIVIL). DISTINCIÓN CON LA ACCIÓN DE ALIMENTOS. La causal de divorcio establecida en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal requiere de una cuidadosa aplicación, porque se corre el riesgo de que; por confusión se le dé el tratamiento que corresponde a la acción de petición de alimentos entre los cónyuges, confusión derivada de que ambas tienen como causa el mismo contenido, esto es, el incumplimiento del cónyuge demandado a la obligación de ayuda que le impone el matrimonio. Pero ambas acciones de divorcio y de petición de alimentos entre cónyuges, tienen procedimientos diversos y reglas propias de comprobación, diferencias que provienen fundamentalmente de que persiguen finalidades contrarias, pues mientras la primera destruye el matrimonio la segunda tiende a conservarlo. El concepto objetivo de diferenciación radica en el grado, calidad o gravedad de incumplimiento. Así, cualquier falta aunque sea mínima al deber de proporcionar alimentos, funda la acción de petición de

alimentos o de aseguramiento en contra del cónyuge incumplido; en cambio los elementos de la causal de divorcio especificada en la fracción de mérito, son en primer lugar, la negativa injustificada a cumplir con las obligaciones que impone el artículo 164 del mismo ordenamiento y, en segundo, que ese incumplimiento tenga la gravedad suficiente para poner de manifiesto el desprecio, desapego, abandono o desestimación al cónyuge actor o a los hijos, que haga imposible la vida en común.”⁵²

Así pues, encontramos que al hablar de la causa de divorcio señalada en la fracción XII del artículo 267 y de la petición de alimentos, estamos hablando de cosas diferentes que, como antes dijimos, aunque parten del mismo supuesto, son completamente diferentes y autónomas una de otra, por lo que no deben confundirse ni equipararse.

c).- Existencia de la presunción de incumplimiento de la obligación alimenticia. Como hemos señalado en líneas anteriores, el texto de la causa de divorcio que venimos estudiando implica, lógicamente, una presunción sustantiva en favor de quien la invoca, puesto que la fracción XII del mencionado artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece que la misma se configura sin requerir que se agote previamente procedimiento alguno que tienda al cumplimiento y aseguramiento de los alimentos.

⁵² Amparo Directo 1961/88. Francisco Gerardo Vázquez Courent. 13 de octubre de 1988. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Luz María Perdomo Juvera. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo II Segunda Parte-2. p. 657.

Anteriormente, para que surgiera en el mundo jurídico sustantivo, era necesario, de manera ineludible, que se intentara, sin éxito, su aseguramiento jurisdiccional, esto es, que se habría de soportar en un elemento objetivo irrecusable que evidenciara su existencia. Hoy, por lo contrario, dicha causa se soporta en un elemento estrictamente subjetivo, es decir, la afirmación por parte del acreedor alimentista, de que los alimentos no le han sido ministrados, lo que hace presumir salvo prueba en contrario, que es cierto.

Esta disposición nos conduce irremisiblemente a un aspecto procesal, habida cuenta que la presunción sustantiva ninguna eficacia tiene mientras no se haga valer ante la autoridad jurisdiccional, como en breve lo veremos.

Entiende la doctrina, lo mismo sustantiva que adjetiva, así como la ley procesal, que la presunción es el resultado de una inferencia lógica, que parte de hechos conocidos plenamente, mediante una concatenación de los mismos, para arribar a un hecho desconocido.

La presunción ha sido clasificada, tanto por la doctrina cuanto por la ley, en presunción *iuris tantum*, que es la que admite prueba en contrario, y la *iuris et de iure*, es decir, la que no admite, por disposición expresa de la ley, probanza en contra, bien porque responda tal determinación a un interés público o social o, en todo caso a la naturaleza del hecho presumido, que no admita contrariedad. En lo que se refiere a la presunción en referencia, nos encontramos dentro de la primera clasificación.

Para una mayor comprensión de este tópico, pasamos a referirnos a lo siguiente: 1) la causa se configura sin el agotamiento de los medios procesales tendientes al cumplimiento de esta obligación, es decir, a la obtención de una sentencia firme que condene al pago de los mismos, y que materialmente sea inejecutable, y 2) dentro del ámbito procesal, sus efectos relativos a la carga de la prueba.

1).- La causa se configura sin el agotamiento de los medios procesales tendientes al cumplimiento de esta obligación. Al no ser necesaria la presentación de la sentencia ejecutoriada que condene al cónyuge que será demandado al pago de alimentos —sentencia que, por cierto, constituiría una prueba plena, ya que se trata de un documento público—, en el momento de darle entrada a la demanda de divorcio por el Juez del conocimiento, se establece una presunción sustantiva *iuris tantum*, acerca de la existencia del incumplimiento de la obligación alimenticia.

Ahora bien, aún cuando se trata de una presunción que acepta prueba en contrario y, por consiguiente, debe estar administrada a otras probanzas para que tenga plenitud, su existencia anterior al establecimiento de la relación procesal, deja al cónyuge demandado en un estado de desigualdad frente al actor, puesto que desde el momento en que está en aptitud de contestar la demanda entablada en su contra, pesa sobre él la carga de la prueba, que analizaremos más adelante.

Al respecto, consideramos que constituye un grave error el que la causa generadora de divorcio enumerada en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, haya sido reformada, omitiendo el requerimiento de una sentencia ejecutoriada, que condene a uno de los cónyuges al pago de alimentos y la inejecutabilidad de la misma, puesto que no se tomó en cuenta, según nuestro parecer, la realidad social de México, como ahora analizamos.

Es cierto, en efecto, que desde hace mucho tiempo existe una cantidad impresionante de

procedimientos tendentes, sin éxito, al aseguramiento de alimentos, como también lo es la de aquellos de divorcio con invocación de la causa de divorcio en mérito, y que en una mayoría abrumadora de ocasiones, quienes demandan son las cónyuges quienes, generalmente se encuentran, junto con sus hijos, en situación de alarmante precariedad económica. También es cierto que hay una cantidad importante de cónyuges varones irresponsables, que sin razón justificada alguna incumplen su obligación alimentaria.

También es cierto, sin embargo, que de lo expuesto en el párrafo que antecede no se puede generalizar, ya que la gran mayoría de individuos que tienen obligaciones alimentarias, cumplen puntualmente con ellas, haciéndolas extensivas, eventualmente por supuesto, a los familiares de ambos cónyuges o de uno de ellos, que suelen ser los acreedores alimentistas.

Igualmente no se puede perder de vista que en la realidad sociocultural de México, que arranca probablemente desde el mundo prehispánico, jamás se ha exigido el otorgamiento de constancia o recibo por el pago del mismo y que, salvo excepciones, que se pueden encontrar en las clases económicamente fuertes, existen medios de probanza de dicho cumplimiento. Por lo demás, la gran población del país tiene ingresos tan exiguos que apenas les alcanza para la subsistencia, y a veces ni para ello y, en esta eventualidad, que no es tan eventual, no hay ningún medio de probar el cumplimiento.

Como se ve, tal presunción sustantiva no solamente es atentatoria contra el matrimonio y la familia, sino además prohija el abuso de su

invocación, con lo que el propio Estado desatiende la importante función de proteger y fomentar la vida conyugal y la armonía y solidaridad familiar.

2).- Por la Carga de la Prueba. Cuando a uno de los cónyuges se le demanda el divorcio fundado en el incumplimiento de la obligación alimenticia, a éste le corresponde la carga de la prueba, puesto que la naturaleza de la causa generadora de divorcio que se invoca, implica la imputación de hechos negativos por parte del cónyuge demandado y, en consecuencia, resultaría absurdo pretender que el cónyuge actor tratase de probar esos hechos negativos. Así lo ha dispuesto la fracción I del artículo 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que a la letra dice:

“Artículo 282.- El que niega sólo será obligado a probar:

I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho...”

Por otra parte, apoyan lo anterior los siguientes criterios de nuestros Tribunales:

“DIVORCIO, FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS COMO CAUSAL DE CARGA DE LA PRUEBA. Corresponde al demandado, en su carácter de deudor alimentista, acreditar el cumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos a sus acreedores alimentarios, sin que sea óbice a lo anterior el que, si así lo estimaron las autoridades de instancia, omitieran el señalamiento concreto del precedente

jurisprudencial en que apoyan tales razonamientos, supuesto que tal criterio lo ha establecido el más Alto Tribunal de la Nación en la jurisprudencia 255 de la Cuarta Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1975, Tercera Sala, página 796, que dice: 'Pago o Cumplimiento. Carga de la Prueba.- El pago o cumplimiento de las obligaciones corresponde demostrarlo al obligado y no el incumplimiento al actor'. Por tanto, al inconforme, como obligado a mostrar alimentos, le incumbía demostrar haber cumplido con tal obligación, ya que de lo contrario se imponía indebidamente al acreedor alimentista la carga de probar un hecho negativo. Además, tratándose de la causal prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, la reforma que se hizo a dicha fracción en el año de mil novecientos setenta y cuatro ya no exige como requisito de procedencia de la acción fundada en dicha fracción, que no pudieran hacerse efectivos los derechos que conceden los artículos 164 y 166 del citado ordenamiento, pues tal requisito fue suprimido en el texto vigente de la mencionada fracción.'⁵³

"DIVORCIO. FALTA DE MINISTRACION DE ALIMENTOS. CARGA DE LA PRUEBA. Si el juicio de donde deviene el acto reclamado se hizo valer, entre otras, la

⁵³ Amparo directo 313/85. Rodolfo Alcántara Lugo. 16 de mayo de 1985. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Ala. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 193-198. Parte Sexta. p. 76.

causal de divorcio contenida en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, que se refiere a la falta de ministración de alimentos por parte del demandado para con su cónyuge e hijos, y dicho enjuiciado opuso como defensa de esta causal, que nunca ha dejado de aportar lo necesario para el sostenimiento de su familia, éste debió haber acreditado fehacientemente tal hecho.”⁵⁴

Así pues, encontramos que es al cónyuge demandado a quien le corresponde la carga de la prueba respecto del cumplimiento de la obligación alimenticia, puesto que al contestar negando la veracidad del hecho en que se hace consistir el incumplimiento —que es un hecho negativo—, esta negativa implica forzosamente que sí se ha cumplido con tal obligación y en consecuencia, su contestación, siendo una negativa, implica una afirmación. Aquí nos encontramos con un problema derivado de una consideración de carácter lógico. Veamos:

- a) La afirmación de la afirmación, constituye una afirmación;**
- b) La negación de la afirmación, constituye una negación;**
- c) La afirmación de la negación, constituye una negación; y**

⁵⁴ Amparo directo 1894/78. Emilio Huerta Castillo. 11 de enero de 1979. Tercera Sala. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 121-126. Parte Cuarta. p. 22.

**d) La negación de la negación,
constituye una afirmación.**

Siguiendo este orden lógico, encontramos la siguiente problemática que se presenta para el cónyuge demandado, desde el preciso momento de la contestación de la demanda de divorcio fundada en la causa generadora de divorcio de la fracción XII del artículo 267 del Código Civil en comentario:

a) Si el cónyuge demandado afirma los hechos, se establece una confesión expresa, que constituye a su vez, el allanamiento de la demanda;

b) Si el demandado niega los hechos de la demanda, se actualiza el supuesto de la fracción I del artículo 282 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;

c) Si el cónyuge demandado afirma la negativa del cumplimiento de la obligación de otorgar alimentos, se encuadra el mismo supuesto mencionado en el párrafo a) inmediato anterior; es decir, el reconocimiento expreso del incumplimiento y con ello el allanamiento a la demanda; y finalmente

d) Si el cónyuge demandado niega el incumplimiento de la obligación, se está negando una negación, y por tanto, dicha contestación implica una afirmación, cayendo nuevamente dentro del supuesto del inciso b)

precedente, o sea, recae en él la carga de la prueba.

De lo anterior concluimos que, de cualquiera de las formas en que el cónyuge demandado intente contestar la demanda con el fin de defenderse y establecer su cumplimiento, la presunción *iuris tantum* de su culpabilidad y por consiguiente, de la veracidad del dicho del cónyuge actor, queda establecida desde el primer momento, al igual que el preestablecimiento de un principio de convicción en contra suya por parte del juzgador. Y si a lo anterior, adminiculamos la gran dificultad que representa la probanza del cumplimiento —por las razones que más adelante comentaremos— y más aún, a la ausencia de ese principio de certeza plena, que constituía la sentencia inmovible anterior, condenándolo al cumplimiento en el pago de alimentos para con el cónyuge actor y los hijos, que establecía originalmente esta causa de divorcio, encontramos que, de entrada, el juicio se encuentra a favor del cónyuge actor, aún y cuando pudiera ser injustificada y falsa la imputación de esta causa generadora de divorcio.

d).- Imposibilidad para Comprobar el Cumplimiento de la Obligación Alimenticia. Uno de los problemas más fuertes que se presentan para el cónyuge demandado, como hemos dicho, cuando existe un juicio de divorcio en que tal acción ha sido fundada en la fracción XII del artículo 267 de nuestro Código Civil es, precisamente, la dificultad de éste para comprobar que sí ha cumplido con la obligación de ministrar alimentos a su cónyuge y sus hijos.

En principio, podemos establecer que la forma más factible para probar el cumplimiento, es simple y llanamente,

el presentar recibos que justifiquen las cantidades de dinero, que en concepto de alimentos, se entregan al cónyuge cada determinado tiempo. Sin embargo, esto no es muy frecuente, ya que esta circunstancia resulta contradictoria con el principio de confianza sobre el que descansa, entre otras cosas, el matrimonio. Desde un punto de vista práctico y basado en la idiosincrasia de nuestra sociedad, el sólo hecho de insinuar el deseo de que le sean expedidos constancias del pago de alimentos al cónyuge que los aporta, es motivo suficiente para crear un conflicto, fundado en la violación de ese principio de confianza que, como parte de ese proyecto de vida común que decidieron emprender ambos cónyuges al unirse en matrimonio, el deudor alimentista con toda seguridad se sentirá agredido en cuanto a su calidad moral por su propio compañero de vida. Así pues, resulta excesivamente difícil que en un matrimonio mexicano armónico, se de tal situación. Al existir confianza mutua entre los cónyuges, lógicamente ninguno de los dos esperará que el otro le demande el divorcio por virtud de esta causa, y menos cuando quien debe proporcionarlos, los proporciona en el tiempo y forma convenida.

Cabe mencionar que sólo se ha dado esta circunstancia cuando los cónyuges ya se encuentran dentro de un conflicto que ha echado a andar un divorcio de hecho, y por consiguiente, se cumple con esta obligación aunque en situaciones poco comunes como es el caso en que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió con el siguiente criterio:

**“DIVORCIO IMPROCEDENTE,
FUNDADO EN LA FRACCIÓN XII DEL
ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL. Si en un
juicio de divorcio necesario, el demandado demuestra
que siempre ha cumplido con la respectiva carga de**

alimentos al tenor de lo dispuesto por el artículo 164 de la Ley sustantiva, particularmente con los recibos que por concepto de alimentos le expidió su menor hijo, de dieciséis años de edad, y en los que se especificó que la suma recibida lo era para la manutención de la familia y que ese dinero sería entregado a la parte actora (esposa del demandado), y la enjuiciante nunca objetó el alcance y valor probatorio de dichos recibos, como tampoco aportó elemento de convicción alguno tendiente a demostrar la causal invocada, considerando en forma armónica los argumentos anteriores, se debe concluir de manera lógica-jurídica que la minoría de edad del hijo aquel que ha recibido periódicamente diversas sumas de dinero para la manutención del hogar y la falta de objeción legal en cuanto a dichos recibos por la actora, no es obstáculo para demostrar que se cumplió con la obligación y por ello, en perjuicio de la actora nace la improcedencia de la acción intentada.”⁵⁵

Como nos es posible apreciar, las circunstancias que dieron lugar a la expedición de recibos por las cantidades entregadas en concepto de alimentos en este caso, son sólo el resultado de conflictos anteriores entre los cónyuges, y en consecuencia esto surgió, no como una forma de cumplimiento de la obligación alimenticia pactada de común acuerdo entre los cónyuges desde la constitución del matrimonio. Esto es entonces, una situación de excepción.

Por otra parte, encontramos que tampoco es posible comprobar el cumplimiento de la obligación alimenticia mediante las disposiciones que el cónyuge acreedor haga de

⁵⁵ Amparo directo 6005/90. Horacio Montes de Oca Romero. 10 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo VII Febrero. p. 167.

los bienes comunes, cuando nos encontramos frente a un matrimonio establecido bajo el régimen de sociedad conyugal, toda vez que esta circunstancia, aún y cuando medie el consentimiento del cónyuge deudor, no implica el cumplimiento de dicha obligación alimenticia, sino que por el contrario, establece la presunción de que la disposición de esos bienes se dio, precisamente, por el incumplimiento de la obligación de suministrar alimentos. Este criterio, que consideramos por demás injusto, en tanto que la disposición de los bienes y el consentimiento del natural deudor alimentista, puede tener su origen en circunstancias no imputables a él, ha sido sostenido por el Quinto Tribunal Colegiado del Primer Circuito en la tesis que a continuación se transcribe y que desde luego nos parece incompleta y poco clara en cuanto no hace mención alguna en las circunstancias que se mencionan líneas arriba:

“DIVORCIO, LA DISPOSICIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, NO IMPLICA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRAR ALIMENTOS, POR TANTO, SE SURTE LA CAUSAL DE. El hecho de que la esposa haya dispuesto de algunas cantidades de dinero pertenecientes a la sociedad conyugal, no implica que los alimentos hubieran sido por cuenta del esposo, sino por el contrario, se establece con claridad que, con la disposición de ese dinero por parte de la actora, el deudor alimentario no había cumplido su obligación de suministrar alimentos a su cónyuge e hijos, pues es inconcuso que el proceder de la actora, al disponer de las cantidades referidas, obedeció a la omisión en que incurrió el demandado, de no proporcionarle los correspondientes alimentos; en esas circunstancias, es evidente que se configura la causal de divorcio por falta de alimentos, prevista en la

fracción XII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, por no haber acreditado el demandado apelante, que haya proporcionado a su cónyuge e hijos los alimentos respectivos.”⁵⁶

Consideramos, como ya dejamos apuntado con anterioridad, que esta clase de criterios resultan por demás injustos, ya que dejan al cónyuge demandado por virtud de esta causa generadora de divorcio, en la imposibilidad de probar que, si bien fue necesaria la disposición de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, tal vez fue producto de una causa justificada, como pudiera ser una situación de desempleo o incapacidad parcial o total permanente, considerando el largo tiempo que lleve el trámite para recibir la pensión correspondiente y la mayor de las veces requieren hasta de un juicio laboral. Con este criterio, quedan estas circunstancias justificadas al margen, toda vez que, con esta clase de criterios, sólo se establece más firmemente la presunción *iuris tantum* del incumplimiento, que comentamos en el inciso c) del presente apartado.

Así las cosas, y en virtud de todo lo expuesto con respecto a la causa generadora de divorcio expresada en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, consideramos que el texto de la fracción que se comenta, debe regresar al que se encontraba antes de la reforma de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, pues sólo de esta forma podrá establecerse un principio de igualdad entre las partes durante el procedimiento, además de que, una vez obtenida una sentencia condenatoria en materia de alimentos, existiría una prueba plena del

⁵⁶ Amparo directo 21/88. María del Socorro Sarah Baca Portugal. 4 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo I Segunda Parte-1. p. 271.

incumplimiento de la obligación alimenticia, agilizando el subsecuente juicio de divorcio promovido fundándose en esta causa de divorcio.

Creemos que una posición ecléctica podría posibilitar una verdadera justicia en el manejo de esta causa, a saber:

El aseguramiento previo de los alimentos, debería regularse de manera sumarísima ante los Jueces de los Familiar, quienes al recibir una queja, que no demanda, por no ministración de alimentos, citara al imputado a una comparecencia, estando presente la quejosa, en un lapso no mayor de ocho días, dentro de la cual, si fuera procedente, de acuerdo a lo percibido personalmente por el juzgador, resolviera en consecuencia, ordenando la inmediata ejecución de su resolución. Por supuesto que instrumentar esta proposición, implica un estudio y análisis de los procesalistas, quienes imbuidos de buena fe y de un anhelo de justicia, pudieran diseñar tal procedimiento sumarísimo.

3.- La Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

La sociedad mexicana contemporánea, se encuentra frente un grave problema derivado de la existencia de matrimonios que, por diversas y variadas razones, se han disuelto de hecho en virtud de que sus cónyuges se han separado, provocando que éstos intenten rehacer sus vidas, de una manera ilícita, constituyendo compromisos y relaciones con otros núcleos de personas, poniendo en riesgo la estabilidad de la familia original. Por esta razón, el legislador se ha preocupado por dar una salida a esta situación que resulta por demás peligrosa para la estabilidad de la familia, por lo que se ha visto en la necesidad de establecer la separación de los cónyuges por más de dos años como una causa de divorcio.

Esta causa, establecida en la fracción XVIII del artículo 267 de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, es de reciente ingreso a nuestro sistema jurídico, toda vez que fue incluida en nuestro código, en el paquete de reformas que en materia familiar, fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, adicionando esta última causa al mencionado artículo, la cual dispone:

“Artículo 267: Son causas de divorcio:

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

La existencia de esta causa de divorcio fundada en la separación de los cónyuges, obedece a una necesidad de carácter social imperante hoy día en nuestro país. La iniciativa de ley que llevó a reformar el artículo 267 para adicionarle la fracción XVIII, tuvo su origen en lo expuesto en la Consulta Nacional Sobre Administración de Justicia en la cual, se expuso la necesidad de incluir una causal de divorcio que procediera en los casos, en que alguno de los cónyuges abandonara al otro, por un término mínimo de dos años,

...pues sucede con frecuencia que el esposo o la esposa se separan del hogar conyugal, con el propósito de no reincorporarse a él y por ignorancia, falta de orientación o de recursos, no promueven el juicio de divorcio y viven en una situación anómala, creando múltiples problemas entre ellos o sus descendientes.⁵⁷

⁵⁷ Sentencia de Amparo. Quejosa: Olivia Nuño Rojo de Matta. Exp. D.C. 4051/89. Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. 31 de enero de 1990. p. 47

Posteriormente, se presentó por el Ejecutivo Federal una iniciativa ante la Cámara de Diputados, cuyo objetivo era la reforma de algunas de las disposiciones contenidas en el Código Civil. Originalmente no incluía la adición del artículo 267. Sin embargo, después de elaborado el dictamen por las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, se incluyó la multicitada causa, estableciéndose que

En esta causal se recoge la experiencia del foro nacional, pues es frecuente observar la separación de los cónyuges, por largo tiempo sin que exista formalmente una causa suficiente para demandar el divorcio necesario y sin que convengan en solicitar la disolución del vínculo matrimonial mediante un juicio de divorcio voluntario. En tal caso, cualquiera que sea la causa que hubiere originado la separación, si persiste por más de dos años, permite concluir que el matrimonio ya no es tal y no representa la base armónica para la convivencia familiar.⁵⁸

En una muestra de apoyo al mencionado dictamen y; al someterse a discusión, la diputada Angélica Paulín Posadas expresó:

Nuestra legislación, igual que en otros países, es el producto de fenómenos sociológicos, políticos, económicos y antropológicos que se dan en una sociedad. Para que las disposiciones jurídicas funcionen deben adecuarse continuamente a la época y realidad social, ya que el factor jurídico debe ser también un factor constante y dinámico. Por tanto, las reformas que hoy se plantean, a consideración de esta asamblea, persiguen adecuar la realidad en las leyes que la rigen....⁵⁹

⁵⁸ Dictámen de las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados, de fecha 23 de noviembre de 1983, p. 23.

⁵⁹ Idem. p. 25

...En la actualidad, innumerables parejas se separan por diversos motivos sin establecer una demanda de divorcio, de hecho, existe ya un rompimiento de los lazos afectivos y muchas veces también de las obligaciones económicas, así en el caso de invocar la fracción que se está proponiendo, la número XVIII, como causal de divorcio por separación sin causa justificada, se establece que los cónyuges no tienen ya relación alguna... No se pretende con las nuevas causales de divorcio promover más divorcios, sino reconocer lo que en nuestra sociedad existe.⁶⁰

Sin embargo, a partir de su entrada en vigor, noventa días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, ha originado una serie de problemas en cuanto su aplicación, puesto que la redacción de ésta en el Código Civil es por demás confusa y oscura, razón por la cual se hace necesaria una interpretación lógica y acorde con la intención del legislador, para que de esta manera sea posible el manejo de la separación de los cónyuges como causa en un juicio de divorcio.

Se han originado un sinnúmero de situaciones inciertas, toda vez que aún y cuando uno de los cónyuges ha decidido separarse de su pareja, jurídicamente continúa vinculado con ésta, pues el matrimonio no ha sido disuelto y por consiguiente subsiste, con todos los derechos y obligaciones que éste implica. Ante esta circunstancia, el legislador optó por incluir como causa de divorcio la contenida en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente, con la intención de no prolongar en el tiempo situaciones de esta naturaleza que desde luego atentan contra la estabilidad y el buen desarrollo de la familia. Sin embargo, la inclusión de esta causa ha originado múltiples controversias en su aplicación práctica, principalmente porque su redacción es pobre. Por otra parte, algunos autores han considerado que esta causa resulta por demás negativa, toda vez que atenta contra

⁶⁰ Ibidem . p. 27 vuelta, 28

la integridad misma de la familia, e inclusive, llegan a equipararla con el repudio:

..En nuestro derecho con esta causal se establece el divorcio unilateral al permitir que cualquiera de los cónyuges, “independientemente del motivo”, demande el divorcio al haber transcurrido más de dos años de la separación, no obstante que el otro consorte no deseara el divorcio. Prácticamente se legaliza el repudio, con grave peligro para la integración conyugal y familiar. Fácilmente, sólo por el transcurso del tiempo, puede unilateralmente terminarse el matrimonio. Son imprescindibles las graves consecuencias que pueden acarrear. Si el divorcio por mutuo consentimiento es de suyo grave, cómo pretender proteger al matrimonio y a la familia, si basta con el deseo de uno de los consortes para extinguir el matrimonio.⁶¹

Por otra parte, es pertinente asentar desde este momento, que esta causa de divorcio puede ser invocada ante la autoridad competente por cualquiera de los cónyuges, sin importar que quien la invoque sea el mismo cónyuge que se haya separado.

Como hemos señalado en párrafos anteriores, la causa a que nos referiremos se ha encontrado desde el inicio de su vigencia con opiniones adversas, ya que se le contempla en ocasiones como el recurso de un cónyuge para “liberarse” de las cargas y compromisos del matrimonio, lo que implica que, bajo el amparo de la ley, se atente contra la institución misma del matrimonio, lo que conlleva graves consecuencias para nuestra sociedad, que encuentra, en la constitución de la familia, la semilla de lo que más adelante será la sociedad, es decir, su célula básica.

⁶¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Paterno Filiales*. Editorial Porrúa, S.A., 2ª edición, México, 1992. p. 204.

a).- Elementos: Como elementos de esta causa de divorcio, encontramos tres, a saber: 1).- la finalidad, 2).- la separación y 3).- el término.

1).- La Finalidad. Uno de los elementos más importantes de esta causa de divorcio, es precisamente la finalidad del legislador al establecer a la separación de los cónyuges como una causa de divorcio, puesto que para dar una aplicación correcta a dicha fracción del artículo 267 de nuestro Código, debemos tener plena conciencia del por qué de la existencia de esta causa, y con ello evitar interpretaciones abyectas. Ahora bien, al encontramos con tan vaga redacción de esta causa, se hace necesario recurrir a la opinión que al respecto, ha emitido nuestro Poder Judicial Federal, a través de diversas ejecutorias en que ha venido estableciendo algunos conceptos, estableciendo a su vez, los requisitos necesarios para la configuración de esta causa de divorcio. En lo tocante a la finalidad de los cónyuges encontramos las siguientes ejecutorias.

“DIVORCIO. SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES POR MÁS DE DOS AÑOS. ELEMENTO DE LA CAUSAL FUNDADA EN LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Para los efectos del divorcio con base en la causal que señala la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, que tiene como única finalidad autorizar formalmente la disolución del vínculo matrimonial cuando éste ya se hubiera roto definitivamente en la realidad, o cuando en

virtud del rompimiento de los lazos afectivos, existe un divorcio de facto, por el que las relaciones matrimoniales pudieran dejar de tener alguna significación para los cónyuges; son necesarios los siguientes elementos: a).- Que la separación de los cónyuges se dé con el ánimo de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial, de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de él derivan, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, a través de actos, omisiones o manifestaciones que así lo revelen y b).- Que ninguno de los cónyuges realicen actos tendientes a regularizar dicha situación dentro del lapso de la separación, ya sea para el ejercicio de la acción de divorcio necesario, por alguna de las otras causales, la tramitación del mismo en forma voluntaria, o por actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio.”⁶²

“DIVORCIO. INTERPRETACIÓN DE LA CAUSAL, PREVISTA EN EL ARTICULO 267, FRACCION XVIII, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La disposición en comento establece como causal de divorcio necesario: “La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser

⁶² Amparo directo 3172/87. María Elena Hernández Cortés. 29 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Joaquín Herrera Zamora. Secretario: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Informe Rendido a la Suprema Corte de la nación, por su Presidente al terminar el año de 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito. p. 147.

invocada por cualesquiera" (SIC) "de ellos". Después de haberse hecho un estudio profundo del contenido de esta norma, en el que se tomaron en cuenta una fuente inmediata, las causas reales que la originaron y los fines perseguidos, este tribunal considera que, la causal de divorcio que contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas de esta capital, que estando casados sólo mantienen el vínculo formal, el que en realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentren en esta situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo en esta causal, deben reunirse los siguientes elementos: a) que la separación se dé con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como pueden ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuación de la especie, etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquiera índole que así lo revelen; y b) que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación, ya sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, o su tramitación en forma voluntaria, o actos encaminados a la

reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio.⁶³

Con lo anterior, nos queda claro que para que sea causa de divorcio la separación de los cónyuges, ésta debe de ser con el ánimo de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial, y por ende, que la pareja se abstenga de cumplir con los fines y deberes del matrimonio, pues el objetivo primordial del legislador al incluir esta causa de divorcio en nuestro código, fue la de decretar el divorcio en los casos de que el matrimonio ya se encontrara disuelto y no como una forma de disolver dicha unión por la mera voluntad o deseo de uno o ambos cónyuges. Este es el verdadero espíritu de la norma, el cual debe estar presente en la conciencia de quien quiera invocar esta causa en juicio.

⁶³ Amparo directo 336/85. María Magdalena Angeles Rodríguez. 7 de marzo de 1986. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Amparo directo 2109/90. Gaspar Gómez Ruiz. 31 de mayo de 1990. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Amparo directo 3514/90. Francisco Alvarez Contreras. 23 de agosto de 1990. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Amparo directo 6024/93. Marco Antonio Mendoza Martínez. 2 de diciembre de 1993. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Amparo directo 6294/94. José Luis González Monroy. 5 de enero de 1995. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Tomo 86-2, Febrero de 1995. p. 31.

Consideramos que la interpretación que las ejecutorias anteriormente transcritas, con respecto de la causa que nos ocupa, es afortunada, ya que un matrimonio que no cumple con los fines y obligaciones que han sido establecidos en nuestro Código Civil y que en un momento dado fueron aceptadas por los cónyuges al efectuar la solemnidad del matrimonio, ya no tiene razón de existir, pues de continuar vigente, solamente lograría producir una deformación de lo que el Código contempla como matrimonio, y por consiguiente, existe razón más que fundada para que el juez del conocimiento emita la declaratoria de divorcio en estos casos, toda vez que esta causa tiene como finalidad hacer más accesible la integración de los cónyuges en otro núcleo familiar, cuando su matrimonio de hecho ya se encuentra disuelto desde tiempo atrás, sin necesidad que estas personas incurran en actos ilícitos al constituir otros nexos con personas distintas sin encontrarse en aptitud para hacerlo.

Percibimos, sin embargo, que al ser tan abierta la redacción de esta causa, en la realidad práctica se dan muchos ejemplos en donde esta fracción ha sido utilizada como una salida fácil para disolver el matrimonio, convirtiéndose en una causa de divorcio que, indirectamente, da lugar a una serie de situaciones que más adelante comentaremos.

2).- Separación. Bien podemos afirmar que al hablar de la separación de los cónyuges, estamos refiriéndonos al elemento material de esta causa de divorcio contemplada en el Derecho Familiar Mexicano y, por consiguiente, éste debe ser probado en juicio de manera plena, toda vez que, si hemos

hablado en el apartado 1).- que antecede, que la finalidad del legislador con respecto de esta causa en comentario, era precisamente el dar una solución para aquellos matrimonios que se encontraban disueltos de hecho, definiendo su situación jurídica mediante el juicio de divorcio, de ese mismo principio lógico debemos partir para establecer la necesidad de prueba plena del hecho mismo de la separación de ambos cónyuges con la finalidad de dar por terminado su matrimonio en el juicio correspondiente pues, de lo contrario, resultaría inexistente pedir el divorcio invocando la causa antes señalada.

Así las cosas y desde este principio, se desprende el problema de que, aparentemente, el papel del juez en un juicio con dichas características, es solamente el de constatar el elemento material que constituye la separación para decretar el divorcio. Al respecto, el Licenciado Manuel F. Chávez Asencio ha criticado duramente esta situación, al considerar que esta causa

...deja al juez un mero papel de cronometrista. Debe sólo comprobar el transcurso de más de dos años desde la separación para que, necesariamente, independientemente de que se acredite culpa o no, que exista justicia o no en la separación, que exista una familia que se destruye, aún cuando de los hechos o elementos del juicio que se le aportaron se deduzca la necesaria protección del matrimonio.⁶⁴

En este orden de ideas, consideramos que la crítica al papel del juzgador que el licenciado Chávez

⁶⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. p. 519

Asencio ha emitido en el supuesto que nos ocupa, la percibimos un tanto radical, puesto que si bien es cierto que la tarea primordial que tiene el juez conocedor de un procedimiento de divorcio fundado en esta causa, es precisamente la de constatar la separación conyugal por más de dos años, no lo es que la sea su única tarea.

En efecto, el juez debe analizar cuidadosamente la naturaleza de la separación, la que, según nos hemos percatado de las discusiones camarales y de las ejecutorias jurisprudenciales transcritas, en la misma debe subyacer un ánimo disolvente del matrimonio, de manera insalvable, que haga imposible la subsistencia del matrimonio. Este quehacer del juez es fundamental, tanto como el cómputo de los años pues si lo descuidara, incurriría en responsabilidad oficial y moral, pues su papel no es el propiciar divorcios mal intencionados, sino conferir, por ministerio de la ley y a través de la sentencia, permisiones excepcionales de disolución conyugal. De esa guisa, la separación de los cónyuges por más de dos años, por acuerdo de los dos, no es causa de divorcio, pues denota un intento de salvar el matrimonio, como tampoco lo será la ocasionada por razones de trabajo o por desempeño oficial de servicios, que por su naturaleza no permitan que los cónyuges vivan juntos. Lo mismo vale decir respecto de la separación de los cónyuges decretada judicialmente, como se percibe en las siguientes ejecutorias:

**DIVORCIO. LA CAUSAL PREVISTA
EN LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTICULO
267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL**

DISTRITO FEDERAL, NO COMPRENDE LA SEPARACIÓN DECRETADA POR ORDEN JUDICIAL. La separación de los cónyuges decretada judicialmente, no puede servir de base para el cómputo de los dos años a que se contrae el artículo 267, fracción XVIII del Código Civil, porque ese no fue el espíritu que animó al legislador para recoger en la ley dicha causal de divorcio, sino que, en todo caso, la ratio legis es que la separación debe derivarse estrictamente de la voluntad de los esposos y no de una causa extraña como en el caso del decreto judicial que así lo establece, pues dicha voluntad es lo que en realidad acredita, demuestra o justifica, el absoluto desinterés que tienen los cónyuges para preservar la familia constituida y los fines que persigue la institución del matrimonio.⁶⁵

DIVORCIO, SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES POR MAS DE DOS AÑOS COMO CAUSAL DE, PREVISTA EN LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. NO COMPRENDE LA DECRETADA POR ORDEN JUDICIAL. Si se atiende al propósito que tuvo el legislador para incluirla como tal, esto es ajustar la legislación a la realidad social a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casados ya no cumplen con los fines del

⁶⁵ Amparo directo 2218/89. Guillermina Becerra Benitez. 29 de junio de 1989. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Miguel Angel Castañeda Niebla. Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Tomo III- Segunda Parte-1 p. 292.

matrimonio y las obligaciones jurídicas que de él se derivan, como son, entre otras, la ayuda mutua entre los cónyuges, la obligación de proporcionarse alimentos, la perpetuación de la especie, la educación de los hijos, etcétera; por lo que si los cónyuges estuvieron separados por dos años o más, por virtud de un mandamiento judicial, es evidente que dicha separación no encuadra dentro de la hipótesis normativa prevista en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil, en atención a que dicho supuesto no fue el que inspiró al legislador para establecer la causa de divorcio.⁶⁶

Así se podría enumerar una cantidad importante de ejemplos que evidencian la desafortunada redacción de la fracción que se comenta, puesto que sí importa el ánimo subyacente al motivo de la separación. *Sería recomendable que el legislador reflexionara en todo esto y concibiera una mejor redacción de la disposición que se comenta.*

3).- Término. Además de los dos elementos que han sido comentados y relacionados en los numerales inmediatos anteriores, existe un tercer elemento que, al igual que la finalidad y la separación, condiciona la configuración de esta causa de divorcio.

En nuestro Código Civil vigente, se establece, en efecto, que la separación de los cónyuges por un lapso mayor de dos años —sin importar el

⁶⁶ Amparo directo 1205/87. María de la Luz Sela Polo. 3 de junio de 1987. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Corrales González. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 217-228, Sexta Parte, p. 252.

motivo que la originó—, es causa de divorcio, y en este sentido, surge una incógnita al preguntarnos si dicho término es más que suficiente para estimar que el matrimonio se ha disuelto verdaderamente, en sentido espiritual y social.

Podría pensarse, en primer lugar, que dada la importancia de la institución matrimonial y el interés que la sociedad tiene en preservar al matrimonio, resulta breve el término antes señalado; empero, toda separación que entre los cónyuges se de, prolongándose por un lapso mayor de dos años, *establece una presunción de que la pareja ha decidido destruir el vínculo jurídico que la une*, ya que en dicho término tuvieron el tiempo suficiente para reflexionar sobre su situación y analizar los alcances de su separación fáctica, aunque, desde luego, deben ser tomados en cuenta los dos elementos antes analizados, el de finalidad y el de separación.

Cuando mencionamos que la referida fracción del artículo 267 del Código Civil contiene una presunción, nos percatamos de que el legislador la concibió como *iure et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario; empero, no estamos de acuerdo con esto, pues si bien se quiso resolver situaciones de hecho, ello no debe implicar atentado alguno contra el matrimonio y contra la familia, puesto que aquella se sustenta, es nuestra convicción, en la índole de la separación a que hemos aludido con anterioridad, es decir, que si los propios legisladores al discutirla y el Poder Judicial Federal, al estudiarla, concluyeron que la separación habría de estar alimentada por un ánimo disolutivo del matrimonio, ello significa que se puede probar en juicio la ausencia del mismo, como en los ejemplos apuntados con anterioridad. Si es así, la

naturaleza de la presunción, corresponde a la *iusuris tantum*. Sólo de esta manera una sociedad sana, unos funcionarios jurisdiccionales sanos también y los abogados postulantes, podemos estar de acuerdo con dicha fracción.

Es pertinente aclarar que dicha separación debe darse de manera ininterrumpida durante los dos años que señala la causa, pues si en dicho lapso los cónyuges reinician su vida en común, de la manera en que lo habían venido realizando anteriormente, nos encontraríamos con lo que podremos denominar una reconciliación, que automáticamente se traduce en un perdón, actualizándose entonces el supuesto del artículo 279 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece lo siguiente:

“Artículo 279. Ninguna de las causas enumeradas en artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito; no se considera perdón la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores.”

Por otra parte, si el término mayor de dos años se ve interrumpido por la reincidencia en la convivencia de los cónyuges del mismo modo en que lo hacían antes de la separación, tampoco sería procedente tratar de ejercer la acción de divorcio, toda vez que dicho matrimonio no se adecuaría al supuesto establecido en la norma que se analiza, la cual, como ya ha quedado asentado, contempla al divorcio, como permisión extraordinaria disolvente del matrimonio, para los casos en que éste, desde tiempo atrás, se

encuentre disuelto ya, por una situación fáctica tan determinante como es la separación de los cónyuges.

Como un ejemplo ubicado en el mundo práctico de esta situación, encontramos que, al poco tiempo de haber iniciado la vigencia de esta causa de divorcio, fueron interpuestas una serie de demandas de divorcio fundadas en dicha causa, alegando los promoventes encontrarse dentro del supuesto establecido por la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil ya que se habían separado de su cónyuge desde hacía ya más de dos años. El anterior fue un problema que inclusive llegó hasta el Juicio de Amparo, en el que nuestro más Alto Tribunal determinó, en base al principio de irretroactividad contemplado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e, incluso, en el artículo 5° del Código Civil para el Distrito Federal, que el término de la separación de los cónyuges en estos casos, empezaría a ser contado a partir del momento en que la causal de divorcio fuera de observancia general para todos los particulares, es decir, a partir de la fecha del inicio de su vigencia. Este criterio se encuentra en las tesis que a la letra dice:

“DIVORCIO NO SE DEBE APLICAR RETROACTIVAMENTE LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA DECRETAR EL.- Si se atiende a que la retroactividad de una ley no sólo se puede presentar como conflicto de leyes en el tiempo, sino también por inexistencia de ordenamiento a una situación hasta entonces imprevista legislativamente, ya que los preceptos

normativos sólo pueden obrar hacia el futuro, pues de lo contrario se estaría vulnerando el artículo 14 constitucional, se debe determinar que el cómputo de los dos años de separación a que se contrae la fracción en comento, no debe comprender tiempo anterior a la expedición de la norma que prevee tal causal, porque de hacerlo así se daría la aplicación retroactiva de esa ley.”⁶⁷

“DIVORCIO, APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Cuando el actor o reconvencionista, funden la acción de divorcio necesario en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, deberá existir como requisito sine qua non para su procedencia, que el término de dos años de separación de los cónyuges, o más, sin importar la causa que lo haya motivado, transcurra con posterioridad a esos dos años en que entró en vigor la reforma que adicionó la fracción de que se trata, y que fue el veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, según el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres; por consiguiente si la disolución del vínculo matrimonial se apoya

⁶⁷ Amparo directo 1205/87. María de la Luz Sela Polo. 3 de julio de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Corrales González. Secretario: Arturo Ramírez Sánchez. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente al terminar el año de 1987; Tercera Parte; Tribunales Colegiados de Circuito. p. 183.

en la fracción adicionada sin justificarse los correspondientes extremos legales, es claro que la acción intentada resulta improcedente y de no resolverse así en el procedimiento respectivo, se vulneraría el artículo 14 Constitucional, en cuanto establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”⁶⁸

“DIVORCIO, CASO EN QUE NO DEBE APLICARSE RETROACTIVAMENTE LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Si dicho precepto estatuye en su fracción XVIII, que es causa de divorcio: “La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos”, resulta que esos dos años de separación debe entenderse e interpretarse hacia el futuro, es decir, computados a partir de la fecha en que entró en vigor la fracción de referencia, por la que la demanda de divorcio correspondiente, debe presentarse cuando menos dos años después de la fecha de la existencia legal y vigencia de dicha causal, pues de admitirse lo contrario, sería tanto como aplicarla retroactivamente, ya que la

⁶⁸ Amparo directo 2622/87. Mario Vázquez. 25 de noviembre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: Vicente G. Banderas Trigos. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente al terminar el año de 1987; Tercera Parte; Tribunales Colegiados de Circuito. pp. 195-196.

nueva ley no puede sancionar hechos y actos pasados estimados como lícitos en la época respectiva, por carecer de sanción legal y una correcta interpretación del principio de la no retroactividad, impide a la ley regir hacia el pasado, destruyendo o modificando hechos y actos jurídicos consumados con anterioridad a su vigencia, circunstancia que de presentarse, sería violatoria de la garantía de irretroactividad establecida en el artículo 14 Constitucional, cuyo propósito es evitar la expedición de leyes que afecten a un hecho particular determinado que ya aconteció y que no era sancionado, como sucede en el caso de que si los cónyuges se encontraban separados y esta conducta no se sancionaba con la causal relativa de divorcio, ahora la nueva causal de mérito, no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio de cualesquiera de los cónyuges, al penar un hecho del pasado, dado que una ley es retroactiva cuando la vigente se aplica de hechos y actos acaecidos antes de su vigencia.”⁶⁹

“DIVORCIO. CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE DOS AÑOS A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.- Si atendemos a que el artículo 4º del Código Civil establece que si la disposición de observancia general fijó el

⁶⁹ Amparo directo 182/87. Raquel Rufiño de Rodríguez. 16 de febrero de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente al terminar el año en curso de 1987; Tercera Parte; Tribunales Colegiados de Circuito. p. 198 y 199.

día en que debe comenzar a regir obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior, y que el Decreto de reforma que se publicó en el Diario Oficial de la Federación de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, determinó que tendría vigor después de los noventa días de su publicación, o sea el veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, eso permite señalar que la causa de divorcio prevista en la fracción XVIII que se adicionó al artículo 267 del Código Civil en dicho decreto, operaba con posteridad a ese lapso, y que el término de dos años requerido para su procedencia debía empezar a contar a partir de la vigencia de la reforma, pues de admitir que dentro de ese plazo queda comprendido el de la separación de los cónyuges que se había efectuado con anterioridad a su vigencia, implicaría aplicar retroactivamente la preinvocada fracción, ya que operaría sobre tiempo anterior que no se encontraba sancionado por precepto legal alguno, violando en perjuicio de la quejosa la garantía consagrada en el artículo 14 de la Carta Magna, el cual sólo permite la aplicación retroactiva de un ordenamiento legal cuando beneficia al sujeto.”⁷⁰

⁷⁰ Amparo directo 243/87. Angélica Cordero Florencia. 26 de marzo de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortíz. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente al terminar el año de 1987; Tercera Parte; Tribunales Colegiados de Circuito. p. 216 y 217.

“DIVORCIO, SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES POR MÁS DE DOS AÑOS COMO CAUSAL DE APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- La reforma que estableció la causal de divorcio derivada de la separación de los cónyuges, por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, creada por el legislador mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983 y que inició su vigencia noventa días después, no puede regir hacia el pasado, porque de admitirse lo contrario, sería tanto como aplicarla retroactivamente, habida cuenta que la nueva ley no puede sancionar hechos anteriores estimados como lícitos en la época respectiva, por carecer de sanción legal, y una correcta interpretación del principio de irretroactividad, impide a la ley aplicarse hacia el pasado, destruyendo o modificando hechos y actos jurídicos consumados con anterioridad a su vigencia, ya que de lo contrario, sería violatoria de la garantía de irretroactividad, establecida en el artículo 14 Constitucional, cuyo propósito es evitar la expedición de leyes que afecten a un hecho particular determinado, que ya aconteció y que no era sancionado, como sucede en el caso de separación de los cónyuges cuya conducta no se sancionaba.”⁷¹

⁷¹ Amparo directo 243/87. Angélica Cordero Florencia. 26 de marzo de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa

Por otro lado, durante los años de 1985 y 1988, los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero en Materia Civil del Primer Circuito⁷², continuaron sosteniendo el criterio de la irretroactividad de la

Ortíz.

Amparo directo 2622/87. Mario Vázquez. 25 de noviembre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: Vicente G. Banderas Trigos.

Amparo directo 3402/87. Fabiola Arce Chávez. 15 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretaria: Adalid Ambriz Landa.

Amparo directo 1392/88. Gabriel Torres Vázquez. 31 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretaria: Adalid Ambriz Landa.

Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente al terminar el año de 1987; Tercera Parte; Tribunales Colegiados de Circuito. pp. 216-217.

⁷² Amparo directo 412/85. Frida Glauberman Lipziz. 15 de abril de 1986. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: José Joaquín Herrera Zamora.

Amparo directo 182/87. Raquel Tufiño de Rodríguez. 16 de febrero de 1987. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos.

Amparo directo 2622/87. Mario Vázquez. 25 de noviembre de 1987. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez.

Amparo directo 3402/87. Fabiola Arce Chávez. 15 de febrero de 1988. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez.

Amparo directo 1392/88. Gabriel Torres Vázquez. 31 de mayo de 1988. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tomo 217-228 Sexta Parte, p. 248.

Amparo directo 243/87. Angélica Cordero Florencia. 26 de marzo de 1987. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo I, Segunda Parte-2, p. 824

fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, lo que igualmente consideramos correcto en puridad técnica-jurídica constitucional; pero ello requiere la siguiente reflexión:

La aplicación actual de la citada causa de divorcio a separaciones anteriores a la entrada de vigencia —1984— de la referida causa de divorcio, es en efecto retroactiva y conculcatoria de Garantías Constitucionales; pero si la separación se mantuvo por más de dos años después de tal iniciación de vigencia, entonces el juzgador debe hacer la discriminación técnica de ambas situaciones y declarar, con fundamento en dicha fracción, procedente la segunda de ellas y, por ende, disuelto el matrimonio.

Así las cosas, nos encontramos que el término a que se refiere la causa que hemos venido analizando, es un elemento indispensable para establecer la procedencia de la acción y, con ello, sea disuelto el vínculo matrimonial, el cual debe ser computado a partir del momento en que ocurra la separación real de los cónyuges y de forma efectiva, por lo que, lógicamente, dicha separación debe ser ininterrumpida, esto es, que durante dicho término no se haya producido la reanudación de la vida en común de los cónyuges, pues tal eventualidad haría improcedentes a la causa de divorcio de que se trata y a la acción ejercida en juicio.

De esta forma, hemos hecho un recuento somero de los elementos constitutivos de la separación de los cónyuges como causa generadora del divorcio, contemplada en la Fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil. Elementos que, a nuestro parecer, todo Juez de lo Familiar que conozca de juicios de divorcio sustentados en esta causa, deberá

corroborar y comprobar plenamente en las diversas actuaciones del mismo y, en su caso, emitir la resolución declarando la disolución del vínculo matrimonial.

Finalmente, bien vale insistir que la falta de cualquiera de los elementos que hemos dejado indicados, hace imposible la actualización del supuesto contemplado en la norma, toda vez que, en este caso, estaríamos frente un matrimonio que, por sus circunstancias, no puede ser encuadrado dentro de lo que el legislador tuvo en mente al establecer dicha disposición. En otras palabras, solamente procederá el divorcio en los casos de que el matrimonio, con una anterioridad mayor de dos años a la interposición de la demanda, se encuentre ya disuelto en sentido espiritual, esto es, desvinculado en el mundo fáctico, puesto que el espíritu de la norma fue la de tratar, en la medida de lo posible, de regular la situación jurídica de aquellas parejas que habrían determinado disolver su matrimonio, sin la posibilidad de invocación válida de cualquier otra causa de divorcio, bien porque no hayan querido hacerlo o porque ninguna haya existido en la realidad y sí, en cambio, se hayan mantenido separados, en sentido desvinculante, por más de dos años.

La contemplación y observancia de estos elementos son de vital importancia para el buen uso de esta causa, para así podernos encontrar en la posibilidad de ubicar la fracción comentada dentro de un contexto que permita hacer una adecuada aplicación de la misma, en beneficio de la seguridad jurídica de los particulares y para que de esta forma, sea factible llegar a una exacta aplicación de esta disposición, sin lesionar con ello los intereses de la familia, que a lo largo del tiempo han sido tutelados por nuestra legislación.

b).- La Causa XVIII Vislumbrada como Divorcio Unilateral. Nuestra legislación en el Distrito Federal distingue

dos clases de divorcio, a saber: el voluntario —que puede ser administrativo o judicial—, y el necesario. El primero, es solicitado con fundamento en un acuerdo previo de voluntades entre los cónyuges, por el cual han decidido dar por terminada la relación jurídica que los unía por virtud del matrimonio mientras que, el divorcio necesario, es demandado como resultado de que

...uno de los cónyuges cometa un ilícito que la ley considera lo suficientemente grave para trastornar seriamente la vida conyugal, dando al inocente la facultad, si lo desea, de acabar con el matrimonio. Estas causales implican siempre un acto ilícito voluntario de uno de los cónyuges..., el autor del ilícito no está legitimado para solicitar el divorcio; éste solo se producirá si el inocente lo solicita.⁷³

Sin embargo, cabe aclarar que no todas las conductas que el Código contempla como causa de divorcio, pueden encuadrarse dentro de lo que conocemos como hecho ilícito, es decir, que es contrario a derecho, como en los casos de enfermedad y ausencia ⁷⁴.

Ahora bien, dentro de las causas que señala el Código Civil y que fueron ya analizadas en su oportunidad, encontramos a la separación de los cónyuges, la cual plantea un problema de suma importancia. Por un lado, encontramos que el artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal, establece el principio de que toda acción de divorcio, corresponde al cónyuge que no dio lugar a la causa generadora del mismo, es decir, al cónyuge inocente. El artículo en mención señala lo siguiente:

⁷³ PACHECO E. Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*. Panorama Editorial, S.A. México, 1984. p. 160

⁷⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. p. 461

“Artículo 278.- El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.”

Sin embargo, encontramos que el divorcio promovido con fundamento en la fracción XVIII del artículo 267 del mencionado ordenamiento, de alguna manera rompe con el principio antes señalado, en atención a que establece lo siguiente:

**“Artículo 267.- Son causas de divorcio:
...XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.”**

Así pues, encontramos que esta causa deja abierta, en la práctica foral, la posibilidad de que el cónyuge que haya tomado la decisión, venal y abusiva, de terminar con su matrimonio, pueda separarse del domicilio que ambos cónyuges establecieron como el conyugal, y esperar el transcurso de más de dos años establecidos en esta fracción, para ocurrir ante el Juez de lo Familiar a demandar el divorcio de su cónyuge, aún cuando sea él precisamente quien se haya apartado de sus obligaciones matrimoniales, pues según la redacción de esta causa, corresponde también al cónyuge que cometió una omisión a las obligaciones emanadas del matrimonio, o sea, que haya incurrido en un ilícito de Derecho Familiar, viendo así satisfecho su deseo de divorciarse.

Tenemos entonces el primer problema que surge por virtud de las deficiencias técnicas que tiene la multicitada

causa de divorcio, provenientes de la mala redacción de su texto.

Esto nos lleva a otro problema muy importante. Al principio de este apartado, mencionamos la posición del licenciado Manuel F. Chávez Asencio, que equipara a esta causa con el repudio, considerando que la fracción XVIII del artículo 267, en virtud de la problemática que en los párrafos inmediatos anteriores quedó expuesta, puede prestarse para que un cónyuge, de manera unilateral y sin existir causa fundada, solicite la disolución del vínculo matrimonial, aún siendo él precisamente quien diera lugar a la actualización del supuesto contenido en dicha fracción, resultándole en consecuencia, por demás fácil comprobar en juicio, por falta de manejo de los elementos de la causa, tanto por su colitigante, cuanto por el juzgador, la existencia de la separación por más de dos años. Al respecto, el licenciado Chávez Asencio nos dice que:

...con esta causal..., nuestro matrimonio civil da un paso más hacia el repudio, pues no es necesario para que el divorcio se produzca ni la común voluntad de divorciarse, ni un ilícito de alguno de los consortes, ni una causa objetiva y grave que trastorne la vida matrimonial; es suficiente comprobar el sólo hecho de la separación para que el divorcio proceda; separación que pudo haber sido provocada por el cónyuge que deseaba divorciarse, o aún puede proceder de una causa legítima y autorizada por el otro cónyuge.⁷⁵

A partir de este planteamiento puede suponerse que la fracción XVIII del artículo 267, de alguna manera, puede atentar contra la integridad de la familia, toda vez que dentro del supuesto contemplado en esta causa, pueden caber una

⁷⁵ Idem. p. 161, 162

serie de circunstancias, que si bien no configuran un matrimonio previamente disuelto, bien pueden ser aprovechadas para obtener un divorcio de manera unilateral, situación ante la que el cónyuge demandado, tiene muy poca defensa pues, si en el juicio correspondiente, el actor llega a probar que existió una separación de los cónyuges por más de dos años, le sería fácil obtener una sentencia favorable.

Por nuestra parte, disentimos parcialmente de esta postura, por la siguiente razón: si partimos del principio de que es unilateral el divorcio que solicita un cónyuge, por la actualización de la separación acaecida entre los consortes por más de dos años, esto nos lleva entonces a suponer que, por ende, todos los supuestos generadores de la disolución del vínculo matrimonial —excepto la causa señalada en la fracción XVII del artículo 267—, constituyen una forma de divorcio unilateral, habida cuenta de que, a menos que la parte que sea demandada en juicio, se allane a las pretensiones del actor, existirá entonces una contienda entre los cónyuges, pues estamos hablando de la clase de divorcio denominado necesario. Así entonces, solamente puede hablarse de un divorcio unilateral, cuando se trate de los casos de ausencia o presunción de muerte pues, quien se encuentra dentro de estos supuestos —señalados en la fracción X del multicitado artículo 267—, no comparecerá a juicio y, por consiguiente, se actuará conforme a lo deseado por el cónyuge que podríamos llamar, eventualmente y de manera impropia, *supérstite*. Estamos de acuerdo sin embargo, en que si bien no se trata de un divorcio unilateral, que en el Derecho Mexicano no existe, si estamos frente a una figura que guarda innegable semejanza con el repudio, sólo que de manera legalmente encubierta.

Sin embargo, resulta innegable que el hecho de que la fracción en comentario, permita que cualquiera de los cónyuges se encuentre en posibilidad de demandar el divorcio

fundando su acción en la separación, representa una situación muy delicada y que debe ser analizada a fondo por el Juez de lo Familiar que conozca de una situación como ésta, teniendo que ser especialmente cuidadoso, y en su caso, allegarse de los medios probatorios que estime convenientes para verificar que los tres elementos —finalidad, separación y término— ya comentados, se reúnan, puesto que, como hemos dicho anteriormente, el espíritu de la norma es precisamente terminar con la incertidumbre jurídica a aquellos matrimonios, que al estar separados por más de dos años, han dejado de cumplir con los deberes y fines del matrimonio, producto del ánimo desvinculatorio de dicha separación, y sólo en estos casos es procedente decretar el divorcio en base a la ya citada fracción XVIII.

c).- La Fracción XVIII y su Problemática Procesal. Ya en el párrafo anterior, hemos visto algunos aspectos de la problemática que presenta la separación de los cónyuges como causa de divorcio. Sin embargo, debe contemplarse esta causa desde un punto de vista práctico, es decir, ubicar su problemática en el ámbito procesal. Así pues, este apartado tiene como objeto exponer el panorama que se presenta en un juicio de divorcio, cuya demanda se fundamente en la separación de los cónyuges, por más de dos años.

En nuestra opinión, desde el punto de vista del procedimiento, de la redacción de la causal que se analiza, se desprenden cuatro problemas fundamentales que pueden darse en un procedimiento de divorcio de esta naturaleza, a saber: I).- la exclusión de causales, II).- la simulación de proceso, y III).- la sentencia.

1).- Exclusión de Causales. En un primer plano, y de manera genérica, puede establecerse el criterio de que, por sí sola, la fracción XVIII del artículo 267, pese a su deficiente redacción, determina la exclusión de las demás causas generadoras de divorcio, contenidas en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, fundando lo anterior en que, según el texto del mismo, la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya dado lugar a tal separación, y el cual podrá ser invocado por cualquiera de ellos, constituye una causa de divorcio.

La anterior afirmación se apoya esencialmente en la independencia del motivo que haya originado la separación, tal como lo previene el precepto en análisis, pues así las cosas resulta impráctico, innecesario y hasta sano, en atención a las repercusiones respecto de los hijos, referirse a cualquier otra de las causas; pues como se ha sostenido con antelación en el presente trabajo, basta con acreditar, la finalidad como ánimo desvinculatorio del cónyuge que se separó, el término, que evidencia la persistencia ininterrumpida de dicho ánimo y existencia de la separación misma.

De esta forma y en atención a lo anteriormente expuesto, es de concluirse que la causa contenida en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal excluye, dada su naturaleza tan especial, los supuestos que pudieran derivar en otras causas de divorcio, como por ejemplo las establecidas en el texto de las fracciones VIII y IX del mismo artículo.

En el preámbulo de este apartado 1), advertimos una excepción a lo anterior, que consiste,

desde nuestro punto de vista en lo siguiente: esta causa de divorcio da lugar a un juicio contencioso, sin que haya cónyuge culpable; empero, la invocación de los motivos de la separación debe ser tomada en cuenta por el juez, aunque la ley no lo dice —y debería decirlo—, por lo que debe reformarse, a efecto de proteger a la familia en los diversos aspectos que a ésta le atañe, como es su seguridad, su resquebrajamiento moral, etcétera.

2).- **Simulación de Proceso.** Si partimos del principio de que el Derecho Familiar es:

...el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público...⁷⁶

Podemos establecer con toda seguridad, que las normas contempladas en el Código Civil para el Distrito Federal en lo concerniente a la familia, tienen por finalidad la protección de los miembros que la integran, asegurando y procurando, en la medida de lo posible, los derechos para su buen desarrollo y existencia. Este objetivo de nuestra legislación civil, se da en forma manifiesta en el legislador al regular el divorcio por mutuo consentimiento, toda vez que lo contempla no sólo como la disolución voluntaria del vínculo matrimonial, sino también como un procedimiento que, como imperativo categórico debe establecer el aseguramiento futuro de los derechos en

⁷⁶ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, S.A., 5ª edición, México, 1992. p. 47.

favor de los cónyuges, los hijos menores e incapaces. Es por ello que se ha facultado al Ministerio Público, a través de sus agentes adscritos a los Juzgados de lo Familiar, para intervenir como parte en juicio, a fin de salvaguardar dichos intereses.

De esta forma, la sentencia en un procedimiento de divorcio voluntario debe sujetarse, tanto a la aprobación de parte del juez del conocimiento, cuanto a la conformidad razonable y legítima del agente del Ministerio Público adscrito al juzgado, en lo referente al convenio que los divorciantes hayan exhibido al momento de solicitar la disolución matrimonial, el cual, indefectiblemente, debe contener las estipulaciones tendentes a garantizar el cumplimiento de las obligaciones, de diversa índole, incluida la alimenticia en favor de los hijos menores, incapaces, así como del cónyuge que lo requiera. Tal situación, en algunas ocasiones, afecta a los intereses personales de aquellos cónyuges que de manera fácil y rápida desean obtener una sentencia favorable a sus intereses, en perjuicio del bienestar de ellos mismos y del resto de la familia.

Por otra parte, en un divorcio necesario, igualmente son contempladas normas cuya finalidad es la de asegurar y garantizar los derechos de quienes integran el núcleo familiar; más, en estos casos, no se da la intervención del agente del Ministerio Público como parte en el juicio, lo que de cierta forma ha originado que actualmente, los cónyuges, en lugar de solicitar el divorcio por la vía voluntaria, que posee una reglamentación más estricta, lo hagan mediante la simulación de un juicio de divorcio necesario en el que convienen de antemano que uno de los divorciantes se declare culpable,

...por haber incurrido en alguna de las causales que la propia ley considera bastantes para que su consorte le pueda demandar el divorcio...⁷⁷,

evitando así, la intervención del Ministerio Público como parte en el juicio y por consiguiente, obtener en un lapso más corto la sentencia que decreta la disolución del vínculo matrimonial.

En otro orden de ideas, encontramos que nuestro Código Civil, en su artículo 288 establece lo siguiente:

“Artículo 288.- En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

Ahora bien, el supuesto a que hace referencia la fracción XVIII del artículo 267, se convierte en la declaración ante la autoridad competente, de que el matrimonio ha quedado roto de hecho con anterioridad⁷⁸, situación en la que queda excluida, con fraude a la ley, la implicación de culpabilidad por parte de alguno de los cónyuges, ya que lo que se pretende con el ejercicio de la acción de divorcio por medio de esta causa es, precisamente, dar certidumbre jurídica a la situación que viven los cónyuges.

⁷⁷ PALLARES, Eduardo. Op. cit. p. 57

⁷⁸ MONTERO DUHALT, Sara Op. cit. p.p. 237, 238.

Considerando lo anterior, resulta por demás claro, y así sucede en muchos casos, que toda pareja que ha decidido dar por terminada su relación y con ello, disolver el vínculo matrimonial que los une, puede fácilmente invocar esta causa de divorcio con el fin de obtenerlo, sin que con ello tenga que darse la "molesta" intervención del agente del Ministerio Público, y evitando así que, en un momento determinado, alguno de ellos resulte declarado "culpable" del divorcio y con ello, sea condenado al pago de alimentos al otro cónyuge, tomando como fundamento lo establecido en el primer párrafo del artículo 288 del Código Civil transcrito con antelación.

Todo lo cual, implica la preexistencia de un acuerdo entre los consortes por virtud del cual, uno de ellos figurará en la relación procesal como el actor, presentando la demanda correspondiente y el otro cónyuge, que al llegar el momento procesal de la contestación, emitirá en tiempo y forma su allanamiento a la misma, por lo que incluso, ni siquiera existirá la necesidad de llegar a la etapa de ofrecimiento de pruebas para acreditar la causal correspondiente. Únicamente serán llamados por el Juez del conocimiento a ratificar, tanto la demanda como el allanamiento y, posteriormente, citará a las partes para oír sentencia en la que sin mayor trámite, decretará la disolución del vínculo matrimonial que unió a las partes. Aquí cabe mencionar que inclusive, en los casos en que existan hijos menores o que el régimen patrimonial que haya adoptado el matrimonio sea la sociedad conyugal, desde la demanda se puede presentar un proyecto para la disolución y liquidación de dicha sociedad, así como todas las cuestiones

relacionadas con los hijos menores —custodia, alimentos, etc.— proyecto el cual, será también aceptado por el cónyuge que actúe como demandado al momento de allanarse a la demanda, agilizando aún más el trámite de divorcio y sin intervención alguna de la representación social del Ministerio Público, para garantizar que no se actúe en detrimento de los menores o de los incapacitados, cuando los hay.

De lo anteriormente expuesto, bien podemos decir que la simulación en el proceso judicial correspondiente, entendida como la manifestación ilícita de la voluntad de las partes, por medio de la cual declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellos,⁷⁹ puede fácilmente presentarse en un juicio de divorcio cuyo fundamento sea la causa XVIII del artículo 267, puesto que los cónyuges que quieren obtener, de manera fácil y sencilla, la disolución del vínculo matrimonial que los une, tienen la posibilidad, mediante mentiras, de obtener sentencia favorable a sus intereses, lo que desde luego representa una verdadera burla a nuestro sistema jurídico, el cual tiene la finalidad de proteger la integridad de la familia y los derechos de quienes pertenecen a ella, pero que, sin embargo, gracias a la deficiente y abierta redacción del texto de esta causa de divorcio, abre una puerta fácil para la obtención del mismo.

La Doctora Sara Montero Duhalt, al comentar la fracción XVIII hace hincapié al respecto al afirmar:

⁷⁹ PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, S.A., 20ª edición, México, 1994. p. 184

Pues bien, la fracción XVIII no encuadra dentro del mutuo consentimiento, no se tendrán por ello los alimentos en las circunstancias arriba señaladas; será por ello un divorcio necesario, con la circunstancia de que no habrá calificación de cónyuge inocente ni culpable: no se tendrá tampoco derecho a alimentos. De allí que hemos calificado a esta fracción de sumamente peligrosa, pues desprotege fundamentalmente a la mujer que ha dedicado sus años de matrimonio a los trabajos del hogar. La cónyuge que ha desempeñado algunos o muchos años de su vida a las labores antes mencionadas, tareas no remuneradas, puede sufrir esta clase de divorcio por parte del marido que simplemente se separe de hecho del domicilio conyugal. Si durante la separación por más de dos años el marido ha pasado o no pensión alimenticia al grupo familiar, al cumplirse ese período, podrá pedir el divorcio basado en el causal XVIII y en la sentencia no se le podrá obligar a pasar alimentos a su esposa que no tenga ingresos suficientes por no estar preparada para el trabajo fuera de casa, pues su actividad anterior fue exclusiva dentro del hogar durante el tiempo que duró el matrimonio.⁸⁰

Vista de esta forma, la fracción XVIII del artículo 267 y dada su redacción tan pobre, puede considerarse como una forma de atentar en contra de la integridad de la familia. Por ello nos atrevemos a proponer que la separación acontecida entre los cónyuges, con la finalidad destruir el vínculo conyugal, se reglamente de manera especial y rigurosa en nuestra ley, de manera que se establezca con

⁸⁰ MONTERO DUIHALT, Sara Op. cit. p.p. 237 y 238

claridad y precisión, los requisitos, limitaciones y procedimientos para garantizar el buen uso y manejo de esta causa de divorcio, respetando los principios básicos del derecho familiar.

Por otro lado, como hemos insistido con antelación, es importante que dentro de la regulación sustantiva de esta causa, el juez incursione, de oficio, en todo lo relativo a alimentos, respecto de la cónyuge, cuando menos de manera análoga a lo establecido en el divorcio voluntario jurisdiccional, y respecto de los hijos, absolutamente siempre, puesto que la materia alimenticia es de interés público y social y, por lo mismo, ni admite negociación y menos todavía renuncia. Está claro, pues, que la fracción XVIII del artículo 267, que venimos estudiando, peca de olvido en lo relativo a estas características del Derecho Alimentario.

d).- La sentencia. En este último apartado encontramos un problema que se presenta en el ámbito procesal, al momento de que el juez emita la resolución correspondiente a un juicio de divorcio de esta naturaleza, el cual consiste en determinar cuáles deben ser los puntos sobre los que versará la sentencia definitiva que decreta la disolución del vínculo matrimonial, por haberse acreditado en juicio la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

En primer lugar, cabe señalar que la sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cual, el juez resuelve las cuestiones principales materia de

juicio⁸¹, o en otras palabras, la resolución final dictada por el juez del conocimiento para decidir el fondo mismo del litigio que le ha sido sometido.⁸² Así pues, la sentencia definitiva emitida en un juicio de divorcio establecerá lo que puede denominarse como efectos definitivos derivados del procedimiento llevado a cabo, teniendo en cuenta de antemano, que el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

“Artículo 94.- las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva.

Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.”

Esta disposición nos deja ver que en las cuestiones del orden familiar a las que se refiere, las resoluciones producto de juicios seguidos ante las autoridades competentes, en ningún momento alcanzarán el grado de inconvencionalidad de cosa juzgada y, por consiguiente, en cualquier momento, y aún cuando el juicio haya finalizado, pueden ser

⁸¹ PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa, S.A., 6ª edición, México 1991. p. 677.

⁸² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Nacional. México 1981. pág. 302

modificadas, atento al cambio de las circunstancias que determinaron la resolución jurisdiccional de que se trate.

Ahora bien, adentrándonos ya en la cuestión del contenido de la sentencia de divorcio, encontramos los siguientes puntos: I) la declaración de disolución del vínculo matrimonial, II) la condena o establecimiento de pensión alimenticia y III) las bases para fijar la situación de los hijos del matrimonio.

I).- La declaración de disolución del vínculo matrimonial: La sentencia de divorcio, lógicamente deberá versar como primer punto en la suerte que deparará al matrimonio, es decir, establecerá la determinación o negación de la declaración disolutoria del vínculo matrimonial, la que el juez del conocimiento emitirá después de allegarse de todos los medios de prueba que tenga a su alcance, para de este modo, adquirir plena convicción de que se ha actualizado la configuración de la causa generadora de divorcio invocada.

Como señalamos en el capítulo anterior, dada la disolución del vínculo matrimonial, les es restablecido a los cónyuges su estado de soltería, adquiriendo una vez más la aptitud para contraer nuevas nupcias, dentro de los términos que el artículo 289 del Código Civil establece para cada caso y, en la especie, el término será de un año contado a partir de que la sentencia de divorcio cause ejecutoria, toda vez que, haciendo extensiva la interpretación del citado precepto en su último párrafo, no se da la existencia de culpa en la persona de ninguno de los cónyuges, pues la

separación está establecida como causa de divorcio "...independientemente del motivo que haya motivado la separación, y la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.", lo que en este caso, y en nuestro concepto, resulta equiparable con lo dispuesto por nuestro Código Civil vigente en relación a la sentencia contemplada para el caso de divorcio voluntario.

II).- La condena o establecimiento de pensión alimenticia: El Código Civil para el Distrito Federal establece, en su artículo 288, a manera de sanción, la condena para el cónyuge que resulte culpable dentro del juicio de divorcio respectivo, consistente en el pago de pensión alimenticia en favor del que resultara inocente. Sin embargo, como nos ha sido posible apreciar a lo largo de este apartado, el supuesto contemplado dentro de la fracción XVIII del artículo 267 del multicitado ordenamiento, no implica de manera alguna la existencia de culpa por parte de ninguno de los cónyuges, toda vez que dicha fracción establece la separación de los cónyuges independientemente del motivo que la haya originado, además de establecer que ésta causa de divorcio, puede ser invocada "...por cualesquiera de ellos."

En este orden de ideas, y tomando en cuenta lo anterior, se presenta la siguiente interrogante: en el caso que nos ocupa, ¿existe la posibilidad de que la sentencia definitiva pueda contemplar el establecimiento de pensión alimenticia en favor de alguno de los divorciantes?.

Personalmente, consideramos que si bien es cierto que el pago de dicha pensión en favor del cónyuge inocente, es una sanción establecida por el juzgador, como resultado de la actualización de conductas motivadoras de divorcio, también es cierto que, entratándose del caso de la separación de los cónyuges por más de dos años, debe contemplarse dentro de los puntos resolutivos de la sentencia definitiva, la situación que se guardarán los divorciantes en lo relativo a los alimentos, al igual que en los demás casos contemplados en nuestra legislación civil, que no entrañen culpa alguna atribuible a alguna de las partes, como en los casos de las causas de divorcio enumeradas en las fracciones VI —enfermedades crónicas o incurables, contagiosas o hereditarias—, VII —enajenación mental—, X —ausencia— y, desde luego, en el supuesto establecido en la fracción que se comenta.

La cuestión de los alimentos debe, en estos casos, ser establecida en favor del cónyuge que la requiera y con cargo de quien está en posibilidad de suministrarlos, en tanto las circunstancias personales del cónyuge que resulte acreedor lo requieran.

Así pues, nos atrevemos a proponer que, independientemente de que en el juicio de divorcio se acredite o no la existencia de culpa alguna atribuible a alguno de los cónyuges, el Juez de lo Familiar que conozca de estos casos, debe ponderar el establecimiento en la sentencia definitiva, de la pensión alimenticia en favor del cónyuge que, dadas sus circunstancias

económicas y sus posibilidades laborales, lo necesite en un mayor grado, sin dejar de insistir, que la citada pensión, debe ser establecida por el juzgador de forma proporcional a las posibilidades económicas del deudor y que, su subsistencia cesará en cuanto el cónyuge acreedor ya no lo requiera, o bien si contrae nuevas nupcias o se una en concubinato. Por supuesto que tal conducta, estimamos que el Juez, aún con mayor razón, asuma tal conducta con respecto a los menores o a los incapacitados cuando los hay.

Consideramos que reglamentando de esta forma la causa que se analiza, y trasladándonos al nivel práctico, se protegerán y quedarán salvaguardados de manera más efectiva, los derechos de la esposa y de los hijos, que generalmente son quienes quedan desprotegidos al encontrarse en situaciones como las que, lamentablemente, propicia la causa XVIII de divorcio, en los términos vigentes.

En relación con lo anteriormente expuesto, existe una ejecutoria que a continuación se transcribe:

ALIMENTOS. NO PROCEDE SU PAGO CUANDO SE DECLARA EL DIVORCIO, CON BASE EN EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XVIII, DEL CÓDIGO CIVIL. - La causal prevista por la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil no establece culpa de ninguno de los cónyuges cuando el divorcio versa sobre ella. Sobre estas bases no cobra aplicación obligatoria alguna de proporcionar alimentos, ya que el

artículo 302 del citado ordenamiento se refiere a la obligación cuando existe el matrimonio y no cuando éste ha quedado disuelto por una sentencia que establezca el divorcio, pues en virtud de un fallo definitivo de esta naturaleza, los contendientes dejan de ser cónyuges y no quedan comprendidos dentro del primer supuesto del mencionado precepto. Tampoco se está dentro de la subsistencia de la obligación, porque no establece la ley que así ocurra en los casos de divorcio basados en la indicada causal, ya que ni hay culpable, ni se trata de un divorcio por mutuo consentimiento que dé pauta a tal prestación. En tales condiciones, en esta causal no hay obligación de proporcionar alimentos.⁸³

Por otro lado, debe tomarse escrupulosamente en cuenta, que quien se separa de su cónyuge por más de dos años, , con ánimo totalmente desvinculatorio, lleva necesariamente implícita en dicha conducta, una culpa que en él recae, lo que significa que el juzgador no debe olvidar, en modo alguno, en principio general de Derecho —que es de naturaleza ético-jurídico—, que reza: *Nadie puede invocar en su beneficio la propia culpa.*

Encontramos apoyo a nuestro criterio y a todo lo anteriormente expuesto en este apartado,

⁸³ Amparo directo 993/88. Patricia del Socorro Quintero González. 6 de mayo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente al terminar el año de 1988; Tercera Parte: Tribunales Colegiados de Circuito. p. 289.

en la resolución que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó para resolver una contradicción de tesis en esta materia y que invoca, a nuestro parecer acertadamente, el Tercer Tribunal de Circuito en Materia Civil del primer Circuito, y que a la letra se lee:

DIVORCIO, POR LA CAUSAL PREVISTA EN EL ARTICULO 267, FRACCION XVIII, DEL CODIGO CIVIL. La causal mencionada, que se actualiza cuando ocurre la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, una vez acreditada no desvirtúa el hecho de que durante la tramitación del juicio el actor haya proveído de alimentos a su esposa e hija, porque ello deviene, en principio, de un mandato de la ley, y además, en lo general guarda relación y por ende se considera de utilidad lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia en la ejecutopria de once de junio de mil novecientos noventa, en la contradicción de tesis 1/90, de la cual se transcribe lo siguiente: "ALIMENTOS, SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CONYUGE CULPABLE, COMO OCURRE EN LA CAUSAL RELATIVA A LA SEPARACION POR MAS DE DOS AÑOS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 267, FRACCION XVIII, DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. La referida causal, a saber, la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del

motivo que la haya originado, debe dar lugar a la obligación de suministrar alimentos pues si bien no existe disposición expresa en ese sentido ello se sigue al integrar la ley y al aplicarla analógicamente...".⁸⁴

Al respecto, hacemos patente nuestro total desacuerdo con la consideración realizada por el Tribunal Colegiado de Circuito al emitir la ejecutoria antes transcrita. Consideramos que dicha posición resulta por demás formalista, puesto que llega al establecimiento de la no obligación alimenticia en los casos de que el divorcio sea decretado con fundamento en el artículo 267, fracción XVIII, del Código Civil, puesto que no existe cónyuge culpable en la configuración de esta hipótesis normativa y no se trata tampoco de un divorcio por mutuo consentimiento.

Sin embargo, el juzgador en este caso no tomó en cuenta que su función jurisdiccional no consiste tanto en buscar la aplicación formal de la norma, sino que, dada la redacción pésima de la misma, debe entrar al estudio del espíritu que le subyace, así como al principio de orden público y de interés social que informa la materia alimenticia y que, por cuya virtud, es irrenunciable e innegociable, y más aún, imprescriptible, por lo que el juzgador debe procurar siempre que no se atente, en modo alguno, en contra del derecho de alimentos.

⁸⁴ Amparo directo 3053/95. Yolanda Urbiola Molina. 15 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente José Becerra Santiago. Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo II, julio de 1995, p. 231.

Así mismo, el juzgador debe ser muy perceptivo respecto de la posibilidad concreta de que, una vez declarada la disolución del vínculo matrimonial, alguno de los cónyuges puede verse inmerso en una situación económica adversa, al no contar con un trabajo ni un medio lícito para subsistir, razón por la cual disentimos del criterio establecido en la ejecutoria y sostenemos la necesidad de asegurar al cónyuge que lo necesite, mediante el establecimiento de la obligación alimentaria a cargo del cónyuge que esté en posibilidad de asumirla, permitiendo así que aquél que resulte acreedor alimentario pueda enfrentar su nueva situación y con ello sobrevivir, en tanto lo necesite o se case nuevamente o se una en concubinato.

De tal suerte, si partimos del principio de que tampoco entratándose de divorcio por mutuo consentimiento existe culpa alguna imputable a los cónyuges y que sin embargo si existe el establecimiento de alimentos para uno de los cónyuges, podemos deducir entonces que, en aquellos casos en que la disolución del vínculo matrimonial sea decretada como resultado de un juicio de divorcio necesario, y que las causas invocadas para pedirlo no entrañen la culpa de alguno de los cónyuges, bien puede estipularse el establecimiento de una pensión alimenticia en favor del cónyuge que más la requiera por el tiempo que haya tenido vigencia el matrimonio, si este no tiene ingresos suficientes, e igualmente establecer su cesantía en cuanto el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Apoyamos esta posición con la siguiente

ejecutoria que a continuación se transcribe, la cual, en nuestro concepto, logra dar una interpretación más precisa y adecuada de lo que debemos entender como normas protectoras de la familia, las cuales, como es bien sabido, son de interés público.

ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS, EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYUGE CULPABLE.- En este órgano jurisdiccional se estima que, el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las normas fijadas por los artículos 19 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. El vacío de la ley radica en la falta de regulación precisa y pormenorizada de la subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causal de divorcio fijada en el artículo 267, fracción XVIII, del Código invocado, por lo cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, toda vez que la norma en comento sólo prevée directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que la que nos ocupa quede comprendida en ninguna de esas categorías; sin embargo, de un cuidadoso estudio se colige que el principio general adoptado en esa ley respecto de los alimentos entre cónyuges en casos de divorcio en general, consiste en

conservar subsistente el derecho del que los necesita si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación en ese evento y a las circunstancias del caso, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. En acatamiento de las normas de integración aludidas, se estima que la laguna debe llenarse por los juzgadores, mediante la aplicación de los lineamientos jurídicos dados por la ley para los otros supuestos de divorcio necesario, que ya se enunciaron, por una aplicación analógica y tomando en consideración que donde existe identidad de razón debe aplicarse la misma disposición; de modo que procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga la posibilidad de darlos, tomando en cuenta las constancias de autos, la capacidad actual de los dos para trabajar y su situación económica, además de los elementos que deben tenerse presentes siempre que se va a decidir una controversia sobre alimentos, valorándolas cuidadosamente y en uso de un prudente arbitrio.⁸⁵

⁸⁵ Amparo directo 1148/87. Carmen Oviedo López Portillo. 11 de junio de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger. Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su Presidente al terminar el año de 1987; Tercera Parte; Tribunales Colegiados de Circuito. pp. 245-246.

III) Las bases para fijar la situación de los hijos del matrimonio: En lo que se refiere a la situación de los hijos, encontramos que la sentencia de divorcio debe establecer, en principio, que ambos cónyuges quedan obligados, en la medida de sus posibilidades y situación económica, al sostenimiento de sus hijos, entendiendo dicha obligación como subsistente en tanto no se actualicen los supuestos contenidos en el artículo 320 del Código Civil, ya que debe tenerse en cuenta que, independientemente de que el artículo 287 de dicho Código hace referencia a que la obligación de proporcionar alimentos a los hijos subsiste hasta que estos sean mayores de edad, esta obligación persiste de ser necesario, con base a las disposiciones generales sobre alimentos que se contienen en el Código Civil.⁸⁶

En este punto, consideramos que en los casos de divorcio, la obligación de los padres de proporcionar alimentos a sus hijos, debe ser proporcional tanto a las necesidades del acreedor como a las posibilidades del obligado, y que dicha obligación será exigible mientras no se actualicen los supuestos contenidos en el artículo 320 del Código Civil.

Al respecto, el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone lo siguiente:

“Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los

⁸⁶ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. Op. cit. p. 553

derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor.”

En este orden de ideas, encontramos un problema que surge al darse el caso de un divorcio invocado en la causa de la separación de los cónyuges por más de dos años, y que consiste en la siguiente: al no existir culpa en ninguno de los cónyuges, en principio resulta obvio que los hijos permanecerán bajo la custodia del cónyuge que permaneció unido al domicilio conyugal pero, en caso de que el cónyuge que se separó pretenda conservar la custodia de sus hijos ¿a quién le asiste más este derecho, si no existe un cónyuge culpable aún cuando uno de ellos se ha separado para dar por terminado de hecho su matrimonio?

Así pues, encontramos un nuevo problema derivado de la redacción de este supuesto generador del divorcio, pues si no existe acuerdo sobre quién se hará cargo de la custodia de los menores, resultará mucho más difícil para el juzgador establecer esta situación, viéndose en la necesidad de incluso, tener que involucrar a los hijos mismos dentro de todo el proceso de divorcio de sus padres que de suyo, ya conlleva una inestabilidad emocional,

haciéndose ésta mayor al someterlos a una situación en la que tengan que tomar partido entre un padre y otro. Debemos tomar en cuenta que los problemas que los cónyuges puedan tener, son independientes a los hijos y no deben trascender a ellos involucrándolos como copartícipes, pues como menores, están protegidos por la ley, que desea garantizar su buen desarrollo físico y emocional. ¿Cómo podemos entonces, pretender que asiste al cónyuge que se separó, un derecho igual al de aquél que se mantuvo a lado de sus hijos por el tiempo de la separación?

En este orden de ideas, proponemos que al respecto, se establezca un derecho preferente para el cónyuge que se mantuvo integrado con los hijos, durante el lapso de la separación que dio lugar a la disolución matrimonial para conservar su custodia, a menos que se actualice, a criterio del juzgador, alguno o algunos de los supuestos que la ley establece para la pérdida de este derecho. Esto, sin perjuicio de la obligación de dar alimentos de ambos cónyuges. Consideramos que de esta manera, la integridad emocional de los hijos menores se verá un poco menos alterada, cumpliéndose con el espíritu protector de nuestra normatividad familiar.

Igualmente y como ya hemos dicho, el Juez de lo Familiar, para determinar lo relativo a la patria potestad en la sentencia de divorcio, dispone del más amplio arbitrio para condenar a uno de los cónyuges, e incluso a ambos, si el caso lo amerita, a la pérdida, suspensión o limitación de la misma. Esto obedece a que el legislador ha

tenido la intención de proteger a dichos menores, con el fin de que de ninguna manera se vean comprometidas su salud, seguridad o moralidad. Sin embargo, cuando la causa en que se funda el divorcio es la separación por más de dos años, esta situación no es compatible, toda vez que, independientemente de que existe contienda o allanamiento en dicho proceso, no se da la existencia de culpa imputable a alguno de los cónyuges, y por consiguiente, si no existe ninguna otra causa que pueda implicar la pérdida de la patria potestad, esta deberá permanecer compartida por ambos cónyuges.

Así pues, ha quedado expuesto lo que, a nuestro juicio, constituye la problemática existente al rededor de la redacción de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, así como las situaciones que pudieran suscitarse en un juicio de divorcio necesario, cuando la acción de disolución se funde en dicha fracción, situaciones éstas que de alguna manera resultan un tanto peculiares en relación con las derivadas de otras causas de divorcio contempladas por nuestro Código, lo anterior, en razón de la especial naturaleza jurídica de la multicitada fracción XVIII.

Ahora bien, toda esta problemática que ha quedado expuesta, no constituía el motivo de la reforma al Código Civil que adicionaba esta fracción al artículo 267; sin embargo, desgraciadamente ha servido para ello, por lo que debemos considerar que la separación de los cónyuges, prevista como causa de divorcio, bien reglamentada, puede ser la solución más adecuada y sana para todos aquellos matrimonios disueltos por una separación de hecho puesto que, como ha quedado claro a lo largo del presente apartado, la finalidad primordial de esta causa es, precisamente, contemplar la posibilidad de la disolución del vínculo matrimonial para aquellas parejas que previamente a la solicitud de divorcio, hayan vivido

separados, implicando dicha situación el incumplimiento a los fines y obligaciones inherentes al matrimonio, con la finalidad de dar por terminado el vínculo matrimonial.

4.- La Causa Contendida en el Artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 268 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, establece:

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

Como podemos apreciar, en este artículo se establece el supuesto de lo que podríamos denominar la décimo novena causa generadora de divorcio. Al respecto, se ha sostenido que la razón que el legislador tuvo para incluir esta causa de divorcio:

...se explica porque el consorte que lo inicia claramente manifiesta sus deseos de no seguir unido por el vínculo conyugal, por lo cual se produce entre ellos una situación moral del todo contraria a la vida familiar.⁸⁷

⁸⁷ Idem. p. 96.

Así entonces, puede pensarse que esta causa de divorcio y la contenida en la fracción XVIII del artículo 267 tienen un fin común, que se sustenta en el hecho de que ambas, parten del principio de que previamente el vínculo matrimonial ha perdido su significado de unión conyugal y, por ende, se faculta a los cónyuges para solicitar el divorcio. En este sentido, puede decirse que se trata de una causa de divorcio plena, que no necesita más medio de prueba que la documental pública, consistente en la sentencia ejecutoriada dictada en el juicio de divorcio anterior, sin embargo, y como veremos más adelante, existe cierto conflicto a nivel práctico, que representa un riesgo para el cónyuge que resultó absuelto en el primer juicio de divorcio. Así pues, procedemos al estudio de esta causa de divorcio.

A este respecto, la Tercera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal plantea la naturaleza de esta causa de divorcio, por lo que transcribimos ahora la tesis siguiente:

“DIVORCIO, NATURALEZA DE LA CAUSAL DE, PREVISTA POR EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL. El artículo 268 del Código Civil del Distrito Federal establece: Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos’. El precepto anterior tiene en cuenta que la existencia de un juicio de divorcio donde no se justificaron las causales invocadas, significa un grave atentado para el lazo conyugal, que puede hacer imposible la vida en común en el futuro, y por ello faculta al cónyuge a quien se demandó injustamente para promover el divorcio.”⁸⁸

⁸⁸ Amparo Directo 4260/54. Sara Rivas de Chávez. 18 de noviembre de 1955. Tercera Sala. Mayoría de 5 votos. Ponente: Hilario Medina. Disidente: José

a).- Elementos de la causa. A partir del texto de la causa generadora de divorcio establecida en el artículo 268 de nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal, nos es posible identificar los elementos que la integran, que son los siguientes:

I).- La preexistencia de un juicio de divorcio o nulidad de matrimonio. Para que pueda actualizarse el supuesto que establece esta causa de divorcio, es necesario que haya existido con anterioridad un juicio de divorcio necesario o de nulidad del matrimonio, iniciado por uno de los cónyuges. Digamos entonces que se trata del presupuesto lógico de la causa.

II).- La existencia de sentencia firme que niegue la pretensión del cónyuge actor o exprese el desistimiento de éste, sin consentimiento de la parte demandada. Este elemento implica dos situaciones: en primer término, estamos hablando de que el cónyuge que ejerció la acción de divorcio o de nulidad, no probó durante el juicio la causa de divorcio o de nulidad en que fundó su acción, razón por la cual el juez determina negar la declaración de divorcio o de nulidad, según el caso. En segundo lugar, nos referimos al supuesto de que se haya entablado juicio de divorcio necesario o nulidad y el cónyuge que ha demandado el divorcio, durante el proceso, decida desistirse de la demanda o de la acción intentada, es decir, otorga el perdón expreso o bien da por terminado el juicio buscando que las cosas queden

en el estado en que se encontraban antes de iniciarse el juicio. Sin embargo, aquí resulta muy importante subrayar que el cónyuge demandado, no debe por ningún motivo otorgar su consentimiento pues, de ser así, esto entrañaría un perdón expreso al cónyuge que demandó el divorcio o la nulidad, cerrando la posibilidad de invocar la causa que se comenta para fundar su posterior demanda de divorcio. En ambos casos, resulta muy importante señalar la importancia trascendental que tiene este elemento pues, es precisamente la sentencia firme del juicio anterior, la prueba plena que como documental pública, debe ofrecerse para acreditar la acción de divorcio sostenida en la causa del artículo 268.

III).- El Término para interponer la demanda. El artículo 268, claramente establece que para ejercer la acción de divorcio con base en esta causa, debe transcurrir un lapso de tres meses contado a partir de la notificación de la sentencia definitiva del juicio anterior, o del último auto que le recayó a éste en caso de desistimiento. Este término, intenta otorgar un tiempo a la pareja para que reflexione sobre la situación que viven y traten de llegar a un acuerdo que permita la subsistencia de su matrimonio. Sin embargo, el mismo precepto permite que los cónyuges vivan separados durante este periodo, pues también esta situación puede dar paso a que cada uno de los cónyuges aprecie su nueva situación. Esta prerrogativa del cónyuge absuelto de no cohabitar con el otro en tanto se da el término de tres meses antes mencionado, se refuerza con la Tesis emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito en el sentido de que:

“DIVORCIO. CÓNYUGE ABSUELTO, NO INCURRE EN CONDUCTA OFENSIVA AL NEGARSE A VIVIR CON SU CONSORTE MIENTRAS TRANSCURREN LOS TRES MESES QUE SEÑALA LA LEY PARA QUE PUEDA, A SU VEZ, PEDIR EL DIVORCIO. Es incorrecta la apreciación del tribunal de alzada consistente en que la reconvenida incurrió en una conducta injuriosa al negarle sin ningún derecho el acceso a su esposo al domicilio conyugal, mientras estaban transcurriendo los tres meses que señala el artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal para que el cónyuge absuelto en un juicio de divorcio pueda, a su vez, ejercitar el derecho de pedir el divorcio, pues dicho precepto, al disponer que durante esos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos, faculta a los consortes a vivir separados durante ese lapso, en donde encuentra apoyo la conducta de la peticionaria del amparo; por tanto, es inexacto que la cónyuge hubiera actuado sin ningún derecho y que al negarle la entrada al hogar hubiera incurrido en actitud ofensiva hacia su consorte, sino que por el contrario actuó con base a una prerrogativa que la ley le concede.”⁸⁹

Así pues, teniendo ya una idea más clara de la esencia de la causa de divorcio planteada en el artículo que venimos comentando, nos es posible pasar al análisis de la problemática que presenta este artículo.

⁸⁹ Amparo directo 6500/94. Julieta Castillo Torres. 19 de enero de 1995. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria Silvia Gutiérrez Toro. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XV-I. p. 1174

b) El artículo 268 del Código Civil, contemplado como forma de divorcio por injuria. Al tratarse esta causa de divorcio de la posibilidad que tiene el cónyuge que anteriormente fue demandado y absuelto, para solicitar la mencionada disolución del vínculo matrimonial, precisamente en base a esa absolución, nos da la posibilidad de equiparar esta causa de divorcio, dadas sus características, con la parte final de la causa de divorcio enumerada en el artículo 267, fracción XI, que a la letra preceptúa:

“Artículo 267.- Son causas de divorcio:

...XI.-...las injurias graves de un cónyuge para el otro;...”

Como nos es posible apreciar, al hablar de injurias, nos referimos a las ofensas que uno de los cónyuges hace al otro con el fin de provocar un daño y menoscabo en su calidad moral, al atribuirle conductas falsas sin contar con los medios idóneos para probar dichos actos. Esto, consideramos, constituye un grave atentado contra la institución matrimonial, puesto que se está lesionando uno de los pilares fundamentales en los que debe descansar el matrimonio y que es, precisamente, la confianza que debe existir entre los cónyuges y que sin ella, el matrimonio automáticamente perece, pues una vez acaecida la traición —que es realmente lo que sucede al actualizarse esta causa de divorcio—, de uno de los cónyuges hacia el otro, hace materialmente imposible la vida en común. Uno de los nexos más fuertes y sólidos del matrimonio ha sido vulnerado y resulta prácticamente imposible repararlo.

Es por esta razón por la que estamos convencidos, aún a pesar del principio de autonomía de las causas de divorcio, que la contenida en el artículo 268 del multicitado Código Civil del Distrito Federal, bien puede ser equiparada a

la injuria de la fracción XI del artículo 267 del mismo, constituyéndose la primera como la especie y la segunda —la injuria— como el género.

Sin embargo, nuestro más Alto Tribunal no ha logrado unificar criterios puesto que, por un lado, niega la equiparación de esta causa con la injuria y, por otro, sostiene que se trata de un grave atentado contra el lazo conyugal. Al respecto encontramos los siguientes criterios:

“DIVORCIO, INJURIAS COMO CAUSAL DE. Es inaceptable que cuando uno de los cónyuges pida el divorcio y no pruebe la acción, cometa una injuria grave en contra del otro, injuria que debe asimilarse a la causal de divorcio tipificada en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil, porque la causal a que se refiere el artículo 268 es autónoma y totalmente independiente de las injurias; y aunque muchas causales de divorcio impliquen injurias ‘latu sensu’, no deben confundirse con las injurias ‘estricto sensu’ tipificadas en la fracción XI del artículo 267, que son las únicas que pueden dar lugar al divorcio y a cualquiera de las consecuencias del mismo.”⁹⁰

“DIVORCIO, NATURALEZA DE LA CAUSAL DE, PREVISTA POR EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL. El artículo 268 del Código Civil del Distrito Federal establece: ‘Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir

⁹⁰ Amparo civil directo. 2738/54. Ivenes Bernal Edmundo. 20 de julio de 1955. Tercera Sala. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Gilberto Valenzuela. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo CXXV. p. 608.

juntos'. El precepto anterior tiene en cuenta que la existencia de un juicio de divorcio donde no se justificaron las causales invocadas, significa un grave atentado para el lazo conyugal, que puede hacer imposible la vida en común en el futuro, y por ello faculta al cónyuge a quien se demandó injustamente para promover el divorcio.”⁹¹

Después de vistos y analizados los criterios anteriores, consideramos que sí debe ser equiparada, en *latu sensu*, la causa establecida en el artículo 268, con la injuria de la fracción XI del artículo 267, toda vez que el hecho de que uno de los cónyuges atribuya sin fundamento alguno a su consorte conductas que ameriten causa para demandar el divorcio, y que éstas, no sean probadas dentro del juicio respectivo, constituyen un verdadero denuesto hacia el cónyuge acusado, que da lugar a la pérdida total de la confianza en la pareja que, como dejamos apuntado en párrafos anteriores, es uno de los pilares fundamentales del matrimonio, produciéndose, por consiguiente, que se haga imposible la vida en común.

Por otra parte, estas imputaciones infundadas pueden acarrear para el cónyuge injustificadamente acusado, el descrédito social que incluso, puede convertirse en un repudio hacia éste, aún y cuando dichas falsas acusaciones, concluyeran en una sentencia absolutoria que alcance grado de inconvencionalidad como cosa juzgada, es decir, el daño estará hecho y se ha puesto en duda la calidad y estatura moral del cónyuge acusado, lo que constituye un virtual acto de lesa traición hacia la pareja, destruyendo así el lazo espiritual que

⁹¹ Amparo Directo 4260/54. Sara Rivas de Chávez. 18 de noviembre de 1955. Tercera Sala. Mayoría de 5 votos. Ponente: Hilario Medina. Disidente: José Castro Estrada. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo CXXVI, p. 519.

los unía por virtud del matrimonio. Es por estas razones que estamos absolutamente convencidos de que el legislador incluyó esta causa de divorcio dentro del artículo 268, y que es, en definitiva, una forma de injuria, y si no quiere denominársele así, bien puede, para fines prácticos llamársele denuesto, dicitio o escarnio que significan lo mismo, pero pueden servir como punto de referencia para sostener su autonomía e independencia con las injurias señaladas en la fracción XI del artículo 267.

c) La Problemática que presenta el artículo 268 en el plano procesal. En lo que respecta a los problemas que en el ámbito procesal se puedan suscitar al invocar esta causa de divorcio, encontramos principalmente tres situaciones: I) el cómputo del término de los tres meses, II) el desistimiento, y III) la posibilidad de reconciliación invocando esta causa.

I) El cómputo del término a que se refiere esta causa. En la parte media del artículo 268 del multicitado Código Civil, establece un lapso de tres meses para que, al cumplirse, pueda interponerse la demanda de divorcio fundada en esta causa. Igualmente aclara que este término se debe contar a partir de que la sentencia cause estado, es decir, sea inamovible, o de la notificación del auto que recaiga al desistimiento.

Como se puede apreciar, esta situación en principio no presenta problema alguno, puesto que su texto al respecto es por demás claro, sin embargo, durante el proceso de investigación para la elaboración del presente trabajo, nos percatamos que con frecuencia ocurren problemas de interpretación en cuanto al cómputo de dicho término, así como a su prescripción y caducidad. Por esta razón hemos decidido tratar esta

situación, con el fin de aportar una aclaración que pueda evitar este tipo de situaciones confusas donde no las hay.

Como ya lo anotamos en el párrafo precedente, el artículo 268 impone claramente que, una vez actualizado el supuesto que establece en su texto, el cónyuge absuelto, debe dejar pasar tres meses a partir de que se ha declarado ejecutoriada la sentencia que lo absuelve, o bien, a partir de que le fue notificado el auto que recayó al desistimiento del cónyuge que demandó el divorcio.

En otras palabras, el inicio del cómputo de este término de tres meses, debe entenderse a partir de la sentencia de primera instancia no recurrida, la de segunda instancia en caso de que se hubiere interpuesto la apelación y, además, en el caso de que se intente combatir la resolución de apelación mediante Juicio de Amparo, a partir, o bien de auto que desecha la misma, o bien de la sentencia pronunciada en dicho Juicio de Garantías, -siempre que en este último caso, la demanda de Amparo se haya presentado dentro del término señalado por la ley para tal efecto, puesto que así, el juicio de divorcio se encontrará *sub-judice* y, por ende, existe impedimento para iniciar el cómputo de los tres meses de la notificación de la última sentencia, que sólo podrá actualizarse respecto a la emitida en el Juicio de Garantías.

Así pues, antes de que se den cualquiera de estos supuestos, no puede comenzarse a computar el término de tres meses señalados en el artículo 268, para demandar el divorcio fundado en esta causa y, de igual manera, no existe razón alguna para que dicho término comience a contarse en fecha posterior a la de estos supuestos.

Además, entratándose de prescripción y de caducidad, encontramos al artículo 278 de nuestro

Código Civil vigente, el cual plantea, de manera precisa, el término de seis meses a partir de que se actualiza la causa para interponer la demanda de divorcio y que es pertinente transcribir:

“Artículo 278.- El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.”

Así pues, tenemos que el comienzo del cómputo del término de caducidad y prescripción, para invocar dicha causa, debe ser a partir de que transcurren tres meses de que la sentencia que absuelva al cónyuge demandado en el primer proceso, haya quedado firme, es decir, que no exista ya posibilidad de interponer recurso alguno, o de instaurar juicio de garantías, pues es en ese preciso momento, cuando se actualiza el supuesto a que se refiere la causa de divorcio del artículo 268, pues de pretender lo contrario, dicho cónyuge absuelto quedaría en un total y absoluto estado de indefensión, toda vez que, de comenzar el cómputo de este término desde la notificación de la sentencia firme en donde se le absuelve, el término de caducidad y prescripción quedaría reducido a la mitad, o sea, a tres meses, pues aún y cuando después de dicha notificación existe aparentemente un lapso de tres meses, durante este tiempo la acción de divorcio no se encuentra totalmente estructurada, pues se encuentra pendiente aún la posibilidad de ejercitarla.

Así lo han sostenido nuestros Tribunales en diferentes tesis, entre las que se encuentran las que a continuación se transcriben:

“DIVORCIO. CAUSAL PREVISTA EN EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL. COMPUTO DEL TERMINO A QUE ALUDE. Al haber apelado el actor la sentencia dictada por el Juez de lo Familiar, ocasionó que la misma no causara ejecutoria, por lo que a partir del día siguiente de la fecha en que surtió efectos la notificación del auto que declaró desierto el recurso de apelación y firme la sentencia recurrida, empezó a correr el término de tres meses a que se refiere el artículo 268 del Código Civil; debiendo señalarse que si bien cierto la resolución de segunda instancia que declaró desierto el recurso de apelación no constituye sentencia, sin embargo, mediante tal resolución se declaró firme el fallo de primer grado y, por ello, es la que sirve de base para el cómputo de los tres meses, en la forma ya dicha, por no haber prueba de que se hubiese interpuesto juicio de amparo contra la deserción del recurso que motivaría efectuar diverso cómputo.”⁹²

“DIVORCIO. FECHA EN QUE, PARA PROMOVERLO, DEBE EMPEZARSE A COMPUTAR EL TERMINO, CUANDO LA CAUSAL INVOCADA SE HACE DESCANSAR EN EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. Si contra la sentencia de divorcio de segunda instancia, que revoca grado favorable al actor, éste interpone el juicio de garantías y obtiene la suspensión, ésta se

⁹² Amparo directo 616/84. Gloria Avendaño Guerrero. 17 de mayo de 1984. Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 181-186. Parte sexta. p.71.

mantiene viva hasta que la responsable es notificada de la ejecutoria que niega el amparo y hasta que surte la notificación que la misma responsable le hace a las partes; y por lo tanto es evidente que es a partir de esta fecha, y no antes, cuando empieza a correr el plazo de tres meses que señala el artículo 268 del Código Civil del Distrito Federal, para que la demandada pueda promover por esa causa, a su vez, la disolución del vínculo matrimonial.”⁹³

“DIVORCIO. TERMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DERIVADA DE LA CAUSAL PREVISTA POR EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. El término de caducidad señalado en el artículo 278 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, es aplicable a la acción derivada de los hechos que configuran las causales de divorcio, independientemente de que éstas se encuentren previstas en el artículo 267 o en cualquier otro precepto legal; con tal de que los hechos que las constituyen sean instantáneos y momentáneos, o que, siendo continuos o permanentes, hayan cesado menos de seis meses antes de la presentación de la demanda; por lo que dicho término si le es aplicable a la acción de divorcio que nace de la causa prevista por el artículo 268; porque el hecho del que aquella deriva, es instantáneo y no de tracto sucesivo, pues se

⁹³ Amparo directo 2342/54. Félix Galindo. 2 de diciembre de 1955. Tercera Sala. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Estrada (Integra Jurisprudencia 215/85, 9ª PARTE, 3ª SALA). Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo CXXXVI. p. 659.

configura cuando se notifica la última sentencia que establece la autoridad de cosa juzgada en el juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio por causa que haya resultado injustificada o insuficiente para disolver el vínculo matrimonial. Además, la razón de ser de la caducidad, es la necesidad legal y moral de mantener y preservar la estabilidad de la familia, que es de orden público; y ambas cosas se verían atacadas, si la posibilidad legal de demandar el divorcio, sería constante y esta subsistiera indefinidamente; ya que, si entre los cónyuges no puede comenzar ni correr la prescripción mientras subsista el vínculo matrimonial, la amenaza del cónyuge con derecho a demandar el divorcio, sería constante y esta forma de coacción moral afectaría, con la incertidumbre, todos los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio”.⁹⁴

“DIVORCIO. FECHA EN QUE PRINCIPIAN LOS TÉRMINOS DE EJERCICIO Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, CUANDO SE PROMOVIO EL AMPARO, EN EL CASO DEL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Como el sobreseimiento y la negativa de amparo producen el mismo efecto jurídico, resulta igualmente aplicable la tesis de jurisprudencia número 168, visible a foja 518, del volumen de la Cuarta Parte, Tercera Sala, del Apéndice de 1975 al Semanario Judicial de la Federación y, por lo mismo, es correcto concluir que la acción de divorcio de

⁹⁴ Amparo directo 4792/72. Salomón Schlosser Flack. 26 de noviembre de 1973. Tercera Sala. Unanidad de votos. Ponente: Ernesto Solís López. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Volumen 59. Parte Cuarta. p.50.

cónyuge absuelto en el juicio anterior, a que se refiere el artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal, puede ejercitarse después de transcurridos tres meses de la notificación de la sentencia que establece la cosa juzgada, o sea, la del amparo y no la de segunda instancia, debiéndose distinguir entre amparo negado o sobreseído y amparo concedido. En efecto, si se negó o se sobreseyó el juicio de garantías, el término de tres meses principia desde la fecha en que la ejecutoria de amparo queda notificada por conducto de la autoridad responsable. En cambio, cuando el amparo se concede, la fecha de iniciación del cómputo, es desde que la autoridad responsable, en cumplimiento de la ejecutoria de amparo, pronuncie y notifique su nueva resolución, dejando sin efecto la reclamada y ajustándose a los términos de la ejecutoria de la Corte. Consecuentemente, también el término de caducidad de seis meses, que para el ejercicio de la acción fija el artículo 278, principia después de transcurridos los tres meses, contados a partir de la notificación o el cumplimiento de la ejecutoria de amparo, de la manera antes precisada.”⁹⁵

“DIVORCIO, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE, TRATÁNDOSE DE LA CAUSAL PREVISTA EN EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. Cuando la causal de divorcio es la prevista en el artículo 268 del Código Civil del Distrito Federal, el término de seis meses que

⁹⁵ Amparo directo 144/75. María Rosa Gómez de Bosch. 18 de marzo de 1977. Tercera Sala. 5 votos. Pnenete: David Franco Rodríguez. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 97-102. Parte Cuarta. p. 73.

para la prescripción de la acción fija el artículo 278 del mismo ordenamiento, empieza a correr hasta pasados los tres meses de que habla el primer precepto, durante los cuales está imposibilitado legalmente el titular de la acción para intentarla, esto es, hasta que nazca la acción misma de divorcio, ya que no se puede prescribir una acción cuando todavía no existe, por lo que no es correcto interpretar el citado artículo 278 en el sentido de que el plazo para la prescripción empieza a computarse a partir de la fecha de la notificación de la última sentencia, porque entonces dicho término quedaría reducido a sólo tres meses.”⁹⁶

“DIVORCIO. FECHA EN QUE, PARA PROMOVERLO, DEBE EMPEZARSE A COMPUTAR EL TÉRMINO DE CADUCIDAD, CUANDO LA CAUSAL INVOCADA SE HACE DESCANSAR EN EL ARTICULO 268 DEL CÓDIGO CIVIL. La acción de divorcio del cónyuge absuelto en el anterior, a que se refieren los artículos 268 y 278 del Código Civil, se intenta después de transcurrido el término de tres meses a que alude el primer artículo, contado desde la sentencia que en definitiva establezca la cosa juzgada, o sea la de amparo, cabiendo, inclusive, con relación a ella, la distinción de que si la misma niega la protección constitucional, a partir de su notificación es cuando debe computarse el término de los mencionados tres meses puesto que es a partir de entonces cuando queda firme la

⁹⁶ Amparo directo 2342/54. Félix Galindo. 2 de diciembre de 1955. Tercera Sala. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Estrada. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo CXXVI. p. 659.

resolución de segunda instancia, en tanto que cuando dicha sentencia concede el amparo, la fecha de iniciación del cómputo será hasta cuando la autoridad responsable, en cumplimiento de la de amparo, que como se establece le reenvió, dicte y notifique una nueva dejando sin efecto la suya y ajustándose a los términos de la ejecutoria de la Corte.”⁹⁷

II) El problema del desistimiento.- Como hemos venido señalando a lo largo de este numeral, el artículo 268 plantea dentro de su hipótesis para configura la causa de divorcio, tanto el fallo de un juez absolviendo al cónyuge demandado en un juicio anterior, como el que el actor se desista de la demanda o de la acción sin consentimiento del demandado. Es precisamente a este segundo supuesto —el del desistimiento— a que se refiere el problema que analizaremos a continuación.

En primer lugar, debemos tener una idea tanto de las reglas como de los efectos que tiene el desistimiento de la demanda y de la acción en un juicio, y que encontramos señalados en los dos últimos párrafos del artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal:

“Artículo 34.- ...El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá del consentimiento del

⁹⁷ Amparo directo 1827/59. María Elena Miranda de Langarica. 15 de febrero de 1961. Tercera Sala. Mayoría de 4 votos. Ponente: José Castro Estrada. Disidente: José López Lira. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen: XLIV. p. 129.

demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin el consentimiento del demandado.

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

De la simple lectura del texto legal, encontramos como condición *sine qua non* para que surta efectos el desistimiento de la demanda, el consentimiento del demandado, siempre que haya sido realizado ya el emplazamiento, es decir, una vez que ha quedado integrada la relación procesal —actor, demandado y órgano jurisdiccional—, mientras que para el desistimiento de la acción, éste procede en cualquier parte del proceso, hasta antes del pronunciamiento de la sentencia sin necesidad de que el demandado otorgue su consentimiento. Es aquí donde encontramos dos problemas que se dan en relación a esta causa de divorcio dentro del ámbito procesal, tal vez un tanto casuísticos, y sin embargo con muchas posibilidades de encontrarlos en la práctica:

1).- Si el cónyuge demandado no da su consentimiento para el desistimiento de la demanda, el procedimiento continúa hasta la sentencia, en cuyo caso no se actualiza la causa establecida por el artículo 268, toda vez que resulta imposible pretender invocar el desistimiento de la demanda como causa de divorcio, si el juicio llegó a sus últimas

consecuencias y por consiguiente, tal supuesto no se perfeccionó.

Ahora bien, si el demandado consiente el desistimiento de que se trata, no hay razón para estimar que la causa a que se refiere el artículo 268 del Código Civil, se actualice, porque el consentimiento implica, necesariamente, un perdón respecto de las imputaciones, falsas o ciertas, que su contraria hizo valer con la demanda y, por lo tanto, también respecto del daño moral que con ello le pudiera haber infringido.

Como se ve claramente, por carencia de técnica, el precepto en comentario contempla una causa imposible, en lógica jurídica, de producirse.

2).- Si el desistimiento fue de la acción, éste surte sus efectos automáticamente, pues no requiere el consentimiento del cónyuge demandado. Empero, según criterio de la Justicia Federal, si éste no hace sabedor al Juez de autos, su inconformidad con dicho desistimiento, se encontrará imposibilitado para invocar esta causa, por su no configuración jurídica, como fundamento para una demanda de divorcio posterior, ya que la Tercera Sala de nuestro más Alto Tribunal ha emitido el siguiente criterio, totalmente contrario a lo señalado al respecto por el multicitado artículo 268:

**“DIVORCIO, DESISTIMIENTO
DE LA ACCIÓN IMPIDE AL CÓNYUGE
DEMANDADO DEMANDAR A SU VEZ
EL DIVORCIO CON APOYO EN EL
MISMO DESISTIMIENTO.**

La determinación de si la causa por la que se pide el divorcio es justificada o insuficiente, corresponde hacerla al juez o tribunal en la sentencia que resuelve la procedencia de la acción en el juicio respectivo, pues tal justificación o insuficiencia depende del análisis de las pruebas presentadas por las partes, que sólo puede tener lugar cuando el propio juez o tribunal deciden el fondo del negocio; el desistimiento de la acción, aunque se haga en el estado procesal en que el juicio ya esté pendiente de sentencia, impide al juez del conocimiento estudiar las pruebas que las partes aportaron al propio juicio y consecuentemente, establecer con base en las mismas si la acción fue justificada o insuficiente. En consecuencia, cuando después de iniciado un juicio de divorcio, el actor desiste de la acción correspondiente, el juez del conocimiento no puede resolver si dicha acción es injustificada o insuficiente y, consiguientemente, el reo tampoco tiene facultad legal para fundar su acción de divorcio en el Artículo 268 del Código Civil, que supedita la acción del demandado para pedir a su vez el divorcio, a la declaración expresa de que la causa de divorcio que adujo el actor no quedó justificada o fue insuficiente, lo que además es lógico, porque la citada declaración no puede

quedar al criterio de alguna de las partes, precisamente por su interés personal; el desistimiento de la acción de divorcio supone el perdón tácito e impide al actor solicitar nuevamente la disolución del vínculo matrimonial fundado en los mismos hechos; pero no prohíbe a los cónyuges presentar nuevas demandas de divorcio, fundadas en hechos diversos, y desistirse de ellas; impide al cónyuge demandado, después de lograr que el actor desista de su acción de divorcio, tenga derecho a demandar a su vez el divorcio con apoyo en el referido desistimiento.”⁹⁸

Como se puede apreciar, la Tercera Sala, al emitir el criterio que se acaba de transcribir, está contradiciendo lo dispuesto en el artículo 268 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, al no tener en consideración el supuesto del desistimiento de la acción que plantea dicho artículo, puesto que si bien no existe en el caso del desistimiento de la acción una calificación jurisdiccional sobre la justificación y suficiencia de la acción o no, también es muy cierto que al darse el desistimiento, se está dando uno de los supuestos establecidos por esta causa de divorcio y, además, si nos remitimos a la regla que el antes mencionado artículo 34 de nuestro Código Procesal de la materia establece para

⁹⁸ Amparo directo 2123/67. José Méndez Cerezo. 24 de julio de 1969. Tercera Sala. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 7. Parte cuarta. p.17.

este tipo de desistimiento, no es necesario consentimiento alguno por parte del cónyuge demandado, por lo que a nuestro modo de pensar, constituye un verdadero error el pretender atribuir a la existencia de un desistimiento de esta clase en un juicio de divorcio, un perdón tácito, ya que, al no ser necesario el consentimiento expreso, lógicamente, mucho menos es requerido un perdón tácito, pues de mantenerse dicho criterio por parte de la Corte, igualmente se hará nugatorio este supuesto establecido en el artículo 268 en comentario y, por lo mismo, por un criterio jurisprudencial desaparece, sin el debido procedimiento legislativo, una causa de divorcio establecida por la ley.

Es nuestra convicción que, entratándose del desistimiento de la demanda, no se configura, como hemos dicho, la causa de divorcio; pero en lo referente al desistimiento de la acción, sin duda alguna sí se produce la causa de disolución del matrimonio.

3).- Finalmente, encontramos un tercer problema que tiene íntima relación con el señalado en el numeral 2) precedente. Si el cónyuge demandado en el juicio de divorcio, teniendo conocimiento del criterio sostenido por la Corte, respecto de la imposibilidad de demandar el divorcio con base en el desistimiento de la acción, presenta por escrito al Juez de lo Familiar que conoce del juicio de divorcio su inconformidad y niega expresamente su consentimiento, puede suceder

que el igualmente el juez, en perfecta aplicación del artículo 34 procesal, decreta la terminación del juicio de divorcio, quedando así imposibilitado el cónyuge demandado de ejercitar la acción de divorcio con fundamento en el desistimiento, pues la Corte está presumiendo que dicho desistimiento, fue buscado y alcanzado por el mismo cónyuge demandado, presupuesto por el que queda imposibilitado para demandar a su vez el divorcio por esta razón.

Ahora bien, también puede suceder que el juez, al tener el conocimiento de dicha inconformidad por parte del cónyuge demandado, decida continuar con el proceso —en agravio del cónyuge actor— y que al momento de dictar sentencia, ni siquiera entre al fondo del negocio, alegando que al darse el desistimiento de la acción, el juicio quedó sin materia, y limitándose a condenar en costas y daños y perjuicios en aplicación del mismo artículo 34 procesal.

Aquí nos encontramos entonces, que el desistimiento no se dio y además, no existió una declaración en que se establezca si la acción intentada por el cónyuge actor fue fundada o insuficiente, resultando así que igualmente el cónyuge demandado queda sin posibilidad de intentar, a su vez, un nuevo juicio de divorcio fundado en la causa del artículo 268 del Código Civil vigente, pues ésta, una vez más, ha quedado insubsistente.

Así pues, resulta por demás claro y evidente que de continuar este criterio con

vigencia, los cónyuges que se encuentren dentro de estas situaciones, no tendrán más remedio que quedar atrapados dentro de un matrimonio que ya ha dejado de existir, inmersos en una situación que hace imposible la vida en común con su cónyuge y sin posibilidad de demandar el divorcio por esta causa, afectando no sólo al cónyuge difamado, sino incluso también a los hijos en caso de que existan.

III) La posibilidad de reconversión fundada en la causa del artículo 268.- Ya en el primer punto de este apartado, señalamos los términos que nuestra legislación familiar vigente establece para el ejercicio, caducidad y prescripción de esta causa de divorcio, sin embargo, nos encontramos con la siguiente cuestión: ¿puede el cónyuge absuelto en un primer juicio de divorcio contrademandar el divorcio con fundamento en esta causa en un segundo juicio de divorcio?

Consideramos que sí, siempre que se de el supuesto de que antes de que el cónyuge inocente, encontrándose dentro de los términos que el Código Civil establece para demandar a su vez el divorcio con fundamento en esta causa, sea nuevamente demandado por su cónyuge. Esto es, que la segunda demanda que entable el cónyuge actor en el primer juicio, sea presentada dentro del plazo de seis meses que tiene el cónyuge absuelto en el mismo, para demandar a su vez el divorcio con fundamento en la causa del artículo 268, sin que hasta ese momento lo haya hecho, y en consecuencia, al momento de contestar la segunda

demanda, interponga la reconvencción demandando el divorcio con base en esta causa, con el fin de deducir sus derechos en ese nuevo juicio.

Este criterio concuerda con el asentado por nuestros Tribunales en la siguiente tesis:

**“DIVORCIO,
CONTRADEMANDA COMO CAUSAL DE:
Ni de su texto, ni de su interpretación jurídica, se desprende que la causa de divorcio que establece el artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, pueda producirse y hacerse valer en un juicio de divorcio, por quien sea el actor y no en uno en que el cónyuge demandado formule contrademanda o reconvencción al demandante principal, puesto que el precepto de referencia concede el derecho de pedir el divorcio al cónyuge que habiendo sido demandado por disolución del vínculo matrimonial, haya sido absuelto, en virtud de que la demanda en su contra no prosperó, por no haber sido justificada la causal de divorcio invocada, o bien, porque la que se hizo valer haya resultado insuficiente; y sin duda alguna, esta causal puede ser invocada, tanto cuando la intenta el cónyuge absuelto en el anterior juicio de divorcio, en una demanda directa o principal, como en una contrademanda o reconvencción en el juicio en que es demandado, ya que en uno y en otro de dichos aspectos, ejercita el derecho que la ley reconoce a su favor y que pretende le sea reconocido y declarado en su**

calidad de cónyuge absuelto en un juicio de divorcio anterior. Y una vez deducida la acción, quien la hizo valer está a las resultas de la misma, con todas las consecuencias que le son inherentes. Así, debe concluirse, que la causal de divorcio consagrada en el artículo 268 del Código Civil, tiene aplicación en el caso en que haya existido un juicio de divorcio anterior, en el que no se justificó por el cónyuge que lo promovió, la causa aducida, sin que importe que en lo procesal se ejercite directamente, por el cónyuge que fue absuelto o que lo haga en su calidad de demandado en un juicio posterior, en vía de contrademanda, o sea de reconvención.”⁹⁹

Ahora bien, en principio queda más que aceptada la posibilidad de ejercer, por medio de la reconvención, la acción de divorcio basada en la causa establecida en el artículo 268 de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal. Más, si profundizamos un poco en los términos, encontramos una duda que queda en el aire y que se refiere al caso —algo causístico—, consistente en que la segunda demanda de divorcio interpuesta por el cónyuge actor en el primero, haya sido presentada dentro del término de los tres meses que el mismo artículo 268 plantea para que pueda ser ejercitable la causa de divorcio que señala. Encontrándose en este supuesto, ¿es posible entonces contrademandar el divorcio con

⁹⁹ Amparo directo 0553/64. Luciano Sánchez Sánchez. 5 de agosto de 1966. Tercera Sala. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen CX.

base en la causa del 268, aún y cuando no hayan transcurrido los tres meses que el multicitado artículo señala para el ejercicio de dicha acción?

Aunque no existe criterio de nuestro más Alto Tribunal para este caso concreto, consideramos que si es posible la reconvencción, puesto que de lo contrario, quien se encuentre en espera del término de tres meses para tener la plena facultad de ejercicio de esta causa, y sea demandado dentro de ese lapso, se encontraría en un total estado de indefensión, pues de no hacerlo al momento de contestar la demanda por medio de la reconvencción, ya no lo podrá hacer valer más adelante en ese juicio, viéndose en consecuencia, en la necesidad de presentar una demanda separada, que podría llevarnos en el mejor de los casos, a una acumulación de los juicios —que representaría en un sentido amplio a la reconvencción—, y en el peor de los mismos, a resoluciones contradictorias.

Consideramos que por esta misma situación, bien puede interpretarse la tesis transcrita en párrafos anteriores, en el sentido de que si puede el cónyuge absuelto contrademandar el divorcio fundado en esta causa dentro de los tres meses a que nos referimos, ya que como la misma establece, se esta ejercitando un derecho que la ley reconoce a favor del cónyuge absuelto en el primer juicio, que en este caso, aún se encuentra en suspenso para su ejercicio, pero que debe hacer valer para defenderse en ese nuevo intento desplegado por su cónyuge, además de que una vez que se haya reconvenido, ambos cónyuges están a las resultas del juicio,

independientemente de que con la reconvencción, se pueda establecer una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que el cónyuge que demandó en el primer juicio, bien puede estar intentando una vez más una acción injustificada o sin contar con los elementos que resulten suficientes para probar dicha acción.

Así pues, estamos convencidos de que el texto de la causa de divorcio que se analiza debe ser modificado, de tal modo que, suprimiendo el término de tres meses para que sea ejercitable dicha acción, se deje al cónyuge absuelto en aptitud para ejercitar la acción de divorcio inmediatamente después de que la sentencia que lo absolvió haya causado ejecutoria y en consecuencia, sea inamovible.

C ONCLUSIONES.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El presupuesto lógico del divorcio es el matrimonio.

SEGUNDA.- Históricamente, la forma de fundar una familia, en el mundo occidental, desde Roma hasta nuestros días, ha sido el matrimonio *de iure* y *de facto*.

TERCERA.- La figura del matrimonio en Roma daba lugar a que una persona “extraña” se integre a una nueva “familia”, porque era considerado como la semilla de lo que a la postre constituiría el núcleo familiar. Por virtud de la celebración del matrimonio, la mujer ingresaba a la *domus* del marido.

CUARTA.- Se discute en la doctrina los fines del matrimonio. Algunos sostienen que es la fundación de una familia, además del apoyo recíproco para sobrellevar las cargas de la vida, en tanto otros afirman que solamente es la ayuda y el apoyo recíproco de la pareja y, eventualmente, la constitución de una familia. En nuestro concepto son los dos aspectos, sin preeminencia el objeto o fin del matrimonio, en la inteligencia de que la familia, es decir, la procreación de los hijos, puede producirse o no por diversas circunstancias, generalmente ajenas a la voluntad de los cónyuges.

QUINTA.- Consideramos, por nuestra parte, que el matrimonio es una institución constitutiva de un estado civil, es decir, que se encuentra configurado por un conjunto de normas jurídicas coherentes reguladoras de un todo orgánico que persiguen

una sólo finalidad, y que constituyen un cuerpo social acorde con las exigencias de la comunidad.

SEXTA.- El concubinato es, en rigor sustantivo, un “matrimonio por comportamiento”, como lo sostenía el doctor Raúl Ortiz Urquidi, acorde con la realidad social de nuestros días, mismo que requiere, con urgencia, una estricta regulación, que el Código Civil vigente en el Distrito Federal no contiene, pues solamente alude a sus elementos subjetivos para efectos sucesorios. Dicha regulación debe considerar a sus miembros como cónyuges, al patrimonio que se genere durante la unión, como sociedad legal, y a los hijos, tanto los habidos dentro de él como a los ingresados en el mismo por sus miembros, si no hubiera un tercero obligado, como de matrimonio.

SÉPTIMA.- El divorcio es la disolución del matrimonio, declarada, de manera firme, por la autoridad competente, como resultado de un procedimiento jurisdiccional o de un proceso administrativo, surgido por una causa posterior a su celebración, a virtud de la cual, los divorciados asumen, por efecto de la ley, el estado civil anterior a la celebración del matrimonio y adquieren nuevamente, su capacidad jurídica para contraer uno nuevo, con ciertas reservas.

OCTAVA.- El divorcio suele clasificarse por la doctrina en vincular y de separación de cuerpos o no vincular. El primero se subclasifica en voluntario y necesario.

NOVENA.- Respecto del concubinato, acorde con la conclusión sexta, requiere una urgente regulación, análoga al divorcio necesario, en la que se proteja tanto al elemento subjetivo que quede en claro estado de necesidad, cuanto a los hijos habidos dentro de la unión, cuanto a los ingresados a ella por los concubinos, siempre que no exista un tercero obligado respecto de

estos, y así mismo se regule la situación patrimonial disolviéndose la sociedad legal y asignándole, a cada uno de sus miembros, un 50% por disposición de la ley.

DÉCIMA.- La fracción XII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal contiene dos causas de divorcio, a saber:

a).- "...el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168..." del mismo Código Civil.

b).- "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164 (del propio Código Civil), sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendentes a su cumplimiento..."

DÉCIMA PRIMERA.- Respecto de la primera causa de divorcio, el incumplimiento de la sentencia que se menciona, es referente a disputas relativas a la autoridad y consideraciones iguales de los cónyuges, al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan.

DÉCIMA SEGUNDA.- Respecto de la segunda, el incumplimiento ha de referirse a la obligación de los cónyuges, de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de estos en los términos que la ley establece, a la distribución de las cargas del hogar, según sus posibilidades.

DÉCIMA TERCERA.- Dada la forma en que fue concebida la causa de divorcio mencionada en el inciso b).- de la

conclusión décima, por el legislador que llevó a cabo la última reforma del la facción XII del artículo 267, ha dado lugar a que en la práctica foral se atente, con facilidad inusitada, en contra de la institución del matrimonio y de la familia, habida cuenta de que, por la idiosincrasia de la sociedad mexicana, entre cónyuges no suele otorgarse ni recibos ni constancias por el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 164 del mencionado Código Civil. Era mejor la redacción anterior, porque ella implicaba, para su configuración y ejercicio, que previamente se intentara, sin éxito, el aseguramiento jurisdiccional de dichas obligaciones.

DÉCIMA CUARTA.- Es conveniente restituir, por lo que se refiere a la causa mencionada en el inciso b).- de la conclusión décima, el necesario aseguramiento jurisdiccional de las obligaciones establecidas en el artículo 164 del Código Civil, mediante un procedimiento sumarísimo ante los Jueces de lo Familiar, quienes al recibir una queja, que no demanda, aunque así se le denominara, por no ministración de alimentos, citaran al imputado a una comparecencia, estando presenta la quejosa, en un lapso no mayor de ocho días, dentro del cual, si fuera procedente, de acuerdo a lo percibido personalmente por el juzgador, éste resolviera en consecuencia, ordenando, sin ulterior recurso, la inmediata ejecución de su resolución. De esta manera, se lograría evidenciar, para configurar la causa de divorcio en mérito, el incumplimiento de las obligaciones a que se contrae el citado artículo 164 del Código Civil.

DÉCIMA QUINTA.- La fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil establece, como causa generadora de divorcio, “La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.”

DÉCIMA SEXTA.- La causa a que se refiere la conclusión inmediata anterior es atentatoria contra la institución del matrimonio y de la familia por la pésima redacción con que fue expresada.

a).- Independientemente de que sea razonable o no el lapso de dos años de separación, esta causa tiene por objeto regularizar la situación jurídica de los cónyuges que *de facto* y substancialmente, han disuelto su vínculo espiritual de matrimonio.

b).- La mencionada fracción del artículo 267, peca de deficiencia al establecer dicha causa de divorcio, "...independientemente de los motivos que haya originado la separación..." olvidándose, por parte del legislador, que los motivos pueden estar alimentados por intenciones no desvinculantes, es decir, que no tienden a la disolución del matrimonio, como, por ejemplo, la prestación, por parte de uno de los cónyuges, de un servicio peligroso, insalubre o de cualquier otra índole, sea oficial o particular, que pudiera dañar a su cónyuge y/o a sus hijos, del cual no pudiera sustraerse; por un acuerdo entre los mismos, con el propósito de intentar, mediante la separación, un restablecimiento psicológico o emocional que eventualmente esté dañando a la pareja, el cual pudiera ser superable con el tiempo; el disfrute y aprovechamiento de una beca en el extranjero, insuficiente para mantener reunidos en el país donde se aproveche, para mantener reunida a la pareja y a los hijos, si los hubiera; etcétera.

c).- La propia fracción preceptúa, redundantemente, que cualquiera de los cónyuges podrá invocar, en el procedimiento, la separación, puesto que si se hace valer, con el ejercicio de la acción de divorcio, dicha

causa, su sola mención implica, ineluctablemente, en la narrativa de los hechos que le dan sustento a la demanda, la referida separación de los cónyuges.

d).- Para el supuesto de que se considerara que la invocación se refiere al motivo de la separación, ésta devendría ociosa, porque la ley no establece el objeto de la misma y, por ende, el juzgador no podría resolver nada al respecto.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Es recomendable, para que no se atente contra la institución del matrimonio y la familia, que el legislador corrija, en primer lugar, la redacción de la fracción XVIII del artículo 267, precisando, expresamente, que la separación tuvo que haber estado motivada por una intención desvinculante por parte de los cónyuges y, por lo tanto, se elimine la expresión "...independientemente del motivo que haya originado la separación...", y en segundo lugar, que se regulen los alimentos de manera análoga al divorcio voluntario jurisdiccional, aún cuando no lo soliciten las partes.

DÉCIMA OCTAVA.- La causa establecida en el artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal contempla varias hipótesis:

a).- Que un cónyuge no haya justificado la causa de divorcio o de nulidad de matrimonio en un juicio inmediato anterior.

b).- Que en un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, inmediato anterior, el demandante se hubiera desistido de la demanda.

c).- Que en un juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio, inmediato anterior, el demandante se hubiera desistido de la acción sin conformidad del demandado.

DÉCIMA NOVENA.- Para todas las hipótesis mencionadas en la conclusión inmediata precedente, el artículo 268 sustantivo civil preceptúa que el otro cónyuge tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; "...pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento.", sin que durante dicho lapso los cónyuges estén obligados a vivir juntos. Este término significa que a partir de computados los tres meses, podrá ejercer la acción de divorcio invocando, según proceda, cualquiera de las tres hipótesis, como causa de divorcio, dentro de los seis meses siguientes, atento al artículo 278 del multicitado Código Civil, después de lo cual la causa habrá caducado.

VIGÉSIMA.- Por lo que se refiere a la no obtención de sentencia favorable en un juicio de divorcio o de mutuo consentimiento, una vez que la sentencia ha causado estado, no hay problema alguno, ni de sustantivo ni adjetivo.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Respecto del desistimiento de la demanda, el precepto en estudio implica, erróneamente, en relación con el artículo 34 del Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal, para su procedencia, que la parte contraria deberá otorgar su conformidad. Esto plantea lo siguiente:

a).- Si el colitigante otorga su conformidad, con ello confiere perdón a su demandante y, en consecuencia, no se podrá prevaler de tal desistimiento para demandar, a su vez, el divorcio, porque no se configura la causa prevista en el artículo en comentario.

b).- Si el consorte demandado no otorga su conformidad con el desistimiento de la demanda, lógicamente el procedimiento deberá concluir con sentencia definitiva y, por lo mismo, tampoco se configura la causa de divorcio a que se refiere el mencionado artículo 268.

Es prudente, pues, que desaparezca (derogue) del artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal, la hipótesis del desistimiento de la demanda como causa de divorcio.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Respecto de la hipótesis c).- de la conclusión décimo octava, resulta inconcusa su procedencia, habida cuenta de que el desistimiento de la acción no requiere, para que prospere, la conformidad del demandado, no obstante que hay criterio de la Justicia Federal, en el sentido de que si éste no hace saber al juez de los autos su inconformidad con el desistimiento, tácitamente está de acuerdo con él y, por ello, no puede prevalerse de la causa establecida por el artículo 268 del Código Civil para el Distrito Federal.

VIGÉSIMA TERCERA.- No se debe olvidar, en modo alguno, ni por parte del legislador, ni por parte de los juzgadores y de los postulantes, que las causas de divorcio en general, y las contenidas en las fracciones XII y XVIII del artículo 267, así como la del 268, tienen como *ratio legis*, la protección del matrimonio y la familia, que son de interés público y social y que, por ende, las causas son permisiones excepcionales de disolución del matrimonio y no deben afectar, de ninguna manera a la familia, por lo que es nuestro criterio que el legislador debe establecer, en el Código Civil como en el de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, que el juzgador debe proteger, de oficio, en todos los juicios de divorcio, sea cual fuere la causa que se invocara, el, aseguramiento de alimentos para los hijos y, en casos específicamente señalados por la ley para la cónyuge.

BIBLIOGRAFIA.

BIBLIOGRAFÍA.

D).- TEXTOS CONSULTADOS:

1.- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho, Relaciones Paterno Filiales.* Editorial Porrúa, S. A., 2ª edición, México, 1992.

2.- DE PINA, Rafael *Reseña Bibliográfica de la Tesis Doctoral "Matrimonio por Comportamiento", del Doctor Raúl Ortíz Urquidí,* en Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V; octubre-diciembre, 1956, Número 20. Ciudad Universitaria.

3.- FULLER, Lon L. *La Moral del Derecho.* Editorial F. Trillas, S. A. México, 1967.

4.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil.* Editorial Porrúa, S. A., 12ª edición, México, 1993.

5.- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado.* Editorial Ariel, 8ª edición, Barcelona, 1984.

6.- JORS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano.* Versión en Castellano de L. Prieto. Editorial Labor, S. A. Barcelona, 1965.

7.- MARGADANT S., Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano, Como Introducción a la Cultura Contemporánea.* Editorial Esfinge, 16ª edición, México, 1989.

- 8.- MERRY MAN, Jhon Henry. *La Tradición Jurídica Romana Canónica*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1980.**
- 9.- MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, S. A., 5ª edición, México, 1992.**
- 10.- ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Apuntes del Primer Curso de Derecho Civil*. México, 1961.**
- 11.- ORTIZ URQUIDI, Raúl. Tesis doctoral *Matrimonio por Comportamiento*. Editorial Stylo, S. A., México 1955.**
- 12.- PACHECO E., Alberto. *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*. Editorial Panorama Editorial, S. A. México, 1984.**
- 13.- PALLARES, Eduardo. *El Divorcio en México*. Editorial Porrúa, S. A., 6ª edición, México, 1991.**
- 14.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil, Tomo I: Introducción, Personas y Familia*, Editorial Porrúa, S. A., 25ª edición, México, 1993.**
- 15.- ROSALES HERNANDEZ, René Ramón. *Reflexiones en Torno al Divorcio (Sus Condicionamientos Sociales)* en Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola y Aznar, Presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad nacional Autónoma de México. México, 1996.**

II).- TEXTOS LEGALES CONSULTADOS:

1.- *CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES* de 1870. Editorial Imprenta de Aguilar e Hijos, México, 1879.

2.- *CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA* de 1884. Editorial Imprenta de Aguilar e Hijos, México, 1885.

3.- *LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES* de 1917. Editorial Ediciones Andrade, S. A, cuarta edición, México, 1993.

4.- *CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.* Editorial GRECA Editores, primera edición, México, 1996.

5.- *CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.* Editorial GRECA Editores, primera edición, México, 1996.

III).- DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS:

1.- COUTURE, Eduardo J. *Diccionario de Derecho Procesal Civil.* Editorial Nacional, S. A. México, 1981.

2.- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael de. *Diccionario de Derecho.* Editorial Porrúa, S. A., 20ª edición, México 1994.

3.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1967.

4.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IX. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1955.

5.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XIX. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1964.

6.- GRAN ENCICLOPEDIA LAURUSSE. Tomo III, Editorial Laurusse, S. A. Barcelona, 1980.

7.- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Diccionario de la Lengua Española, 20ª edición, Madrid, 1990.

IV).- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

1.- INFORME RENDIDO A LA SUPREMA CORTE DE LA NACION, POR SU PRESIDENTE AL TERMINAR EL AÑO DE 1987, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito.

2.- INFORME RENDIDO A LA SUPREMA CORTE DE LA NACION, POR SU PRESIDENTE AL TERMINAR EL AÑO DE 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito.

3.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Quinta Epoca, Tomo CXXVI.

4.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Sexta Epoca, Volúmen XXV, Cuarta Parte.

- 5.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Sexta Epoca, Volúmen XLIV.**
- 6.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Sexta Epoca, Volúmen CX.**
- 7.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Séptima Epoca, Volúmen 7, Cuarta Parte.**
- 8.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Séptima Epoca, Volúmen 59, Cuarta Parte.**
- 9.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Séptima Epoca, Volúmen 97-102, Cuarta Parte.**
- 10.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Séptima Epoca, Volúmen 121-126, Cuarta Parte.**
- 11.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Séptima Epoca, Volúmen 181-186, Sexta Parte.**
- 10.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Séptima Epoca, Volúmen 193, Sexta Parte.**
- 12.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Séptima Epoca, Volúmen 217-228. Sexta Parte.**
- 13.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Octava Epoca, Tomo I, Segunda Parte- 1, Febrero.**
- 14.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Octava Epoca, Tomo I, Segunda Parte- 2.**

15.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Octava Epoca, Tomo III, Segunda Parte- 1.

16.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Octava Epoca, Tomo IV, Segunda Parte- 1.

17.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Octava Epoca, Tomo VII, Febrero.

17.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Octava Epoca, Tomo 86- 2, Febrero.

18.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Novena Epoca, Tomo II, junio.