

879309

38

24

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309



EL DIVORCIO DEL CONYUGE CINICO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

Laura Rangel Noria

Asesor: LIC. JOSE JESUS GARCIA SEGURA

Celaya, Gto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Octubre 1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO**

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE 879309**

EL DIVORCIO DEL CONYUGE CINICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

LAURA RANGEL NORIA

A S E S O R

LIC. JOSE JESUS GARCIA SEGURA

CELAYA, GTO.

OCTUBRE 1997.

A DIOS:

POR PERMITIRME SER Y EXISTIR.

A MIS PADRES:

QUIENES CON SU EJEMPLO DE TRABAJO,
HONRADEZ Y DIGNIDAD, ME HAN ENSEÑADO
A SALIR ADELANTE. LOS QUIERO MUCHO.

**A MIS HERMANOS
ABUELOS Y TIOS (AS):**

POR SU CARIÑO Y APOYO, PARA CULMINAR
MIS ESTUDIOS.

**CON PROFUNDA ADMIRACION
Y RESPETO:**

A TODOS MIS MAESTROS DE LA FACULTAD DE
DERECHO, POR SUS ENSEÑANZAS Y AL
HONORABLE JURADO POR SU COMPRENSION
EN EL PRESENTE TRABAJO.

CON MUCHO AGRADECIMIENTO:

A MI ASESOR DE TESIS, LIC. JOSE JESUS GARCIA SEGURA, POR LA AYUDA BRINDADA EN EL PRESENTE TRABAJO.

COMO UN RECONOCIMIENTO ESPECIAL:

A MI MAESTRO DE SEMINARIO DE TESIS, LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE, MUCHAS GRACIAS.

ESPECIALMENTE:

AL LIC. EBERARDO FIGUEROA CONEJO, A LA FAM. GARCIA MEDEL, AL DR. ANTONIO TORRES G., A LA LIC. EMILIA LUGO DE Z., SIN SU APOYO, JAMAS HUBIERA SIDO POSIBLE LA CULMINACION DE MIS ESTUDIOS Y DEL PRESENTE TRABAJO.

A TODOS MIS AMIGOS (AS):

POR SU SINCERA AMISTAD, GRACIAS.

INDICE

INTRODUCCION

Pág.

CAPITULO I

1

EL MATRIMONIO

1.1 GENERALIDADES

2

1.2 DEFINICION

3

1.3 NATURALEZA JURIDICA

6

1.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LOS CONYUGES

10

CAPITULO II

16

EL DIVORCIO

2.1 DEFINICION

17

2.2 ANTECEDENTES HISTORICOS EN ROMA

19

2.3 EL DIVORCIO COMO PROBLEMA SOCIO-JURIDICO

22

CAPITULO III

25

CLASES DE DIVORCIO

3.1 DIVORCIO VINCULAR Y NO VINCULAR

26

3.2 DIVORCIO SANCION Y REMEDIO

27

3.3 DIVORCIO NECESARIO Y VOLUNTARIO

29

3.4 DIVORCIO ADMINISTRATIVO

30

	Pág.
CAPITULO IV	32
<i>EL DIVORCIO VOLUNTARIO O POR MUTUO CONSENTIMIENTO</i>	
4.1 DEFINICION	33
4.2 FORMAS EN QUE PUEDE DECRETARSE	34
CAPITULO V	36
<i>EL DIVORCIO NECESARIO O LITIGIOSO</i>	
5.1 DEFINICION	37
5.2 PRINCIPIOS GENERALES	37
5.3 ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO	42
5.4 SEPARACION Y ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL	59
CAPITULO VI	61
<i>EFFECTOS DEL DIVORCIO</i>	
6.1 EFECTOS DEL DIVORCIO VOLUNTARIO	62
6.1.1 EFECTOS PROVISIONALES	62
6.1.2 EFECTOS DEFINITIVOS	64
6.2 EFECTOS EN EL DIVORCIO CONTENCIOSO	67
6.2.1 EFECTOS PROVISIONALES	67
6.2.2 EFECTOS DEFINITIVOS	72

	Pág.
CAPITULO VII	79
ANALISIS DE LA CAUSAL DE DIVORCIO " SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE LA HAYA ORIGINADO..."	
7.1 ESTRUCTURA DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 323 EN RELACION CON EL ARTICULO 333 DE NUESTRO ESTADO.	80
7.2 ALGUNAS OTRAS LEGISLACIONES Y SU REGLAMENTACION DE LA CAUSAL "SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS "	91
7.3 JURISPRUDENCIAS Y TESIS RELACIONADAS CON LA CAUSAL QUE CONTEMPLA LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO	93
7.4 DESDE EL PUNTO DE VISTA MORAL	100
7.5 DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL	102
7.6 PROPUESTA DE REFORMA A LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.	103
 CONCLUSIONES	 104
 BIBLIOGRAFIA	 117

INTRODUCCION

Al observar la problemática actual en nuestra sociedad, en donde la familia es fundamento básico y pilar de la misma, encontrándose protegida por el matrimonio, que queda regulado dentro de la sociedad y más específicamente por el derecho, a través del matrimonio civil, institución que no sólo debe proteger el derecho, sino que en la mente de cada uno de nosotros debe tener un interés primordial y que no obstante en la actualidad se encuentra atravesando por una crisis general debido a la pérdida de los valores y aunado a la ignorancia de todos nosotros, incluyendo la de nuestros legisladores que en lugar de legislar bases cada día con mayor firmeza para su perduración, facilitan la forma de destruirlo a quienes por ignorancia o inmadurez ven en el divorcio la salida más fácil y sin complicaciones a sus problemas dentro del matrimonio. No importando el daño que pueden causar a sus descendientes, a ellos mismos y finalmente a la sociedad entera; que encontrando su célula fundamental dañada, se deteriora cada vez más .

Por ello al ser esta institución tan importante, requiere con frecuencia ser motivo de reflexión y análisis, es por lo antes expuesto que he considerado necesario realizar el presente estudio jurídico sobre el divorcio y en especial en la fracción XVIII del artículo 323 de nuestra legislación Civil vigente en el Estado, que en la actualidad ha demostrado según las estadísticas ser una de las más invocadas.

Es importante resaltar que nos encontramos ante un problema social que trasciende lo meramente jurídico, y que afecta todas las esferas de nuestra sociedad.

Para comenzar creo necesario resaltar la importancia de la institución del matrimonio y establecer su definición, y para entrar en materia también establecer lo correlativo en cuanto al divorcio como forma legal de extinguir el vínculo matrimonial válido en vida de los consortes, se ha vuelto tan frecuente y común que por ello es motivo de frecuentes estudios. Corresponde desde luego a los legisladores dar las bases, pero también a los estudiosos del derecho intentar corregir en parte los tropiezos que estos tengan.

Desde un enfoque más particular como ya lo mencionábamos reviste especial atención el examen de la fracción XVIII del artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato, como causal de divorcio, desde mi particular punto de vista reviste un interés especial que amerita una reflexión más profunda en cuanto a que no es posible que exista una causal independientemente del motivo que haya originado una separación por más de dos años y donde cualquiera de los dos puede invocarla, pudiendo afectar al que sea inocente. Esto viola el principio de que sólo el cónyuge inocente puede invocar las causales que se enumeran en el artículo 323.

Es por todo lo anterior, que pretendo que se suprima dicha causal.

Para concluir quiero resaltar que la finalidad de este estudio jurídico, es llevar a cabo una revisión de los aspectos en general del divorcio en nuestro Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato, para despertar la inquietud de otras personas en el presente tema.

CAPITULO I

EL MATRIMONIO

CAPITULO PRIMERO

EL MATRIMONIO

1.1.- GENERALIDADES.

El matrimonio es una institución jurídica; la primera y la más importante de todas ellas. Es el matrimonio la base fundamental de la familia; el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el derecho de familia, no son más que consecuencias o complementos de aquél. El concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera.

Es además el fundamento de la sociedad civil en general, y representa a su vez la completa comunidad de la vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho.

La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato. El matrimonio se encamina a la conservación y desarrollo de la especie; en él se encuentran los elementos de toda sociedad y todos los particulares comprendidos en el destino humano.

El hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera del matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo sistema jurídico familiar. ¹

1.2.- DEFINICION.

Atendiendo a su significado etimológico, matrimonio viene de *matris* (madre) y *munium* (carga o gravamen); su significación etimológica da idea pues que las cargas más pesadas que derivan de la unión cónyugal recaen sobre la madre. En este sentido decían las partidas que: *Matris et munium*, son palabras del latín, de las que tomo nombre el matrimonio, que quiere decir, el oficio de madre. Es la razón por la que llaman matrimonio al casamiento y no patrimonio. Por que la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre.

Del matrimonio se han dado muchas definiciones, entre otras, citaremos algunas de ellas.

Es la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida.

¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. T. I. Vigésima Cuarta Edición. Edit. Porrúa. México, 1991. P. 285

El artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas, en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista meramente civil. Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, es un sacramento; de acuerdo con una concepción civil, el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que, en términos generales, puede definirse como "un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes."²

Escriche, en su diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, define al matrimonio como "La sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte".

Para Ahrens es "La unión formada entre dos personas de sexo diferente, a fin de producir una comunidad de vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia".

Para de Casso es "La unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar a los hijos".

² PINA, Rafael De. Diccionario de Derecho. Décimonovena Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. P. 285

De Diego nos dice que "Es el contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos".

Knetch lo define como "La unión válida de un hombre y de una mujer celebrada conforme a las leyes del Estado y ante un Magistrado Civil y la situación jurídica creada por este acto.

El argentino Carlos José Álvarez dice que es la "Unión legítima indisoluble del hombre y la mujer con el fin de procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse los esposos recíprocamente en la vida".

Rodolfo de Ibarrola lo define como la "Unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el Oficial del Registro Civil".

Prayones dice que es una "Institución social, mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad".

Kipp y Wolff consagran la siguiente definición: "El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el Derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas".³

³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edit. Porrúa, México, 1990. P. P. 70-71

1.3.- NATURALEZA JURIDICA.

Una vez que hemos dado un vistazo a las definiciones de matrimonio se hace necesario establecer lo que es su naturaleza jurídica. Esta ha sido estudiada desde diversos puntos de vista, aunque ninguna de estas figuras determina en forma exclusiva el carácter del matrimonio y, mucho menos son excluyentes unas de otras; entre los más importantes encontramos los siguientes:

- a) Como institución.
- b) Como acto jurídico condición.
- c) Como acto jurídico mixto.
- d) Como contrato ordinario.
- e) Como contrato de adhesión.
- f) Como estado jurídico, y
- g) Como acto de poder estatal.

a) Como institución. En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. ⁴

⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. 291

Esta posición ha sido defendida, entre otros, por D'aguanno, en Italia; por Sánchez Román, en España, y principalmente por Bonnecasse, en Francia.

Bonnecasse, ha dedicado una atención y un esfuerzo extraordinario en defensa de esta tesis, tomando como punto de partida el concepto de institución formulado por Hauriou.

Considerando que el matrimonio desde el punto de vista jurídico traduce un hecho natural (la unión de los sexos y la familia que se deriva de él) y teniendo en cuenta el concepto de institución (el formulado por Hauriou), de acuerdo con Bonnecasse, el matrimonio no puede ser otra cosa que "una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y, por lo mismo, a la familia, una organización social y moral, que a la vez corresponde a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho".

b) Como acto jurídico condición. León Duguit, defendió en Francia esta tesis, encuadrando al matrimonio dentro de la esfera que él definía como los actos jurídicos condición, afirmando que en el derecho privado las situaciones objetivas nacidas a consecuencia de estos actos son muy numerosas. El estado de las personas casadas es determinado y regulado por la ley, pero no nace sino después del matrimonio. No es este acto concluída el que da nacimiento a la situación que se aparece en seguida de él; ella es creada y regulada por la ley, pero la aplicación de ésta se encuentra subordinada a la del matrimonio. ⁵

⁵ PINA RAFAEL De. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia. V. I. Décimo Séptima Edición. Edil. Porrúa. México, 1992. P. P. 320-322

Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situación jurídicas permanentes.

c) Como un acto jurídico mixto. Esta teoría distingue los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil, como órgano del Estado.

d) Como contrato ordinario. Esta tesis surge desde que se separo el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso, como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.⁶

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. P. 292-293

Planiol y Ripert reconocen que aun cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual. Sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta.

e) Como contrato de adhesión. Se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados.

f) Como estado jurídico. El matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. ⁷

⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. 297

1.4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LOS CONYUGES.

A los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio en la doctrina se les han llamado efectos, deberes, etc., todos recíprocos entre los cónyuges, finalmente los resumiremos en los siguientes:

a) El derecho a la vida en común o deber de cohabitación.- Se refiere al deber de los cónyuges de vivir juntos, en el domicilio conyugal. Así lo establece el artículo 160 de nuestro Código Civil vigente; además el artículo 332 nos establece claramente en que casos en nuestro estado se puede solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar (enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa; impotencia incurable, siempre que no se esté en alguna de las excepciones y padecer enajenación mental incurable).

Cohabitar significa, habitar la misma casa, vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer, hacer vida marital. Este deber jurídico, la vida en común de los cónyuges es esencial en el matrimonio.

Es el principal deber de todos, puesto que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Constituye la relación jurídica fundamental de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o derivadas.⁶

El cumplimiento del deber de cohabitación , es un supuesto indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio.

⁶ IBIDEM. P. 329

Los consortes, sólo pueden ser eximidos por autoridad judicial del cumplimiento de este deber, en los casos de que el otro cónyuge, traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en cumplimiento de un servicio público y cuando se establezca en lugar insalubre o indecoroso (artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal).⁹

b) El derecho a la relación sexual o débito cónyugal.- Se trata de una forma sui-géneris que sólo puede existir, como es evidente, en este tipo de relación inter subjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado para inferir en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima, que impone la relación sexual. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en qué términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad. Evidentemente que, como en todos los problemas del Derecho Familiar, debe prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también del cumplimiento de un deber jurídico, para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto por el artículo 159 de nuestra Legislación Civil vigente, en relación con el artículo 144 del mismo ordenamiento. En algunas definiciones, tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal. La negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.

⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Décimasegunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. P. 545

Debemos tomar en cuenta que no toda abstención al débito conyugal es en sí una injuria grave, porque influyen en una serie de elementos de la vida diaria, comportamiento conyugal adecuado, atención y respeto entre los cónyuges. Así lo reconoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decir que " la abstención del débito carnal no es una causa de divorcio, a menos que se realice en condiciones injuriosas".

c) El deber de fidelidad.- No existe un precepto legal expreso, establecido en el Código Civil, que de una manera directa, como ocurre en lo que se refiere al deber de cohabitación y de ayuda mutua, establezca que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad. Sin embargo, en una forma indirecta, el cumplimiento de este deber se halla garantizado jurídicamente, porque su violación constituye delito de adulterio, que el Código Penal sanciona con pena privativa de la libertad (artículo 262 del Código Penal para el estado de Guanajuato).

La sanción estrictamente civil en que se incurre al violar este deber, es el divorcio (artículo 323 fracción I en relación con el artículo 325 de nuestra legislación Civil).

Este deber implica, fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona diferente al otro cónyuge. No sólo existe, en relación con el deber correlativo, la prohibición de realizar el adulterio, con la sanción penal correspondiente y la civil relativa al divorcio, pues podemos encontrar aquí diferentes grados y, por lo tanto, distintas formas de incumplimiento.

El deber de fidelidad como concepto de "buena fe" es un concepto de contenido moral que protege no sólo la dignidad y el honor de los cónyuges, sino la monogamia, base de la familia.

En el deber de fidelidad impuesto jurídicamente a los consortes, encontramos efectivamente principios de orden ético: preservar la moralidad del grupo familiar; de orden social: proteger la familia monogámica.

d) El deber de socorro o ayuda mutua.- Estos deberes se encuentran consignados en los artículos 144 y 159 del Código Civil vigente en nuestro Estado. Se refieren no sólo a situaciones de emergencias o aisladas, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio.

No son similares los términos de ayuda y socorro mutuo, cada uno tiene su significación. Entendiendo 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.¹⁰

¹⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. 146

e) La Igualdad jurídica entre los cónyuges.- De varios preceptos de nuestra legislación civil se desprende este derecho ya que se habla de la decisión común con respecto a la procreación y a los deberes de carácter económico dentro del hogar, el código establece la igualdad en aspectos de carácter moral y en las conductas con respecto a los hijos, así en el código se establece " El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan" .

En el caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el juez de lo civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente para los hijos (artículo 164 del Código Civil vigente en nuestro estado).

Esta última disposición no es más que un buen deseo del legislador. La verdad es que, en todas estas cuestiones que significan la comunidad de vida, si no existe el mutuo acuerdo entre el marido y la mujer, se darán cualquiera de estas circunstancias: La imposición del hecho de una voluntad sobre la otra, o la desarmonía originada por dos distintas posiciones, opuestas entre sí y que conducen lentamente a la disolución del matrimonio.

f) El derecho y la obligación de alimentos.- Tienen un carácter de permanencia en el matrimonio por ser obligación conyugal darse alimentos. Son relativos, intransmisibles, irrenunciables e intransigibles. Se encuentra regulado en nuestra legislación Civil en los artículos del 161 al 163.¹¹

g) El deber del diálogo y respeto.- Aún cuando estos deberes no están expresamente contenidos dentro de nuestra legislación, se derivan del contexto de nuestro Código Civil, que nos hacen pensar en la necesidad de una mejor reglamentación. El diálogo se presenta, tanto en el matrimonio como en la familia, y se estima necesario para el amor conyugal y la promoción integral. El respeto a la persona es otro de los valores conyugales y está relacionado estrechamente con la promoción humana.¹²

¹¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. 153

¹² CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Segunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1990. P. P. 370-377

CAPITULO II
EL DIVORCIO

CAPITULO SEGUNDO EL DIVORCIO

2.1 .- DEFINICION

La palabra divorcio deriva de la voz latina *divortium* que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes. Divorcio es la antítesis del matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo: con-yugal.¹

Divorcio deriva de *divertere*, que significa irse cada uno por su lado, separar lo que esta unido o tomar líneas divergentes.

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en algunas de las causas expresamente establecidas por la ley.

La voz latina *divortium* evoca la idea de separación de algo que ha estado unido. Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa.²

¹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Quinta Edición. Edit. Porrúa. México, 1992. P. 196

² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Décimasegunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. P. 557

Otra definición nos dice que es la separación por un juez competente y por sentencia legal, de personas que han estado unidas en matrimonio. Separación que puede ser con disolución del vínculo, o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho. ³

Para Sara Montero Duhalt divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.⁴

Rafael de Pina manifiesta que la palabra divorcio en el lenguaje jurídico significa la extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado para tal efecto, y por una causa determinada de modo expreso. ⁵

Así mismo, tanto el Código Civil para el Distrito Federal como el del Estado de Guanajuato establecen en los artículos 266 y 322 respectivamente que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otro. Derecho de Familia y Sucesiones. Primera Edición. Edit. Harla. México, 1990. P. 481

⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. P. P. 196-197

⁵ PINA, Rafael De. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Décima Séptima Edición. Edit. Porrúa. México, 1992. P. 338

2.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS EN ROMA.

Al parecer, el divorcio fue admitido legalmente desde el origen de Roma, sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de esa libertad, que, sin duda alguna, no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas.

Además, la mujer, sometida casi siempre a la manus del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones, que sólo el marido pedía ejecutar y siendo por causas graves. Fué solamente en los matrimonios sin manus (muy raros) donde en esta materia tenían los esposos los derechos iguales; así que, en efecto, en los primeros siglos apenas hubo divorcios.

Pero, hacia el fin de la República, y sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres, y siendo más rara la manus, podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio, hasta el extremo que antiguamente los historiadores y los poetas se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios.

Así generalizando, el divorcio podía efectuarse de dos maneras:

a) **Bona Gratia**, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido;

b) **Por repudiación**, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono.⁶

⁶ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Octava Edición. Edit. Porrúa. México, 1991. P. P. 109-110

Bajo el imperio de Justiniano, se reconocían cuatro tipos de divorcio:

- El mutuo consentimiento, suprimido posteriormente;
- A petición de un cónyuge invocando una causa legal;
- La voluntad unilateral y sin causa legal con sanción para el cónyuge demandante;
- Por Bona gratia que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad.

Las causas de divorcio eran para el hombre las siguientes:

- a) Que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del estado;
- b) Adulterio probado de la mujer;
- c) Atentado contra la vida del marido;
- d) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos;
- e) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo, y
- f) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos.

Las causales para la mujer eran las siguientes:

- a) La alta traición oculta del marido;
- b) Atentado contra la vida de la mujer;
- c) Tentativa de prostituirla;
- d) Falsa acusación de adulterio;
- e) Locura, y
- f) Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal.⁷

⁷ MONTERO DUHALT, Sara, Op. Cit. P. 206

Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley Julia de adulteriis exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente (tua res tibi habeto o sea, " ten para ti tus cosas") o por una acta escrita (libellus repudii), que le era entregada por un manumitido.

Los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaban el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación.

Por otra parte, se publicaron en numerosas Constituciones, para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima. ⁸

En la legislación del emperador cristiano Constantino (año 331) quedó establecido el principio de que ni al marido ni a la esposa les era lícito disolver el matrimonio por cualquier causa y éstas fueron limitadas a tres: en la mujer debía ser o el adulterio o el maleficio o ser alcahueta, y en el marido o ser homicida o el maleficio o ser violador de sepulcros.⁹

⁸ PETIT, Eugene. Op. Cit. P. 110

⁹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. P. 411

2.3.- EL DIVORCIO COMO PROBLEMA SOCIO- JURIDICO

El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia, la cohesión y estabilidad del grupo social, exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los cónyuges subsista durante toda la vida de los consortes. Esta exigencia social se impone, en interés del cuidado y educación de los hijos.

El divorcio, disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo al grupo familiar y con ello, priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.

Prescindiendo de consideraciones ético religiosas, el divorcio se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto, no se le puede aceptar, por lo menos en principio como una institución deseable; antes bien, se justifican las medidas que en diversos países se han adoptado para evitar los divorcios o para hacer difícil la disolución sobre el particular. Por lo tanto el problema sociojurídico del divorcio no se plantea en esos términos.

Se presenta a discusión, considerando la cuestión desde el punto de vista más humano, en el sentido de cuáles deben ser los motivos que en la ley se consideren como causas justificadas del divorcio; porque la resolución judicial que declare la disolución del vínculo, debe ser pronunciada en el caso en que de hecho, el estado matrimonial ya ha desaparecido entre los consortes.

La cuestión desplaza a la comprobación fehaciente, concienzuda de que efectivamente ya no subsiste entre los consortes que pretenden divorciarse, la situación socio familiar de un verdadero matrimonio. No puede pensarse que en este caso, la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico.

Ripert y Boulanger se expresan así del divorcio, desde el punto de vista social:

" Se destruye pues el matrimonio, para satisfacer el interés individual de los esposos. El valor social de la institución se mide por los peligros de esa destrucción. Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones trágicas, es un mal bastante leve. Lo lamentable es que la práctica del divorcio se ha difundido mucho y en todas las clases de la población... Se termina por considerar el divorcio como la solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la institución de la familia".

En cuanto al interés primordial de los hijos, no puede negarse que las constantes disensiones y reyertas entre los padres, lejos de ofrecer un clima favorable, para la adecuada formación de la prole, crean un ambiente negativo en la mente de la niñez y de la juventud para su debido desarrollo.

No puede desconocerse de manera alguna que los jóvenes, hombres y mujeres de las actuales generaciones son las primeras víctimas de ese desajuste, que se observa en la familia moderna y que el creciente número de divorciados, ha sido uno de los factores importantes que han contribuido a formar este actual estado de cosas respecto a la juventud moderna.

El número creciente de divorcios es índice alarmante de ese desajuste en la familia. La proliferación de los divorcios es un síntoma del mal que trata de atacarse. En este sentido el divorcio, que se emplea hoy en día como un medio fácil para eludir las responsabilidades de los consortes, frente a la prole y frente a la sociedad, ha recibido las críticas que deben ser enderezadas hacia otras causas más profundas.

La crisis del matrimonio moderno y en consecuencia de la familia, pone en claro que los elementos constitutivos del grupo familiar, no se agotan en la satisfacción sexual, ni en la necesidad de crianza de la prole.

El elemento psíquico fundamental, el verdadero amor conyugal, que requiere un sentido de responsabilidad y vocación de sacrificio entre los esposos, tiende hoy en día a debilitarse y revierte, en muchos matrimonios modernos en la sola satisfacción de la relación sexual, de la comodidad de vida y de conveniencia personal.

Cuando entre los consortes desaparece la convicción de que el matrimonio es el medio natural de integración del individuo y la sociedad, las causas de la disolución de la familia no se encuentran en la institución del divorcio, ni en el desajuste de los elementos del grupo familiar, sino que el germen destructivo, se encuentra en factores de otra índole, de carácter social, político y económico, que han trastocado los valores éticos en la formación del individuo.¹⁰

¹⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Décima Segunda Edición. Edt. Porrúa. México, 1993. P. P. 582-584

CAPITULO III
CLASES DE DIVORCIO

CAPITULO TERCERO

CLASES DE DIVORCIO

Sabemos que en nuestro derecho, el vínculo matrimonial sólo puede terminar o disolverse por las siguientes causas:

- I.- Por muerte de alguno de los cónyuges;
- II.- Por nulidad; y
- III.- Por Divorcio.

El divorcio en la actualidad y como hemos visto con antelación, disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer otro. Dentro de la doctrina se han establecido clasificaciones del divorcio, a continuación estudiaremos algunas de ellas.

3.1.- DIVORCIO VINCULAR Y NO VINCULAR.

EL DIVORCIO VINCULAR (*divortium quad vinculum*).- También llamado divorcio pleno, que es precisamente aquél que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias. Es lo que conocemos como divorcio propiamente dicho , pues al disolver el vínculo matrimonial, produce el efecto de que la reciprocidad de todos los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, dejan de existir y cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio.¹

¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y otra. Derecho de Familia y Sucesiones. Primera Edición. Edit. Harla. México, 1990. P. 149

DIVORCIO NO VINCULAR (separation quad thourum et mensam) llamado divorcio por simple separación de cuerpos o menos pleno, que es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto únicamente suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad.

En los casos en que uno de los cónyuges sufra alguna enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, cuando después de celebrado el matrimonio, padezca impotencia o bien cuando sufra enajenación mental incurable el cónyuge sano, sino desea hacer valer estas causas para disolver el vínculo matrimonial, puede solicitar al juez competente la autotorización para vivir separado de su consorte y el juez podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones que derivan de la relación conyugal.²

Este no es en realidad un divorcio sino sólo un estado en el que los esposos han sido dispensados de las obligaciones de cohabitación y débito carnal.

3.2.- DIVORCIO SANCION Y DIVORCIO REMEDIO.

DIVORCIO SANCION.- En él se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio, y el divorcio, la sanción que se aplica al culpable; por ello, la acción corresponde al cónyuge inocente, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba.³

² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Décima Segunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. P. 584-585

³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Op. Cit. P. P. 149-150

El divorcio sólo puede ser decretado judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables que, en el proceso, se imputan a uno de los cónyuges. Por supuesto que tales hechos pueden ser imputables a ambos cónyuges, en cuyo caso, cada cual alega y prueba lo que atribuye el otro. Esta alegación se hace efectiva, inevitablemente, mediante un proceso contencioso y debe circunscribirse a las causas de divorcio o separación taxativamente numeradas por la ley, como el adulterio, los malos tratamientos, abandono, injurias graves. Si los hechos no fueren probados, el juez desestima la demanda de divorcio aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está prácticamente desintegrada. En conclusión, la sentencia de divorcio exige la prueba de la culpa de uno o ambos cónyuges y, por eso mismo el divorcio aplica una sanción contra él o los culpables que se proyectan en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria.⁴

DIVORCIO REMEDIO.- En él no puede hablarse de cónyuge culpable pues no le es imputable la causal, como es el caso de las enfermedades graves, contagiosas e incurables - la impotencia o la locura - pero siendo éstas motivo para no poder llevar a cabo una convivencia normal, se da la acción a los cónyuges para poner fin a la relación.⁵

Se puede decretar el divorcio aun cuando no se aleguen y prueben hechos imputables a uno de los cónyuges o a los dos, si no obstante, el vínculo matrimonial está virtualmente desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable.

⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1990. P. 439

⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otro. Op. Cit. P. 150

Desde esta perspectiva no se requiere de la invocación de las causales de un divorcio necesario: El divorcio importa esencialmente, un remedio, una solución al desquicio matrimonial, y no una sanción tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. Y por eso, se acepta el divorcio por petición conjunta de los esposos (Divorcio por mutuo consentimiento) en aquellos están dispensado las causas que motivan esa petición.

Y es también desde la perspectiva de divorcio remedio que se admite alegar hechos no culpables, como la locura, enfermedades mentales, conductas derivadas de dichos trastornos o enfermedades contagiosas que afectan a uno de los cónyuges.⁶

3.3.- DIVORCIO NECESARIO Y VOLUNTARIO

DIVORCIO NECESARIO.- Hay quienes lo han denominado un mal necesario. Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo.

Las causas de divorcio siempre han sido específicamente determinadas, y por ello se le denomina divorcio causal o necesario. El orden jurídico sólo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja.

⁶ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. 440

Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos, y la acción se da a quien no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente y uno culpable. Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal invocada. Existen otras causales que, aunque no impliquen falta a los deberes conyugales, hacen que la vida en común sea difícil.

DIVORCIO VOLUNTARIO.- También llamado por mutuo consentimiento o divorcio por mutuo disenso, este divorcio sólo requiere de la manifestación del mutuo acuerdo de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de expresar o exponer la causa, o causas que lo originan. Así el divorcio voluntario es la forma de disolución del vínculo matrimonial por la que pueden optar los esposos cuando, sin aducir causa específica y reuniendo los requisitos de ley, hayan decidido poner fin al matrimonio.⁷

3.4.- DIVORCIO ADMINISTRATIVO.

Es una forma de el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario. La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio, ya que llenándose ciertas formalidades, los consortes pueden acudir ante el Juez del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. Cabe hacer la aclaración que este tipo de divorcio no existe en la legislación de nuestro estado. El divorcio por la vía administrativa procede cuando:

⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Op. Cit. P. P. 155-163

- Cuando ambos consortes convienen en divorciarse;
- No tengan hijos ni la mujer se encuentre en estado de gravidez;
- Se hayan casado por separación de bienes o hayan liquidado la sociedad conyugal, si por este régimen se casaron.
- Tengan como mínimo un año de casados, a partir de la celebración del matrimonio.

El divorcio por la vía administrativa se tramita ante el Juez del Registro Civil a que corresponda el domicilio conyugal. Para su tramitación deberá llenarse la solicitud de divorcio a la que acompañarán el acta de matrimonio y el comprobante de la mayoría de edad de los cónyuges, si por su aspecto ésta no es obvia; el juez los identificará plenamente, levantará un acta de la solicitud y los citará para que en el término de quince días asistan a ratificarla en una segunda presentación; si en la segunda reunión los solicitantes ratifican su intención de divorciarse, el Juez declarará que quedan divorciados, levantando el acta respectiva, lo que será anotado al margen de la partida del matrimonio (artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal).

De lo anterior se deriva que los consortes deben presentarse personalmente; es decir, no podrán actuar mediante representantes, por tratarse este caso de divorcio de un acto personalísimo no admite representación alguna.⁸

⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Op. Cit. P. 157

CAPITULO IV

EL DIVORCIO VOLUNTARIO O POR MUTUO CONSENTIMIENTO

CAPITULO CUARTO EL DIVORCIO VOLUNTARIO O POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

4.1.- DEFINICION.

Es la disolución del vínculo matrimonial por consentimiento de ambos cónyuges sin necesidad de involucrar causa o razón para ello, sólo reuniendo los requisitos de ley.¹

Esta clase de divorcio, que se funda en el mutuo disenso de los consortes, no es aceptado en la legislación de todos los países, se ha discutido sobre la conveniencia o inconveniencia de aceptar su validez, como un medio de disolver el vínculo conyugal, junto al divorcio que se funda en causas taxativamente establecidas en la ley debidamente probadas ante el juez que decreta el divorcio.

Nuestro Código Civil para el estado de Guanajuato ofrece sólo una forma en que puede decretarse a diferencia del Código Civil para el D.F. que ofrece dos, así pues en nuestra legislación local la única forma en que puede decretarse es en la vía Judicial, en la de el Distrito Federal además es la vía administrativa.

¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Derecho de Familia y Sucesiones. Primera Edición. Edit. Harla. México, 1990. P. 156

4.2.- FORMAS EN QUE PUEDE DECRETARSE.

En el D.F. como ya hemos visto existen dos formas una de ellas ha quedado vista en el capítulo precedente que es la vía administrativa, en el presente analizaremos el divorcio voluntario de tipo judicial.

EL DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL.- Este tipo de divorcio, es el que se decreta por sentencia, dictada por el Juez de lo Civil o de primera instancia como ocurre en nuestro Estado o por el Juez de lo Familiar como ocurre en el Distrito Federal. Para su tramitación deberá presentarse la demanda respectiva, la cual sólo puede ser cursada por los interesados y acompañada del convenio correspondiente que en nuestro estado no se encuentra regulado, pero que en la práctica si se acostumbra, en el que se fijará la situación de los cónyuges, de los hijos y de los bienes, durante el procedimiento y después de decretado el divorcio; el juez citará a los solicitantes y al Ministerio Público para la celebración de dos reuniones de avenencia, a las cuales debarán concurrir los esposos, sin asesores, en cada una de ellas el juez los exhortará a meditar acerca del paso que pretenden dar, y procurará avenirlos para que se desistan del divorcio; si a consecuencia de la exhortación del Juez, o antes o después, en cualquier estado del juicio, pero antes de la sentencia, los cónyuges deciden reconciliarse, el procedimiento queda sin efecto por desistimiento de las partes, y como efecto de ello no podrán intentar un nuevo juicio de divorcio voluntario sino hasta pasado un año desde su reconciliación.²

² BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Op. Cit. P. 158

El convenio a hacemos referencia deberá contener entre otras las siguientes consideraciones:

- Designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;
- La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar a otro durante el procedimiento y después de concluido este.
- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

Lo exigido por el código es lo mínimo que debe convenirse entre los divorciantes pero se observa que faltan pactos con referencia al derecho de visita, a los derechos de los cónyuges en el régimen de separación de bienes y a la casa habitación familiar.³

³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1990. P. 455

CAPITULO V
EL DIVORCIO NECESARIO O LITIGIOSO

CAPITULO QUINTO

EL DIVORCIO NECESARIO O LITIGIOSO

5.1.- DEFINICION.

Es la disolución del vínculo matrimonial decretado por autoridad judicial competente a petición de uno de los cónyuges, en los casos verdaderamente graves señalados por la ley.¹

El divorcio en cualquier caso, requiere la existencia de un matrimonio válido, la acción de divorcio, debe hacerse valer ante juez competente, por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar. Es necesario que la causal invocada, se encuentre comprendida en cualquiera de las causas que taxativamente señala nuestro Código Civil vigente.

5.2.- PRINCIPIOS GENERALES.

A) EL DIVORCIO COMO EXCEPCION.- El matrimonio es permanente en lo civil e indisoluble en lo religioso; la excepción es el divorcio que disuelve el matrimonio y la excepción confirma la regla. Las instituciones familiares son permanentes por naturaleza, a diferencia de lo transitorio de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial económico. Suponer que el divorcio fuera lo que pretenden las parejas al casarse, sería tanto como convertir la excepción (el divorcio) en principio y el matrimonio en algo transitorio.

¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Derecho de Familia y Sucesiones. Primera Edición. Edt. Harla. México, 1990. P. 164

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. El matrimonio tiene como fines, la promoción integral de los consortes, el amor conyugal y la paternidad responsable. Si estos fines no se logran plenamente o el amor termina, ya se creó una institución que trasciende a los consortes, respecto a la cual está interesada toda la sociedad. Por lo tanto, siendo excepción el divorcio, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio, debiendo tratarse de causas de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea como consecuencia de alguna enfermedad, o bien como un acto ilícito de un consorte contra el otro, pero evitando que sean el egoísmo o el hedonismo las causas generadoras del divorcio.

B) LIMITACION DE CAUSAS.- Según este principio, sólo son causas de divorcio necesarias las que limitativamente enuncia la ley Civil. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio.

El Código Civil para el Distrito Federal así como el de el Estado de Guanajuato son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni emplearse por analogía ni por mayoría de razón. Amparo Directo 1271/959. María Concepción Taboada de Olvera. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Vol. XXXIII, Cuarta Parte, pág. 145.²

² CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edit. Porrúa, México, 1990. P. P. 460-461

Debemos tomar en cuenta que no en todas las fracciones que enumeran las causales de divorcio en nuestra Ley Sustantiva Civil, se contiene sólo una causa de divorcio. Hay fracciones que contienen dos y más causas que pueden invocarse aislada o conjuntamente, que nos dan un número aproximado de cuarenta causas posibles de divorcio.

C) CONDUCTA ILÍCITA.- El proceso de divorcio está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, y así lo previene el Código Civil al señalar al consorte culpable responsable de los daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito. Es ilícito por ser contrario a las leyes de orden público, como son las relativas al matrimonio y a la familia, y a las buenas costumbres, porque las causales fundamentalmente van contra la moral y las buenas costumbres.

D) PRIVACIDAD DEL PROCESO.- Esto significa que, a diferencia de los juicios en general en los que las audiencias son públicas, en los casos de divorcio existe una excepción que marca la Ley Adjetiva Civil, que señala que las audiencias en los juicios de divorcio y nulidad del matrimonio serán secretas (artículo 280 del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato).

E) EXTRANJEROS.- El extranjero para promover un divorcio en México requiere la certificación de la Secretaría de Gobernación, respecto a la residencia legal en el país.³

³ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. P. 462-463

F) PARTES.- Son partes en el juicio los cónyuges; ambos tienen capacidad para participar en el juicio. El Ministerio Público no interviene a diferencia del divorcio voluntario judicial. Es una anomalía porque si es tan importante que comparezca y actúe en el divorcio voluntario, más lo es su presencia en el necesario, en donde las pasiones de los cónyuges pueden afectar a ambos o a los hijos. Debemos tener en cuenta el principio que se contiene en el el Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato que dice que el " divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él ". Es un principio evidente que el culpable en caso de divorcio, a semejanza del que incumple las obligaciones patrimoniales económicas, no tenga derecho subjetivo para iniciar una acción judicial. Esto no impide, de que quien no tenga derecho alguno pueda incitar a la autoridad judicial mediante una demanda improcedente.

G) ACCION.- Es la de divorcio necesario.

H) LA VIA.- Es la ordinaria civil.

I) LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE 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 se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad. Amparo directo 6805/1958. María Luisa Pacheco Benavides. Unanimidad de 5 votos, Vol. XXV, pág. 138.⁴

⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. P. 464-466

J) PRUEBAS.- En esta materia se hace una excepción en cuanto a los testigos, pueden declarar parientes, domésticos y amigos, por considerar que son los más aptos por conocer la realidad del matrimonio de los que contienden en un divorcio necesario.

K) CADUCIDAD DE LA ACCION.- Si transcurre un determinado tiempo sin que el cónyuge inocente intente la acción de divorcio ésta caduca. El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio, es un término de caducidad y no de prescripción. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo, pero se diferencian, fundamentalmente en que, la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio; en cambio, la segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima. La ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio cuando la causal es un hecho, pero no cuando se trata de una causal que implica una situación permanente, porque en este último caso la causal, por su propia naturaleza, es de tracto sucesivo y de realización continua y puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita.⁵

⁵ Op. Cit. P. P. 464-467

5.3.- ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

Nuestro Código Civil vigente para el estado de Guanajuato dice son causas de divorcio:

I.- EL adulterio de uno de los cónyuges.

Respecto al adulterio hay una innovación muy importante en el Código Civil vigente, frente a todos los ordenamientos anteriores, ya que en todos los ordenamientos anteriores, se hacía distinción entre el adulterio del hombre y la mujer. El adulterio de la mujer siempre fue causa de divorcio en esos ordenamientos, no así el adulterio del hombre ya que en algunos de esos ordenamientos requería que además hubiese escándalo por virtud del adulterio de parte de éste, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se realizaba en el hogar conyugal, o era como consecuencia de un concubinato, de una relación sexual continua de otra mujer. En el Código Civil vigente lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y de la mujer. Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio de uno de los cónyuges, sin exigir ningún otro requisito como sucedió en legislaciones pasadas. Además, otro precepto complementa lo anterior agregando que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge.⁶

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. T. I. Vigésima Cuarta Edición. Edit. Porrúa. México, 1991. P. 381

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

No hay delito alguno en que la mujer oculte a su futuro marido, que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre esté; pero sí hay un grave hecho inmoral, porque ello demuestra una deslealtad absoluta, tanto antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo, y esta deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido, que ella se encuentra en cinta, y que evidentemente implica además una injuria, es la que se sanciona como causa de divorcio. Se ha discutido si existe una injuria, por cuanto que va a resultar deshonra para el marido y a través de ese silencio de la mujer lo ofende gravemente, exponiéndolo hasta a la burla y desprecio de los demás. La mayoría de los autores piensan que independientemente de la conducta inmoral de la mujer, también existe una injuria que se causa al marido en el momento mismo de celebrar el matrimonio, porque si es verdad que el hecho de concebir un hijo no es una falta posterior al matrimonio, en el momento de celebrarse éste, sí se comete una injuria por omisión, al no informarle de su estado.⁷

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

⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. 387

Esta causal no requiere que previamente se declare al marido penalmente responsable del delito de lenocinio, pues dada la amplitud con que está expresada esta causa, puede ir más allá, cuando alguien obtenga un lucro a través del comercio carnal, haciendo una explotación de su cuerpo en forma constante o accidental.

Existe una independencia entre lo que constituye una causa de divorcio ante este hecho ilícito, y los elementos que integran desde el punto de vista estrictamente penal, el delito de lenocinio. La idea de ilicitud que existe en ambos preceptos coincide en su aspecto esencial, pero evidentemente, para que se pruebe la causa de divorcio no exigirá el juez que se aprueben todos los elementos que para el delito de lenocinio requiere el Código Penal, y cuyos elementos deben justificarse plenamente para probar la existencia del cuerpo del delito, el Código Civil dice claramente que no sólo cuando directamente la explote sino también cuando le proponga prostituirla.

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

Encontramos que esta insitación puede también tipificar un delito previsto por el Código Penal que textualmente estatuye: "Al que incitare públicamente a la comisión de un determinado delito..."

Como se ve, se requiere que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito, pero en la causal que estudiamos no requiere que esa provocación sea pública, basta que un cónyuge incite al otro a cometer un delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal.

Podrá haber tanto causa de divorcio como delito, cuando públicamente un cónyuge incite o provoque al otro para que cometa el delito, o lo que es más grave, cuando lleve a cabo violencia bien física, a través de la fuerza, de tortura, de dolor, de privación de la libertad o moral, mediante amenazas, para que se cometa el delito.

Este caso se presenta cuando uno de los cónyuges mueve al otro a cometer un delito contra terceras personas, ya sea de lesiones, homicidio, plagio o también para cometer delito sexual como el de la violación.

Con esta causal se viola el respeto que los cónyuges deben tenerse y la libertad para su actuación. Cada uno debe respetar la personalidad del otro. La incitación a la violencia es alterar, mediante presión, la actitud del cónyuge en tal forma que llegue a manifestarse como agresor y cometa un delito, por lo cual, se le priva también de la libertad para decidir las situaciones que en la vida conyugal se presenten.⁸

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.

Puede estimarse que esta causal es de las más graves puesto que afecta a terceras personas que constituyen la familia.

Dentro de la relación interpersonal y jurídica paterno-filial, tanto los padres como los hijos se deben mutuo respeto; de lo contrario, será imposible la relación filial. También se violan los deberes propios de la patria potestad, que comprende la custodia, la educación y obligación de observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo.

⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edit. Porrúa, México, 1990. P. 482

Debemos entender que la corrupción consiste en la depravación que rebaja la moral del hijo con relación a todas las personas, dejando en éste una huella profunda de psiquismo, torciendo el sentido natural y sano que debe tenerse del comportamiento general humano.⁹

En esta fracción puede darse el caso específico de la corrupción de menores de dieciocho años de edad; pero podrán los hijos ser mayores, y entonces ya no estaremos ante el delito de corrupción de menores, pero sí indiscutiblemente, ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o a la hija mayor de dieciocho años.

VI.- Padecer cualquier enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o que científicamente haga prever algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes de ese matrimonio o padecer impotencia incurable, siempre que no se esté en alguna de las excepciones señaladas por la fracción VIII del artículo 153. No es causa de divorcio la impotencia en uno solo de los cónyuges si sobrevino al matrimonio y como consecuencia natural de la edad.

Configura lo que en la doctrina se ha llamado causas eugénicas o causas remedio.

Para el estudio de estas causas de divorcio, conviene hacer las distinciones siguientes: se desprende del texto de la fracción que la idea fundamental es que la enfermedad sea crónica e incurable, contagiosa o hereditaria.

⁹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. 483

Para la impotencia incurable, se requiere de acuerdo con el artículo 153 fracción VIII de nuestra legislación Civil, que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. En cambio, la impotencia incurable que exista antes del matrimonio, es un impedimento que origina la nulidad relativa del mismo; que debe pedirse dentro del término de sesenta días de celebrado el matrimonio, y que si no se ejercita, ya no podrá después ni invocarse como nulidad, ni tampoco como causa de divorcio, dando por resultado que por no hacerse valer esa impotencia incurable para la cópula y anterior al matrimonio, dentro del término establecido, se convalida éste y, además, no sea causa de divorcio.

La impotencia consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia sino esterilidad.

Se consideran estas causas como de tracto sucesivo por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley en las causales que se dan en hecho determinado en el tiempo.

VII.- Padecer enajenación mental incurable.

También como podemos observar esta causal contempla lo que en la doctrina se ha llamado causas eugénicas o causas remedio.

El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o por la separación de cuerpos.

Esta causal esta considerada como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley en las causales que se dan de un hecho determinado en el tiempo.

El problema consiste en saber si el cónyuge sano puede pedir el divorcio en las primeras etapas de estas enfermedades, la respuesta lógica sería no, pues en esas previas etapas la mayor parte de las enfermedades no reúnen las características pedidas por la ley.

La enajenación mental incurable tendrá que ser declarada en un juicio de interdicción que se le lleve al enfermo, en cuya sentencia se declare que el cónyuge queda incapacitado. En este caso se procederá a nombrarle tutor. Cuando el juicio de interdicción declare que un cónyuge está incapacitado, el cónyuge sano tiene tres opciones: Ser nombrado tutor legítimo de su consorte, pedir el divorcio basado en esta causal, o solicitar simplemente el divorcio-separación sin extinguir el vínculo matrimonial. Si opta por el divorcio vincular, podrá pedir la separación judicial provisional mientras se sigue el juicio de interdicción y durante el procedimiento de divorcio.

Este tipo de causales fueron establecidas por el legislador en razón del interés privado del cónyuge sano, y en vista del interés superior de la salud pública en cuanto a procurar una descendencia sana y sin taras.¹⁰

VIII.- La separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

Esto significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal. Esta separación no significa necesariamente el abandono de todas las obligaciones conyugales; es decir, no importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar. Basta el hecho objetivo de haberse roto la cohabitación por más de seis meses para tener causa de divorcio.

¹⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Quinta Edición. Edit. Porrúa. México, 1992. P. 483

La separación maliciosa rompe la unidad y la posibilidad de vida en común dentro del domicilio conyugal. Afecta la permanencia a la que se comprometieron los consortes al casarse. Imposibilita el diálogo como un deber necesario en la relación interpersonal y jurídica, e imposibilita el socorro y la ayuda mutua que se traducen en la promoción integral de los cónyuges como fin del matrimonio.

El código no habla de abandono de un cónyuge por el otro, sino únicamente de separación de la casa conyugal.¹¹

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

La acción concedida al cónyuge que dio causa a la separación del otro del domicilio conyugal, solamente tiene por objeto obtener la disolución del vínculo matrimonial; pero los efectos que por esto se produzcan en relación con la situación de los hijos y las obligaciones de suministrar alimentos, se resolverán teniendo como cónyuge culpable al que se compruebe que incurrió en alguna de las causas mencionadas en las demás fracciones de este artículo.

¹¹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. P. 230

Tenemos en esta causal una segunda forma o manera de separación del hogar conyugal. En ésta el cónyuge que se separa no viola los deberes y obligaciones señalados en la anterior, porque se separa habiendo causa suficiente. Sin embargo, al no demandar basándose en la causal que tiene a su favor, y dar la oportunidad para que el cónyuge que quedó en el domicilio lo demande, viola el deber de la vida en común, es decir, la unidad a la que se comprometieron y la convivencia en el domicilio conyugal, y la permanencia del matrimonio como característica de la institución.

El cónyuge que abandona la casa conyugal porque ya no soporta la vida en común, en base a que el otro le ha dado una o muchas causas de divorcio, debe demandar el mismo antes de que transcurra un año, o corre el peligro de ser él el demandado por abandono de hogar.

Se entreve en esta causal una aparente injusticia: el cónyuge que debió ser acusado se convierte en acusador y puede vencer en el juicio como cónyuge "inocente" . Sin embargo por un lado en nuestra ley civil existe la obligación de convivir en el domicilio conyugal y no le esta permitido a ninguno de los dos romper unilateralmente con este deber.

En segundo lugar sabemos que la ley señala un término de caducidad de seis meses para pedir el divorcio cuando la causa no es de carácter permanente o de tracto sucesivo. Si el cónyuge con causa deja pasar los seis meses, sin interponer la demanda de divorcio se da la presunción del perdón tácito y de acuerdo con el artículo 334 de nuestra legislación Civil, ninguna de las causas enumeradas en el artículo 323 del mismo ordenamiento pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito.

Lo grave de la cuestión estriba en las consecuencias diversas del divorcio con respecto a los dos cónyuges, entre otras, el derecho a alimentar a favor del cónyuge inocente.

Es por ello totalmente aconsejable para el cónyuge que abandona justificadamente al otro, que interponga a tiempo la demanda de divorcio, o interrumpa la separación antes de que transcurra el año para no caer en la causa que estamos analizando.¹²

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

En esta causal no hay culpa del ausente o del presunto muerto. Sin embargo, esta situación hace imposible el cumplimiento de los deberes conyugales como son la vida en común, el socorro, la ayuda mutua, el diálogo y el sostenimiento del hogar como obligación de ambos cónyuges.

El estado de ausencia y el de presunción de muerte no operan en forma autónoma como disolución del vínculo matrimonial, sino que el cónyuge que demanda tiene que probar con la sentencia que declara este estado, la causa de divorcio.

Aún en los casos en que la ausencia no sea imputable al cónyuge ausente, da causa de divorcio al otro cónyuge, precisamente porque ya no se realizan los fines naturales del matrimonio, por haberse roto la vida en común, y porque para la ley no puede existir un matrimonio en esa situación anómala.

¹² MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. P. 231

Se distingue entre la declaración de ausencia y la presunción de muerte del ausente. Sólo en ciertos casos, cuando la ausencia se debe a circunstancias especiales, como la inundación, el naufragio, el incendio, no se requiere que se lleve a cabo la declaratoria de ausencia, sino que por el solo transcurso de dos años se puede ya declarar la presunción de muerte del ausente, habrá causa de divorcio, aún sin necesidad de que se haya declarado la ausencia. En cambio, cuando la ausencia no se deba a esas causas, tiene primero que hacerse la declaración de ausencia, y después vendrá la correspondiente de presunción de muerte. Bastará con que se llegue a declarar la ausencia para que exista ya la causa de divorcio de que estamos tratando.¹³

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, que hagan imposible la vida conyugal.

En esta causal se comprenden las causas de divorcio que con más frecuencia se convocan en los tribunales, ya que en esta pueden quedar resumidas casi todas las demás; esta es la razón por la que es de las más invocadas. En realidad encontramos tres causales que son: las sevicias, las amenazas, y las injurias graves, que pueden invocarse cada una aislada, o bien conjuntamente cuando se presenten en un caso determinado. Es decir, no necesitan darse las tres para que proceda esta causal.

La sevicia significa genéricamente, crueldad: consiste la misma en los malos tratamientos de hecho que revelan crueldad, sin que impliquen peligro para la vida del ofendido. Son malos tratos de palabra o de obra que hacen imposible la vida conyugal. Son todos aquellos actos ejecutados por un cónyuge con el ánimo de hacer sufrir al otro.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. 391

Las amenazas son las palabras o hechos mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos. La amenaza puede constituir también un delito, con independencia de la causal de divorcio en materia civil.

La injuria. Viene del latín iniuria. Agravio, ultraje de obra o de palabra . Hecho o dicho contra razón y justicia, según lo expresa el diccionario de la lengua de la Real Academia Española, décima novena edición. Injuria es toda acción proferida o toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, o con el fin de hacerles una ofensa. Es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio.

Además debe ser grave, pero tal gravedad debe de determinarla el juzgador y no el actor que es quien generalmente la califica.

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 162 y 163.

Como podemos observar esta causal nos remite a otros artículos, el artículo 161 de el Código Civil para nuestro estado nos señalan ciertos deberes de los cónyuges, principalmente la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a las cargas del mismo en las personas de los cónyuges y de sus hijos. El artículo 162 nos señala el derecho preferente que tiene la mujer sobre los productos de los bienes del marido y los sueldos, salarios y emolumentos para la alimentación de ella y de sus hijos menores y para su aseguramiento para el caso de hacer efectivos esos derechos. Y por último el artículo 163 concede esos mismos derechos al marido en el caso de que ambos contribuyan al sostenimiento del hogar.

En principio, el incumplimiento de esta obligación que es necesaria al estado matrimonial, no es una causa de divorcio, si hay la posibilidad de que el cónyuge acreedor pueda embargar bienes, para que el cónyuge deudor cumpla con su obligación alimentaria; sólo que exista esa imposibilidad, habrá causa de divorcio. Pero aquí tenemos que distinguir la causa por la cual exista esa imposibilidad, pues la ley no se refiere a que un cónyuge carezca de bienes y, por lo tanto, el otro esté imposibilitado de embargarlos, porque entonces, si un cónyuge careciere de bienes, no tendría la obligación de dar alimentos al otro. Siempre la obligación de dar alimentos supone la posibilidad económica del cónyuge deudor y la necesidad del cónyuge acreedor; debiendo los alimentos estar proporcionados justamente a esa posibilidad económica del que deba darlos y a la necesidad del que deba recibirlos.¹⁴

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

La simple acusación que haga un cónyuge del otro, constituye una profunda deslealtad, aunque la misma no fuere calumniosa. Habiendo calumnia de por medio, implica esa conducta una aversión profunda del cónyuge calumniador respecto del otro que evidencia la ruptura total del afecto conyugal. Al respecto, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

¹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. 392

" Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta de lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, por que es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que está inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común".¹⁵

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que implique deshonor para el otro cónyuge o para sus hijos, por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años.

Para que se configure esta causal se necesitará forzosamente que exista una sentencia que cause ejecutoria en la cual se declare culpable a un cónyuge de un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

Dos interpretaciones se le han dado a la inclusión de esta causal: la primera, el derecho del cónyuge inocente de no compartir la infamia cometida por el otro; segunda: la interrupción de la vida conyugal prolongada por más de dos años, por culpa del cónyuge delincuente.

En un sentido amplio, cualquier condena penal, constituye un descrédito en el honor, la reputación, o el buen nombre de una familia.

¹⁵ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. P. 234

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

Requiere esta causal que se reúnan dos circunstancias: el hábito vicioso y la amenaza de la ruina de la familia, o el vicio que provoca una constante desavenencia conyugal.

Se afectan la vida familiar y conyugal que debe ser en común dentro del hogar y en ambiente de unidad. Se afectan también la obligación de dar alimentos, pues las situaciones planteadas en esta causal, no pocas veces, atentan contra la estructura económica conyugal o familiar, dejando muchas veces en ruina a la familia, o dificultando gravemente el sostenimiento del hogar. Es sumamente difícil el diálogo conyugal o familiar con personas enfermas, en estado de embriaguez o adictos a drogas enervantes.

El juez debe calificar en cada caso si se aúnan las dos circunstancias, pues puede suceder que los hábitos de vicios señalados en alguno de los cónyuges, hayan sido siempre tolerados por el otro y no amenacen la ruina de la familia, y ante circunstancias posteriores toma esos vicios como causa de divorcio.

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto intencional 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.

La esencia de la causal que señalamos consiste realmente en la conducta desleal hacia el cónyuge, que implica además, falta de consideración, de respeto y de protección a los intereses del cónyuge. Significa que el matrimonio se ha roto en su esencia.¹⁶

XVII.- El Mutuo consentimiento.

Esta causal ha quedado vista en el capítulo anterior.

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

La acción podrá ejercitarse en cualquier tiempo y no tendrá más objeto que declarar la disolución del vínculo, conservando ambos la patria potestad de los hijos y quedando vigentes todas las obligaciones relativas a alimentos. La custodia de los menores la tendrá el cónyuge con el cual haya vivido, pero los menores que hubieran cumplido catorce años, podrán elegir a su custodio. El contrato de matrimonio con relación a los bienes terminará al declararse el divorcio y se procederá a la liquidación en los términos de la ley, sin perjuicio de lo que las partes convinieren al respecto.

Es una causal de reciente creación en el Código Civil vigente en nuestro Estado, pues aparece publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado en fecha 28 de julio de 1989 y en general también en otros estados en los que se regula aún en el Código Civil para el D.F., y no hay antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

¹⁶ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. P.P. 235-236

Tampoco se hace mención de causa semejante en la Ley Sobre Relaciones Familiares. Como antecedente nacionales, encontramos causa semejante en los Códigos Civiles de los Estados de Sonora y Zacatecas. Por ahora sólo diremos que puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, aun por el culpable del rompimiento, ya que es tema de nuestro estudio y la trataremos con más amplitud en los siguientes capítulos.

Nuestra ley sustantiva civil vigente en el Estado contempla una última causal de divorcio en su artículo 324 que a la letra dice: Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la sentencia ejecutoria. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Aunque el legislador reguló esta causal de manera autónoma, es decir, fuera de la enumeración de las dieciocho causales que señala el artículo 323 de nuestra ley Sustantiva Civil vigente, la razón de la misma es idéntica a las demás, o sea, la constatación del rompimiento del afecto matrimonial. Si un cónyuge ha solicitado el divorcio o la nulidad del matrimonio, significa que ya no quiere seguir casado con su pareja. Si posteriormente no pudo justificar debidamente su demanda, no obtendrá la disolución legal del matrimonio, pero el mismo quedó roto de hecho.

En este caso el cónyuge demandado obtendrá para sí esta especial causal de divorcio,

Esta causal puede prestarse, creemos, a serias injusticias en cuanto al cónyuge que demandó primero la nulidad o el divorcio "por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente" al tenor del artículo 324 del Código Civil vigente en el estado de Guanajuato. Normalmente el juicio de divorcio se pone en manos de un abogado que es el encargado de presentar a tiempo las pruebas suficientes. Si por negligencia o torpeza se pierde el juicio de nulidad o divorcio, estas causas no son imputables al que va a sufrir las consecuencias del subsiguiente divorcio y del que pueda resultar cónyuge culpable.¹⁷

5.4.- SEPARACION Y ABANDONO DEL HOGAR CONYUGAL.

Es necesario señalar que se cambió la palabra abandono por separación del hogar conyugal. Estimamos que el concepto de abandono es más amplio que el de separación. Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, abandono es la "acción y efecto de abandonar o abandonarse " y por abandonar se entiende " dejar, desamparar, a una persona o cosa". " Dejar a un lugar, apartarse de él, cesar de frecuentarlo o habitarlo". Y por separación se entiende la "accion y efecto de serparar o separarse"; también "interrupción de la vida conyugal por conformidad de las partes por fallo judicial, sin quedarse extinguido el vínculo matrimonial".

¹⁷ MONTERO DUHALT, Sara, Op. Cit. P. 239

En primer lugar, debemos tomar en consideración que la separación no es abandono. Por lo tanto, la simple separación, aunque se estuvieren cumpliendo los otros deberes familiares o conyugales es causa de divorcio. Es decir, la separación se considera suficiente en la legislación actual para que proceda el divorcio, al romperse toda posibilidad de convivencia y unidad del matrimonio, necesarios para que se cumplan los deberes conyugales. Esta opinión en cierta forma es contraria a la expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde, como veremos, se requiere para que proceda esta causal el que se falte también a los deberes y obligaciones conyugales.

La separación debe ser de la casa conyugal. Por lo tanto, debemos recordar lo que se entiende por morada o casa conyugal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha preocupado por dar elementos necesarios para integrar un concepto de domicilio conyugal, y entre otros se señala que deben tener casa o lugar propio donde habitar los cónyuges y su familia y no estar "arrimados" en domicilio de otros.

La jurisprudencia es la siguiente " Para configurar la causal de divorcio consistente en el abandono del hogar conyugal, se precisa desde luego la existencia del abandono del hogar conyugal, y éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen del hogar propio.¹⁸

¹⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. 492

CAPITULO VI
EFFECTOS DE DIVORCIO

CAPITULO SEXTO

EFFECTOS DEL DIVORCIO

La sentencia ejecutoria que decreta la disolución del vínculo matrimonial, produce efectos en relación con la persona de los consortes que se divorcian, respecto de la situación de los hijos y en cuanto a los bienes de los consortes. En cuanto a los efectos que se producen en el divorcio voluntario son distintos de los que se producen en el divorcio necesario o contencioso; en ambos hay efectos provisionales que son los que se dan durante la tramitación del divorcio, y efectos definitivos y consecuencia de la sentencia ejecutoria que disuelve el vínculo matrimonial.

6.1.- EFECTOS EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO.

6.1.1.-EFECTOS PROVISIONALES

A) En relación con los conyuges.

Según nuestro Código Adjetivo Civil puede decretarse como medida precautoria a solicitud de parte el depósito de personas, que procederá en asuntos de divorcio, cuando lo solicite para sí la mujer, ya sea que ella haya entablado o pretenda entablar la demanda, o que sea la demandada.

El depósito de la mujer o de los menores se ordenará por el Juez, señalando el domicilio de familia honorable o institución de beneficencia en que deban permanecer, entre tanto se resuelve el divorcio.

También nuestro Código Sustantivo establece que se deben dictar en su caso, medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que este o quede en cinta; puesto que es posible que al plantearse el divorcio voluntario judicial, la mujer estuviere embarazada.

Además es obligatorio que durante el procedimiento se determine una cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro, durante el procedimiento y, después de ejecutoriado el divorcio.

B) En relación con los hijos.

En cuanto a las medidas provisionales que contempla nuestro Código Civil nos establece que al admitirse la demanda y mientras dure el juicio de divorcio se deberá poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos . En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos; el juez, con audiencia del otro cónyuge, resolverá inmediatamente, designando a la persona en caso de no ser aceptada la propuesta. Normalmente se confían los hijos a alguno de los progenitores, y estos desde un principio se ponen de acuerdo quién tendrá la guarda de los hijos y la forma en cómo se ejercitará el derecho de visita por el otro progenitor.

Cabe señalar que al igual que a los cónyuges, es obligatorio que durante el procedimiento se determine una cantidad que a título de alimentos se debe proporcionar a los hijos. Determinando la forma cómo se hará el pago y cómo se garantizarán los alimentos.

C) En cuanto a los bienes.

Cuando la sociedad conyugal no hubiere sido disuelta, deberá señalarse en un convenio lo relativo a su disolución. Deberá haber un inventario de bienes, avalúo de los mismos, nombramiento de liquidadores y la proposición de la participación de ambos cónyuges.¹

6.1.2.- EFECTOS DEFINITIVOS.

El divorcio extingue el vínculo matrimonial y deja en libertad a los divorciados de contraer un nuevo matrimonio válido. Podrán volver a casarse dejando transcurrir un año después del día en que se declara ejecutoriada la sentencia de divorcio (artículo 343 párrafo III).²

Al cambiar el estado familiar de los cónyuges a divorciados cambia el fundamento de los alimentos, y la ley determina cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio.

¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edit. Porrúa, México, 1990. P. 537

² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Quinta Edición. Edit. Porrúa, México, 1992. P. 257

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, su fundamento es la "compensación" que entre cónyuges se deben por el tiempo de duración del matrimonio. La mujer siempre tiene derecho a la compensación, es decir, recibir alimentos independientemente de su posibilidad o imposibilidad para trabajar. Este hecho lo disfrutará si no tiene ingresos suficientes, lo que significa que si no tiene ingreso alguno deberá recibir la compensación mayor que si tuviere algunos, en cuyo caso sólo se compensará lo faltante.

Esto se explica porque la mujer, con el advenimiento de los hijos, se aboca a su atención, educación sostenimiento del hogar, dejando o por lo menos disminuyendo el trabajo remunerado que hubiera estando desempeñando. En cambio el varon, no siempre tiene derecho a recibir alimentos. Lo tendrá cuando se "encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes".

En ambos casos se disfrutará de los alimentos mientras no se contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato.

En cuanto a la patria potestad como sabemos es irrenunciable por parte de ambos padres y en el caso del divorcio por mutuo consentimiento ambos la conservan. Todos los derechos, todos los deberes y obligaciones quedan vigentes y es responsabilidad de ambos padres el cumplirlos.

Pero como ya sabemos el divorcio produce el efecto de disolver el vínculo conyugal y los padres vivirán separados, uno de ellos tendrá la guarda o custodia de los hijos, lo que se determina por el mutuo acuerdo entre ellos y se somete a consideración del juez en el convenio que se presenta para su aprobación. El padre que tenga la custodia, necesariamente ejercerá la patria potestad, aún cuando ambos la conservan, es decir, no significa que el otro carezca de derechos y obligaciones. Debe vigilar y ayudar, pudiendo oponerse razonablemente a las decisiones del otro progenitor.

Para asegurar al progenitor que no queda a cargo de la guarda condiciones adecuadas para vigilar la educación, formación y asistencia moral de los hijos y también el contacto con ellos, es por lo que se le confiere el derecho de visitarlos. Esto no se contempla en nuestros códigos pero surge de la necesidad porque ambos conservan la patria potestad.

En relación a este derecho de visita debemos tomar en cuenta que no es ajeno a la patria potestad. Sólo tiene el derecho de visitas quien conserva la patria potestad; por lo tanto quien la pierde, perderá, consecuentemente el derecho de visita.³

³ CHAVEZ ASECIO, Manuel F. Op. Cit. P. P. 540-541

6.2.- EFECTOS EN EL DIVORCIO CONTENCIOSO.

6.2.1 .- EFECTOS PROVISIONALES.

En nuestra ley Sustantiva Civil se contienen medidas provisionales que debe dictar el Juez como necesarias para la protección de las personas y bienes de los divorciantes y sus hijos.

Esas medidas provisionales, que producen efectos durante el proceso, tienen como características las siguientes:

Deben ser urgentes, razón por la cual se dictan a la presentación de la demanda, o antes, si hubiere necesidad.

Se dictan sin necesidad de audiencia del otro cónyuge, o bien sea como deudor alimentario, o como progenitor en relación a los hijos.

Es necesario tomar en cuenta que estos efectos provisionales pueden modificarse en cualquier tiempo durante el proceso.⁴

⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. 545

Como criterios en relación con estas medidas pueden tomarse en cuenta los siguientes: si se tratara sólo de cónyuges sin hijos, debe haber preferencia en favor del inocente, que se presume lo es quien demanda con base en lo dispuesto en el artículo 333 de el Código Civil para el estado de Guanajuato, que previene que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él.

Quando hubiere hijos, el cónyuge inocente y la familia tienen preferencia.

En relación con el patrimonio es necesario detectar el régimen de bienes.

Así los efectos provisionales son los siguientes:

A) En relación con los cónyuges.

Todas las legislaciones coinciden en que, previo a la demanda o al plantearse ésta, deberán separarse los cónyuges. Esta separación puede provocar serios conflictos y dificultades, tanto porque pretenda el marido impedir la separación, como por no haber lugar donde la mujer habite.

Puede solicitarse dicha separación al juez al presentarse la demanda, cuyo plazo podrá ser hasta de quince días contados a partir del día siguiente de efectuar la separación.

Ahora bien, ¿cuál cónyuge debe permanecer en el domicilio conyugal?. Esta es una cuestión que nos remite al Código de Procedimientos Civiles al prevenir que la separación debe hacerse de conformidad con dicho ordenamiento legal.

Sin embargo las soluciones que éste nos presenta no es la que responde en la mayor parte de las ocasiones a las necesidades de la familia, que se constituye en alguno de sus progenitores y sus hijos que debe permanecer en el que ha sido el domicilio familiar. Parece natural y jurídico que el cónyuge inocente y sus hijos permanezcan en ese domicilio, por la debida prioridad que debe darse a la familia frente alguno de los familiares. La referencia al Código Procesal para lograr efectivamente la separación no significa que la solución sea la única y siempre igual para todas las situaciones. El juez al dictar la separación debe, no solo declararla, sino tomar las providencias o medidas precautorias para que se lleve a cabo, tal como lo establece nuestro Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 401 fracción tercera, 407, 408, 409 y 410 referente al depósito en los casos de divorcio así como de sus menores hijos.

B) Mujer embarazada.

En el caso de que la mujer se encuentre embarazada, el juez deberá también tomar las medidas precautorias que la ley establece al respecto. Esta medidas son las mismas que el Código previene para la viuda embarazada así como para los casos de nulidad que se aplicarán en lo conducente en los casos de divorcio.

Estas medidas, en caso de la mujer embarazada, tienen por objeto determinar todo lo relativo a la paternidad, así como efectos y consecuencias del divorcio para el hijo concebido.⁵

⁵ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. P. 546-547

C) En Relación a los Hijos.

Aquí entrarían las medidas previstas en lo relativo a la custodia de los hijos habidos de los cónyuges. Nuestro Código parte de la conveniencia de que los padres se pongan de acuerdo sobre la persona que debe cuidar a los hijos, en defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, lo que parece razonable pues se presume que el que pide el divorcio es el cónyuge inocente y éste tiene más derechos que el demandado para designar persona para la custodia de los hijos, que inclusive, puede ser el mismo cónyuge actor en el juicio. Pero como no siempre es posible obtener el acuerdo de los cónyuges, el juez previo procedimiento que fija el Código de Procedimientos Civiles resolverá lo que conviene para los hijos, pero salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

El juez citará a una audiencia a los padres donde los exhortara para que decidan con quien deberán quedar los hijos , si no hay acuerdo y después de haberlos oído en esa audiencia, el juez estará legalmente en posibilidad de decidir.

Se estima que el interés de los hijos en estos casos es superior al de los cónyuges, y los jueces deben intervenir y velar siempre protegiéndolos en su persona, alimentos y bienes.

Al igual que en caso de separación de los cónyuges, la situación de los hijos puede presentarse ante el juez civil como un acto prejudicial. El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el Código Civil.

Por tratarse de medidas provisionales, éstas pueden ser modificadas en cualquier momento.

d) Alimentos.

Esta es otra medida provisional, el juez debe señalar y asegurar sus alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a sus hijos.

Al disponer nuestro Código Civil en su artículo 336 fracción III, que al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se dictará provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, el señalamiento y aseguramiento de los alimentos que el deudor alimentario debe dar al cónyuge acreedor y a los hijos, quiere decir que la providencia respectiva puede dictarse sin audiencia previa al deudor, ya que se trata de una medida urgente para fijar una pensión alimenticia provisional, simplemente precautoria, sin que la resolución que la establezca sea definitiva ni de ejecución irreparable.

La petición de alimentos provisionales, en los casos de divorcio, se basa substancialmente en la necesidad ineludible e inaplazable de obtener alimentos, todo lo cual ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Debemos recordar lo que dice nuestra legislación Civil en cuanto al monto de los alimentos pues estos han de proporcionarse de acuerdo a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

e) En cuanto a los bienes.

El juez también deberá tomar las precauciones necesarias para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.⁶

⁶ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. P. 548-549

6.2.2.- EFECTOS DEFINITIVOS

Una vez que la sentencia de divorcio ha causado ejecutoria se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del vínculo matrimonial. Estas consecuencias tienen una triple naturaleza: En cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a sus hijos y en cuanto a su bienes.

a) En relación a los cónyuges.

El divorcio tiene efecto en el estado familiar de los cónyuges. Al disolver el vínculo, los esposos dejan de estar casados, es decir, dejan de ser cónyuges y, como consecuencia, adquieren el estado de divorciados.

Nuestra legislación establece que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

No obstante lo antes mencionado, la ley en algunos casos hace necesario que transcurra un término antes de que se pueda celebrar un nuevo matrimonio de los que se divorciaron, y en otros casos lo hace por sanción al cónyuge culpable ya que se le impide el contraer matrimonio sino después de dos años contados desde que se decretó el divorcio.

En el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento no se puede volver a contraer matrimonio, sino transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

Esta dilación tiene por objeto dar mayor seriedad tanto al divorcio como al matrimonio. Aunque en la práctica esto se elude.

El cónyuge inocente, si es hombre puede contraer inmediatamente nuevo matrimonio una vez que cause ejecutoria la sentencia de divorcio necesario. Si es mujer aun cuando fuere inocente, se le impide contraer nuevo matrimonio tomando en cuenta la posibilidad de que pudiera estar embarazada, por lo tanto deberá transcurrir el término de trescientos días, que se contarán a partir de la separación judicial que se decreta a partir de la fecha que se interrumpió la cohabitación, a menos que dentro de ese plazo diere a luz. Esta prohibición en relación a la mujer tiene su fundamento en lo relativo a la filiación y a la paternidad de los hijos de matrimonio.

Al quedar los cónyuges en libertad para contraer un nuevo matrimonio, también surge el problema del apellido. Algunos ordenamientos como el de nuestro estado de Guanajuato prohíben a la mujer divorciada seguir usando el apellido del marido (artículo 343 del Código Civil).

En cuanto a los alimentos, debemos señalar que actualmente en nuestra legislación, en el divorcio necesario, el pago de alimentos se considera como una sanción.

Debe tomarse en cuenta que las resoluciones que sobre alimentos se decretan por el juez son provisionales y siempre podrán modificarse atendiendo a las necesidades del acreedor alimentario y a las posibilidades del deudor.

Nuestra legislación dice al respecto de los alimentos entre los cónyuges que en los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir.

También existe un ordenamiento que previene que cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. En esta materia de divorcio, el ilícito está determinado por la propia ley y son las causales de divorcio, excepto enfermedades, enajenación, ausencia, presunción de muerte y la separación por más de dos años, lo que hay que probar es la relación de causalidad, es decir, que los daños y perjuicios se causaron por los actos y hechos señalados como generadores de divorcio. En lo patrimonial se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta del cumplimiento de una obligación y se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.⁷

b) En relación a los hijos.

Diremos que en relación al apellido este no se altera, a diferencia de lo que ocurre con la mujer, los hijos conservan el apellido de ambos.

En cuanto a legitimidad o ilegitimidad de los hijos debemos distinguir los siguientes tres periodos:

Si el hijo nace dentro de los trescientos días siguiente a la separación judicial de los cónyuges, existe la presunción de ser hijo de matrimonio y contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P.P. 553-560

El segundo, si naciere después de los trescientos días a la separación, pero antes que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio, para los efectos legales, lo importante es que en este segundo periodo no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca, más de trescientos días de pronunciada la sentencia. Por que la idea fundamental es esta: aun cuando hubo una separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá relación sexual entre los cónyuges, jurídicamente siguen unidos en matrimonio, hasta que no venga la sentencia definitiva y causa ejecutoria, a disolver el vínculo. Por lo tanto, si el hijo naciere después de los trescientos días siguientes a la separación pero antes de que se pronuncie la sentencia, evidentemente fue un hijo nacido durante el matrimonio de sus padres. A su vez, si el hijo naciere después de que se pronunció la sentencia, y ya había transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación, pero no los trescientos días siguientes a la disolución, que sólo se operan por sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres.

El tercer periodo sería si el hijo naciera después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio, con respecto a este supuesto la ley nos dice que el marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente se obtuvo la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

En cuanto a la patria potestad, diremos que es uno de los aspectos más importantes, al decidir cuál de los cónyuges conservará la custodia de los hijos.

El principio general reconocido en los Códigos Civiles que admiten el divorcio vincular es el privar al cónyuge culpable la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente.

Nuestra Legislación Civil al respecto establece en que casos el cónyuge culpable pierde la patria potestad, en que casos los hijos quedarán en poder del cónyuge sano y por último en los casos que restan, el juez es quién decide sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y a la custodia de los hijos menores de edad, determinando su conservación, su pérdida o suspensión para uno o ambos cónyuges, independientemente del carácter de vencedor o perdedor en juicio, mirando sólo el beneficio de los menores.

Debemos recordar dos cosas: cualquier resolución en esta materia podrá ser modificada según lo establecido por la ley y que en ningún caso pueden los padres desconocer las obligaciones que tienen para con sus hijos.

En lo referente a la custodia y al derecho de visita también se faculta al juez para que decida al igual que ocurre con la patria potestad.

Al dividirse el ejercicio de la patria potestad que tendrá preferentemente quien conserve la custodia, el otro progenitor tiene el derecho de visita. Para tal efecto deberá invitarse a los progenitores a que se pongan de acuerdo en la forma y manera de ejercer este derecho, no por que el juez se desinterese, sino por que son ellos quienes mejor conocen la situación y pueden resolverla. En caso contrario, el juez tendrá que decidir sobre este derecho de visita, entendido que corresponde no sólo al progenitor, sino también a los abuelos paternos y maternos según lo ha decidido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En lo referente a los Alimentos, nuestra Legislación Civil dice al respecto que los consortes divorciados tendrán la obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayoría de edad, o después de esta si se encuentran imposibilitados para trabajar y carecen de bienes propio suficientes, y de las hijas aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.

Debemos destacar que no se hace referencia a cuál clase de divorcio se refiere el legislador, por lo que esta disposición es aplicable, tanto al divorcio necesario como el voluntario. En ambos casos los consortes están obligados a la alimentación de sus hijos.

En esta materia también se presentan problemas prácticos para determinar su cuantía. Conviene remitirnos a lo que ha quedado establecido para la determinación para la cuantía provisional mientras el juicio de divorcio se resuelve.

En nuestro ambiente es común, que los padres buscan evadir el cumplimiento de esta obligación cuando los hijos quedan bajo la custodia y patria potestad de la madre, valiéndose de artimañas para comprobar a los jueces que poseen escasos recursos. Independientemente de lo anterior el juez tiene facultades de obligar al deudor alimenticio a cumplir con su obligación, estas consisten en las medidas de apremio que pueden llegar hasta el arresto por desacato a una resolución judicial.⁸

⁸ Op. Cit. P.P. 561-568

c) En cuanto a los bienes de los cónyuges.

En lo relativo a este aspecto nuestra ley establece que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

El divorcio disuelve la sociedad conyugal, por ello ejecutoriado 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 respecto a los hijos. En cuanto a la disolución conyugal puede acontecer que se haga en forma pacífica mediante convenio entre los que la constituyeron; por el contrario puede acontecer que entre ellos no hubiere acuerdo posible y que tuvieren que someterse a la decisión judicial.

El cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el culpable, al respecto nuestra ley establece que en los casos de divorcio, la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente solo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. Estos serán fijados por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica. El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos por parte del otro. Si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos del otro.

También nuestro Código establece como ya lo habíamos mencionado que cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.⁹

⁹ Op. Cit. P. 569

CAPITULO VII

**ANALISIS DE LA CAUSAL DE DIVORCIO
"SEPARACION DE LOS CONYUGES POR
MAS DE DOS AÑOS
INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO
QUE LA HAYA ORIGINADO..." EN
RELACION CON LO ESTABLECIDO EN
EL ARTICULO 333 DEL CODIGO CIVIL
VIGENTE EN EL ESTADO DE
GUANAJUATO.**

CAPITULO SEPTIMO

ANALISIS COMPARATIVO DE LA CAUSAL DE DIVORCIO "SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE LA HAYA ORIGINADO.." EN RELACION CON LO ESTABLECIDO EN ART. 333 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

7.1.- ESTRUCTURA DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 323 EN RELACION CON EL ARTICULO 333 DEL CODIGO CIVIL DE NUESTRO ESTADO.

Comenzaremos por establecer como se estructura dentro de nuestra legislación civil actual la fracción en comento.

El artículo 323 de el Código Civil vigente para el estado de Guanajuato establece, son causas de divorcio:

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

La acción podrá ejercitarse en cualquier tiempo y no tendrá más objeto que declarar la disolución del vínculo, conservando ambos la patria potestad de los hijos y quedando vigentes todas las obligaciones relativas a alimentos. La custodia de los menores la tendrá el cónyuge con el cual hayan vivido, pero los menores que hubieren cumplido catorce años, podrán elegir a su custodio. El contrato de matrimonio con relación a los bienes terminará al declararse el divorcio y se procederá a la liquidación en los términos de la ley, sin perjuicio de lo que las partes convinieren al respecto.

A su vez el artículo 333 de dicho ordenamiento señala que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

La causal motivo de este estudio jurídico es de reciente creación y apareció primeramente en las reformas al Código Civil del Distrito Federal publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983 y posteriormente es retomada por el Código Civil para el Estado de Guanajuato donde es publicada el 28 de julio de 1989 con algunas adiciones. En el Código Civil para el Distrito Federal esta reforma es propuesta por las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados. Como argumentación, en el documento que presentó al Congreso la citada Comisión, se expresa 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 solicitar la disolución del vínculo matrimonial mediante un juicio de divorcio voluntario.

En el Congreso se debatió sobre esta causal. Quienes la apoyaron expresaron que la separación es una situación de hecho; un divorcio real que opera casi con toda plenitud, pero que carece de existencia jurídica legal. Era una necesidad inaplazable.¹

¹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edif. Porrúa. México, 1990. P. 521

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. Se ofrece la oportunidad de regularizar situaciones a veces incómodas y de matrimonios que se encuentran desintegrados desde hace tiempo.

Quienes se expresaron en contra a la adición de esta causal manifestaron, que "esta fracción no esta relacionada con ninguna causa moral, ninguna falta a la moral social, laica", sino, "simplemente la separación haya sido justificada o no". Se considera que se "amplía el divorcio en toda esta iniciativa, se aumentan las causas y se vanaliza el vínculo matrimonial". Esto nos parece que entonces engloba el espíritu no de integración familiar, sino más bien de disolución familiar; estamos en contra de este artículo. También señalaron el hecho de que se está afirmando sin estadísticas y que esta causal es bastante disolvente, sobre todo porque "no marca causas, simplemente por eso, es una causal más, pero no marca ninguna causa porque dice "independientemente del motivo que haya originado la separación", lo cual podrá ser invocado por cualquiera de ellos.²

En el Código Civil de nuestro estado, esta causal es propuesta por los diputados José Antonio Ramírez Salgado y Servio Padilla del Toro, ambos miembros de la fracción parlamentaria del Partido Revolucionario Institucional. Como argumentación en su exposición de motivos manifiestan primeramente que la familia es la célula básica en que descansa nuestra organización social. Su desintegración conlleva de manera necesaria una lesión que afecta a toda la sociedad. El legislador no debe propiciar la desintegración fácil del núcleo familiar, originada en el sólo capricho, tal vez transitorio, de cualquiera de los cónyuges.

² GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Décimasegunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. P. P. 521-522

Posteriormente manifiestan que tan dañina para la vida familiar es propiciar la disolución del vínculo matrimonial, como para los hijos y para la sociedad, estableciendo causales de divorcio por actos fútiles, sin ninguna importancia o trascendencia real, como querer mantener unidos a los cónyuges, cuando esta unión resulta imposible. "Igualmente se daña si se facilita en grado superlativo, como ocurrió alguna vez en nuestro país, la disolución del vínculo matrimonial, como si se empeñará el legislador en mantenerlo. "Quizá haga más daño para el desarrollo y educación de los hijos un matrimonio desavenido, inexistente, que sólo guarda vacías formas sociales, que una separación legal y digna. Más adelante la misma exposición dice que el legislador tiene la obligación de establecer soluciones legales para problemas y situaciones reales en la sociedad...

En el congreso local se debatió también sobre esta causal. Quienes la apoyaron expresaron que "La separación de los cónyuges significa que la tradicional *affectio maritalis* de que hablaban los romanos ya no existe. Los que están casados o al menos uno de ellos, ya no quiere seguir unido a su cónyuge.

" En estas condiciones, cuando los cónyuges han roto de hecho el vínculo afectivo que los unía y viven separados por un tiempo más o menos largo, existe causa justa para pedir y obtener la sentencia de divorcio que dé seguridad jurídica a una situación incierta.

También expresaron que con la iniciativa no se está provocando la disolución. Estamos hablando de algo que ya está disuelto, estamos hablando de una pareja que cayó en el desamor, que cayó en la incompreensión y que, en muchos de los casos, en el terreno de la realidad va en perjuicio claro de los hijos.

Admiten también que es un "fusil", del Código Civil del Distrito del Federal.

Como ya mencione esta tercera causal de divorcio, por la separación prolongada de los cónyuges, fue introducida en el año de 1983 en el Distrito Federal y en 1989 en nuestro estado, donde se faculta a cualquiera de los cónyuges a pedir el divorcio, con lo cual se completó el muy surtido divorcio a la carta que para la disolución del matrimonio y destrucción de la familia ofrece a los consortes el Código Civil, porque al divorcio-sanción de las fracciones I a V, XI a XIV y XVI, al divorcio-remedio de las fracciones VI, VII y XV, al divorcio-fracaso de las fracciones VIII y IX, y al divorcio-capricho de la fracción XVII, se añade ahora la vieja figura romana del divorcio-repudio urdido a través de una separación.³

Se pretendía que con esta causal se resolvieran jurídicamente situaciones inciertas. Las relaciones humanas y las relaciones jurídicas requieren de certeza y toda incertidumbre debe resolverse. Si se invoca como fundamento de esta causal que servirá para resolver situaciones de incertidumbre conyugales, en la exposición de motivos del decreto debieron de haberse dado los fundamentos y estadísticas en que se basaron. Es decir, señalar por qué se estima perjudicial para algunos de los consortes no quedar libre por el sólo transcurso del tiempo. Podría pretenderse que con ello se resuelven situaciones por las cuales uno de ellos (normalmente la mujer) niega al otro el divorcio voluntario, y como el que se separa es culpable no puede invocar ninguna causal para resolver su situación y desligarse del consorte para vivir tranquila y legalmente.

¿Es ésta la manera de resolver una situación?; o bien, ¿Se pretende permitir que el cónyuge culpable conserve su situación en perjuicio de quien lucha por la integración del matrimonio?.

³ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia. Segunda Edición. Edil. Porrúa. México, 1991, P. 96

Se cayó en el absurdo de señalar como causa la separación cuando la separación es el efecto, es alterar la lógica de los acontecimientos y violentar el orden jurídico, pues siempre las causas producen los efectos. En el divorcio, las causas son los actos ilícitos cometidos por un consorte en perjuicio del otro o de sus hijos, o los casos de enfermedad o presunción de muerte, que generan el divorcio-sanción o el divorcio remedio. Las causas podrán ser los golpes, las injurias, amenazas, o actos de perversión en contra del consorte o los hijos, etc.. Basarse en los efectos con independencia de las causas, pueden generarse situaciones de injusticia no tolerables para el derecho que tiene como fin lograr la justicia, la igualdad y el bien común.

En la causal motivo de este estudio el legislador omite la causa que produce la separación pretendiendo con eso resolver situaciones inciertas, y lo único que logra es generar situaciones de desequilibrio y desintegración. Por el mero hecho de la separación no existe situación incierta; la separación es consecuencia de algo y de alguien. Hay una causa y alguien que la genera en las relaciones familiares y conyugales.⁴

La pareja se une por alguna razón y se separa, también por algún motivo. Lo anterior sería el camino lógico para pensar en que el divorcio debe proceder por alguna causa o por mutuo consentimiento, sin embargo con la adición de esta causal no ocurre así; pues debido a la ignorancia de los legisladores aprobaron esta fracción.

⁴ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. P. 526-527

Si como decimos para casarse hay uno y mil motivos, para divorciarse, también los debe de haber, de donde condenamos la actitud del legislador, que exhibiendo una estulticia total, aprobó una de las más graves ofensas a la familia, como se demuestra en los datos siguientes: Según las estadísticas oficiales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en los cuarenta Juzgados Familiares de la ciudad-capital, se tramitan mensualmente cinco mil cuatrocientos ochenta divorcios; de estos, 75% corresponden a la fracción XVIII y el 25 restante se dan por separación del hogar conyugal de acuerdo a la fracción XII. El ataque frontal contra la familia por la fracción XVIII consiste en permitir a los cónyuges que pretenden divorciarse, hacerlo sin causa alguna, lo cual deja indefenso a uno de ellos, porque no hay ni culpable ni inocente, ya que no podría distinguirse, donde no lo ha hecho la ley, si en el caso que nos ocupa, el culpable es el que se va, o el que se queda. El grado de culpabilidad es muy importante para determinar, como ocurre en otras causales, la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge inocente; mientras no vuelva a contraer matrimonio, no se una en concubinato o mientras llega a tener bienes suficientes para mantenerse.⁵

No es posible esperar que el Congreso de la Unión rectifique en lo relativo a este renglón, corresponde a la doctrina y principalmente a los tribunales y más aún a los estudiosos del Derecho, remediar este absurdo mediante una recta interpretación que responda a criterios morales fundamentales en materia matrimonial, que respalden la deseada moralidad de la sociedad, que respete al matrimonio como fuente legal y moral de constituir una familia, y que sujete la causal a límites bien definidos impidiendo la generalidad con que está presentada. No es posible aceptar, ni humana ni jurídicamente, que "independientemente del motivo" un cónyuge puede "divorciar al otro", y que el juez se limite a tomar el tiempo transcurrido de la separación.

⁵ GÚITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho de Familia? V. II. Primera Edición, Edit. P. J. C. México, 1992. P. P. 73-74

¿ Cómo queda la protección del matrimonio ? ¿ Dónde el arbitrio judicial para calificar las graves causas que deben dar lugar al divorcio ?

Debe necesariamente en beneficio del país, de las familias y del matrimonio limitarse el alcance.

También aquí cabe expresar lo que antes señalábamos acerca del principio que establece el artículo 333 del Código Civil vigente para nuestro estado relativo a que "sólo puede invocar esta causal el cónyuge no culpable". Este principio nos indica que sólo el inocente puede demandar el divorcio.

Debemos aclarar también que de alguna manera deberían de quedar excluidas las otras causales previstas por el artículo 323, por la razón de que podría darse el caso que hubiere una separación por adulterio de los alguno de los cónyuges . Por ser esta una causal específicamente prevista por la fracción I de dicho ordenamiento, no puede ser esa situación motivo para invocar como causal la separación de los cónyuges por más de dos años, pues si el consorte invoca una causal equivocada no prosperará el divorcio. Es decir, dentro de esta última fracción, tendrían que quedar excluidas necesariamente cualquier otra de las causales previstas en el mencionado artículo, pues de lo contrario sería tanto como comprender dentro de esta última todas las anteriores, lo que va en contra de cualquier técnica jurídica.

En la práctica observamos que esta causal se aprovecha en lugar del divorcio voluntario y también se utiliza en sustitución de la causal verdadera.

Como podemos observar, la estructura de la fracción del artículo 323 del Código Civil vigente en nuestro estado y también como se desprende de todo lo narrado, podemos decir, que al parecer el legislador encuadra esta fracción dentro de la normatividad del divorcio necesario. Sin embargo, al establecer esta causal "independientemente del motivo que haya originado la separación" y lo más grave aún que "puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges" , agregando además que la acción puede ejercitarse en cualquier tiempo y tendrá más objeto que declarar la disolución del vínculo"; claramente se contradice con lo establecido por el legislador en el artículo 333 del mismo ordenamiento, ya que éste nos dice que "el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él". Debemos entender entonces, que sólo el cónyuge inocente puede invocar la acción de divorcio en su favor, por lo tanto, será un divorcio necesario, con la particularidad de que no habrá calificación de cónyuge inocente ni de culpable. El legislador en la misma causal, estableció, una normatividad especial en lo relativo a patria potestad, alimentos, custodia y liquidación de la sociedad conyugal si fuera el caso; dejándonos de cualquier manera una incertidumbre porque entonces, no es divorcio necesario, ni tampoco encaja dentro del divorcio voluntario.

En efecto, 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 y también lo hará en lo relativo a la patria potestad, custodia de los hijos, etc., en tanto en esta causal solamente señala que quedarán subsistentes todas las obligaciones alimentarias y conservando ambos la patria potestad. Y en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos.⁶

Pues bien, la fracción XVIII no encuadra dentro del mutuo consentimiento, ni tampoco propiamente en el necesario. Al parecer, el legislador contempló esta causal de manera especial, estableciéndole de manera particular su propia normatividad y saliéndose de la lógica que para las otras causales había establecido, pero sin especificar como se resolverían esas situaciones (en cuanto a los alimentos), dejándolo al arbitrio del juzgador.

Es muy importante por todas las razones esgrimidas, establecer al cónyuge culpable. La separación pudo haber sido provocada por el cónyuge que deseaba divorciarse, o aún puede proceder de una causa legítima y autorizada por el otro cónyuge, ¿cómo entender la estricta aplicación de esta causal?

Queda la impresión de que no se busca el bien del otro cónyuge y de los hijos, sino primordialmente la libertad del culpable que quiere unirse en un nuevo matrimonio. Las causas aducidas son producto de la culpabilidad de uno de los cónyuges (adulterio, abandono de hogar, sevicia, malos tratos, embriaguez, etc.), que con sus actos ilegítimos, o al menos contrarios a sus promesas matrimoniales ha trastornado el hogar conyugal, y se le premia con la libertad bajo ningún costo para que pueda contraer nuevo matrimonio.⁷

⁶ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Quinta Edición. Edit. Porrúa. México, 1992. P. 237

⁷ PACHECO E., Alberto. *La Familia en el Derecho Mexicano*. Segunda Edición. Edit. Panorama. México, 1991. P. 153

Es necesario meditar a fondo sobre los problemas jurídicos de la familia y no permitir que se introduzcan ideologías que con bandera de defenderla procuran destruirla, y con el ejemplo de modernidad la combaten. Nada que perjudique directamente a la familia puede ser beneficioso para la sociedad. Y no todo lo que dicta la autoridad es siempre beneficioso para la familia, sino sólo aquello que respetando su estructura natural contribuye eficazmente a unir a sus miembros clarificando sus mutuas relaciones de justicia, de fidelidad a los compromisos contraídos, de respeto mutuo a su dignidad de personas, fomentando mediante adecuadas disposiciones legislativas el sentido de responsabilidad, la comprensión y la ayuda recíproca que debe haber siempre entre sus miembros. Además, debemos tener en cuenta, que la familia producto del matrimonio, constituye la célula o la unidad sobre la cual descansa la formación, no solamente de la sociedad, pues además, debemos de considerar que la familia constituye la base fundamental de esa persona jurídica de Derecho Público, que ejerce el poder soberano que le otorga el pueblo dentro de un territorio como es el Estado. Por consiguiente, debemos de considerar que la familia representa un interés, que bien puede considerarse debe prevalecer aún sobre el interés de la sociedad y del propio estado. Por lo cual, el legislador debería de tener buen cuidado en no establecer disposiciones que favorezcan con facilidad, la desintegración de la familia, todo esto dicho por lo que se ha expuesto.

7.2.- Algunas otras legislaciones de otras entidades federativas y su reglamentación de la causal "separación de los cónyuges por más de dos años..."

Comenzaremos por decir que no en todas las entidades de nuestra República Mexicana, se encuentra establecida la causal motivo de nuestro estudio quizá por que en alguna de ellas consideran también que atenta contra la institución de la familia. A continuación mencionaremos algunas de ellas y la forma como se encuentran estructuradas:

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 267 que son causas de divorcio:

Fracción 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.

El artículo 278 establece que 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.

El Código Civil del Estado de Aguascalientes no contempla esta causal dentro de su artículo 289.

El Código Civil del Estado de Michoacán no contempla esta causal dentro de su artículo 226.

El Código Civil del Estado de Querétaro en su artículo 267 establece que son causas de divorcio:

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

El artículo 278 establece que 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.

El Código Civil del Estado de San Luis Potosi en su artículo 226 establece que son causas de divorcio:

Fracción 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.

El artículo 239 nos dice que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

El Código Civil del Estado de Sinaloa en su artículo 267 no contempla esta causal.

7.3.- JURISPRUDENCIAS Y TESIS RELACIONADAS CON LA CAUSAL QUE CONTEMPLA LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

Para poder observar como ha sido interpretada por los Tribunales la causal motivo de este estudio, a continuación expondremos algunas de las jurisprudencias que se encuentran relacionadas con la misma:

1.- DIVORCIO. LA CAUSAL PREVISTA EN LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO COMPRENDE LA SEPARACION 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 matrimonio y las obligaciones jurídicas que de él se dirivan, 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.

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.

2.- DIVORCIO SEPARACION DE LOS CONYUGES, POR MAS DE DOS AÑOS COMO CAUSAL DE, A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 267, FRACCION XVIII, DEL CODIGO CIVIL. NO ENTRAÑA NECESARIAMENTE EL ABANDONO DE TODAS LAS OBLIGACIONES CONYUGALES.-Las causales de divorcio previstas en las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil, difieren de la establecida en la fracción XVIII del propio dispositivo legal precitado, pues ésta alude a la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación. En esta hipótesis efectivamente, no se hace referencia al concepto del domicilio conyugal; comprobada la separación de los cónyuges, la causal procede con independencia de que se acredite o no la existencia del domicilio conyugal. Sin embargo, lo anterior no impide que tal separación pueda acreditarse por el hecho de que los cónyuges viven en domicilios diversos, ya que esa situación, por regla general, demuestra que los consortes no cumplen con uno de los fines esenciales del matrimonio: la vida en común. La ley no acepta que este estado de vida de hecho, contrario al matrimonio, se prolongue por mucho tiempo. Son graves los inconvenientes que acarrea, por lo que, independientemente del motivo de la separación, se estableció la causal de divorcio que se examina; de otra manera se consentiría la existencia de situación anormal. Es cierto que, en estricto sentido, solo puede existir separación física sin que ello constituya causal de divorcio. En estos casos sería injusto e ilógico establecer la separación como motivo de divorcio, pero si cuando la separación es voluntaria y de esa manera no se cumplen los fines del

matrimonio, no existe razón para mantener esa situación anómala. Cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio en esta hipótesis. De suma importancia es subrayar que la separación no entraña necesariamente el abandono de todas las obligaciones conyugales. La separación de los cónyuges por más de dos años es una causal de divorcio autónoma e independiente de cualquier otra. La negativa de los consortes a cumplir con sus obligaciones previstas en el artículo 164 es una causal diversa a la que se examina, la cual tiene como origen el que no se cumpla con el estado matrimonial. Sin embargo, los actos que revelan el cumplimiento de algunas de las obligaciones conyugales, así como el ejercicio de la patria potestad por parte de la cónyuge, no supone la convivencia necesaria para realizar el estado matrimonial; un modo permanente de vida en que exista la vida en común bajo un mismo techo. Vale reiterar que no es posible autorizar una manera de vida contraria al estado matrimonial que se prolongue de manera indefinida. Por tanto, no existe violación alguna al principio de que el tribunal debe examinar los elementos de procedencia de la acción, los cuales en la especie sí fueron satisfechos, dado que está debidamente justificada la separación de los cónyuges por más de dos años.

Amparo directo 308/88.- Hugo Rafael Vázquez Badillo.-3 de marzo de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Becerra Santiago.- Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

3.- DIVORCIO SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS. ELEMENTOS DE LA CAUSAL FUNDADA EN LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO 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 deriven, 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.

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.

4.- DIVORCIO INTERPRETACION DE LA CAUSAL DE. PREVISTA EN EL ARTICULO 267, FRACCION XVIII, DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- La disposición en comento establece como 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 invocada por cualquiera (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 en esta capital, que estando casados sólo mantienen el vínculo jurídico formal, el que en la realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentran en esa situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo en esta causal, deben reunirse los dos siguientes elementos: a) que la separación se dé con el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como pueden ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de los hijos, la perpetuación de la especie, etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita, mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquier índole que así lo revelen; y b) que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación, ya

sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, la tramitación del mismo en forma voluntaria por la vía correspondiente o actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio.

Amparo directo 336/85.- María Magdalena Ángeles Rodríguez.-
7 de marzo de 1986.- Unanimidad de votos.- Ponente: Leonel
Castillo González.

5.- DIVORCIO. COMPUTO DEL TERMINO DE DOS AÑOS A QUE SE REFIERE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Si atendemos a que el artículo 4º del Código Civil establece que si la disposición de observancia general fijó el día en que deba comenzar a regir obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior, y que el Decreto de reformas 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 causal de divorcio prevista en la fracción XVIII que se adicionó al artículo 267 del Código Civil en dicho decreto, operaba con posterioridad 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.

Amparo directo 243/87.- Angélica Cordero Florencia.- 26 de marzo de 1987.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Becerra Santiago.- Secretario: Gustavo Soşa Ortiz.⁸

⁸ RUIZ LUGO, Rogelio Alfredo y otro. COMPILACION DE JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS IMPORTANTES EN MATERIA DE FAMILIA, 1917 A 1988. T. II. Divorcio. Segunda Edición. Editorial Aldina. México, 1992. P.P. 286-299-300-301-309-310-311

7.4.- Desde el punto de vista moral.

En relación con el problema ético en el divorcio, conviene precisar si éste puede considerársele como algo moral, no obstante que el Derecho procura la estabilidad matrimonial y familiar.

Evidentemente la moral y el Derecho son distintos, pero hemos observado que en materia familiar existe una gran participación e influencia de la moral en esta rama del Derecho.

Los principios morales exigen la permanencia del matrimonio y de la familia. El Derecho de familia busca la cohesión de ambas instituciones y busca que la convivencia doméstica sea posible para que el matrimonio y la familia logren sus fines, de donde aparece que el divorcio, al hacer posible la disolución del vínculo, puede presentarse como algo inmoral contrario a la permanencia del matrimonio que procura el Derecho de Familia.

Pero debemos de tomar en cuenta que la estabilidad del matrimonio y la familia no depende de que se prohíba el divorcio. La convivencia conyugal se logra por el cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales, en relación a los cuales, los primeros no pueden imponerse en forma coactiva. Si acontese que algún miembro de la familia realiza actos graves en contra del otro o sus hijos, que pueden considerarse inmorales o destructores de la convivencia, ésta se vuelve imposible y el divorcio viene a constatar, por un lado esa destrucción de la convivencia y a disolver por el otro el vínculo conyugal.

Es decir, si importante es la estabilidad del matrimonio, también lo es el que no se mantengan situaciones de violencia e inmorales en perjuicio de alguno de los cónyuges o sus hijos.

Aquí es donde debemos de distinguir cuando un divorcio es necesario y cuando es voluntario.

No se puede aceptar que el vínculo matrimonial se disuelva fácilmente. Tan importante es esta institución, que sólo debe proceder su disolución por causas graves que hagan imposible o sumamente difícil la convivencia, pero no independientemente del motivo que lo haya originado transcurridos dos años, puesto que ello solamente facilitara el capricho o la deshonestidad de los cónyuges.

Debemos tomar en cuenta que a través del divorcio por separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo, muchas veces se evitan tratar en el contencioso problemas graves conyugales que podrían afectar al otro cónyuge y a los hijos; muchas veces se acude a estos para evitar daños mayores. Sin embargo, esta razón no es suficiente, a mi juicio, para sostener la convivencia dentro de estos tipos de divorcio, toda vez que dentro del necesario puede siempre concluirse el juicio mediante convenio entre los cónyuges que litigan, con lo cual se podría satisfacer el deseo de ambos de no exhibir sus problemas conyugales o familiares. Debemos siempre de tener en cuenta, que debe proceder sólo el divorcio en las situaciones que verdaderamente dificultan o imposibilitan la convivencia conyugal.⁹

⁹ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. 573

7.5.- Desde el punto de vista social.

Desde el punto de vista de la sociedad, debemos tener en cuenta que el Derecho de Familia busca mantener la cohesión doméstica, es decir, lograr la solidaridad entre las relaciones familiares, y podría parecer que el divorcio rompe dicha cohesión que se busca y la armonía que se pretende entre los cónyuges.

Nuevamente tendríamos que hacer distinciones entre el divorcio necesario, el voluntario y el que se da a través de la causal motivo de nuestro estudio. No podemos plantear una solución superficial. El Derecho de familia evidentemente trata de lograr una cohesión del grupo conyugal y familiar, pero esa cohesión se logra a través de la convivencia de vida donde cada cónyuge va a cumplir con los deberes conyugales, y en la convivencia familiar donde sus miembros van a lograr la cohesión. Pero si los miembros han destruido esa convivencia, difícilmente puede exigirse la permanencia de algo roto, quizás irremediablemente, pero como podemos observar existe algo un motivo evidente.

Por lo tanto, desde el punto de vista sociológico, también hay una razón y justificación para el divorcio necesario, más no así para el divorcio por el transcurso de dos años independientemente del motivo que lo originó, según lo expresado previamente.

Desde luego, cualquier incremento del divorcio trae como consecuencia una mayor desintegración y problemas sociales. Pero aquí es donde debe buscarse la solución no al prohibir el divorcio, sino en promover la convivencia conyugal mediante una preparación próxima remota a la vida de amor y vida de matrimonio. Desgraciadamente nuestros planes de estudio no contemplan planes educativos donde se prepare a los educandos en una verdadera vida de amor y vida de familia.¹⁰

¹⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. P. 574

7.6.- PROPUESTAS DE REFORMA A LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 323 DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

En base a todos los argumentos citados tanto a favor como en contra de la causal motivo del presente estudio, llegamos al objetivo que es proponer lo que he considerado puede ser la solución a la problemática expuesta. De esta manera mi propuesta es:

Derogar o suprimir la fracción por todas las razones esgrimidas. Quedando estructurado el artículo de la siguiente manera:

Art. 323.- Son causas de divorcio:

XVIII. DEROGADA.

CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

Al haber concluido el presente estudio jurídico sobre el divorcio y especialmente en la causal XVIII del artículo 323 del Código Civil para el estado de Guanajuato, considero necesario plasmar en esta parte final mis ideas y consideraciones respecto a esta investigación de acuerdo con el orden contenido en el capitulado.

En el capítulo primero he querido resaltar la importancia que tiene para la sociedad el matrimonio como base de la familia y de la sociedad en general. De ahí el interés de que esta importantísima institución perdure y no se le agreda, o de lo contrario estaremos atentando contra los cimientos de nuestra sociedad y del estado mismo.

Como mencionamos en dicho capítulo el matrimonio es la unión legítima que como institución es indisoluble por el cual un hombre y una mujer se unen con la finalidad de procrear, educar y alimentar a los hijos y además auxiliarse ellos recíprocamente.

En el segundo capítulo creí necesario establecer varias de las definiciones que sobre divorcio se han dado y concluyendo de todas ellas que el "divorcio es la forma legal de disolver el vínculo matrimonial, decretada por la autoridad competente y por sentencia que causa ejecutoria y que se funda en alguna de las causales determinadas de modo expreso, dejando a los consortes en posibilidad de contraer un nuevo vínculo matrimonial.

Fue importante señalar los antecedentes históricos del divorcio en Roma, por la trascendencia que han tenido en nuestro derecho, puesto que nos han enseñado como desde ese tiempo se regulaba esta institución jurídica.

En Roma existió el divorcio por Repudiación, en el que por voluntad unilateral de uno de los cónyuges se daba el rompimiento del vínculo y donde lo equiparo con la causal motivo de este estudio, pues al parecer, al aprobarse por nuestros legisladores la adición de la fracción XVIII del artículo 323 en nuestra legislación, hemos retrocedido en el tiempo, por la gran similitud que existe del divorcio basado en esta fracción y el divorcio por repudiación que existió en Roma y de lo que se trata es de avanzar, no de retroceder.

También dentro de este capítulo establecí que el divorcio es un problema socio-jurídico complejo, al que no se le puede aceptar como una institución deseable y que pese a todo ello su práctica ha proliferado en todos los estratos de nuestra sociedad como si fuera una epidemia.

En el tercer capítulo expuse que el vínculo matrimonial sólo termina o se disuelve por tres razones:

- a) Por muerte de alguno de los cónyuges,
- b) Por nulidad, y
- c) Por divorcio.

Del divorcio comentamos las clases que la doctrina ha distinguido y el nombre con que les ha diferenciado. De lo que concluyo que en nuestro Código Civil sólo contempla las siguientes clases de divorcio:

- a) Divorcio necesario
- b) Divorcio por mutuo consentimiento
- c) La separación de cuerpos (que no es divorcio propiamente pues no se rompe el vínculo matrimonial).

Todas las otras clasificaciones encajan en alguno de estos tipos de divorcio, por ejemplo es divorcio vincular, el divorcio necesario y el divorcio por mutuo consentimiento, puesto que en ambos se disuelve el vínculo conyugal.

Al hablar de divorcio por separación de cuerpos o no vincular, en realidad no es un divorcio, sino sólo un estado en que los esposos han sido dispensados de la obligación de cohabitación y débito carnal, tal como lo establece nuestra legislación civil en su artículo 332 donde nos dice que el cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundándose en las causas que establecen las fracciones VI y VII pueden solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar con el otro cónyuge.

En cuanto al capítulo quinto en donde traté del divorcio necesario, concluyo que éste al ser la disolución del vínculo matrimonial decretado por autoridad judicial y a petición de uno de los cónyuges, debe ser sólo en los casos verdaderamente graves que la ley señala y, respetando los principios que nuestra ley contiene como los siguientes:

Sabemos que el matrimonio es permanente y que la excepción es el divorcio, siendo éste excepción, deben regularse con mucho cuidado las causales que permiten disolverlo, debiendo tratarse de causas que sea tal su gravedad que sea imposible la vida conyugal, evitando que sean el egoísmo y el hedonismo las causas que generen el divorcio.

Otro principio nos dice que el divorcio se dá por conducta ilícita de alguno de los cónyuges o en otro supuesto por la voluntad de los dos consortes, por lo que en caso del divorcio necesario siempre existe un cónyuge culpable y alguien que es responsable de sus actos. Como observamos en la causal que estudiamos no existe el cónyuge culpable que es característica del divorcio necesario.

En cuanto a las partes que participan en el juicio sabemos que son ambos cónyuges. Aquí cabe señalar que el matrimonio es de orden público, y que le interesa a la sociedad su perduración, sería conveniente que el Ministerio Público compareciera y actuara en este tipo de divorcio, donde el ánimo de los consortes puede afectarlos tanto a ellos como a los hijos.

Posteriormente dentro de este mismo capítulo hicimos un breve análisis de las causales que se enumeran en nuestro Código Civil, donde se puede observar que en la actualidad se ha logrado una mayor igualdad entre hombres y mujeres, que ya no es como ocurría en otras épocas en las que los varones tenían muchas más consideraciones que el sexo femenino.

También pude observar, como, para tramitar el divorcio en base a algunas de las causales se dan muchas más facilidades como ocurre con la causal motivo de nuestro estudio y que para otras que si deberían ponerse más trabas no ocurre así, algunas otras que son mucho más obvias son en las que más difícil se torna su invocación.

En el capítulo sexto brevemente estudiamos cuales son los efectos tanto en el divorcio voluntario como en el contencioso, debiendo estar conscientes de que los intereses de los hijos son superiores al de los padres. También debemos hacer notar que en el divorcio contencioso los alimentos son considerados como una sanción de ahí que en este tipo de divorcio se debe establecer quien es el cónyuge culpable, lo que no ocurre en la causal motivo de nuestro estudio pues solo dice que quedan subsistentes las obligaciones relativas a alimentos, pero no establece de manera específica como quedarán, pero como ésta puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges no se sabe a quien le corresponderá ser el deudor alimentario nos deja en una situación de incertidumbre.

Aunque sabemos que en la realidad o en la práctica, algunos de los efectos como la obligación alimentaria se busca evadir por algunos padres irresponsables. Por tales motivos es necesaria una reflexión más profunda con la finalidad de que en este renglón exista una mayor seguridad jurídica tanto para los consortes como para los hijos, que en todo caso son los más perjudicados.

En el capítulo séptimo entramos a la parte medular del presente estudio estableciendo la redacción que tiene nuestra Legislación Civil vigente en su artículo 323 fracción XVIII, haciendo resaltar la diferencia que existe con la del Distrito Federal, puesto que aquí en nuestro estado si se hace mención en lo relativo a patria potestad, alimentos, custodia y liquidación de la sociedad conyugal si fuera el caso, aunque debería especificarse más en lo relativo a cada uno de los anteriores casos; sin embargo no deja de ser criticable el hecho de que no se menciona un cónyuge culpable pese a que el artículo 333 establece que sólo el cónyuge inocente podrá invocar el divorcio, con esta causal se deja desprotegido al que es inocente y a los hijos si éstos tienen padres irresponsables, además como el que regularmente se separa es el culpable y al no poder invocar ninguna de las otras causales para resolver su situación invoca la que contempla esta fracción que fue creada gracias a la estulticia del Legislador.

Por la forma en que se encuentra estructurada la causal en comento sabemos que es sui-géneris, sin embargo considero que no solo sería conveniente sino indispensable que nuestros Legisladores la observaran y la analizaran con mucha más atención puesto que dá una gran libertad para que se pueda disolver el vínculo matrimonial, ya que si el cónyuge que es culpable es mal aconsejado por un abogado solo tendrá que esperar dos años y entonces todo será más fácil para disolver el vínculo.

Al ser propuesta en el Congreso Local la adición de la fracción XVIII del artículo 323 del Código Civil en nuestro estado, en su exposición de motivos los legisladores nos exponen que la familia es la célula básica en que descansa nuestra organización social. Su desintegración conlleva de manera necesaria una lesión que afecta a toda la sociedad. El legislador no debe propiciar la desintegración fácil del núcleo familiar, originada en el sólo capricho, tal vez transitorio, de cualquiera de los cónyuges."

Este sería el párrafo más criticable de la exposición de motivos, pues de manera inicial pareciera que nuestros legisladores son fuertes defensores de la perduración de la institución del matrimonio, sin embargo, posteriormente presentan la iniciativa que demuestra todo lo contrario, pues, no fundamentan debidamente su propuesta y si facilitan la irresponsabilidad de algunos cónyuges.

Posteriormente dentro de este capítulo establecí que la iniciativa se puso a discusión; dónde se puede observar que nuestros diputados en lugar de analizar y estudiar más a fondo la iniciativa, se ponen a discutir banalidades acerca del idioma, la moral, la religión, etc., y dejan totalmente de lado el verdadero sentido de la discusión. Notoriamente observamos también como esta causal que afecta de manera importante al matrimonio fue aprobada en lapso demasiado corto, puesto que la iniciativa se presenta el 30 de junio de 1989 y es aprobada el 7 de julio del mismo año, con ello se demuestra la ligereza con que se discutió esta iniciativa y la poca importancia que se dió a la protección de la institución del matrimonio.

De las opiniones tanto en contra como en pro, cabe mencionar que quienes propusieron la adición argumentan que el divorcio en este caso no es más que la expresión final y legal de una realidad, del fracaso de la unión conyugal y dicen que ¿Cómo se justifica la actuación del legislador, cuando no se atreve a regular la separación de los cónyuges, cuando ambos o uno de ellos ya no quieren seguir unidos en matrimonio, cuando dando lugar a situaciones de indefensión entre ellos e inseguridad entre los hijos ? ¿Cómo justificar al legislador cuando cierra los ojos ante la pérdida de la vida común, cuando los fines del matrimonio han fracasado ? .

Estas interrogantes son una crítica para los que no apoyaron en su momento esta adición, aquí en lo particular, les contestaría a esos legisladores en la primera de las interrogantes que menciono, acaso si ambos cónyuges ya no quieren seguir juntos ¿no existe el divorcio por mutuo consentimiento ?, o si fuera el otro caso cuando sólo es uno de ellos ¿no existe ya el divorcio necesario?. Considero que esta causal en lugar de haber sido benéfica, ha sido en la actualidad perjudicial para la sociedad, puesto que en los supuestos que los legisladores mencionan, bien encajan en alguno de los tipos de divorcio ya mencionados.

Otro legislador en su intervención a favor de la adición expuso en su momento que debemos actualizarnos, porque, pues el mundo, la historia, va hacia adelante, no hacia atrás; entonces mi opinión es, si como ellos dijeron en sus intervenciones en pro, que el opinar en contra, era ser retrógradas, yo me pregunto ¿no serán acaso ellos los retrógradas ?, pues en Roma cuando apenas nacía el derecho, existió una forma de disolver el vínculo matrimonial a través de la Repudiación, por el simple hecho de que el cónyuge ya no quisiera seguir unido.

Si como mencione en algun párrafo, alguien busca una salida fácil y quien lo asesora es alguien sin principios, simplemente le aconsejará, sepárate dos años y asunto arreglado, el divorcio procederá sin importar la causa. Sabemos que la ratio legis del legislador fue buena, pero lo que en la realidad ocurre es distinto a lo que originalmente se pretendía.

No pongo en duda que el espíritu del Legislador haya sido bueno y que sus intenciones en todo momento hubieren estado encaminadas a intentar regularizar la separaciones que de hecho se dan con mucha frecuencia dentro de nuestra sociedad, basándose para ello en el supuesto de que después de ese tiempo de vivir separados, ya no existe la tradicional *afectio maritalis*, sin embargo las estadísticas nos demuestran que no sólo esa causal se ha empleado en el sentido que inspiro a nuestros legisladores, que no vieron más allá, sino que abusando de ella ha sido de las más invocadas actualmente y no precisamente basándose en el supuesto antes mencionado.

Según esta fracción, transcurridos dos años de separación, no importa que haya existido motivo alguno, y esto lo considero una aberración, pues como señala Julián Güitrón Fuentesvilla si existen más de mil motivos para unirse también debe haberlos para separarse, pero lo que no sería lógico es pensar que no hay motivo alguno puesto que siempre habrá una causa para la disolución y alguno de los cónyuges será necesariamente el culpable o responsable de dicha separación, y si los cónyuges no quieren sacar a la luz sus diferencias o problemas, encuentran la opción del mutuo acuerdo.

Dentro de este mismo capítulo estudiamos las causales correlativas en algunas otras Legislaciones de algunas entidades federativas y encontramos que no en todas se encuentra establecida esta causa de divorcio. Establecimos también la Jurisprudencia y tesis más importantes relacionadas con esta causal.

Dentro de las Jurisprudencias y tesis encontré ciertos puntos que considero preciso hacer notar, como ocurre dentro de la número uno, donde vendría a contradecir lo que establece la fracción en comento, puesto que nos establece que si la separación es por virtud de un mandato judicial, es evidente que dicha separación no encuadra dentro de la hipótesis normativa que prevee la fracción XVIII, de donde concluyo que entonces no es independientemente del motivo que haya originado la separación tal como lo estableció el legislador.

En la jurisprudencia número dos, nos dice que la separación por más de dos años es una causa autónoma e independiente de cualquier otra y nos establece también que no es posible autorizar una manera de vida contraria al estado matrimonial, que se prolongue de manera indefinida, no establece si este supuesto es aún cuando exista mandato judicial, porque de ser así estaría contradiciendo a la jurisprudencia que con antelación se comentó.

En las jurisprudencias tres y cuatro, se establecen los elementos que deben reunirse para que proceda la acción de divorcio en base a la causal que estudiamos, diciendo que la separación debe ser con el *ánimo* de extinguir o dar por concluido el vínculo, o sea, que debemos interpretar que no debe existir otra causa más que el " *ánimo de extinguir el vínculo, sin más ni más*; además, nos dice que ninguno, de los cónyuges debe realizar actos tendientes a regularizar dicha situación, ya sea para el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las 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.

Como podemos observar estas dos jurisprudencias están encaminadas a conservar el espíritu del legislador al proponer la adición a esta causal, pero en la realidad el juez, ¿ comprobará efectivamente estos extremos ?, obviamente sabemos de antemano que no es así, y que en muchas de las ocasiones el perjudicado es el cónyuge inocente.

La última jurisprudencia nos indica que en el momento que entró en vigor esta adición, no debía de aplicarse retroactivamente, la causal en comento, ya que si esto hubiera ocurrido la adición operaría sobre tiempo anterior, en el cual no se encontraba sancionado por precepto legal alguno, violando en perjuicio de la quejosa, la garantía que consagra el artículo catorce de la Carta Magna, el cual sólo permite la aplicación retroactiva de un ordenamiento legal cuando beneficia al sujeto.

Interpretando a contrario sensu, esta jurisprudencia admite que la causal puede o podía con su aplicación retroactiva perjudicar a alguna de las partes, que en este supuesto es la quejosa. Supuesto que aún en la actualidad puede darse, puesto que ocasiona perjuicios y daños a quien pudiera ser inocente de la separación y además ni siquiera está enterado de que existía esa causa de divorcio.

Después se expuso que tanto desde el punto de vista moral como desde el punto de vista social, existe un consenso generalizado acerca de que el divorcio es admitido desde dos puntos de vista, el mutuo acuerdo o en el supuesto de que su disolución del vínculo matrimonial sea por causas graves que hagan imposibles o sumamente difícil la convivencia, pero no con la facilidad que propone la causal motivo de este estudio jurídico, ya que sólo facilita el capricho o la deshonestidad de los cónyuges.

Finalmente y después de todo lo anteriormente analizado, reitero mi propuesta de derogar la fracción XVIII del artículo 323 del Código Civil vigente de nuestro estado de Guanajuato; por la facilidad que se establece para la disolución del vínculo matrimonial, que al decretarse por sentencia ejecutoria viene a disolver también la integración de la familia, núcleo básico y fundamental para la existencia de la sociedad y del estado; quedando estructurado el artículo de la siguiente manera:

Art. 323.- Son causas de divorcio:

XVIII . DEROGADA.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- 1 BAQUEIRO ROJAS, Edgar y otra. Derecho de Familia y Sucesiones. Primera Edición. Editorial Harla. México, 1990.
- 2 CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Segunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1990.
- 3 CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Segunda Edición. Edit. Porrúa. México, 1992.
- 4 GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Décimasegunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1993.
- 5 GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿ Qué es el Derecho Familiar ?. Volumen II. Primera Edición. Editorial P.J.C. México, 1992.
- 6 MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Quinta Edición. Editorial Porrúa. México, 1992.
- 7 PACHECO E., Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Segunda Edición. Editorial Panorama. México, 1991.
- 8 PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Octava Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.
- 9 PINA, Rafael De. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa. México, 1992.
- 10 PINA, Rafael De. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas. y Familia. Volumen I. Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa. México, 1992.
- 11 PINA, Rafael De y otro. Diccionario de Derecho. Decimonovena Edición. Editorial Porrúa. México, 1993.
- 12 ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Tomo I. Vigésima Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.

- 13 RUIZ LUGO, Rogelio y otro. COMPILACION DE JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS IMPORTANTES EN MATERIA DE FAMILIA. 1917 a 1988. Tomo II. Divorcio. Segunda Edición. Editorial Aldina, México, 1992.
- 14 SANCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.

LEYES Y CODIGOS

- 15 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 16 Código Civil para el Estado de Aguascalientes.
- 17 Código Civil para el Distrito Federal.
- 18 Código Civil para el Estado de Guanajuato.
- 19 Código Civil para el Estado de Michoacán.
- 20 Código Civil para el Estado de Querétaro.
- 21 Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.
- 22 Código Civil para el Estado de Sinaloa.

- 23 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 24 Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.

OTROS

- 25 Diario de Debates del Congreso del Estado de Guanajuato de fecha 30 de Junio de 1989.
- 26 Diario de Debates del Congreso del Estado de Guanajuato de fecha 7 de Julio de 1989.

- 13 RUIZ LUGO, Rogelio y otro. COMPILACION DE JURISPRUDENCIAS Y EJECUTORIAS IMPORTANTES EN MATERIA DE FAMILIA. 1917 a 1988. Tomo II. Divorcio. Segunda Edición. Editorial Aldina, México, 1992.
- 14 SANCHEZ MEDAL, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.

LEYES Y CODIGOS

- 15 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 16 Código Civil para el Estado de Aguascalientes.
- 17 Código Civil para el Distrito Federal.
- 18 Código Civil para el Estado de Guanajuato.
- 19 Código Civil para el Estado de Michoacán.
- 20 Código Civil para el Estado de Querétaro.
- 21 Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.
- 22 Código Civil para el Estado de Sinaloa.

- 23 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 24 Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato.

OTROS

- 25 Diario de Debates del Congreso del Estado de Guanajuato de fecha 30 de Junio de 1989.
- 26 Diario de Debates del Congreso del Estado de Guanajuato de fecha 7 de Julio de 1989.