

270
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

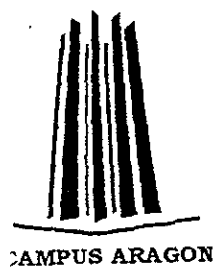
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ARAGON"

LA NECESIDAD DE REGULAR EL DIVORCIO
NECESARIO EN EL CAPITULO DE LAS
CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR
ESTABLECIDAS EN EL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE
PARA EL DISTRITO FEDERAL.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ENRIQUE RAMIREZ DIAZ

ASESOR:
LIC. OCTAVIO TELLEZ SALINAS

San Juan de Aragón, Edo. de México
1999



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

278582



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE.

INTRODUCCION.

1

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.	1
1.1.- EN EL DERECHO ROMANO	2
1.2.- EL DIVORCIO EN OTROS SISTEMAS	6
1.2.1.- EN EL DERECHO FRANCES.	8
1.2.2.- EN EL DERECHO ESPAÑOL.	10
1.3.- EL DIVORCIO EN MEXICO.	11
1.3.1 - EN EL SISTEMA LEGAL AZTECA	12
1.3.2.- EN LA EPOCA COLONIAL.	13
1.3.3 - EN LAS LEYES DE REFORMA DE 23 DE JULIO DE 1859.	14
1.3.4 - EN LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.	14
1.3.5.- EN LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.	22
1.3.6.- EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.	27
1.3.7.- EN LAS REFORMAS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1970 Y 1984	29

CAPITULO SEGUNDO.

CLASIFICACION Y PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.	37
2.1.- DIVORCIO ADMINISTRATIVO.	42
2.1.1.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.	43
2.1.2.- PROCEDIMIENTO.	46
2.1.3.- SUS EFECTOS JURIDICOS.	47
2.2.- DIVORCIO VOLUNTARIO.	48
2.2.1.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.	49
2.2.2.- PROCEDIMIENTO.	51
2.2.3.- REQUISITOS LEGALES QUE DEBEN CUBRIRSE EN EL CONVENIO.	53
2.2.4.- SUS EFECTOS JURIDICOS.	56
2.3.- DIVORCIO NECESARIO.	58
2.3.1.- DIFERENTES CAUSALES JURIDICAS DE DIVORCIO.	61
2.3.2.- PROCEDIMIENTO.	89
2.3.3.- MEDIDAS PROVISIONALES.	93
2.3.4.- SUS EFECTOS JURIDICOS.	96
2.4.- DIFERENCIAS ENTRE LOS TIPOS DE DIVORCIO.	109

CAPITULO TERCERO.

DIFERENTES CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR
ESTABLECIDAS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	112
3.1.- LOS ALIMENTOS.	116
3 1.1 - ¿CUÁNDO PROCEDEN?	122
3 1 2.- PROCEDIMIENTO.	124
3.2.- RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS.	126
3.2.1.- ¿CUANDO PROCEDEN?	128
3 2.2 - PROCEDIMIENTO.	130
3.3.- GUARDA Y CUSTODIA.	132
3 3.1 - ¿CUANDO PROCEDE?	133
3.3 2.- PROCEDIMIENTO.	136
3.4.- LAS CONTENIDAS EN EL ARTICULO 942 Y QUE SE REFIEREN A TODAS LAS CUESTIONES FAMILIARES QUE RECLAMEN LA INTERVENCION JUDICIAL.	138
3.5.- ANALISIS COMPARATIVO DEL PROCEDIMIENTO EN EL DIVORCIO NECESARIO EN RELACION CON EL CAPITULO DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR	139
3.6.- LA NECESIDAD DE REGULAR EL DIVORCIO NECESARIO EN EL CAPITULO DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR.	143
CONCLUSIONES.	145
BIBLIOGRAFIA.	147

INTRODUCCION.

Como veremos en el trabajo que se expone, daremos una propuesta que podría venir a facilitar tanto el procedimiento del juicio de Divorcio Necesario como el reducir la carga de trabajo que se encuentra en los Juzgados de lo Familiar.

Hacemos la aclaración que aunque se regulara el Divorcio Necesario en el Capítulo de las Controversias del Orden Familiar establecidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de ninguna manera se violarían sus derechos de las partes o de los hijos, y más sin embargo beneficiaría a las partes, ya que al no ser tan difícil y dilatado el procedimiento les daría la oportunidad de pensar en rehacer su vida con otra persona y que las obligaciones que nacieron de su extinto matrimonio, las tomarían con optimismo y tratarían de que no se les hicieran pesadas para cumplir.

Por otro lado, veremos el desarrollo histórico que ha tenido esta figura jurídica, tanto en otras legislaciones como en la nuestra y con lo cual nos podremos dar cuenta que su desarrollo ha sido demasiado lento y que la sociedad en nuestra actualidad, no lo acepta enteramente como la solución más sana para rehacer una vida nueva de un matrimonio extinto. Estudiaremos tanto los tipos de divorcio que existen en nuestra legislación, como las causales que se utilizan para fundar el Divorcio Necesario; además estudiaremos tanto las reformas efectuadas al Código Civil y de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fechas 24 de Mayo de 1996 y 30 de Diciembre de 1997, mismas que tienen relación directa con el tema que se expone.

Al terminar el estudio de todos los temas a tratar en este trabajo, concluiremos que si el Divorcio Necesario se regulara en el Capítulo de las Controversias del Orden Familiar establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, tendría mejores beneficios para las partes en el juicio, a los hijos y a los Juzgados de lo Familiar.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.

Como veremos a continuación nos daremos cuenta que el divorcio es tan antiguo como el matrimonio ya que el divorcio podía darse por el simple repudio que el marido hiciere de su esposa, el cual posteriormente pasó a ser un derecho de la mujer para poder también repudiar al esposo pero con algunas prerrogativas que más tarde fueron llamadas como causas de divorcio, sin embargo el camino recorrido por este tema tan controvertido ha sido demasiado lento que hasta nuestros días se considera como un mal para la estabilidad de la familia y en consecuencia de la sociedad. Pero a pesar de que el divorcio era el remedio y la solución por el cual dos personas que se habían unido en matrimonio y que por diferentes causas su relación se tornó insoportable, la sociedad no lo aceptaba, situación que fué y sigue siendo el obstáculo para que se creen leyes con verdadera solución a los diferentes problemas que se suscitan en una relación de pareja y sobre todo que se puedan cuidar los intereses de aquellos seres que comienzan a vivir y conocer lo difícil que resulta encontrarse en este mundo, como lo son los hijos.

A continuación solamente citaremos algunos de los países en los cuales el desarrollo del divorcio tuvo gran auge y antecedente para que nuestra legislación lo retomara y sirviera de base para su reglamentación y que como veremos, las ideas que se tenía sobre el mal del divorcio en las legislaciones antiguas hasta nuestros días siguen vigentes.

1.1 EN EL DERECHO ROMANO.

Hablar del divorcio en el Derecho Romano es un tema demasiado extenso que en el trabajo que nos ocupa trataremos de resumirlo, sin perder de vista aquellos factores más importantes de su evolución, encontrándonos que la primera de las fórmulas que determinaba la disolución de la unión conyugal era la muerte.

Esta circunstancia permitía al viudo el poder contraer lícitamente un segundo matrimonio. En cambio, la viuda estaba obligada a esperar el mínimo del luto durante diez meses, de manera que así pudiera evitarse la "confusión de parto", o dicho en otras palabras, el riesgo de que tuviera un hijo que no pudiera atribuirse con certeza al difunto o a su nuevo marido. Este principio, que subsiste en nuestro sistema positivo, encuentra ese antecedente en Ulpiano, (véase Digesto, Ley II, N° 1, III), citado por Eugene Petit en su obra "Tratado Elemental de Derecho Romano". La violación de esta prescripción por parte del segundo marido, le arrojaba infamia, así como a los ascendientes que teniendo autoridad sobre los esposos habían consentido en su unión, y finalmente para la misma mujer.¹

Ulpiano señala una segunda fórmula natural que imponía la disolución del matrimonio, era la pérdida del *connubium*. Esto ocurría en aquellos casos en los que alguno de los esposos era reducido a esclavitud; ocurriendo igualmente en los que pudiera haber sido hecho prisionero por el enemigo. Como esa situación entrañaba la separación, la unión no podía establecerse en el evento de que el cautivo regresara, pues el *posliminium* no podía borrar ese hecho. Igualmente ocurría con la pérdida de la ciudadanía, que tenía como consecuencia también la pérdida del *connubium*, aunque en algunos otros textos diversos del de

¹ Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, México, 1971, Pág. 109.

Paulo, se admitía la continuación del matrimonio si se mantenía el consentimiento del otro esposo. Se advierte que la explicación más natural es que el matrimonio sine connubio reemplaza entonces las *justae nuptiae*. Así entonces, el padre ya no tiene la autoridad paterna sobre los hijos.²

Debemos de recordar que el padre que ejercía y era el jefe de la familia presentaba la facultad que le permitía el derecho de romper por su voluntad el matrimonio del hijo que estuviera sometido a su autoridad y no fué sino hasta que Antonio el Piadoso y Marco Aurelio hicieron cesar semejante abuso de autoridad.

Por otra parte la existencia de la *manus* del marido, la mujer estaba sometida a la autoridad de él como una hija a la del jefe de la familia. De ello aparecía que el divorcio se manifestaba como un derecho de repudiación, que sólo el marido podía ejecutar y ello por causas graves. Sin embargo, en aquellos casos en que la unión era *sine manus*, entonces la mujer disfrutaba de derechos iguales a los de su cónyuge; agregando que hacia el fin de la República y sobre todo bajo el Imperio, al haberse relajado las costumbres, podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio.³

Podemos decir que el divorcio podía efectuarse de dos maneras:

1) *Bona Gratia*, que era cuando concurría la voluntad conjunta de los esposos, esto es, era una disolución en la que operaba el mutuo consentimiento, con ausencia de formalidades; operando así plenamente el aforismo latino "*quoad consensus perficitur, consensus dirimitur*", (también dicho como "*quae consensu contrahuntur consensus dissolvuntur*") es decir, lo que el

²Idem.

³Ibidem, Pág. 110.

consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve, (Libro IV, tit. XLV, de la Ley 1º del Código Justiniano).

2) Por Repudiación, en donde opera la voluntad unilateral de cualquiera de los esposos, aunque sea sin causa. La excepción de éste privilegio de la mujer, se encuentra en aquellos casos en los que ha sido manumitida y está casada con su patrono. "Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la Ley Julia de adulteris exige que el que intente divorciarse notificará al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por un acta escrita que le era entregada por un manumitido.⁴

En la época en la que Justiniano se convierte en Emperador Romano de Oriente, existían cuatro clases de divorcio, para cuya tramitación no se requería la intervención judicial:

a) Por mutuo consentimiento.;

b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley;

c) Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio;

d) Bona Gratia, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, pero si fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio.⁵

Justiniano prohibió el divorcio por mutuo consentimiento; disponiendo de castigos a los cónyuges que se valieran del mismo sin una justa causa que permitía la intervención en un convento hasta la pérdida de todos los

⁴ Idem.

⁵ Guillermo Flores Margadant. El derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. 4ª edición, Editorial Esfinge, S A., México, D.F., Pág. 212

bienes que se transmitían a sus hijos o descendientes, y a falta de estos, al monasterio en el que hubieren ingresado. Su sucesor Justino II la dejó sin efecto; restableciendo la libertad de divorciarse por mutuo consentimiento.

Hay que hacer notar que los emperadores cristianos no pudieron suprimir 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. 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; otras causas, como por ejemplo, si el marido era borracho, un jugador o un mujeriego, no eran suficientes para que la mujer pudiera dar el repudio; pero probadas y demostradas las causas legales, podía procederse al libelo de repudio, con la facultad de contraer un nuevo matrimonio. Por consiguiente, el repudio, aunque más limitado que en el derecho precedente, seguirá existiendo y siendo legítimo, como también el divorcio, con el consiguiente concepto del adulterio romano, diverso del adulterio cristiano.

Según el tratadista Clemente Pujol en su obra "El Divorcio en las Iglesias Ortodoxas Orientales, el Vínculo Matrimonial", de la Biblioteca de Autores Cristianos, de la Ciudad de Madrid, España, del año de 1973, en su página 273; citado por Manuel F. Chávez Asencio en su libro "La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales", nos dice que en el derecho romano, había dos clases de adulterio: era adúltera la mujer casada que tuviese comercio carnal con cualquier hombre que no fuese su marido; era adúltero el marido que se unía a una mujer casada; pero si él se unía a una mujer no casada, en éste caso no había para el derecho romano adulterio. Este último concepto de adulterio, que se hará sentir

en toda la tradición cristiana, difiere totalmente del de la doctrina de la iglesia, que consideró siempre adulterio a toda unión carnal de casado con cualquier persona.⁶

Como hemos visto las causas por las cuales se podía solicitar el divorcio en la antigua Roma no son tan diferentes de las actuales, simplemente han cambiado los procedimientos para su aplicación pero sin embargo la mayoría de las legislaciones retomaron mucho de lo preceptuado que sirvieron y sirven para dar una mayor garantía tanto a las parejas que se separan como a los hijos que de ellas surgieron.

Hay que recordar que las actuales causales de divorcio que se establecen el artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, tienen su origen tanto de las legislaciones romanas como las francesas y que tuvieron su culminación con las españolas y de las cuales trataremos en los siguientes temas del trabajo que se expone.

1.2 EL DIVORCIO EN OTROS SISTEMAS.

Han sido diferentes los Estados que han regulado en sus respectivas legislaciones al divorcio, como veremos unos lo han hecho en base al tipo de sociedad en la que se encuentran, tiempo y lugar; otros retomaron lo hecho por diversos países o por las corrientes filosóficas existentes, como por ejemplo la doctrina protestante al desconocer la naturaleza sacramental del matrimonio, acepta con ciertas restricciones al divorcio vincular; el derecho canónico protestante admite como causas de divorcio el adulterio, la obstinada negativa de cumplir el

⁶ Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales 1ª Edición Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1985, pág. 411.

débito conyugal, las insidias y las sevicias se incluyeron inicialmente en aquella última, pero luego se consideraron causas autónomas.

Diferentes han sido las definiciones que ha recibido el divorcio, sin embargo su concepto se ha tenido que ajustar tanto en el tiempo como en el espacio y de acuerdo a la sociedad que la impera, la mayoría de los autores lo han definido como el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio; pero como veremos más adelante en el desarrollo del presente trabajo, ésta definición ha sufrido grandes cambios conforme la misma sociedad ha avanzado y en donde las mismas leyes se han tenido que actualizar hasta la fecha.

Así tenemos que la palabra divorcio encuentra su etimología en el verbo latino *divertere* que entraña que cada cual se va por su lado.⁷

En nuestra legislación encontramos su definición en el artículo 266 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, al establecer que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Esta definición hecha en nuestra legislación rompió con la mayoría de las ideas en las que se consideraba al divorcio como el mal de la sociedad y a la que se han tenido que ajustar todas aquellas personas que se unen en matrimonio; nosotros consideramos que ha sido la más acertada para que la sociedad pueda vivir en armonía, no queremos decir que el divorcio sea la puerta para la felicidad de las personas, pero sí es el remedio para aquellos matrimonios en los que no fué posible su convivencia y que al admitirse su libertad de éstas y de poder rehacer una vida con otra persona, significa que no se perdió la base esencial del matrimonio como lo es la perpetuación de la especie humana.

⁷ Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil Filiación-Incapacidades. Trad. De la 12ª Edición francesa por el Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1946, pág. 13.

1.2.1 EN EL DERECHO FRANCES.

Se ha destacado la importancia del derecho revolucionario francés debido a su función creadora del divorcio; así, los filósofos del siglo XVIII principalmente Montesquieu y Voltaire atacan el principio de la indisolubilidad, sosteniendo que no se podía vivir en un compromiso perpetuo si la relación se ha tornado insoportable. Sus ideas son asumidas por la revolución y al proclamar la constitución de 1791, que el matrimonio sólo es un contrato civil, se saca la consecuencia de que puede resolverse por mutuo acuerdo como cualquier otro contrato.

En la Ley del 20 de septiembre de 1792, se permitió con gran facilidad el divorcio, empezando no sólo por el mutuo consentimiento (*mutus dissensus*), sino también la mala conducta notoria, abandono durante dos años, sevicias, injurias graves, condenas criminales, locura, estado de ausencia durante cinco años y emigración en los casos prohibidos; incompatibilidad de caracteres. A la vez, en el Código Napoleón y en la Ley de 1884 se daban cuatro causales que son adulterio, excesos y sevicias, injurias graves y condenas criminales.

En el Código Civil francés en donde se regulaba el divorcio por mutuo consentimiento se requería que los divorciantes perseveraran en su idea de divorciarse durante un año, y obtener el consentimiento de una especie de tribunal de familia y una vez que se decretaba la disolución se transmitía a los hijos, en nuda propiedad, la mitad de los bienes de cada cónyuge; constituyéndose un impedimento para un nuevo matrimonio durante los tres años siguientes.

El Código Napoleón restableció la separación de cuerpos a quienes sus convicciones religiosas prohibieran gestionar los trámites del divorcio, dicha separación podía invocarse en razón de las mismas causales del divorcio, no

obstante lo anterior, no estaba autorizada la separación por mutuo consentimiento. Sin embargo y con todos éstos cambios hechos en lo que se refiere al divorcio nuevamente se proclamó al catolicismo como religión de Estado y una ley del 8 de Mayo de 1816, suprimió el divorcio y hubo que esperar hasta la III República para la reintroducción definitiva del divorcio en Francia.

No fué sino hasta la Ley del 11 de julio de 1975, en la que se instauró un sistema en que, por un lado, acepta el divorcio por mutuo consentimiento, consistente en la petición conjunta de ambos cónyuges debiendo de ir acompañada de un proyecto de convenio en orden a las consecuencias del divorcio sobre los hijos y los bienes (exige seis meses de matrimonio y que sea renovada la petición a los tres meses de presentada), parecido al que actualmente se rige en nuestra legislación, pero con la diferencia de que uno de los cónyuges se tiene que adherir a la solicitud del otro, reconociendo la certeza de los hechos que hacen intolerable la vida en común; por otro, lado conserva el divorcio sanción que vino a suprimir las causas que existían anteriormente y se formula una causa general así concebida "hechos imputables a la otra parte, es decir cuando constituyen una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio que hacen intolerable el mantenimiento de la vida en común", creemos que las anteriores causas de divorcio que existían eran las más correctas por establecer en forma concreta el supuesto de la causa. Así se conservó la condena a una pena aflictiva e infamante como causa específica de divorcio; y sólo excepcionalmente admite el divorcio por causas objetivas en casos determinados, como lo son la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges que conducen a una separación afectiva por el mismo periodo; el carácter restrictivo de ésta forma de divorcio resulta de la obligación de quien lo solicita de asumir el cumplimiento de todas las cargas pecuniarias derivadas de aquél y de la existencia de una cláusula de duración, teniendo en cuenta su edad y la duración del matrimonio, ya que para los hijos serían consecuencias materiales o morales de excepcional dureza y en donde el juez puede rechazar la demanda, es

decir, la cual puede ser estudiada de oficio en caso de divorcio por enajenación mental.

1.2.2 EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Aquí encontramos que la Ley de la Jefatura del Estado del 23 de septiembre de 1939, anunció la derogación de la legislación laica por ser radicalmente opuesta al profundo sentido religioso de la sociedad española, derogando en su artículo único la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932 y las disposiciones complementarias de la misma, dejando vigentes en la materia las disposiciones del Código Civil.

Es necesario hacer notar que en éste país por su gran inclinación a la religión católica, ha visto y sigue viendo en el divorcio el mal de la familia y de la sociedad, que anteriormente imperaba en aquellos derechos que se encontraban en sus inicios como lo fué el romano, por lo que cuando alguien solicita el divorcio ante los Tribunales Españoles, estos hacen tanto el procedimiento como la causal que se utilice lo más difícil posible para que los divorciantes desistan de su pretensión y continúen en matrimonio.

Como lo veremos en los siguientes temas a tratar, las causas de divorcio que se encontraban establecidas para solicitar el divorcio en éste país, han sido mínimas las modificaciones que se les han hecho en la actualidad y en donde creemos que hacen que los divorciantes se hagan más daño del que ya se han hecho, por lo que insistimos que el divorcio no es el mal para los cónyuges, sino por el contrario, es la solución que necesitan para poder resolver sus problemas y evitarse que los hijos sean los mediadores de ellos.

1.3. EL DIVORCIO EN MEXICO.

En la actualidad el divorcio continua significando el fracaso total en la vida de cualquier persona y que, sobre todo para la mujer, la crítica de que no podrá rehacer una vida en común con otro hombre o que los hijos habidos en el matrimonio extinto, no crecerán con el desarrollo normal si su padre siguiera al lado de ella.

La idea de que los hijos no crecerán con la armonía normal en que lo harían si su padre o madre que se separó estuviera a su lado está decayendo, en efecto, muchos han sido los casos en que una madre soltera ha salido adelante en la vida junto con su hijo, al cual le ha podido dar una educación hasta lograr que se convierta en un hombre de bien, objetivo que creemos que es el que busca una pareja normal con sus hijos.

Ahora bien, debemos tener presente que en el matrimonio cuando ya no es posible la convivencia de los cónyuges, es mejor una separación sana que todo un pleito judicial, que los hijos habidos no sean los que medien el campo de batalla, sino por el contrario, que sepan que, aunque sus padres se encuentren separados, podrán contar con ellos en cualquier circunstancia y, que los padres a su vez tendrán a sus hijos todo el tiempo que ellos quieran y que no solamente sea por la orden de un Juez de lo Familiar el que les indique los días, horas y lugares en que podrán estar con sus hijos.

En las siguientes páginas citaremos cual ha sido el desarrollo de la regulación del divorcio en algunas de las culturas prehispánicas de nuestro país, así como en diversos códigos que han pasado por la historia de este país y que han sido el antecedente para alcanzar la legislación que actualmente nos rige.

1.3.1 EN EL SISTEMA LEGAL AZTECA.

En los aztecas encontramos que una de las formas más comunes y utilizadas para solicitar el divorcio era la repudiación que hiciere el hombre hacia la mujer y solamente la clase guerrera y el principado tenían derecho a utilizarla, tanto las causas de divorcio como el procedimiento a seguir en casi todas las culturas prehispánicas eran las mismas, como lo indica el tratadista J. Balleca y Cia., en su obra "México a través de los Siglos", Sucesores Editores, México, tomo II, pág. 152, citado por Manuel F. Chávez Ascencio, diciendo que: entre los mayas, "parece que la poligamia existía pero en la clase guerrera. Los mayas se casaban con una sola mujer a los veinte años de edad, y los padres buscaban esposas a sus hijos... La infidelidad de la mujer era causa de repudio si a tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La mujer repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero; había la mayor facilidad para tomarse o dejarse".⁸

"Las quejas del matrimonio se presentaban al gran sacerdote Petamuti. Las tres primeras veces los amonestaba reprendiendo al culpable; a la cuarta decretaba el divorcio. Si la culpable era la esposa, seguía, sin embargo, viviendo en la casa marital; a no ser en el caso de adulterio en que entregada al Petamuti la mandaba matar. Si la culpa era del varón, recogía a la mujer sus parientes y la casaban con otro; no se permitía un segundo divorcio".⁹

Como había separación de bienes durante el matrimonio, pues se registraba lo que a cada cónyuge había aportado, en caso de divorcio, no siendo

⁸ Ibidem, pág. 423

⁹ Idem

culpable ninguno de los consortes, se les devolvía lo que a cada quien le pertenecía.¹⁰

1.3.2 EN LA EPOCA COLONIAL.

Durante los tres siglos de la Colonia en la Nueva España y las primeras décadas en el México Independiente, fué el matrimonio un acto exclusivamente religioso, así reconocido expresamente por las autoridades civiles, las cuales sólo intervenían para derivar de él los efectos de carácter patrimonial entre los consortes y entre los padres y los hijos. Por consiguiente sólo la iglesia podía otorgar el divorcio, el cual al iniciarse la colonia en nuestro país no se daba, puesto que la iglesia no permitía el divorcio y sólo por causas efectivamente graves lo otorgaba como por ejemplo el adulterio; aquí no funcionaba la causal del repudio como lo manejaban las culturas prehispánicas.

En derecho propiamente no existía el divorcio, pero los tribunales de la iglesia, cuando se presentaba alguno de los cónyuges solicitándolo se resistían a otorgarlo y solamente después de reiteradas gestiones autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera, el quejoso podía entonces separarse del otro cónyuge lo que de derecho equivalía al divorcio, este derecho se otorgaba en base a los motivos argumentados y las pruebas aportadas para tal efecto.

Como veremos más adelante este privilegio del cual gozaba la iglesia fúe suprimido en nuestra legislación para ser solamente ejercido por el Estado, por medio de los jueces que se crearon para tal efecto, situación que fué de gran trascendencia para nuestro tema en estudio.

¹⁰ Lucio Mendieta y Nuñez. El Derecho Precolonial. Sexta Edición. Editorial Porrúa, pág. 100

1.3.3 EN LAS LEYES DE REFORMA DE 23 DE JULIO DE 1859.

Aquí nos encontramos que durante las Leyes de Reforma en 1859, en donde la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él en adelante sólo un contrato civil; se encomendaron las solemnidades del mismo a los jueces del estado civil, a quienes también se encargó los libros especiales, de los registros de nacimientos, adopciones y defunciones; y se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo la muerte de uno de los cónyuges podía disolverlo, y únicamente se permitió el divorcio-separación como una forma de divorcio temporal con las causas previstas en la ley, es decir subsistía el vínculo matrimonial suspendiéndose sólo algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Aquí vemos los primeros inicios en nuestra legislación de la solicitud de separación de los cónyuges que actualmente nos rige sin que sea necesario pedir el divorcio y que al igual que en ésta ley quedan subsistentes sólo algunas de las obligaciones derivadas del matrimonio que más adelante estudiaremos.

1.3.4 EN LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

Ahora nos toca el análisis al Código Civil de 1870 en el cual se completó y desarrolló la nueva organización de la familia y del matrimonio con arreglo a estas bases:

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

2°.- Obligó a ambos cónyuges a guardarse fidelidad, a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio (artículo 198 del Código Civil).

3°.- Confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer, colocándola esta en un estado de incapacidad, y se le obligó a vivir con su marido, a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos y en la administración de los bienes, y a recabar la licencia de su esposo para comparecer en juicio, para enajenar bienes y para adquirirlos a título oneroso (artículos 199, 201 y 204 a 207 del Código Civil).

4°.- Otorgó al padre en exclusiva la patria potestad sobre los hijos, ya que sólo a falta de él, podía la madre entrar al ejercicio de esa potestad (artículos 392-I y 393 del Código Civil).

5°.- Clasificó a los hijos en hijos legítimos y en hijos fuera de matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios, "exnefario vel damnato coitu", o sea los adulterinos y los incestuosos, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón de la diversa categoría a que pertenecían (artículos 383 y 3460 a 3496 del Código Civil).

6°.- Permitió las capitulaciones matrimoniales expresas, pero en defecto de ellas, estableció el régimen legal de gananciales minuciosamente reglamentado (artículos 2102 y 2131 a 2204 del Código Civil).

7º.- Instituyó los herederos necesarios o forzosos mediante el sistema de las "legítimas", o porciones hereditarias que, salvo causas excepcionales de desheredación, se asignaban por la ley en diferentes cuantías y combinaciones a favor de los descendientes y de los ascendientes del autor de la herencia (artículos 3460 a 3496 del Código Civil).

En este Código Civil encontramos las causales de divorcio que existían hasta entonces, estableciéndose solamente la "separación de cuerpos", es decir, el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos eran la separación material de los cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital; señalando que los lineamientos consagrados en ellas tienen sus antecedentes en las vistas en el derecho francés del presente trabajo, y que se encontraban ordenadas en su artículo 240 a saber:

1º El adulterio de uno de los cónyuges;

2º La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;

3º La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

4º El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción;

5º El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años;

6º La sevicia del marido con su mujer o la de esta con aquel;

7º La acusación falsa hecha por su cónyuge al otro.

Más sin embargo tenemos que el artículo 239 del Código Civil establecía que: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código".

En este citado ordenamiento encontramos otra causal de divorcio que aunque no se encontraba enlistada en las anteriores, también daba derecho a cualquiera de los cónyuges a pedir el divorcio basando su derecho en ella, la cual se encontraba regulada en su artículo 244 en donde se exigía un plazo de cuatro meses pasados, a partir de la notificación de la última sentencia que había resuelto en forma negativa la disolución del vínculo matrimonial y concediendo al otro cónyuge la posibilidad de demandar el divorcio basándose para ello en esta resolución.

Asimismo se reconoce la fórmula del llamado divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, pero limitado al lecho y a la habitación, con la subsistencia del resto de las obligaciones personales que resultan de la unión conyugal, aún la personalísima de la fidelidad, pero con la singular modalidad consistente en que la separación así obtenida, no puede durar más de tres años, aún cuando dicho plazo podrá prorrogarse hasta el mismo término, previa substanciación de nuevo y diverso procedimiento judicial. Encontrándonos entre sus reglas las establecidas en el artículo 247 de este Código Civil que disponía: "El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de

matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad". No obstante esto tenemos que en el procedimiento convencional las partes estaban obligadas a pactar en escritura, tanto la situación de los hijos como la administración de los bienes durante el tiempo de la separación, sujetándose este convenio a la aprobación judicial.

No podía solicitar la separación sino en los casos en que ya hubieren pasado dos años desde la celebración de una junta en la que el juez trataría de restablecer entre ellos la concordia. Si no lograrse, volverá a citarlos para el mismo propósito, pero hasta después de tres meses, después de los cuales el juez podrá decretar la separación. Al hacerlo deberá también aprobar el convenio en materia de bienes. Esta separación no podrá exceder de tres años; pero si los consortes insisten en ella, el juez procederá a duplicar todos los plazos.

El artículo 261 del Código Civil que comentamos disponía que la demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquier otra calamidad semejante de uno de los cónyuges, no autoriza el divorcio; pero el juez con conocimiento de causa, y sólo a instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligación de cohabitar; quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones para con el cónyuge desgraciado; las audiencias eran secretas y en ellas intervenía el Ministerio Público como parte (Artículo 278 del Código Civil).

Este código señalaba como condición sine quanon, para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubieren transcurrido dos años como mínimo, desde la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente.

A las reformas hechas al mismo ordenamiento en el año de 1884, este conservó de igual forma la organización de familia y, sobre todo, la

indisolubilidad del matrimonio a que nos venimos refiriendo, la cual para aquél entonces había sido elevada desde 1874 a rango constitucional; así entonces las adiciones hechas a la Fracción IX del artículo 23 de la Constitución Federal, promulgadas en 14 de Diciembre de 1874, declara expresamente que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona. Esto es porque se reglamentó las adiciones constitucionales de 25 de Septiembre de 1873, durante el Gobierno del Presidente Sebastián Lerdo de Tejada para elevar a rango Constitucional las Leyes de Reforma.

Así tenemos que el Código Civil del año que comentamos siguió la definición en declarar la no disolución del vínculo conyugal y la suspensión de algunas de las obligaciones civiles que le corresponden a los cónyuges; pero amplió a catorce el catálogo de causales; apareciendo entre ellas en su artículo 227 las siguientes:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges. Hacemos notar en esta causal que tanto en el código anterior como en este, se hacía una distinción entre el adulterio del hombre y de la mujer. El adulterio de la mujer siempre fué causa de divorcio, en cambio el adulterio del hombre no fué siempre causa de divorcio, ya que se requería que además hubiese escándalo por virtud del adulterio, 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 la casa conyugal, o era como consecuencia de un concubinato, de una relación sexual continua con otra mujer.

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

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

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

V.- El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la tolerancia en su corrupción.

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

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

VIII.- La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro. Aquí bastaba con que hubiese una acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, aun cuando fuera por un delito que tuviese cualquier pena.

IX.- La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la Ley.

X.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

XI.- Una enfermedad crónica e incurable que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

XII.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

XIII.- El mutuo consentimiento.

Hacemos notar que la causal XIII antes de la aparición de estas reformas no se manejaba como tal sino que era motivo de una disposición específica como lo era el artículo 246 de este Código Civil.

Finalmente tenemos la última causal de divorcio misma que ya se encontraba establecida en el Código Civil de 1870 y que ahora se encontraba establecida en su artículo 230 en donde también establecía: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o que haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio; pero no puede hacerlo sino pasado cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante estos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido".

En la substanciación del divorcio voluntario, este ordenamiento al que ahora venimos refiriéndonos, reduce a un mes el término de tres meses que había establecido la ley anterior para la celebración de la segunda junta en la que debería de procurar restablecer la concordia entre los cónyuges. A la vez, suprime el segundo término de tres meses para decretar la separación. Igualmente el

artículo 235 del Código Civil preceptuaba que la sentencia que apruebe la separación fijará el plazo que esta deba durar conforme al convenio de las partes.

1.3.5 EN LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Antes de entrar en estudio a esta Ley diremos que la misma tuvo sus orígenes mediante los decretos promulgados en la Ciudad de Veracruz por el señor Venustiano Carranza los días 29 de Diciembre de 1914 y otro de 29 de Enero de 1915, en donde se introdujo el divorcio vincular, caracterizándose por disolver el vínculo matrimonial haciéndose la división que hasta ahora existe entre el divorcio necesario y voluntario; es decir que el primero modificó la mencionada Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución, que reconocía la indisolubilidad del matrimonio, y por el segundo reformó el Código Civil del Distrito Federal para "establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación del lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima".

En el último de los decretos a que nos referimos se consignó un catálogo de once causales de divorcio, más la que se establecía en el artículo 230 del Código Civil ya analizado pero con la diferencia de que el término de cuatro meses se reduce a tres meses de espera, suprimiendo la causal prevista en la fracción XII del Código Civil de 1884, relativa a la infracción de las capitulaciones matrimoniales, así también señalaba como causal de divorcio el abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos; reproduciéndose literalmente este texto en la Ley sobre Relaciones Familiares, asimismo la causal por acusación calumniosa por delito que merezca pena mayor de cinco años de prisión, también en cuanto que si alguno de

los cónyuges cometiera algún delito cuantificándose la pena de prisión o destierro mayor de diez años.

En el artículo 233 del Código Civil de 1884, se consignó que el divorcio por mutuo consentimiento se puede pedir cuando han pasado tres años de la celebración del matrimonio. El procedimiento señala la celebración de tres juntas en las cuales el Juez de Primera Instancia procurará restablecer la concordia entre los divorciantes; determinándose en el artículo 253 del Código Civil de 1884, por este decreto que por virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 287 del Código Civil de 1884, que limita las segundas nupcias de la mujer, hasta que hayan pasado trescientos días después de la disolución de las primeras, agregando que en los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

Ante tales decretos el día 9 de Abril de 1917, se expidió la Ley Sobre Relaciones Familiares también hecha por don Venustiano Carranza, la cual trajo consigo cambios significablemente importantes en el desarrollo del divorcio, mismas que a continuación describimos:

1º Formuló la misma definición del matrimonio que el viejo Código Civil de 1870, pero sustituyó el adjetivo "indisoluble" por el "disoluble", en esta forma: "contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" (artículo 13 de la Ley Sobre Relaciones Familiares). De esta manera confirmó la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación civil ya que en los códigos anteriores se le conocía como divorcio separación y enumeró las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento, cuyo procedimiento reguló además en el mismo texto de dicha ley.

2º Igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, suprimiendo la potestad marital y confiriendo a ambos consortes la patria potestad, si bien distribuyó en la ley las cargas del matrimonio, porque a manera de regla general impuso al marido el deber de "dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar" (art. 42 de la Ley Sobre Relaciones Familiares), y a la vez atribuyó a la mujer "la obligación de atender a todos los asuntos domésticos; por lo que ella será la especialmente encargada de la dirección y cuidado de los hijos y del gobierno y dirección del servicio del hogar" (art. 44 de la Ley Sobre Relaciones Familiares).

Asimismo en cuanto a las causales de sevicia, amenazas e injurias graves hechas de un cónyuge para el otro encontramos que las ampliaron también a los malos tratamientos, siempre que estos y aquellas sean de tal naturaleza, que hagan imposible la vida en común y regulándose de igual forma "el vicio incorregible de la embriaguez".

En los demás deberes recíprocos de los cónyuges se repitió el texto de los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, es decir se conservó el deber de fidelidad, de socorro mutuo y de contribución de uno y otro a los objetos del matrimonio (art. 40 de la Ley Sobre Relaciones Familiares), así como también el deber de la mujer de vivir con su marido (art. 41 de la Ley Sobre Relaciones Familiares).

3º Borró la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea los adulterinos y los incestuosos, dispuso que los hijos naturales sólo tendrían derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido, y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaban los Códigos Civiles de 1870 y de 1884.

Asimismo, concedió la acción de investigación de la paternidad no sólo en los casos de raptó o violación, que ya establecía la legislación anterior, sino también cuando existiera la posesión de estado de hijo natural y se tuviera al lado de otras pruebas, un principio de prueba por escrito (artículos 197 y 198 de la Ley Sobre Relaciones Familiares). En el artículo 210 de la Ley Sobre Relaciones Familiares se estableció: "el reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho a llevar el apellido del que lo hace".

4º Introdujo la adopción en nuestro Derecho Civil (artículos 220 a 236 de la Ley Sobre Relaciones Familiares), institución que desde el proyecto del Código Civil de Justo Sierra del año de 1861, había sido desconocida por considerarla "enteramente inútil" y "del todo fuera de nuestras costumbres", por lo que la omitieron los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

5º En las relaciones patrimoniales de los cónyuges, substituyó el régimen legal de gananciales, por el régimen legal de separación de bienes (artículos 270 a 274 de la Ley Sobre Relaciones Familiares) y que en su artículo 4º transitorio ordenó que la sociedad legal derivada de aquellos matrimonios celebrados antes bajo ese régimen, se liquidaría a petición de cualquiera de los consortes, y de lo contrario, continuaría tal sociedad como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley.¹¹

Asimismo se estableció en el artículo 82 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que el divorcio voluntario quedaba sujeto a tres juntas con intervalos de un mes entre cada una de ellas para dar mayor lugar a la reflexión a quienes pretendían divorciarse.

¹¹ Sánchez Medal Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, Págs. 28, 29, 30 y 31.

Encontramos que en la exposición de motivos de la Ley Sobre Relaciones Familiares en su considerando único se previno que no se podrá promover divorcio ante los Jueces de Distrito y Territorios Federales, si los que lo solicitan no tienen cuando menos un año de domiciliados en la jurisdicción del juez correspondiente.

En cuanto a la causal de divorcio por acusación calumniosa por delito que merezca pena mayor de cinco años de prisión, esta fué reformada para reducir el delito que mereciera dos años de prisión; y para el caso de que alguno de los cónyuges cometiera algún delito con excepción del político, cuando la pena sea de dos años; asimismo en el artículo 79 de la Ley Sobre Relaciones Familiares se aplicó idénticamente la espera de los tres meses para demandar el divorcio después de haberse intentado por el otro cónyuge que no hubiese acreditado su acción; y cuando el divorcio se hubiese decretado por causa de adulterio, el culpable no podía contraer matrimonio sino después de dos años de haberse pronunciado la sentencia definitiva.

Además de que en la Ley Sobre Relaciones Familiares encontramos también que ya se regulaba la reconciliación y el perdón expreso o tácito del cónyuge inocente tal y como lo encontramos actualmente en el Código Civil, con la diferencia de que se presumía la reconciliación cuando después de presentada la demanda de divorcio ha habido cohabitación entre los cónyuges.

En general vemos que nuestra actual legislación tiene su antecedente como base sólida en la Ley Sobre Relaciones Familiares, que lejos de haber sido un golpe fatal para el matrimonio, consideramos que fué el punto culminante de cambio que hacía falta tanto en esa época como la que se necesita en nuestros días, ya que como lo señalamos anteriormente nuestra sociedad ha cambiado y en consecuencia nuestra legislación tiene que actualizarse a las necesidades de las personas.

1.3.6 EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

El Código Civil de 30 de Agosto de 1928, suprimió del texto de la ley sustantiva la reglamentación del divorcio voluntario, que como ya se mencionó en el punto que antecede se llevaba por medio de tres juntas, para quedar regulado por medio del Código de Procedimientos Civiles de la materia, el cual solamente exigió dos en vez de tres juntas y fijó un brevísimo plazo de ocho a quince días entre una y otra. Asimismo introdujo el divorcio administrativo y pretendió suprimir todo régimen legal de bienes en el matrimonio y para ello obligó, en teoría, a los contrayentes a que en el acto mismo de celebrar su matrimonio eligieran expresamente y reglamentaran, o la sociedad conyugal o la separación de bienes.

Sin embargo, el original artículo 172 del Código Civil estableció en forma indirecta el régimen legal de separación de bienes, dado que capacitó a cada uno de los cónyuges a administrar, contratar o disponer libremente de sus bienes y ejercitar las acciones y excepciones relativas a los mismos, salvo las limitaciones que expresamente se hubieran impuesto en las capitulaciones matrimoniales, erigiendo de esta manera en regla general la separación de bienes. Aún la posterior reforma al artículo 172 del Código Civil, con el texto actual, deja subsistente esta interpretación, pues se mantiene como única salvedad a la separación de bienes "lo relativo a los actos de administración y de dominio de los bienes comunes".

Del mismo modo, otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna no sólo el derecho al apellido, sino también el derecho a alimentos y derecho a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido, derechos estos que categóricamente les había negado la Ley sobre Relaciones Familiares. Asimismo, añadió a los casos de acción de investigación de la paternidad que había autorizado este último ordenamiento, el del hijo natural nacido de un concubinato, siempre que el nacimiento ocurriera

después de 180 días de iniciado este y dentro de los 300 días de haber cesado la vida en común (artículos 382 y 383 del Código Civil).

En los casos de concubinato único y no adúlterino, fecundo en hijos o con duración no menor de cinco años, estableció sólo en favor de la concubina, derechos hereditarios en la sucesión intestada del concubinario, o derechos alimenticios en la sucesión testamentaria del mismo, pero en uno y en otro caso en una proporción menor que la que correspondería a la esposa, y cuando precisamente por haber fallecido el concubinario se había ya extinguido la unión irregular, y no existía ya entonces el peligro de que se considerara al concubinato en el mismo nivel que el matrimonio como el origen y fundamento de la familia.

Otro gran cambio fué la de proveer de alimentos no solamente al cónyuge, a los ascendientes, a los descendientes y a los hermanos del deudor alimentista, sino que lo extendió también a favor de los parientes colaterales dentro del cuarto grado tanto durante la vida del deudor alimentista (artículo 305 del Código Civil), como para después de su muerte, a virtud de la obligación de dejar alimentos en el testamento a favor de tales parientes (artículo 1368-VI del Código Civil). Esto debido a que el Código a que nos venimos refiriendo nos ordenaba entre sus causales de divorcio la siguiente: "La negativa de los cónyuges de dar alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166 del Código Civil".

Actualmente y como lo veremos en el capítulo de este trabajo que corresponde a los alimentos, ya no es necesario que el deudor alimentario acredite haber agotado un juicio previo para hacer efectivo el pago de alimentos por parte del acreedor y con ello solicitar el divorcio, a este cambio consideramos que fué

una acertada decisión por parte de nuestros legisladores al suprimir un juicio que no tenía razón para que procediera el divorcio.

1.3.7 EN LAS REFORMAS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1970 Y 1984.

Otras reformas que nos encontramos y que de alguna manera influyeron en la institución del divorcio, lo fueron las hechas a la Ley de Nacionalización y Naturalización en el año de 1971 a los artículos 35 y 39 respectivamente en donde se puso fin a los llamados "divorcios fronterizos", porque de acuerdo con tal reforma, por una parte, se declaró improrrogable la competencia por razón de territorio en los juicios de divorcio y de nulidad de matrimonio de extranjeros y, por otra parte, se exigió que para que estos puedan promover en México esa clase de juicios, deben por fuerza tener su domicilio en el territorio nacional conforme a las reglas que al respecto dé el Código Civil del Distrito Federal aplicable en materia común y Federal a todo el país, y se requiere además, una certificación previa de la Secretaría de Gobernación que acredite su legal estancia en el país y su calidad migratoria apta para promover el juicio en cuestión.

En el año de 1974 al ser reformado el artículo 423 del Código Civil y el que establecía entre otras cosas que "los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente", se suprimió el concepto castigo, aunque fuere mesurado, significó que la corrección a la que se refiere el actual artículo como facultad de los padres, impide a estos llegar a golpes o amenazas como abusos que es usual observar en el trato con los menores. La corrección debe ser mesurada, debe tener como límite no ofender la persona, ni dañar al menor.

Posteriormente y encontrándose el gobierno de México en manos del Presidente Luis Echeverría, en el año de 1975, el artículo 162 del Código Civil el que tan sólo disponía: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente"; fué reformado agregándose dos párrafos más que hasta la actualidad disponen: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Así tenemos también que en virtud de la reforma en cuestión, los artículos 164, 165 y 166 del Código Civil que establecían en forma general tanto la carga del marido de sufragar los gastos para el sostenimiento del hogar, como la pensión alimenticia a favor de la mujer y de sus hijos, tal obligación desapareció creando con ello que cuando la mujer reclamase judicialmente pago por concepto de pensión alimenticia esta tenía que primeramente comprobar que estaba imposibilitada para trabajar, cosa muy difícil, porque con las reformas que se comentan los dos cónyuges tienen iguales posibilidades de dedicarse a toda clase de actividades lucrativas, y probar también que carece ella de bienes propios, ya que en caso de no rendirse previamente por la esposa esta doble prueba, no puede reclamar ella alimentos del esposo, porque tan obligado está un cónyuge como el otro a subvenir a las necesidades del hogar.

Más sin embargo y ante tal aseveración la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una realista y trascendental ejecutoria de 1979, bajo la ponencia de la Ministra Gloria León Orantes, sostuvo que aunque la reforma de 1975 al artículo 164 del Código Civil, suprimió la expresa obligación del marido de dar alimentos a la esposa, podía esta reclamar judicialmente alimentos a su marido, sin necesidad de probar que carecía ella de recursos económicos propios y que estaba imposibilitada de trabajar, porque uno y otro de

estos dos hechos debían presumirse todavía en las condiciones actuales de la sociedad.¹²

Las reformas que nos encontramos analizando también derogaron el artículo 167 y modificó los artículos 168 y 169 del Código Civil para disponer que en el futuro ya ninguno de los dos consortes en concreto tiene a su cargo el cuidado y la atención de los trabajos del hogar, porque por encima de la educación y de la formación familiar de los hijos, considera el legislador que es más importante garantizar a uno y a otro progenitor que puedan apartarse del hogar para dedicarse a las actividades lucrativas que sean de su agrado, teniendo ello como consecuencia que también se reforman los artículos 170 y 171 del Código Civil que facultaban respectivamente, al marido a oponerse a que la mujer se dedicara a actividades lucrativas, cuando fuera en detrimento del cuidado y la atención de los trabajos del hogar, y que facultaban a su vez a la esposa para oponerse a que el marido desempeñara algún trabajo que lesionara la moral o la estructura de la familia.

Es así que al reformarse el artículo 168 del Código Civil que expresamente reservaba a la mujer "la dirección y cuidado de los trabajos del hogar", por el nuevo artículo 168 que proclama que el marido y la mujer de común acuerdo resolverán todo lo relativo al manejo del hogar, a la formación y educación de sus hijos y a la administración de los bienes de estos hubo; la necesidad de reformar los artículos 168 y 169 del Código Civil para que el Juez de lo Familiar pudiese intervenir de oficio en los problemas que se suscitaren, sirviendo de refuerzo lo dispuesto por el hoy artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Distrito Federal.

¹² Amparo 4300/78 de Manuel Humberto Guzmán, Pág. 9 del Informe de 1980 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Podemos decir que lo narrado en líneas anteriores fué el antecedente para que surgiera otra nueva causal de divorcio y que fué la reforma hecha a la Fracción XII del artículo 267 del Código Civil, misma que entre otras cosas nos dispone: "el incumplimiento, sin causa justa, de la sentencia ejecutoriada, por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168", es decir en el caso de que ante el desacuerdo entre marido y mujer en orden al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes de éstos, hubiera dictado el Juez de lo Familiar una sentencia para ordenar a los consortes lo que ambos deban al respecto, y uno de los cónyuges hubiera dejado de acatar semejante fallo.

Las reformas a que nos venimos refiriendo y hechas a los artículos 174 y 175 del Código Civil que exigían autorización judicial para que la esposa contratara con su marido o para que fuera fiadora de él o para que se obligara con este solidariamente, autorización que no se concedía sólo cuando se lesionaban los intereses de la mujer, fué sustituido por un nuevo texto, que ahora requiere de tal autorización para que los dos cónyuges contraten entre sí o uno de ellos sea fiador del otro o se obliguen con él solidariamente, autorización que no puede otorgarse cuando se lesionen los intereses de uno de los cónyuges. Más sin embargo la reforma hecha al artículo 174 del Código Civil no es aplicable a los pactos conyugales, que son aquellos que para concertarse es indispensable que quienes los acuerdan sean consortes entre sí, y cuyo contenido forma parte integrante del contrato mismo del matrimonio.

Tal es el caso de los pactos que celebran los esposos para separarse provisionalmente, o para distribuirse las cargas del hogar y el sostenimiento del mismo, o, sobre todo, para modificar sus originales capitulaciones matrimoniales, como sería la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y su sustitución por el régimen de separación de bienes.

Así el artículo 260 del Código Civil establecía que "siempre y aún tratándose de divorcio, las hijas e hijos menores de cinco años, se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumpla esta edad, a menos que la madre se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiera contraído el hábito de embriagarse, tuviera alguna enfermedad contagiosa o, por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos"; ahora los nuevos artículos 259 y 260 del Código Civil dejaron al criterio del juez decidir a cuál de los dos cónyuges corresponderá la custodia de los hijos menores, es decir el que obtuviere la victoria en el juicio judicial correspondiente. Más sin embargo con posterioridad a 1975, nuevamente se reformó esta circunstancia en el artículo 282 del Código Civil al señalar: "Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

El artículo 288 del Código Civil de la reforma en cuestión impuso a la mujer culpable, como regla general en el divorcio necesario, el deber de ministrar alimentos al marido inocente y no únicamente para el caso excepcional de que dicho marido esté imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios, como lo hacía antes el precepto del mismo número del Código Civil, así tenemos que también el artículo 323 del Código Civil reformado estableció que en caso de separación de los cónyuges, obligó no sólo al marido culpable, sino también a la esposa culpable a ministrar alimentos al otro cónyuge para el sostenimiento del hogar.

Del mismo modo el nuevo artículo 287 del Código Civil restringió el derecho de la mujer, por que las hijas de los divorciados ya no tienen en lo sucesivo como antes de la reforma, un derecho a alimentos hasta que se casen, siempre que vivan honestamente, sino que en adelante sólo tendrán tal derecho hasta que cumplan 18 años y después de esta edad, deben buscarse la vida por sí mismas y liberar de toda carga a sus padres. Esta innovación se repite en el nuevo artículo 288 del Código Civil, por cuanto que antes de la reforma de 1975 la mujer

inocente en caso de divorcio necesario, tenía derecho a percibir alimentos mientras no se casara de nuevo y viviera honestamente, derecho que ahora pierde a menos que esté incapacitada para trabajar y carezca de bienes propios, cualesquiera que éstas fueran.

En otro orden de ideas la anterior fracción III del artículo 1368 del Código Civil, en la sucesión testamentaria del marido, concedía derechos alimenticios a favor de la viuda, mientras esta viviera honestamente y no contrajera nuevas nupcias, y ahora la actual fracción III de dicho precepto, la priva sin más de tales derechos y la obliga a proveer por sí sola a su propia subsistencia, se está en condiciones de trabajar, aunque sea en las más bajas o modestas labores. A su vez, la anterior fracción II del mencionado artículo 1368 del Código Civil, en la sucesión testamentaria de cualquiera de sus padres, concedía derechos alimenticios a favor de las hijas, aunque fueran mayores de edad, con tal de que vivieran honestamente y no hubieran contraído matrimonio, y, en cambio, ahora en la nueva fracción II del precepto citado, se cercenan semejantes derechos para que las hijas huérfanas de padre o de madre sólo disfruten de alimentos hasta la temprana edad de 18 años en la sucesión testamentaria de cualquiera de los progenitores.

Mediante adición publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de Diciembre de 1983, en el artículo 268 del Código Civil se intercaló la frase "o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado...", para quedar como actualmente lo conocemos entrañando con ello una razón que se contempla en el orden procesal como un medio de promover el divorcio con un resultado negativo creándose con ello una acción para que el otro cónyuge intente demandar el divorcio.

Más sin embargo y como lo veremos más adelante las reformas hechas en este año no fueron del todo para el bienestar de la familia y en

consecuencia de la sociedad ya que anteriormente existía en la redacción del artículo 283 del Código Civil que el cónyuge culpable perdía la patria potestad cuando se diera el divorcio por alguna de las causales previstas en las fracciones I, II, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267 del Código Civil; pérdida que era permanente y definitiva; quedando los hijos bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si esa situación correspondiera a ambos, entonces subsidiariamente, los hijos deberán quedar bajo la patria potestad de los abuelos que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

En cambio cuando la causal del divorcio fuere de aquellas que están previstas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del mismo artículo 267 del Código Civil, igualmente la patria potestad correspondería al cónyuge inocente; pero con la modificativa de que si este llegare a fallecer, entonces quien la había perdido estaría en aptitud de recuperarla y en el evento de que la culpabilidad fuere mutua, la suspensión en el ejercicio de la patria potestad correspondería a ambos cónyuges, aún cuando si uno de ellos fallece, recuperará el otro la misma, al acaecer aquella. Por las mismas razones, mientras eso sucede, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y sino hubiere quien la ejerza, se les nombrará un tutor.

Es así que al realizarse la reforma a este artículo para quedar como actualmente lo conocemos, consideramos que se pone en riesgo los derechos elementales de la familia como lo es el de perder la patria potestad de los hijos la cual queda al criterio del juzgador, toda vez que gozando de sus facultades jurisdiccionales podrá determinar sobre la misma y que puede consistir en perderse, suspenderse o limitarse, siendo que anteriormente cualquiera de estas circunstancias se encontraban plasmadas en la misma Ley, y que el Juez tenía la obligación de acatar lo ordenado sin que mediara su criterio y aunque el día 30 de Diciembre de 1997 se volvió a reformar este artículo 283 del Código Civil, no se

tomó en consideración tan grave facultad otorgada a un hombre para decidir y cambiar la vida de los hijos y padres.

CAPITULO SEGUNDO.

CLASIFICACION Y PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La acción de divorcio es personalísima, es decir que sólo puede intentarse exclusivamente por la persona facultada por la ley, es decir aquella que haya celebrado el matrimonio (arts. 97, 103, 113, 278 del Código Civil), sin embargo encontramos que de acuerdo al artículo al artículo 643 de su fracción II, del mismo ordenamiento: El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita, durante su menor edad:

I.- ...

II.- De un tutor para negocios judiciales.

Asimismo el artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles al tratar el divorcio por mutuo consentimiento nos indica que el menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitarlo y a su vez el artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles establece que los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refieren los artículos 675 y 676 del Código Procesal Civil, sino deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial.

Debemos entender que el tutor no lo está representando en su nombre sino que solamente lo acompaña, lo asiste para salvaguarda de sus derechos y es quien emitirá su opinión al respecto, pero sin que pueda decidir las obligaciones o derechos del menor de forma representativa.

Por otro lado y tratándose de aquellas personas mayores de edad y que se encuentren en algunos de los casos de incapacidad legal y que se les declare en estado de interdicción para lo cual se les nombrare un tutor, el artículo 537 del Código de Procedimientos Civiles en su fracción V, nos dice: El tutor está obligado: A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, "con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales..." . De nueva cuenta nos encontramos que para la acción del divorcio el mayor de edad incapaz no será representado por el tutor, pero sin embargo lo asistirá para su mejor beneficio, además de que el Juez de lo Familiar tendrá amplias facultades para tomar las medidas necesarias tendientes a este fin y que para ello el Ministerio Público en su carácter de Representación Social intervendrá con la misma finalidad.

"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 haya llegado a su noticia los hechos en que funde la demanda."

Así tenemos que en caso contrario, operará la caducidad de dicha causal; pudiendo comprenderse que quien deja transcurrir un periodo mayor de tiempo, o ha perdido interés en la reclamación, se entiende que ha perdonado tácitamente a su culpable consorte, no hay que confundir el término de caducidad con el de prescripción para intentar la acción de la causal de divorcio ya que la Suprema Corte de Justicia ha establecido que el término de caducidad es condición necesaria para la procedencia de la causal por lo que el Juez de oficio deberá de revisar si su ejercicio se realizó dentro del término que para ello se le otorgó, mientras que la prescripción es ejercitada por aquella parte legitimada.

Debe deslindarse la circunstancia que exponemos de aquellas causales en las que por tratarse de una conducta continuada o de tracto sucesivo,

no puede sobrevenir la caducidad, o el implícito perdón, como al separarse de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada o las otras dos separaciones previstas por las fracciones IX y X del artículo 267 del Código Civil; incluyéndose en este aspecto, la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones alimentarias o la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación.

Por otro lado la Suprema Corte de Justicia a establecido lo siguiente: "La enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, y los Códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas de otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón".¹³

Ahora, veamos los aspectos del perdón o de la reconciliación que están previstos en las dos siguientes disposiciones:

Artículo 279 del Código Civil. Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón expreso o tácito; no se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores.

Aquí debemos de hacer notar que solamente las causales que constituyen delitos, hechos inmorales o conductas culposas, se les pueden otorgar

¹³ Amparo directo 1271/1959. María Concepción Taboada de Olivera. Unanimidad de 4 votos. Sexta Epoca, Vol. XXXIII, Cuarta Parte, pág. 145. Amparo directo 7226/1960. Antonia Verde Barrón. 5 votos. Sexta epoca, Vol. LII, Cuarta Parte, pág. 117. Amparo directo 1308/1961. María Luisa Gallego Castro 5 votos, Sexta Epoca, Vol. LXVIII, Cuarta Parte, pág. 76. Amparo directo 3346/1960 Salvador Tapia Maldonado. 5 votos, Sexta Epoca, Vol. LXIII, Cuarta Parte, pág. 17. Amparo directo 2107/1961. Ramón Flores Valdez Unanimidad de 4 votos, Sexta Epoca, Vol. LXXIV, Cuarta Parte. pág. 16. Jurisprudencia 160 (Sexta Epoca), pág. 492, Vol. 3ª Sala. Cuarta Parte. Apéndice 1917-1975; anterior Apéndice 1917-1965, Jurisprudencia 153, pág. 492. (Ediciones Actualización I Civil, tesis 1076, pág. 543 y Actualización IV N° 1005, pág. 514).

el perdón. Por otro lado las causales que no implican una conducta ilícita como son las relativas a la declaración de ausencia legalmente hecha, la presunción de muerte, las enfermedades y la enajenación mental incurable, no significa que haya cónyuge culpable por lo que no puede aplicarse sanción alguna como es el pago de los daños y perjuicios o el pago de los gastos y costas que genere el juicio.

Artículo 280 del Código Civil. La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentren si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al Juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

Asimismo tenemos que el artículo 289 del Código Civil en su primer párrafo nos indica que: "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio". Pero como lo veremos en los capítulos siguientes, esta capacidad se encuentra sujeta a otras circunstancias que hay que cumplir para poder celebrar otro matrimonio en base del ya terminado.

Otra característica que debe tomarse en cuenta en la acción del divorcio es el desistimiento que se haga de ella, entendiéndose la existencia de dos clases de desistimiento, de la instancia y de la acción. Dice el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles: Admitida la demanda, así como formulada la contestación, no podrán modificarse ni alterarse, salvo en los casos en que la ley lo permita.

El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá del consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue esta aún sin consentirlo el demandado.

El desistimiento de la demanda produce el efecto de las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla. El desistimiento

de la instancia, posterior al emplazamiento, o el de la acción, obligan al que la hizo a pagar costas y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario.

Del mismo modo la muerte de uno de los cónyuges extingue y da por terminado el juicio de divorcio, sin prejuzgar respecto de las constancias jurídicas en cuanto al cónyuge inocente o culpable, y sin tomar en cuenta las pruebas que ya se hubiesen rendido, aún cuando de ellas resultare plenamente probada la causa de divorcio. Dicit el artículo 290 del Código Civil: La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio.

El artículo 59 del Código de Procedimiento Civiles establece entre otras cosas que las audiencias que se refieran al divorcio, nulidad de matrimonio y aquellas que juzgue convenientes serán públicas a menos que estime que sea necesario se hagan privadas.

Por último el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles, establece en su fracción XII que el Juez de lo Familiar competente para conocer del divorcio, lo será el del último domicilio conyugal y para el caso de abandono lo será el del domicilio del abandonado.

Consideramos que por regla general el divorcio debe admitirse cuando ha surgido una perturbación tan profunda en el matrimonio, que ya no puede esperarse que la vida en común pueda continuar entre los cónyuges, que haga imposible tratar a la parte culpable con el amor y atención que se deben los consortes.

2.1 DIVORCIO ADMINISTRATIVO.

El primero de los tipos de divorcios que trataremos es el que se refiere al administrativo, el cual a diferencia de los que veremos más adelante no se solicita judicialmente ante un Juez de lo Familiar, sino que se lleva a cabo por el mismo Juez del Registro Civil con el que se celebró el matrimonio civil o en su caso el del último domicilio conyugal que hayan tenido los divorciantes, además tanto sus requisitos de procedibilidad como el desarrollo del mismo se lleva de diferente forma que los divorcios judiciales y no es resuelto por una sentencia definitiva ya que solamente se decreta por medio de una acta que levanta el Juez del Registro Civil y después de concluido este, hace la anotación del divorcio declarado en la Acta de Matrimonio correspondiente.

Creemos que este tipo de divorcio es el que ha dado solución a aquellas parejas que contrajeron matrimonio sin que pensaran las serias consecuencias y obligaciones que trae consigo este acto, además al no existir hijos o bienes de la sociedad conyugal que los obligue a permanecer juntos y si ya no es posible encontrar una solución a su problema, no hay razón para que permanezcan unidos y que con el tiempo se puedan lastimar tanto física como moralmente.

El divorcio administrativo es el más rápido en declararse su disolución por lo que consideramos que tanto su procedimiento como su eficacia resulta para los cónyuges el más favorable, surgiendo en ellos la esperanza de que puedan rehacer su vida con otra pareja a la que buscaran con más cuidado y que pueda ser la que los acompañe hasta los últimos días de su vida.

2.1.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

A continuación pasaremos a realizar un estudio de los diversos requisitos que se necesitan para la tramitación de este tipo de divorcio y en los que haremos unas consideraciones que a nuestro parecer son necesarias para su entendimiento mismos que se encuentran establecidos en el artículo 272 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

El primero de ellos es la voluntad de ambos consortes para solicitar el divorcio. Esto se debe a que si el consentimiento fué el que los unió en la celebración del matrimonio, el consentimiento ha de ser el que los separe, además al no configurarse ninguna de las causales de divorcio establecidas en el artículo 267 del Código Civil en vigor y al no haber hijos o sociedad conyugal que liquidar, la única forma de disolver el vínculo matrimonial es por medio del consentimiento expreso que realicen ambos consortes, ante el Juez que los unió o el que radique en el último domicilio conyugal.

El segundo de ellos es que sean mayores de edad. Aquí nos encontramos con una terrible contradicción que pudiera causar problemas a los divorciantes, ya que si recordamos nuestra legislación permite que los hombres de 16 y mujeres de 14 años puedan contraer matrimonio (artículo 148 del Código Civil) con el consentimiento de sus padres, abuelos paternos o maternos y a falta de ellos de las personas mencionadas en los artículos 150 y 151 del Código Civil, y como veremos más adelante otro de los requisitos que se necesitan cumplir para que proceda este tipo de divorcio es que el matrimonio haya durado más de un año; por lo que puede darse el caso de que el hombre de 17 y la mujer de 15 años respectivamente acudan ante el Juez del Registro Civil a solicitar el divorcio, situación que no podrá darse por que simple y sencillamente la ley indica que tienen que ser mayores de edad. Pudiera ser el caso de que se les hiciera el

nombramiento de un tutor para el efecto de que los represente y asista en esas diligencias, pero creemos que a la fecha en que se les nombre al tutor por el Juez de lo Familiar ya habrán alcanzado la mayoría de edad por lo lento que resultan esos procedimientos.

Consideramos que se debiera de reformar este artículo en el sentido de que si los padres, abuelos, etc., son los que otorgaron el consentimiento para que los menores contrajeran matrimonio, estos debieran de ser los que también dieran su consentimiento para que se pudieran divorciar los menores sin que sea necesario que alcancen la mayoría de edad como lo establece el artículo que se comenta.

Ambos divorciantes deberán de anexar a la solicitud de divorcio sus respectivas Copias Certificadas de sus Actas de Nacimiento para que acrediten su mayoría de edad ante el Juez del Registro Civil.

El tercero de ellos es el que se refiere a que los divorciantes durante el matrimonio no hayan procreado hijos. Este requisito es de suma importancia, ya que al no haber hijos con los cuales se pudieran sentir atados por el lazo matrimonial, les será más fácil olvidar la relación fallida para ir en conquista de una nueva con la cual puedan rehacer su vida; además por lo sencillo y rápido que resulta este tipo de divorcio y al no afectarse a terceras personas como lo son los hijos, creemos que el requisito que se comenta es el más acertado por el bien de las personas.

El cuarto de los requisitos a comentar es el que se refiere a que de común acuerdo los divorciantes hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. Aquí nos encontramos con dos casos que se pudieran dar y es saber si los cónyuges celebraron el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o por el régimen de separación de bienes; si estos se casaron bajo el

régimen de separación de bienes lógicamente que no habrá sociedad que liquidar, pero si contrajeron matrimonio por el régimen de sociedad conyugal y existen bienes que liquidar entonces no será posible que se llevé a cabo este tipo de divorcio ya que entonces nos encontraremos dentro de la hipótesis del divorcio voluntario que más adelante estudiaremos, sin embargo puede suceder que durante el matrimonio no se adquirieron bienes muebles o inmuebles que liquidar y aunque los divorciantes se encuentren casados bajo el régimen de sociedad conyugal, es procedente este tipo de divorcio por que el principal requisito es que los divorciantes no hayan adquirido bienes.

El quinto requisito es, que los divorciantes se presenten personalmente ante el Juez del Registro Civil, esto se debe a que si el matrimonio exige que los futuros consortes se presenten personalmente a su celebración, lógico es que también lo hagan para solicitar el divorcio y por que así mismo lo establece nuestra legislación, salvo aquellos casos en que la misma ley faculta a los tutores para asistir, es decir acompañar, a los divorciantes sin que en ningún momento los representen como si fuesen apoderados legales.

El sexto de los requisitos es que el divorcio se efectúe ante el Juez del Registro Civil del domicilio de los divorciantes, este requisito otorga a los divorciantes muchas facilidades para su procedencia ya que no los limita solamente a la jurisdicción del Juez con el cual celebraron el matrimonio sino que les da la oportunidad para solicitarlo ante el Juez más cercano de su domicilio.

El séptimo y último de los requisitos que se necesitan es el que los divorciantes acrediten que se encuentran casados y lo demuestren con la Copia Certificada de la Acta de Matrimonio respectiva, misma que deberá de acompañarse con la solicitud de divorcio que entrega el Juzgado del Registro Civil que deberá de ser llenada por los divorciantes.

2.1.2 PROCEDIMIENTO.

Una vez satisfechos los presupuestos y requisitos consignados en el tema anterior, deberán de presentarse personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las certificaciones correspondientes que se encuentran casados y que son mayores de edad, (hacemos notar de nueva cuenta que aún no siendo mayores de edad, pueden acudir ante la mencionada autoridad acompañados de las personas que legalmente las representen y asistan), acompañarán también un certificado médico en el que se compruebe que la divorciante no se encuentra embarazada, expedido por médico legalmente facultado para ejercer su profesión y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse.

Para satisfacer esta exigencia en la actualidad existen en los Juzgados competentes, fórmulas escritas que los divorciantes entregan como confirmación de su decisión en las que todo está manifestado y sólo la complementan con sus nombres y demás datos respectivos.

Una vez que el Juez haya identificado a los consortes, levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. (Ellos estarán obligados a satisfacer el pago de los derechos que para este acto se cobran por los servicios del Estado). Si los consortes se presentan y hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados; levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Asimismo se establece y para el caso de que los divorciantes obtengan de esta forma el divorcio, si se comprueba que los mismos tienen hijos, son menores de edad, (es decir, que hagan los trámites respectivos sin la

representación legítima de aquellas personas para tal efecto), o no han liquidado la sociedad conyugal, (si bajo ese régimen contrajeron matrimonio); entonces sufrirán las penas que establezca el Código de la materia y en consecuencia la fraudulencia de los supuestos básicos para obtener el divorcio administrativo, determina la nulidad absoluta de la disolución del matrimonio.

Tanto los supuestos, como los requisitos y el procedimiento los encontramos enunciados en los artículos 272 y 274 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Por otro lado cabe destacar que no se encuentran facultadas "medidas provisionales", que son fórmulas convenientes de tomar, como "la separación provisional de los cónyuges", o cualquier otra, que es razonable durante la substanciación del procedimiento; sin embargo tampoco se encuentra prohibido que cualquiera de los divorciantes y durante el procedimiento del divorcio administrativo acudan ante el Juez de lo Familiar a hacer uso de las mismas.

2.1.3 SUS EFECTOS JURIDICOS.

Los efectos jurídicos que este tipo de divorcio produce son pocos en comparación con los creados con el divorcio voluntario y necesario, toda vez que no hay bienes que disolver y tampoco hijos con los cuales exista la obligación de alimentarlos, pero de igual manera deja a los divorciantes en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, sin olvidarnos que al no haber cónyuge culpable no es necesario que se esperen el término de dos años que establece el artículo 289 del Código Civil en vigor y solamente la mujer tendrá que dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 158 del mismo ordenamiento, es decir tendrá que esperar a que pasen trescientos días después de que quedó disuelto el matrimonio anterior para que pueda celebrar el nuevo matrimonio, esto se hace con el fin de

que no fuese a dar a luz un hijo que no sea de su nuevo marido y además porque es un requisito que se establece para celebrar un matrimonio.

2.2 DIVORCIO VOLUNTARIO.

Dice el cuarto párrafo del artículo 272 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

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

La autoridad competente para resolver el divorcio por mutuo consentimiento y ya satisfechos los requisitos del convenio que más adelante se detallan, lo es el Juez de lo Familiar del lugar en donde los cónyuges establecieron por última vez su domicilio conyugal.

La diferencia de este tipo de divorcio con el divorcio administrativo ya estudiado, es que aquí si hay bienes que liquidar dentro de la sociedad conyugal e hijos que alimentar durante subsista la obligación para el deudor alimentario.

Como lo veremos a continuación y en donde al parecer resulta sencillo el divorcio voluntario por existir la voluntad expresa de ambos consortes en divorciarse, pueden surgir una serie de actos que pueden entorpecer la buena marcha de su procedimiento y que pueden ser originados no solamente por los divorciantes sino también del Ministerio Público como Representante de la Sociedad. También encontramos la existencia de un Juez de lo Familiar y de una

sentencia definitiva que resuelve la situación de los divorciantes, sus bienes y la de los hijos, así como la obligación de ministrar alimentos.

2.2.1 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Los requisitos que encontramos para que opere este tipo de divorcio y que deben de reunir los divorciantes son los siguientes:

a) Que exista la voluntad de ambos consortes en divorciarse y así lo soliciten ante el Juez de lo Familiar que les corresponda, es decir, nos encontramos con el principio contractual de que si la voluntad fué la que dió origen a los derechos y obligaciones que nacieron del matrimonio, también tiene que ser la misma voluntad la que les ponga fin, sin embargo y como lo veremos más adelante tanto los derechos y obligaciones que nacieron del matrimonio no desaparecen con la terminación del mismo como sucede con las demás relaciones contractuales y que es una de las diferencias más importantes de su naturaleza jurídica.

b) Se deberán de acompañar a la demanda de divorcio las correspondientes Copias Certificadas de la Acta de Matrimonio como las de los Nacimientos de los hijos habidos durante el matrimonio.

c) Que sean mayores de edad o que no siéndolos sea su deseo divorciarse. Aquí nos volvemos a encontrar con esta terrible contradicción en donde por un lado se autoriza el nombramiento de una persona que pueda representar al menor para este tipo de asuntos judiciales (artículo 643 Fracción II del Código Civil) y por otro se reitera el principio de que sólo los contrayentes del matrimonio podrán disolverlo personalmente, o en caso de minoría de los divorciantes deberán de ser "acompañados por el tutor especial nombrado para tal efecto" (artículo 678 del

Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal), por lo que reiteramos nuestra sugerencia en el sentido de que si los padres, abuelos, etc., fueron los que otorgaron la dispensa necesaria para que los menores contrajeran matrimonio, que estos mismos sean los que la otorguen para que lo puedan disolver, toda vez y como lo mencionamos anteriormente a la fecha en que a los menores se les nombre el tutor especial para que los acompañe y asista en este negocio judicial ya habrán alcanzado la mayoría de edad requerida para tal efecto.

d) Que tengan hijos o no teniéndolos sea su deseo divorciarse.

Más que un requisito es el supuesto de la existencia de los hijos a los cuales se les pueda transgredir en sus derechos como tales y en donde el encargado de velar por que sean respetados es el Juez de lo Familiar que está conociendo del divorcio, y a su vez el Ministerio Público como Representante de la Sociedad, también está interesado de que no se les cause daño o menoscabo en sus derechos.

e) Que no hubiesen liquidado la sociedad conyugal de común

acuerdo, si bajo ese régimen contrajeron nupcias. Vemos aquí que primeramente los divorciantes que contrajeron matrimonio lo tuvieron que haber hecho bajo el régimen de sociedad conyugal y que durante la duración de su matrimonio hubiesen adquirido bienes muebles o inmuebles; como requisito esencial en la petición del divorcio voluntario la Ley ordena a los divorciantes que hagan la liquidación correspondiente de esos bienes, sin embargo existen matrimonios los cuales durante su unión nunca adquirieron bienes por lo que basta que se señale en la demanda de divorcio voluntario que durante el matrimonio no se adquirieron bienes que liquidar para que el Juez de lo Familiar no se oponga a la disolución del vínculo matrimonial.

f) Que haya pasado un año desde la celebración del matrimonio.

Como ya lo vimos en los antecedente históricos del divorcio en el capítulo primero del presente trabajo, este tiempo que se dá para solicitar el divorcio ya sea

administrativo, voluntario o contencioso, es en razón de que los divorciantes puedan reconsiderar sus problemas y tratar de darles una solución y no termine esa unión en que la sociedad está interesada que continúe por el fin que representa el matrimonio.

g) Que acompañen los divorciantes a su escrito de solicitud de divorcio el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Por tratarse el divorcio voluntario de un acuerdo de voluntades que pone fin al matrimonio y por encontrarse dentro de los supuestos de la existencia de hijos o de bienes que liquidar dentro de la sociedad conyugal, la Ley exige a los divorciantes que también de mutuo acuerdo resuelvan lo relativo a los hijos tanto su educación, cuidado, alimentación; como lo relativo a los bienes adquiridos si bajo ese régimen se casaron.

Este punto tan interesante como lo es el convenio que se tiene que acompañar a la demanda de divorcio voluntario lo estudiaremos con más detalle en los subsecuentes temas de este trabajo.

2.2.2 PROCEDIMIENTO.

En el escrito de demanda o solicitud de divorcio que para ese propósito se formule, deberá manifestarse el día y lugar en que se casaron los divorciantes, así como el régimen económico que pactaron en su matrimonio, el nombre y fecha de nacimiento de los hijos que procrearon y acreditando estos dos hechos con las constancias relativas del Registro Civil. Manifestarán igualmente el último lugar en el que ha estado establecido el domicilio conyugal (en razón de que determina la competencia jurisdiccional), así como su decisión de divorciarse por

mutuo consentimiento y la razón para ello, debiéndose de anexar el convenio que se ordena en el artículo 273 del Código Civil.

El Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Distrito Federal, nos indica que una vez formulada la solicitud, el Tribunal citará a los cónyuges y al Ministerio Público a una junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados, los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra averirlos, aprobará provisionalmente, oyendo el parecer del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquellos y de los que un cónyuge deba dar a otro mientras dure el procedimiento; dictando las medidas necesarias para su aseguramiento.

Si los comparecientes insistieren en su propósito de divorciarse, citará a una segunda junta, que igualmente se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; exhortando en ella nuevamente a aquellos, con el mismo propósito. Si en ésta oportunidad no se lograra la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, oyendo el parecer del Representante del Ministerio Público sobre este punto, el Tribunal dictará sentencia en la que se disolverá el vínculo matrimonial que habla unido a los cónyuges y decidirá sobre el convenio presentado. Debe agregarse la obligación de la misma autoridad judicial para exigir la plena identificación de los comparecientes, a fin de obtener la certeza de su identidad, pues a estas juntas de aveniencia o de "avenimiento" no podrá comparecer procurador de los interesados, ya que ellos deben hacerlo en forma personalísima y en el evento de que alguno o ambos fueren menores de edad, deberán de ser acompañados por su tutor. (Artículos 674 a 679 del Código de Procedimientos Civiles).

Como el Ministerio Público es parte en estos juicios, tenida consideración el interés social para que se vigile particularmente el derecho de los hijos menores, está en condiciones de oponerse a la aprobación del convenio, sea por considerar que se violan los derechos de ellos, o queden bien garantizados, y deberá proponer las modificaciones que estime procedentes, con vista de los divorciantes. Independientemente de que se observen o no las peticiones de la Representación Social, el juez deberá de resolver en la sentencia lo que proceda legalmente; cuidando que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos. Debe destacarse que si se aprueba el convenio, deberá declararse fundada la acción de divorcio. Por el contrario, si el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio. En el primero de esos casos cabe la apelación en el efecto devolutivo. En el segundo, la sentencia negativa es apelable en ambos efectos. (Artículos 680 y 681 del Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Distrito Federal).

Finalmente, el artículo 682 del mismo Ordenamiento Adjetivo dispone que ejecutoriada la sentencia de divorcio, el tribunal mandará remitir copia de ella al Juez del Registro Civil de su jurisdicción, o al del lugar en que el matrimonio se efectuó, para que la inscriba al margen de la del matrimonio, así como para que levante el acta correspondiente y publique un extracto de la resolución durante quince días, en las tablas destinadas al efecto, en los términos previstos por los artículos 114, 116 y 291 del Código Civil.

2.2.3 REQUISITOS LEGALES QUE DEBEN CUBRIRSE EN EL CONVENIO.

Por lo que toca a los hijos, el convenio no sólo debe señalar los alimentos necesarios según las posibilidades de los padres en función de sus bienes, de sus recursos, de sus ingresos y de la condición social de los hijos para

satisfacer estas necesidades, sino que además, debe asegurarse debidamente el cumplimiento de la pensión alimenticia mediante la garantía o la forma que el juez considere suficiente.

En la fracción II del artículo 273 del Código Civil en vigor, simplemente se dice que el convenio deberá precisar el modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio; pero no se determina la garantía que deba otorgarse. Esto lo precisa el artículo 275 en su parte final del Código Civil, al indicarnos. "Mientras que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional, y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes habrá la obligación de dar alimentos".

En cuanto a los mismos divorciantes el artículo 288 del mismo ordenamiento establece que la mujer y el varón tendrán derecho al pago de alimentos hasta por el mismo tiempo en que duró el matrimonio si no tienen ingresos suficientes, contraigan nuevas nupcias o se unan en concubinato.

Del mismo modo el convenio que deberán de acompañar tendrá que satisfacer los siguientes requisitos:

a) Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; es decir, a cual de los dos divorciantes quedará el menor para su cuidado, alimentación, educación y vestido, ya que si existe la voluntad de ambos consortes en disolver el vínculo matrimonial, también esa voluntad es la que deberá de resolver con cual de ellos quedarán los menores para su cuidado.

En cuanto a la guarda y custodia referida en este punto la estudiaremos en los capítulos subsecuentes.

b) El modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; es decir la forma en que ambos divorciantes ayudarán al menor para su desarrollo normal tanto social como psicológico, ya que al recibir un golpe tan fuerte como lo es la separación de los padres, el menor puede entorpecerse y sufrir serias consecuencias emocionales que retrasarían su vida normal.

Creemos que este requisito, el juzgador no lo toma en cuenta para dictar su resolución definitiva, ya que la práctica cotidiana de estos juicios nos ha llevado a la conclusión de que los jueces lo único que procuran es que los hijos queden confiados con uno de los divorciantes y que uno de ellos se obligue a proporcionar el pago de una pensión alimenticia para el sostenimiento del menor, pero que en ningún momento toma en cuenta el alcance emocional que el menor está pasando tanto en la tramitación del divorcio como después de resuelto este y mucho menos la manera de resolverlo, creemos que la solución de tan terrible problema se encuentra en los mismos padres divorciados los cuales tendrán la obligación de educar a su hijo en forma conjunta aunque la relación matrimonial haya terminado y que el Juez al dictar su resolución deberá de ordenar que esa educación y ayuda sea permanente hasta que el menor pueda valerse por sí mismo y alcance una educación suficiente para entender las cosas.

c) La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento; aquí vemos que la razón de este requisito es porque durante el procedimiento y después de concluido este y al haber hijos, estos serán confiados con cualquiera de los divorciantes y para que el otro sepa en donde se encuentra es necesario se señale el domicilio exacto, ya que ahí es en donde residirá también el menor confiado en su guarda y custodia y también en ciertos casos en donde se cumplirá con la obligación de ministrar los alimentos.

d) En los términos del artículo 288 del Código Civil, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo; (no debiendo escapar que el segundo y el tercer párrafo de esta disposición, conceden a la mujer el derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio; derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Ese mismo derecho tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras permanezca libre de unión matrimonial o concubinato).

Hacemos la aclaración que este punto tan interesante como lo son los alimentos, su aseguramiento y la forma de otorgarse se verán con más detalle en los próximos temas a tratar en el presente trabajo.

e) La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad. Hacemos la aclaración que el inventario a que se refiere este requisito se deberá de realizar por ambos divorciantes y el avalúo deberá de estar hecho por personas legalmente facultadas para ello, para que posteriormente y si los divorciantes siguen en desacuerdo en cuando a la división de los bienes estos sean rematados y el producto de sus ventas sean divididas por partes iguales entre los divorciantes.

2.2.4 SUS EFECTOS JURIDICOS.

El primero de ellos es que deja a los divorciantes libres y en aptitud de contraer nuevas nupcias, es decir que al quedar disuelto el vínculo matrimonial

los cónyuges recobran su entera libertad para poderse volver a casar, esto sin que signifique que de forma alguna se pierdan sus derechos o incumplan con las obligaciones a que se contrajeron en el matrimonio anterior.

En cuanto a la patria potestad de los hijos nos encontramos que en este tipo de divorcio la ley parte de que no hay causa imputable a ninguno de los consortes, sino simplemente que es voluntad de ellos, disolver el vínculo, entonces no hay razón jurídica que justifique la pérdida de la patria potestad, pues el artículo 448 del Código Civil vigente dice "...La patria potestad no es renunciable...".

Por otro lado existe la obligación de uno de los divorciantes de quedarse en la guarda y custodia de los hijos mientras que el otro tiene el derecho de convivir con sus hijos en términos del convenio que presentaron ante el Juez de lo Familiar.

Volvemos a reiterar nuestra sugerencia que los padres separados tendrán la obligación de educar en forma conjunta a sus hijos y no cada quien por su cuenta, además es necesario que los hijos sepan que pueden contar con sus dos padres y no solamente con quien ellos viven.

Otro de los efectos producidos por este tipo de divorcio es que uno de los divorciantes tiene la obligación de ministrar alimentos tanto a los hijos como a la otra parte, mientras esta se encuentre imposibilitada para trabajar, carezca de bienes suficientes para mantenerse o contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Como último efecto producido por este tipo de divorcio, encontramos el establecido en el artículo 289 del Código Civil, en su párrafo tercero que nos indica: "Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio, es indispensable que haya transcurrido un año desde

que obtuvieron el divorcio..."; como ya lo hemos visto en este tipo de divorcio no existe culpable, sino por el contrario es un acuerdo de ambos para solucionar el problema que existe entre ellos.

2.3. DIVORCIO NECESARIO.

A continuación estudiaremos lo referente al divorcio necesario en el cual al no haber un acuerdo de voluntades para disolver el vínculo matrimonial como sucede en el divorcio voluntario, la ley ha tenido que encuadrar supuestos, de los cuales los divorciantes pueden hacer uso para fundar su petición y así solicitarlo, sin embargo es necesario que dichos supuestos hoy llamados causales de divorcio, sean tan graves que ameriten la separación necesaria de los cónyuges y que las mismas encuadren perfectamente a lo establecido, es decir que en materia de divorcio y tratándose de causales de divorcio no se admite la analogía ni por mayoría de razón.

Por lo tanto, en el divorcio necesario, deben regularse cuidadosamente las causales que permitan disolver el matrimonio, debiendo tratarse de causales de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea como consecuencia de alguna enfermedad (divorcio remedio), o bien como un acto ilícito de un consorte contra el otro (divorcio sanción), pero evitando que sean el egoísmo o el hedonismo las causas generadoras del divorcio, porque afectaría seriamente la estabilidad familiar y la estructura de la sociedad. El proceso del divorcio necesario está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, y así lo previene el artículo 288 del 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 de divorcio

fundamentalmente van contra la moral y las buenas costumbres. El hecho que la conducta de alguno de los cónyuges encuadre dentro de alguna de las causales de divorcio previstas por la ley, que se consideran violaciones de los deberes y obligaciones conyugales, genera el acto ilícito; por lo tanto la causal prevista debe ser imputable al cónyuge culpable para proceder el divorcio, y en las causales de enfermedad y ausencia es cuestionable que se trate de un hecho ilícito, sin embargo, la ley no hace diferencia alguna.

Existen causales que implican una conducta ilícita de alguno de los cónyuges, como son la mayoría de las previstas en el artículo 267 del Código Civil, sin embargo, existen otras como son las relativas a la declaración de ausencia legalmente hecha, a la presunción de muerte, a las enfermedades y a la enajenación mental incurable, las cuales, indudablemente no significan una actitud ilícita o culpable de alguno de los cónyuges, por lo tanto al no haber culpable no puede aplicarse sanción alguna consistente en el pago de los daños y perjuicios, si no hay culpable no puede haber un hecho ilícito.

La acción de divorcio necesario es ordinaria civil, porque en el transcurso del juicio se señala fecha para la celebración de una audiencia conciliatoria, se señala término de ofrecimiento y desahogo de pruebas, término de alegatos y se cita a las partes para oír sentencia; circunstancias que no suceden tanto en el divorcio administrativo o voluntario.

Por otro lado es frecuente que planteada la demanda de divorcio por uno de los cónyuges en la que se imputan ciertos y determinados hechos al otro, este al contestar reconvenga también el divorcio por causas que atribuye al cónyuge actor, sobre este particular hay un principio de la incompensabilidad de las causales de divorcio, es decir, no puede excusarse o justificarse un cónyuge que injuria, argumentando malos tratos del otro y viceversa, lo que significa que no se autoriza a un cónyuge a injuriar al otro porque este con su actitud viole los

deberes y obligaciones conyugales, en ambos casos existe una actuación antijurídica o ilícita, prevista como causal de divorcio, y ambos consortes serán condenados al atribuirseles culpabilidad.

Puede suceder que al ser demandado un cónyuge por el otro, este se abstenga de contestar la demanda, entonces nos encontraremos ante una conducta de rebeldía en que el Juez de oficio la declarará así, sin embargo, el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles dispone entre otras cosas que en los procesos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas la demanda se entenderá contestada en sentido negativo, por lo tanto, la rebeldía que se decreta hará que se tenga por negada la demanda, debiendo, por lo tanto, la actora probar todas sus afirmaciones contenidas en los hechos narrados.

Cuando alguno de los cónyuges fundan su demanda de divorcio en algunas de las causales enumeradas en el artículo 267 del Código Civil, la Suprema Corte de Justicia ha establecido que:

“ 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 la acción que se haya ejercitado oportunamente, es decir, antes de su caducidad”.¹⁴

En cuanto a la sentencia que deberá de dictar el juez de lo familiar tiene la característica de ser declaratoria y de condena, es decir declara la

¹⁴ Amparo directo 6805/1958. María Luisa Pacheco Benavides. Unanimidad de 5 votos, Vol. XXV, pág. 138. Amparo directo 5329/1958 Beatriz Margarita Machín de Moreno. Unanimidad de 5 votos, Vol. XXXI, pág. 49. Amparo directo 5296/1959. José Guadalupe Sánchez Unanimidad de 4 votos, Vol. XLIII, pág. 50. Amparo directo 1383/1962. Ranulfo Pérez Cuervo. Unanimidad de 5 votos, Vol. XLVIII, pág. 21. Jurisprudencia 165 (Sexta Epoca), pág. 517, Sección Primera, Volúmen 3º Sala. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 (Visible. Ediciones Mayo, Actualización I, pág. 567, N° 1118.

culpabilidad de alguno de los cónyuges y como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial. Condena al culpable, en términos generales, a la pérdida de la patria potestad, al pago de la pensión alimenticia, a la pérdida de las donaciones hechas en consideración al otro cónyuge (artículo 286 del Código Civil) y al pago de daños y perjuicios. Sobre éste particular, debemos tener presente que el artículo 94 del Código Procesal Civil en su segundo párrafo dice entre otras cosas " las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que provengan las leyes, pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente".

A continuación haremos un estudio breve a las diferentes causales de divorcio existentes en nuestra legislación, sin perder en cuenta que con las reformas hechas al artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de Diciembre de 1997, el número de causales de divorcio aumentó de XVIII a XX.

2.3.1 DIFERENTES CAUSALES JURIDICAS DE DIVORCIO.

I.- EL ADULTERIO DEBIDAMENTE PROBADO DE UNO DE LOS CONYUGES.

Nos encontramos con la primera de las causales manejadas por nuestro derecho positivo en donde se maneja el presupuesto de la infidelidad y que se viola el deber personalísimo que limita la unión sexual de una parte hacia la otra, es decir que esta causal es eminentemente sexual aunque algunos autores hablan de que también es sentimental, más sin embargo consideramos que es

sentimental hasta después de que se tuvo conocimiento de esta causa siendo una consecuencia posterior la postura sentimental de la otra parte.

La etimología indica que consiste en la violación de la fé conyugal consumada corporalmente con los tres requisitos clásicos: unión sexual, matrimonio de una o ambas personas y por último dolo o voluntad de parte de la persona casada. El tratadista Francisco González de la Vega, opina que considera al adulterio como "la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial. Esta infidelidad carnal constituye un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas, pero no solamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas. En otras palabras, no todo acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio."¹⁵

Como hemos visto la mayoría de las opiniones que tratan de dar una definición a esta figura jurídica se inclinan por la existencia de la infidelidad carnal, nosotros creemos que no solamente es la infidelidad de un cónyuge hacia el otro sino que también, la relación matrimonial existente tiene que ser insoportable para ambos consortes. Esta causal no se limita a la sanción civil del divorcio, pues también se encuentra contemplada como una conducta delictiva, sancionada como delito sexual en los términos de los artículos 273 al 276 del Código Penal para el Distrito Federal.

A este propósito resulta oportuno citar la siguiente Tesis dictada por nuestro más alto Tribunal que dice:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es

¹⁵ Ibidem, pág 474

comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable.¹⁶

Dentro de las tesis relacionadas con este tema, la Tercera Sala de la misma Suprema Corte ha aceptado los siguientes criterios:

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y la persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causa de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque este sólo puede subsistir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos".¹⁷

"DIVORCIO, PRUEBAS EN EL ADULTERIO. El adulterio que se invoca como causal para demandar el divorcio, es susceptible de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural de la cónyuge demandada habido con persona distinta a su esposo legítimo, porque aún cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba para demostrar directamente el adulterio, en cambio si hace prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron, y quedando demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, cuando aún subsistía el vínculo

¹⁶ Tesis número 207, visible en la página 324 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación que publica las Tesis de Ejecutorias 1917-1985, Novena Parte Jurisprudencia. Tomo CII, Pág. 695 A.D. 414/54. Díaz Candelaria. Mayoría de 4 votos. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XIV, Pág. 9. A.D. 1803/58. María Cristina de Borbón de Patiño Mayoría de 4 votos. Vol. XXXIII, Pág. 69. A.D. 2182/59. Jesús Alcántara. 5 votos Vol. LII, Pág. 10. A.D. 7226/60. Antonia Verde Barrón. 5 votos.

¹⁷ Tercera Sala, Quinta Epoca: Tomo CXXVII, Pág. 809. A.D. 5152/55 Rufino Fernández Ocaña. Mayoría de 3 votos.

matrimonial, queda deducida la existencia del adulterio que es una consecuencia de aquel hecho, y establecida la presunción relativa a la existencia de la causal invocada".¹⁸

Finalmente diremos que esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, sin necesidad, por lo tanto, de que haya una sentencia en el orden penal.

II.- EL HECHO DE QUE LA MUJER DE A LUZ, DURANTE EL MATRIMONIO, UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE CELEBRARSE ESTE CONTRATO, Y QUE JUDICIALMENTE SEA DECLARADO ILEGÍTIMO.

Ante esta causal nos encontramos en primer orden a lo establecido en el artículo 324 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en donde se consigna que se presumen hijos de los cónyuges:

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

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

El artículo 325 del Código Civil, nos indica que la presunción a la que nos referimos no 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 ha precedido al nacimiento".

¹⁸ Tercera Sala Quinta Epoca: Suplemento de 1956. A.D. 4433/50. María Elena Aguilar Vargas. Unanimidad de 4 votos.

Por otra parte el artículo 334 del Código Civil nos dice: "Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajese nuevas nupcias dentro del período prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes.

I.- Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

II.- Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

III.- El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.

En esta causal ya no existe delito alguno en que la mujer oculte a su futuro marido, que se encuentra embarazada respecto de un hijo de quien no es padre, 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 se encuentra encinta, es la que se sanciona como causa de divorcio.

Debemos tomar en cuenta que si el hijo no nace viable, no puede invocarse como causal de divorcio la que estudiamos. La última fracción del artículo 328 del Código Sustantivo, impide desconocer al marido que es padre del hijo que "no nació capaz de vivir", y el artículo 337 del Código Civil, nos señala que se "reputa nacido el feto, que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil".

Por otro lado el artículo 330 del Código Civil, otorga al marido un término de sesenta días, "contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude o se le ocultó el nacimiento" para intentar cualquier acción para contradecir que el hijo nacido es de su matrimonio. Por lo tanto, si transcurre ese término y no intenta esa acción, no podrá ejercer la acción de divorcio con base en esa causa.

III.- LA PROPUESTA DEL MARIDO PARA PROSTITUIR A LA MUJER, NO SOLO CUANDO EL MISMO MARIDO LA HAYA HECHO DIRECTAMENTE, SINO CUANDO SE PRUEBE QUE HA RECIBIDO DINERO O CUALQUIERA REMUNERACION CON EL OBJETO EXPRESO DE PERMITIR QUE OTRO TENGA RELACIONES CARNALES CON SU MUJER.

Del análisis del contenido del precepto que se examina se deducen dos alternativas: una la propuesta; otra, la recepción del dinero. Ellas pueden actuar independientemente y en ambas opciones puede operar plenamente la causal a la que nos estamos refiriendo. Aquí nos encontramos con la causa de divorcio que se hace consistir en el hecho de que el marido prostituyese a su mujer, bien cuando lo lleve a cabo directamente o cuando acepte dinero o alguna otra recompensa para que su mujer tenga relaciones carnales con otro hombre, como es evidente, se refiere sólo al marido frente a la esposa, pero no sólo cuando directamente la explote, sino también cuando le proponga prostituirla. Es de observarse que en esta causal de divorcio la actitud del marido puede ser expresa o tácita, teniendo que es

expresa cuando hay propuestas del marido para prostituir a la mujer, y tácita cuando permite la prostitución.

IV.- LA INCITACION A LA VIOLENCIA HECHA POR UN CONYUGE AL OTRO PARA COMETER ALGUN DELITO, AUNQUE NO SEA DE INCONTINENCIA CARNAL.

En esta causal debe tenerse en cuenta en el evento de que la parte ofendida llegue a cometer el delito para el cual fué incitada o bien, sometida a la violencia física o moral, se verá sujeta a las consecuencias de la comisión de una conducta sancionada por las leyes penales y, seguramente, tendrá que padecer la privación de libertad que resulta como consecuencia, con la afrenta y deshonra que implícitamente le sobrevienen. 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 fuerza, de tortura, de dolor, de privación de la libertad o moral, mediante amenazas, para que se cometa el delito.

Lo anterior no significa que, necesariamente, se requiera obtener una sentencia penal antes de invocar la causa de divorcio. Son independientes, y pueden haber casos en los que prospere el divorcio y no la acción penal.

V.- LOS ACTOS INMORALES EJECUTADOS POR EL MARIDO O POR LA MUJER CON EL FIN DE CORROMPER A LOS HIJOS, ASI COMO LA TOLERANCIA EN SU CORRUPCION.

Aquí nos encontramos que no se considera a los cónyuges como los posibles sujetos pasivos de esa conducta, sino que los directamente ofendidos serán los hijos y resultará cónyuge inocente quien indirectamente padezca ese proceder. Podrá darse el caso específico de corrupción de menores de dieciocho

años de edad, pero podrán los hijos ser mayores, y entonces ya no estaremos ante ese delito, pero sí indiscutiblemente ante el acto inmoral del padre o de la madre que inducen o llegan a corromper al hijo o a la hija mayor de dieciocho años. Debiéndose entender por corrupción, la depravación que rebaja la moral del hijo con relación a todas las personas, dejando en este una huella profunda en su psiquismo, torciendo el sentido natural y sano que debe tener del comportamiento general del humano.

Esta fracción V está relacionada con el artículo 270 del mismo ordenamiento en cita, que nos señala: "son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean estos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia de la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones".

VI.- PADECER SIFILIS, TUBERCULOSIS O CUALQUIER OTRA ENFERMEDAD CRONICA O INCURABLE QUE SEA, ADEMAS, CONTAGIOSA O HEREDITARIA, Y LA IMPOTENCIA INCURABLE QUE SOBREVENGA DESPUES DE CELEBRADO EL MATRIMONIO.

El primero de los elementos de esta causal es la sífilis, que ha venido siendo una enfermedad infecciosa, de origen generalmente venéreo, contagiosa y hereditaria; de evolución lenta y crónica. Es causada por un agente llamado espiroqueta (pues tiene forma de tirabuzón) a la que se llama "Spirochaeta pallida" o "Treponema pallidum". Se atribuye el calificativo, que va incluido en su nombre "pálido", por su débil refrigerancia que hace muy difícil verla con los microscopios comunes; pero puede verse con el ultramicroscopio, con el electrónico o con coloraciones especiales. Se transmite por contacto directo; también por su contacto indirecto mediante sustancias recién contaminadas; por transferencia de sangre o plasma recién infectado, o a través de la placenta de la

madre al hijo. Adicionalmente, al considerar esa enfermedad, se separan dos grandes grupos: la sífilis adquirida y la hereditaria o congénita. Esta última es transmitida al hijo en la vida intrauterina.

El segundo de los males reconocidos en ésta causal es la tuberculosis, a la que se llamó "la peste blanca"; es una enfermedad contagiosa que ataca a todas las razas humanas y a muchos animales domésticos. Dicho contagio puede ocurrir por contacto con el enfermo o con los objetos de su uso; siendo la puerta de entrada la vía respiratoria o la digestiva, lo que lo lleva sea directamente al pulmón o a colonizar cualquier otra parte del cuerpo humano.¹⁹

La siguiente es la impotencia incurable que sobrevenga, después de celebrado el matrimonio, aquí nos encontramos que se debe de destacar que si el fin y objeto natural de la unión matrimonial es la procreación, resultará que la impotencia se manifiesta como una incapacidad para la realización de los actos que en la naturaleza son propios para lograrla.

De ahí que es requisito básico el que esta impotencia incurable, sobrevenga después de celebrado el matrimonio, ya que de haber llegado a existir antes de él, entonces deberá de reconocerse como un impedimento previo y preexistente a la celebración de la unión; lo que determinará la nulidad de esta, aún cuando deberá reclamarse sólo por el cónyuge que resulte afectado, dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio. En caso contrario, dicha causa de nulidad caduca y la unión se confirma y convalida. (Artículos 156 fracción VIII en relación con el 246 del Código Civil). Por último dentro del género de enfermedades crónicas o incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias, cabe cualquiera otra que entrañe tanto el riesgo para el cónyuge, como para los hijos.

¹⁹ Enciclopedia Barsa, Tomo XIII, Editores, Encyclopedía Británica. Inc. Buenos Aires-Chicago. México, págs. 365 y 367.

VII.- PADECER ENAJENACION MENTAL INCURABLE PREVIA DECLARACION DE INTERDICCION QUE SE HAGA RESPECTO DEL CONYUGE DEMENTE.

Aquí nos encontramos que previo al juicio de divorcio se requiere la declaración de interdicción, bien sea que esta se obtenga por moción del cónyuge sano, o por tercera persona, incluyendo otros parientes del insano. La prueba es difícil y consiste en la pericial médica para poder determinar la enajenación y probar la necesaria interdicción.

VIII.- LA SEPARACION DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA.

La hipótesis normativa que analizamos, contiene un elemento básico que dispone que la separación debe ser de la casa conyugal; de ello resulta que será presupuesto indispensable que la misma exista, como un domicilio independiente en el que los cónyuges tengan la facultad de dirigir y administrar sus labores y sus cuidados, lo que no sucede cuando ellos viven en la casa de otras personas, sean padres, suegros, cuñados, etc.; siendo muy expresivo el léxico común que se utiliza en estos casos para calificar de "arrimados" a la pareja que convive en esas circunstancias. El domicilio es la sede jurídica de la persona, el cual tiene una triple estimación en la ley y en la doctrina: domicilio, residencia y permanencia. Cada uno tiene su esfera independiente de eficacia, pudiéndose dar el caso que una misma persona tenga el domicilio, la residencia y la permanencia en tres lugares distintos; refiriéndonos que la permanencia es un hecho transitorio por determinado tiempo (viajero); la residencia tienen la estabilidad que le falta a la permanencia y que constituye la residencia, ella es la sede estable de la persona, el lugar en que la persona mora habitualmente, sede estable pero no perpetua y continua, que se adquiere en un lugar fijando la propia vida, que no se pierde ni cambia por alejarse temporalmente del lugar.

La permanencia es una relación de hecho en el sentido de que no crea un vínculo de derecho entre la persona y el lugar, como sí ocurre en el domicilio, pero le falta la voluntad de querer establecer la sede en un determinado lugar como elemento subjetivo, a veces confundiendo en el hecho de permanecer y de residir, pero sin morar habitualmente. Es el domicilio normal el lugar libremente elegido por una persona, cual sede jurídica y centro de sus negocios. La mujer a quien se señala el domicilio del marido mientras no se encuentre separada legalmente, lo conserva aún de viuda, si no adquiere otro.

Por tanto, la jurisprudencia ha declarado que en ausencia de esa casa conyugal no puede operar la causal del abandono, además de que al cesar esa vida en común por cierto tiempo, se permite el divorcio, no obstante que no haya culpa o hecho imputable a uno de los cónyuges.

Tiene especial cuidado hacer referencia que esta causal de divorcio puede llegar a tipificar el delito de abandono de personas regulado en el capítulo VII, del título décimo noveno del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en sus artículos 335 hasta el 343, en donde podemos encontrar que la persona que sin motivo abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia se hará acreedor a la sanción que se establece además de que el abandono de cónyuge se persigue a petición de parte agraviada y será de oficio tratándose de hijos que sean incapaces de cuidarse por sí mismos, sean menores o mayores de edad.

Por otro lado vemos que esta causal hace cesar para el que la realizó, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan (artículo 196 del Código Civil). También hemos de tener precaución al señalar que una cosa es el domicilio del cónyuge abandonado y otra muy distinta el del cónyuge que se dice abandonado, ya que se complica el caso cuando disuelto el hogar por haber desaparecido materialmente el domicilio conyugal, resulta no

sólo imposible encontrar huellas o principios de prueba de la existencia o subsistencia del hogar, sino que, ya por falta de hijos o por mayoría de edad de estos o el abandono de ellos por los padres, llega a ser imposible determinar quién haya sido el presunto cónyuge abandonado.

Por otro lado la Suprema Corte de Justicia ha establecido que: "la actual integración de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no comparte el criterio que se había venido sosteniendo en el sentido de que, para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal, competía al actor demostrar, entre otros extremos, la separación injustificada del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, y no comparte dicho criterio porque con ello equivaldría a obligar al actor a probar generalmente un hecho negativo, cuando es que la separación no es justificada, y siendo un principio de derecho que el que afirma está obligado a probar, la conclusión que se impone es que si el cónyuge abandonado admite la separación del hogar conyugal, pero agrega que esta tuvo causa o motivo, como por ejemplo, que su consorte lo golpeó, lo corrió o lo amenazó de muerte, etc., es el cónyuge abandonante a quien incumbe acreditar esos hechos que justificarían la separación.

Así pues, para la procedencia de la causal de divorcio por la separación de uno de los cónyuges de la casa conyugal, a que se refiere la fracción VII del artículo 276 del Código Civil del Distrito Federal y de los Códigos Civiles de los Estados que tienen igual disposición, al actor sólo compete demostrar: 1) La existencia del matrimonio; 2) La existencia del domicilio conyugal, y; 3) La separación del cónyuge demandado por más de seis meses consecutivos, acreditando el hecho de la separación o abandono del hogar conyugal.

Corresponde al cónyuge abandonante demostrar que tuvo causa justificada para hacerlo".²⁰

En conclusión consideramos que la separación injustificada del hogar conyugal, toma en cuenta que se falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio. La obligación que podríamos decir es fundante para derivar las otras o sea la de hacer vida en común, la de vivir en el mismo techo, que permite realizar el estado matrimonial, es decir, modo de vida que sólo puede llevarse a cabo y cumplirse cuando ambos consortes viven juntos. Además por ser de tracto sucesivo y por así establecerlo la misma causal, la acción para ejercitar no caduca.

IX.- LA SEPARACION DEL HOGAR CONYUGAL ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE PARA PEDIR EL DIVORCIO, SI SE PROLONGA POR MAS DE UN AÑO SIN QUE EL CONYUGE QUE SE SEPARO ENTABLE LA DEMANDA DE DIVORCIO.

Aquí nos encontramos que si el que se fué del hogar prolonga su separación por más de un año, sin presentar la demanda de divorcio, entonces el que la provocó, cónyuge originalmente culpable, adquiere el derecho para reclamar esa separación y su consecuente divorcio, en contra del esposo inicialmente inocente y ahora culpable, además de que se puede llegar a tipificar el delito de abandono de personas mencionado en la causal de divorcio anterior.

Conforma el criterio que exponemos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de acuerdo con el siguiente texto:

²⁰ Amparo directo 2378/1975. Guadalupe Martínez Rosas. Junio 4, 1976, 5 votos. Amparo directo 5164/1975. Antonio Salas Tlacuáhuac. Unanimidad de 4 votos. Amparo directo 4590/1974. Clementina Zúñiga López. 5 votos. Amparo directo 5722/1974. Tomás Ramón Mojica. Unanimidad de 4 votos. Amparo directo 3922/1975. Froylán Martínez Espinosa. 5 votos. Jurisprudencia 3ª Sala. Séptima Época, Volúmen 78, Cuarta Parte, pág. 53. Jurisprudencia. Boletín N° 30. Semanario Judicial. (Ediciones Mayo, Actualización V, N° 3005, pág. 177).

DIVORCIO. ABANDONO DE HOGAR. *La acción corresponde al cónyuge abandonado.* La acción para pedir el divorcio por abandono del hogar conyugal por más de seis meses, cuando no hay causa justificada para hacerlo, o por más de un año cuando existe esa causa, debe entenderse, en ambos casos, concedida a favor del cónyuge que permaneció en el hogar, o sea el abandonado y no el otro que se separó, aunque fuere con causa, debido a que, si este último tuvo causa justificada para separarse y para pedir el divorcio, debió de deducir la acción dentro del término concedido por la ley, y si no lo hizo, su separación se tornó injustificada y transcurrido el plazo legal sin reincorporarse al hogar, se convirtió en cónyuge culpable.²¹

En materia de divorcio, dado su carácter excepcional, porque pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción, su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo, sería constante, afectándose con la incertidumbre todos los derechos y obligaciones que forman el estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser de orden privado y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público.

La ley señala términos 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 como lo ha establecido nuestro más alto Tribunal, y de realización continua, y puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita; cuando la ley señala término

²¹ Tesis jurisprudencial 199, Quinta Epoca, Cuarta Parte, Suplemento de 1956, Pág. 199. A.D. 1724/52. Emilio Velasco. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXVIII, Pág. 395. A.D. 5959/. Isabel Custiani de Martínez. Unanimidad de 4 votos. Sexta Epoca, Cuarta Parte Vol. III, Pág. 94. A.D. 4417/56. Isaías Salazar Vázquez. 5 votos. Vol. V, Pág. 70. A.D. 7048/56. Miguel Lamadrid Ortiz. Unanimidad de 4 votos. Vol. V, Pág. 71. A.D. 679/57. Jerónimo Martínez Yáñez. 5 votos.

para el ejercicio de la acción de divorcio, debe promoverse este precisamente dentro de él, pues se trata de una condición necesaria para el ejercicio de la acción, y la autoridad judicial no sólo está facultada, sino tiene la obligación de estudiar si la acción se ejerció oportunamente.

X.- LA DECLARACION DE AUSENCIA LEGALMENTE HECHA, O LA DE PRESUNCION DE MUERTE, EN LOS CASOS DE EXCEPCION EN QUE NO SE NECESITA PARA QUE SE HAGA ESTA QUE PROCEDA LA DECLARACION DE AUSENCIA.

La ausencia implica un estado de separación, de alejamiento o de abandono del domicilio propio, particularmente del conyugal, sin que se tenga la certeza sobre la situación de quien se ha apartado; prevaleciendo la incertidumbre en cuanto a si vive o si ha muerto.

El procedimiento en materia de ausencia ordinaria es lento y demasiado largo; existiendo también un procedimiento calificado, son los casos de excepción a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 705 del Código Civil para obtener la declaración de presunción de muerte. Sin embargo, cuando esas circunstancias no se dan, el proceso ordinario debe culminar con la misma situación: la declaración de presunción de muerte, que como ya dijimos, ha determinado la apertura de la sucesión y los herederos, sea testamentarios o legítimos han sido puestos en la posesión provisional de los bienes; además se ha interrumpido la sociedad conyugal si la hubiere, a menos que las capitulaciones matrimoniales hayan estipulado que continúe; el cónyuge presente habrá recibido los bienes que le correspondan hasta el día en que la declaración de ausencia haya causado ejecutoria y los del ausente se entregarán a sus herederos.

En los casos de excepción, previstos en el precepto ya indicado, se señalan dos plazos alternativos; dos años o seis meses; dependiendo ellos de la

naturaleza del siniestro en el que el ausente haya desaparecido, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que proceda la de ausencia.

En esos eventos, los herederos y demás interesados entrarán en posesión definitiva de los bienes y la sentencia respectiva pondrá término a la sociedad conyugal.

Nos hemos encontrado en la práctica jurídica que el cónyuge presente es decir el abandonado, estará preferentemente en condiciones de reclamar, a partir del sexto mes de la desaparición del cónyuge, el divorcio fundado en la causal de la separación injustificada de la casa conyugal; evitándose así una gravosa demora del proceso que requiere tanto la ausencia como la presunción de muerte, en los que no hay indicios de que el desaparecido continúe vivo, además de que se demuestra que 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 común, y porque para la ley no puede admitir un matrimonio en esa situación anómala.

XI.- LA SEVICIA, LAS AMENAZAS O LAS INJURIAS GRAVES DE UN CONYUGE PARA EL OTRO.

En esta disposición encontramos tres componentes concurrentes: Sevicia, amenazas e injurias graves. La primera de ellas abarca desde los malos tratos hasta la crueldad excesiva. Propiamente debemos entender la sevicia en función de su finalidad, es decir, que haga imposible la vida conyugal, que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen, den como resultado que se rompa definitivamente la armonía entre los cónyuges, aunque no sean continuos. La amenaza es el amago o anuncio de un mal injustificado en la persona, familia, bienes, honra de otra y su ámbito desborda este aspecto estrictamente civil y

encontramos su clasificación en el Código Penal para el Distrito Federal como delitos en contra de la paz y seguridad de las personas en sus artículos 282 al 284.

Por su parte las injurias graves deben tenerse como la expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menos precio de otra persona y esta conducta, que también caía dentro de las prevenciones del Código Penal antes invocado como un delito en contra del honor de las personas en los términos de los artículos 348 y 349 que han sido derogados y han quedado despenalizados. Más sin embargo nuestro más alto Tribunal a dictado las siguientes Tesis Jurisprudenciales aplicables a esta causal mismas que a continuación se transcriben:

DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE. La sevicia, como causal de divorcio, es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados. Por tanto, quien invoque esta causal, debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratamientos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal.²²

DIVORCIO, AMENAZAS COMO CAUSAL DE. Es preciso establecer una distinción entre la amenaza como causal de divorcio y la amenaza como delito sancionado por la ley penal. Si bien ambas implican actos o expresiones que indican el propósito de ocasionar un daño, el delito de amenazas tutela esencialmente la libertad de las personas, adquiriendo su verdadera

²² *Tesis jurisprudencial 224*, Quinta Epoca: Tomo LXXI, Pág. 2367. A.D. 198/41. Hernández Celestino Alejo. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXII, Pág. 1290. A.D. 2750/54. Suárez Palma Federico. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXII, Pág. 1335. A.D. Rullán de Guerra Francisca. Mayoría de 4 votos. Tomo CXXVII, Pág. 437. A.D. 5901/55. Cristóbal Montejo Pinzón. Unanimidad de 4 votos. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. LXII, Pág. 91. A.D. 8188/60. Lauro Estrada Angeles. 5 votos.

fisonomía sólo en el caso en que realmente haya un ataque a esos bienes jurídicos, por medio de hechos o palabras que constriñen el ánimo del amenazado restringiéndole su libertad de acción, ante el temor de ver cumplida la amenaza; más la simple expresión por uno de los cónyuges, del deseo de inferir al otro un daño, constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque este sólo puede subsistir mediante una vida en común basada en la mutua consideración, armonía y solidaridad de los esposos. La amenaza de muerte proferida por uno de los cónyuges destruye cabalmente estas condiciones en que se sustenta la vida en común, y confiere al cónyuge ofendido el derecho de promover la disolución del matrimonio; para ello poco importa que se hayan realizado los elementos de intimidación o terror en el ánimo del amenazado, que hubiese coartado su libertad y ocasionado perjuicios, como tampoco importa si ha habido algún acto posterior demostrativo de que persiste la idea de llevar adelante la amenaza, pues tales elementos no pueden ser contemplados sino en materia del orden penal.²³

DIVORCIO. CONCEPTO DE INJURIA. Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que estas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá de hacer el juez al dictar sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que atendiendo a la condición social de los cónyuges a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respecto y afecto que se

²³ Tesis Relacionada. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XXXVIII, Pág. 70. A.D. 4143/58. Blanca Cuen de Hornedo. 5 votos.

deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que profieren o se ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido.²⁴

DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. Tratándose de juicios de divorcio, por causa de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto, de hecho el vínculo de mutua consideración, indispensable en la vida matrimonial. El profundo y radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del juzgador.²⁵

DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSA DE.- Si los testigos presentados por el actor en un juicio de divorcio, no expresaron las palabras constitutivas de las injurias imputadas a la demandada, la autoridad sentenciadora estará imposibilitada para juzgar de la gravedad de tales injurias y, por ende, para considerar justificada la causal de divorcio de que se trata.²⁶

XII.- LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 164 SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR PREVIAMENTE LOS PROCEDIMIENTOS

²⁴ Tesis Jurisprudencial 213, Quinta Epoca: Suplemento de 1956, Pág. 273. A.D. 6345/50. Laura Bandera Araiza de Arce. 5 votos. Tomo CXXVII, Pág. 410. A.D. 1868/55. Amalia de la Cerda de la Garza. 5 votos. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XX, Pág. 120. A.D. 6655/57. Guillermo Ortega Becerra 5 votos. Vol. XX, Pág. 96. A.D. 1319/58. Moisés González Navarro. 5 votos. Vol. LII, Pág. 117. A.D. 1851/61. Pedro A. Velázquez. Unanimidad de 4 votos.

²⁵ Tesis jurisprudencial 217, Quinta Epoca, Tomo XLII, Pág. 1373. Rochín Mendez Ramiro. Tomo XLIII, Pág. 2462. Reveles de Soto Guadalupe. Tomo XLIV, Pág. 1281. Palacio de Massieu Pimienta María Antonieta. Tomo XLIV, Pág. 2135. Roch de Canales Catalina. Tomo XLIV, Pág. 3102. González de Rodríguez Licia

²⁶ Tesis 281, página 710 de la última Compilación de Jurisprudencia publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la federación del año 1955.

TENDIENTES A SU CUMPLIMIENTO, ASI COMO EL INCUMPLIMIENTO, SIN JUSTA CAUSA, POR ALGUNO DE LOS CONYUGES, DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA EN EL CASO DEL ARTICULO 168.

Como ya se expresó en este trabajo, hoy en día se puede pedir el divorcio por cualquiera de los cónyuges que no cumplan con sus obligaciones matrimoniales que son entre ellas el sostenimiento económico del hogar y a la educación de los hijos en términos del artículo 164 del Código Civil.

Siempre la obligación de dar alimentos supone la posibilidad económica del cónyuge deudor y la necesidad del que deba recibirlos. En el artículo 311 del Código Civil dispone. "...Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad económica del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos...". A su vez, el artículo 320 del Código Civil dice. "...Cesa la obligación de dar alimentos: 1.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla...". Más adelante haremos un estudio minucioso de esta causal ya que la misma ha sido tratada como un tema por separado en el capítulo tercero de este trabajo.

Aquí vemos que se trata de cuidar el principio de igualdad de los cónyuges en la autoridad y en las consideraciones que se deben, por lo que cualquier alteración o violación de esa igualdad, que repercuta en el manejo del hogar, o en la formación y educación de los hijos, o en la administración de sus bienes hace procedente el divorcio. Esta causal por ser de tracto sucesivo, se podrá hacer valer en cualquier tiempo, es decir, no caduca el derecho de la acción para hacerla valer.

XIII.- LA ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO, POR DELITO QUE MEREZCA PENA MAYOR DE DOS AÑOS DE PRISION.

Antes de entrar al estudio de esta causal trataremos de dar una explicación a los elementos que la constituyen, señalando que se trata obviamente de una acusación que lesiona el prestigio y la dignidad de la persona; siendo un concepto muy afín a la difamación. Ahora bien la diferencia que existe entre la injuria y la difamación en relación con las personas que intervienen, se tendría comparando la injuria a una línea recta, que va de un punto a otro, sumando así sólo dos puntos; en tanto que la difamación sería un triángulo, con tres puntos.

En cambio, la calumnia como figura delictiva, se tipifica por los siguientes elementos: comunicación de una persona a otra de un hecho imputado a una tercera; la naturaleza del hecho que debe ser determinado y falso y, además, ser reputado por la ley como delito.

El primero de estos elementos da afinidad a la calumnia con la difamación, distinguiéndola de la antigua injuria; los otros dos elementos constitutivos de la calumnia la diferencian de la difamación, en que esta no exige hecho determinado ni falso; y el tercer elemento es propio, específico de la calumnia; que el hecho imputado sea delito. Sin embargo, en este caso, la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido una tendencia distinta a ese índice, basada centralmente en el propósito de causar daño a un cónyuge en su reputación, independientemente del aspecto criminal, y por tanto sostiene el criterio al que se contrae la tesis que a continuación reproducimos:

DIVORCIO, ACUSACION CALUMNIOSA COMO CAUSAL DE.

Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que esta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciaría en cada caso

el Juez Civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común.²⁷

Estamos en presencia de una causal que sí requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó el otro cónyuge. Si en esa sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena de prisión mayor de dos años, entonces el cónyuge calumniado tendrá ya comprobada plenamente su causa de divorcio; pero se requiere que la sentencia penal que declare su inocencia, cause ejecutoria.

Sin embargo, también creemos que para que esta causal proceda, basta con la acusación calumniosa, aunque no se dicte sentencia absolutoria, que la calumnia se refiera a un delito que se impute al cónyuge inocente y que ese delito esté sancionado con una prisión mayor de dos años. Lo que debe probarse en el juicio de divorcio son tanto las imputaciones que hace el cónyuge culpable, como la penalidad del delito prevista en la ley.

XIV.- HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO QUE NO SEA POLITICO, PERO QUE SEA INFAMANTE, POR EL CUAL TENGA QUE SUFRIR UNA PENA DE PRISION MAYOR DE DOS AÑOS.

²⁷ Tesis 206, visible en la página 321: Quinta Epoca. Tomo CXXIX, Pág. 577 A.D. 2310/56. Juan Gutiérrez Welsh. 5 votos.

Aquí nos encontramos que el punto de partida del ejercicio de la acción de divorcio debe ser la sentencia definitiva que imponga al cónyuge causante, una pena mayor de dos años de prisión. Evidentemente que también en esta causa, hasta en tanto no haya sentencia ejecutoriada que imponga al cónyuge que cometiere el delito una pena mayor de dos años de prisión, no se podrá configurar la causa de divorcio que la ley otorga al otro cónyuge.

Hacemos la aclaración que el Código Civil se refiere a delitos infamantes y no a penas infamantes, las que están prohibidas por el artículo 22 Constitucional, por lo que para aquella persona que invoque esta causal para solicitar el divorcio, tendrá que especificar claramente el delito del que se trate y que se considere como infamante, quedando al arbitrio del Juez la procedencia de la misma.

XV.- LOS HABITOS DE JUEGO O DE EMBRIAGUEZ O EL USO INDEBIDO Y PERSISTENTE DE DROGAS ENERVANTES, CUANDO AMENAZAN CAUSAR LA RUINA DE LA FAMILIA, O CONSTITUYEN UN CONTINUO MOTIVO DE DESAVENENCIA CONYUGAL.

A este precepto debemos observar que tanto el juego, como la embriaguez y la adicción a drogas enervantes, son conductas que no sólo lesionan e injurian la dignidad del cónyuge, sino que le rebajan y degradan social y moralmente, dando con ello la consecuencia y justificación de la parte final de esta causal "o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal".

Nos encontramos aquí ante vicios que son causal de divorcio, que son evidentemente hechos ilícitos, y hay culpabilidad independientemente de que sean o no delitos, pero que pongan en peligro la ruina de la familia; se consideran como hechos inmorales y, por lo tanto, están basados en el concepto de divorcio-sanción.

XVI.- COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DEL OTRO, UN ACTO QUE SERIA PUNIBLE SI SE TRATARE DE PERSONA EXTRAÑA, SIEMPRE QUE TAL ACTO TENGA SEÑALADA EN LA LEY UNA PENA QUE PASE DE UN AÑO DE PRISION.

En la actualidad, por lo que se refiere a los bienes del otro cónyuge estas conductas tienen un trato especial en el Código Penal vigente, pues si poseen punibilidad, aún cuando están sújetas a la formulación de la querrela necesaria; (Art. 399 Bis) planteándose la factibilidad de que pudiera darse entre cónyuges el delito de violación, que en cuanto a otra persona, no permitiría que se dudara de su comisión.

Efectivamente nuestro más alto Tribunal ha establecido que puede darse la violación entre cónyuges siempre y cuando se acredita que la misma se llevó a cabo con violencia; más sin embargo a nosotros nos parece que a este delito se le puede dar un mal uso ya que el único requisito que se debe comprobar es la violencia que hubo para tener relaciones carnales con su cónyuge, por lo que las situaciones de tiempo, modo y lugar pudieran ser manejadas en beneficio de aquel que lo invoque. A continuación transcribiremos la Jurisprudencia a que nos venimos refiriendo, misma que dice:

VIOLACION ENTRE CONYUGES. PUEDE EXISTIR, PORQUE EL EJERCICIO DEL DERECHO A COPULAR NO PUEDE OBTENERSE MEDIANTE LA VIOLENCIA.- En el delito de violación, el bien jurídico tutelado es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo en un momento determinado o por circunstancias específicas personales o con quien no fuere su voluntad, resultando de lo anterior que el objeto jurídico protegido es la libertad sexual y el consentimiento que los cónyuges convienen al contraer matrimonio, en particular la mujer para cohabitar con su marido, no es un consentimiento absoluto sin posterior

libertad de elección sexual en cuanto al momento, sino un consentimiento primero para la elección de esposo, y consumada la unión matrimonial, esta no la priva de su libertad frente al marido, de acceder o de negarse a la copulación cuando su cuerpo o ánimo no lo desea, resulta pues que cada copulación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito; y, vencer por la violencia la voluntad contraria de la esposa en un momento dado es incidir en una conducta lesiva de su constante interés jurídico a la libertad sexual y dicha conducta no puede ser considerada como el ejercicio de un derecho, pues el artículo 17 de la Constitución establece "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar un derecho", por lo que el acceso carnal violento aun dentro del matrimonio es ilícito y constituye una violencia, ya que la esposa tiene derecho a la abstinencia cuando no desee la cópula. Debe señalarse además que el delito analizado no hace distinciones sobre la relación jurídica contractual existente entre los cónyuges, por lo que el ilícito puede coexistir en el matrimonio, dado que dicha institución no puede autorizar los actos violentos entre los cónyuges, máxime que la violencia entre estos va en contra de los fines primordiales del matrimonio.²⁸

XVII.- EL MUTUO CONSENTIMIENTO.

Esta causal se encuentra reconocida en toda nuestra tradición jurídica y se apoya básicamente en el principio aplicable en materia de contratos: *quod consensus perficitur, consensus dirimitur*. (Lo que el consentimiento puede perfeccionar, el consentimiento puede romper). Como lo veremos más adelante este tipo de divorcio tiene una aplicación meramente procesal es decir, en donde no se pierde el derecho para volver a intentar su acción como lo es en el divorcio contencioso por haberse fundado en alguna causal.

²⁸ Semanario Judicial de la Federación, XII-Julio, Página 328. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Octava Época, Amparo Directo 1104/92 Angel Ulises Mendoza Tovar. 16 de Octubre de 1992. Unanimidad de votos Ponente Humberto Román Palacios. Secretaria: María Amparo Castilla Hernández

XVIII.- LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION, LA CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALQUIERA DE ELLOS.

Esta causal encontramos su aplicación publicada por primera vez en su texto ya transcrito en el Distrito Federal en el Diario Oficial de la Federación del día 27 de diciembre de 1983. En este caso se ha soslayado ese factor y simplemente se ha resuelto que la separación de hecho es el antecedente y fundamento de la separación jurídica que debe sobrevenir, pensando que la sociedad no tiene interés en la subsistencia de uniones en las que las partes no sean dichas.

Se puede concluir que se ha engendrado por nuestro sistema legislativo un verdadero "repudio" o "divorcio natural" al permitir que cualquiera de los cónyuges "independientemente del motivo" demande el divorcio al haber transcurrido más de dos años; agregando que con ello se rompe el principio general que dice que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1797 del Código Civil), que traducido al matrimonio significa que ninguno de los consortes, unilateralmente puede disolver el matrimonio, y que deja al Juez en el mero papel de cronometrista.

También nos encontramos con el siguiente artículo del Código Civil el cual diversos autores lo consideran como otra causal, pero con ciertas limitaciones mismas que a continuación pasamos a exponer:

Artículo 268. Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, este tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasado tres meses de la

notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos.

Por último trataremos las causales de divorcio marcadas con los numerales XIX y XX contempladas en las reformas hechas al artículo 267 del Código Civil, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de Diciembre de 1997, mismas que nos establecen:

XIX.- "LAS CONDUCTAS DE VIOLENCIA FAMILIAR COMETIDAS POR UNO DE LOS CONYUGES CONTRA EL OTRO O HACIA LOS HIJOS DE AMBOS O DE ALGUNO DE ELLOS. PARA LOS EFECTOS DE ESTE ARTICULO SE ENTIENDE POR VIOLENCIA FAMILIAR LOS DISPUESTO POR EL ARTICULO 323 TER DE ESTE CODIGO".

El artículo 323 ter del Código Civil establece:

"Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato".

Como podemos notar, nos encontramos que esta causal se encuentra dirigida tanto a los cónyuges como a los hijos, es decir, que la violencia puede darse en contra de un cónyuge hacia el otro, de ambos cónyuges hacia los hijos o de un cónyuge hacia los hijos del otro cónyuge; en este último supuesto

creemos que el legislador se refiere a aquellos hijos que siendo de la madre o del padre no son hijos del otro cónyuge.

Vemos, que esta causal será un poco difícil de determinar su procedencia ya que se manejan en forma general los conceptos de "fuerza moral" y "omisiones graves", en el primer caso consideramos que el juzgador carecerá de los conocimientos necesarios para saber en que momento se considerará dentro del supuesto requerido ya que solamente con el estudio de peritos en la materia se podrá determinar, hecho que en la práctica resultaría lento y costoso.

Por otro lado y en el segundo caso el problema surgiría en determinar que se considera por "omisión grave", ya que es muy natural que los hijos sufran accidentes en los cuales se causen lesiones y que por ello no se puede considerar que sea una omisión grave por parte de la madre o del padre, además las enfermedades de las cuales es natural que sufran los hijos tampoco se podrá considerar que sea por la omisión de los padres al no cuidarlos como es debido. Además para que procedan las hipótesis que se comentan deben de ir dirigidas a los miembros de la familia antes mencionados, es decir que la conducta sea encaminada para ese fin, situación que también será difícil determinar para el juzgador.

Además se requiere que los cónyuges vivan en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco entre el agresor y el agredido, situaciones que si no se dan, entonces no nos encontraremos en la hipótesis de esta fracción y el divorcio no procederá.

XX.- EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LAS DETERMINACIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES QUE SE HAYAN ORDENADO, TENDIENTES A CORREGIR LOS

ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR HACIA EL OTRO CONYUGE O LOS HIJOS, POR EL CONYUGE OBLIGADO A ELLO.

Aquí nos encontramos con un terrible problema porque no nos define el legislador que se deba entender por autoridad administrativa o quienes se consideran como autoridad administrativa, además, que se debe entender por "determinaciones". Creemos que el juez será el más apto para dar una solución a esta laguna, basándose para ello tanto en los antecedentes que se le otorguen como los hechos que se le narren y las pruebas que se ofrezcan para su procedencia.

2.3.2 PROCEDIMIENTO.

Primeramente tenemos que considerar que la regla general prevista por la fracción V del artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles Vigente en el Distrito Federal, ya que toda demanda y particularmente la de divorcio, requiere que el actor debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.

Así pues los requisitos formales que exige la demanda de divorcio necesario basada en las sevicias, amenazas o injurias graves, se deben de determinar con claridad y precisión en los hechos, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que acaecieron, de manera que el Juzgador pueda apreciarlos plenamente y el demandado contestarlos.

Sabemos que la demanda debe interponerse ante Juez competente, en este caso el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal, señalar el nombre del actor y del demandado así como los domicilios de ambos, las

prestaciones que se reclama así como el señalamiento de las medidas provisionales que se soliciten. Con las reformas hechas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicadas el día 26 de Mayo de 1996, al escrito de demanda se deberán de anexar los documentos en los que base se acción así como aquellos que pudieran exhibirse como pruebas en el período ofertorio correspondiente, del mismo modo se deberán de nombrar aquellas personas que presenciaron los hechos o tienen conocimiento de los mismos y que se ofrezcan como testigos en el mismo período.

Hecho el emplazamiento al demandado, este gozará del término de nueve días para producir su contestación en la cual deberá de contestar todos y cada uno de los hechos de la demanda; hacemos notar que aquellos hechos que se dejaren de contestar se tomarán como contestados en sentido negativo, del mismo modo deberá de proponer su reconvencción en el escrito contestatorio y deberá de señalar las excepciones y defensas que haga valer para su defensa. En términos de las reformas hechas y señaladas en líneas anteriores, en el escrito de contestación se acompañarán los documentos que se tengan en poder del demandado y con los cuales funde sus excepciones y defensas, mismos que deberán de ofrecerse en el período de pruebas correspondiente y deberá de mencionar a las personas que ofrezca como testigos en el mismo período.

Pudiera suceder que la parte demandada se allanara al escrito inicial de demanda, por lo cual el Juez de lo Familiar citará tanto a la parte actora como demandada para que ratifiquen sus respectivos escritos de demanda y de allanamiento, hecha la ratificación por ambos citará a las partes a oír sentencia misma que será dictada en el término de quince días hábiles.

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte

que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días. En esta audiencia las partes pueden llegar a un convenio en el cual se decida tanto la disolución del vínculo matrimonial como lo relativo a los hijos, su alimentación, cuidado y disolución de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen contrajeron matrimonio los divorciantes. También podrán diferirla por sólo una ocasión si así lo solicitan al juez.

En la misma audiencia conciliatoria, si así lo solicitan las partes, se abrirá el respectivo período de ofrecimiento de pruebas por un término de diez días comunes para ambas partes, en donde se ofrecerán todas aquellas pruebas que se requieran y que no sean contrarias al derecho y a la moral, mismas que deberán de llenar las formalidades requeridas para su ofrecimiento. Sobre este aspecto existe el principio de que el juzgador para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede valerse de cualquiera persona, sea parte o tercero y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o aun tercero, sin más limitación de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

El juez, al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas y para lo cual citará a las partes a la audiencia de desahogo de pruebas dentro de los treinta días hábiles siguientes a su admisión, teniendo en consideración el tiempo para su preparación.

Constituido el tribunal en audiencia pública el día y horas señalados al efecto, serán llamados por el secretario, los litigante, peritos, testigos y demás personas que por disposición de la Ley deban de intervenir en el juicio y se determinará quienes deben de permanecer en el salón, y quienes en lugar separado, para ser introducidos en su oportunidad.

La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos y peritos y los abogados. Las pruebas ya preparadas se recibirán, dejando pendientes para la continuación de la audiencia las que no lo hubieren sido.

Concluida la recepción de las pruebas, el tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados, primero el actor y luego el demandado; el Ministerio Público alegará también en los casos en que intervenga, procurando la mayor brevedad y concisión. No se podrá hacer uso de la palabra por más de un cuarto de hora en primera instancia y de media hora en segunda. Los alegatos serán verbales y pueden las partes presentar sus conclusiones por escrito.

Concluidos los alegatos, el juez citará a las partes para oír sentencia, misma que se dictará dentro del plazo de quince días hábiles, debiendo de ser clara, concisa y resolviendo los puntos litigiosos.

Como hemos visto el procedimiento ordinario del divorcio necesario es tan largo y lento a diferencia del divorcio administrativo o divorcio voluntario que muchas de las personas optan por no divorciarse y unirse con otra pareja pero no en matrimonio sino como comunmente se conoce en "unión libre"; por lo que más adelante nos referiremos a todo este tiempo que se pierde y que no es necesario que exista para que proceda el divorcio necesario y con lo cual propondremos que este tipo de juicios sean más rápidos para el bien de los divorciantes y para que la carga de trabajo en los juzgados sea menor.

2.3.3 MEDIDAS PROVISIONALES.

En cuanto a las "medidas provisionales" que el juez deberá de tomar, mientras dure el juicio, estas están previstas por el artículo 262 del Código Civil, en los siguientes términos:

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

- I.- Derogada. (Por decreto publicado en Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974).
- II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles. (Los artículos 205 al 217 del ordenamiento antes indicado disponen la "separación de personas como acto prejudicial").
- III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.
- IV.- Las que estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso.
- V.- Dictar en su caso, las medidas precautorias que la Ley establece respecto a la mujer que quede encinta.

Dentro de estas medidas debemos entender que se tomarán en cuenta las establecidas en los artículos 1638 a 1648 del Código Civil.

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conducente.

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

Como se ve, primeramente se parte del acuerdo de ambos padres, para que se confíe la custodia de los hijos a uno de ellos, sin darle facultades al juez para poder confiarla a persona distinta del cónyuge elegido. Hacemos la aclaración que las medidas a las que nos venimos refiriendo solamente se tomarán en cuenta por el juzgador siempre y cuando así lo soliciten las partes tanto en el escrito inicial de demanda como en la contestación, asimismo existen medidas que se pueden hacer valer aunque no se demande el divorcio necesario, como son las contempladas en las fracciones II, III, IV y VI del artículo 282 del Código Civil, y que se regirán por el procedimiento de las Controversias del Orden Familiar reguladas en el Código de Procedimientos Civiles en vigor, de las cuales estudiaremos más adelante.

Por otro lado no solamente se pueden solicitar estas medidas, sino que existen otras de las cuales las partes pueden hacer uso por así encontrarse establecidas en nuestra legislación, como son aquellas en que se solicite al juez que señale días y horas en los que una de las partes a las cuales no se le permite la convivencia con su hijo, pueda realizarlo por así haberse solicitado y ordenado.

Con las reformas hechas al artículo 282 del Código Civil, publicadas en el Diario Oficial de fecha 30 de Diciembre de 1997, la redacción de este artículo quedó como sigue: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si

hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:", y se agregó otra medida provisional de la cual las partes pueden hacer uso y que se encuentra en la fracción VII, misma que nos dice: "La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia".

En este último caso creemos que el legislador en su afán de querer evitar la violencia entre los miembros de una familia trató con esta medida de disminuir el alto índice de la violencia que se genera dentro de una familia, sin embargo nos volvemos a encontrar con el problema que comúnmente se origina cuando los divorciantes establecen con quien de ellos se quedarán los hijos y el domicilio que servirá para su guarda y custodia y en donde uno de los cónyuges tendrá que ir a ese domicilio para convivir con su hijo u otro domicilio que así ordene el Juez, por lo que reiteramos nuestra sugerencia en el sentido de que al dictarse la sentencia definitiva de divorcio se ordene a los cónyuges ya separados que, den una adecuada educación a los hijos en forma conjunta y que no solamente recaiga en el cónyuge al que se le confió la guarda y custodia o al que tenga que ir a visitar al hijo para convivir con él, subsistiendo las demás obligaciones a las cuales fueron condenados o de común acuerdo se establecieron.

Ahora bien, dentro de las medidas ordinarias que el Tribunal deberá de tomar cuando se declare ejecutoriada la sentencia de divorcio, procederá desde luego a la división de los bienes comunes cuando así se hubiese solicitado en la demanda de divorcio y tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de estos, hasta que lleguen a la mayor edad.

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 situación económica, sentenciará al culpable al pago de los alimentos en favor del inocente y en el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Este derecho también lo tendrá el varón cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. (Artículos 272, 275, 277, 287, 288 del Código Civil).

2.3.4 SUS EFECTOS JURIDICOS.

En el matrimonio no sólo se pactan derechos y obligaciones para los cónyuges, como en un contrato ordinario, sino que principalmente se establecen derechos en favor de terceros, que en el caso son los hijos y la sociedad en general, de tal suerte que, aún tratando de aplicar al matrimonio la teoría general de los contratos, hay que advertir que en el matrimonio se da una verdadera estipulación en favor de terceros, que otorga derechos irrevocables a favor de estos y de los cuales no pueden ser privados posteriormente a través de algún convenio de los cónyuges, ni menos a causa del incumplimiento de uno de los dos esposos a sus respectivos deberes.

Así entonces tenemos que al aplicarse la primera de las causales de divorcio que establece el artículo 267 del Código Civil vigente en el Distrito Federal y que nos referimos al adulterio debidamente probado de uno de los

cónyuges tenemos que en el derecho civil mexicano es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la esposa cualesquiera que sean las circunstancias en que se realice, puesto que, sin distingos, produce los siguientes efectos como son que el cónyuge ofendido puede solicitar el divorcio necesario dentro de los seis meses contados desde que tuvo conocimiento de la infidelidad; el cónyuge culpable pierde la patria potestad sobre los hijos, sin perjuicio de sus obligaciones; pierde los derechos que tuviere a alimentos y todo lo que se le hubiere prometido por su consorte o por otra persona en consideración a este; cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito; además constituye un impedimento no dispensable para contraer matrimonio, y causa de nulidad en su caso, el adulterio habido entre los que pretenden contraerlo, cuando haya sido judicialmente comprobado. (Artículos 267 frac. I, 269, 278, 283, 285, 286, 288, 156 frac. V, 235 y 243 del Código Civil).

Del mismo modo encontramos en el artículo 283 del Código Civil y que a nuestro parecer resultaría ser una inseguridad para la familia y la sociedad al dejarse en el arbitrio de un hombre como lo es el Juez el futuro de los hijos, el cual establece: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

Por otro lado y con las reformas hechas a este articulado, mismas que fueron publicadas en el diario oficial el día 30 de Diciembre de 1997, nos parece que la facultad que se le otorga al juez para "resolver en definitiva" sobre la situación de los hijos resulta una mayor inseguridad, ya que no sabremos si tenga

aplicación el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles en vigor, en donde se podrán cambiar las resoluciones firmes cuando cambien las circunstancias que afecten su ejercicio y cuando se trate de alimentos, guarda y custodia, patria potestad, etc.

Complementariamente, debe tenerse presente que el juez podrá acordar antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores; y aún modificar esa decisión, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 422 y 423 del Código Civil, sin perjuicio de que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, queden sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (Artículos 284 y 285 del Código Civil), medidas de las que ya hablamos anteriormente.

Así tenemos que para determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aún cuando muera después el inocente, en tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de los Familiar, (Artículo 414 del Código Civil, reformado y publicado en el Diario Oficial el día 30 de Diciembre de 1997), y a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela; así entonces todas las causales señaladas en el artículo 444 del Código Civil, son de tal naturaleza graves que la patria potestad se pierde definitivamente; algunas de las causales tienen efecto preventivo y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del cónyuge.

La pérdida de la patria potestad es un asunto de gravedad extrema, por lo cual las causales deben quedar debidamente probadas. Debemos recordar que el artículo 271 del Código Procesal vigente, previenen que en los asuntos que afecten las relaciones familiares, los hechos o demanda que se deje de contestar se tendrá por contestada en sentido negativo.

Esto también ha sido materia de sentencia de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: "En virtud de que la sociedad está interesada en la conservación de las relaciones paterno-filiales y en que los padres e hijos mantengan los vínculos legales que generan derechos y obligaciones, el juzgador debe ser estricto a fin de que para determinar la pérdida de la patria potestad se presenten claramente las causas que el Código Civil respectivo señale. Por consiguiente si bien las presunciones pudieran ser un indicio de que se presentan las hipótesis legales referidas, y estas deben estar comprobadas de tal modo que permita concluir que la salud, la seguridad y la moralidad de los menores pudieran comprometerse por las costumbres depravadas de los padres, o por la exposición o abandono de que los hijos hubieren hecho por más de seis meses. Por tanto no basta que no se haya contestado la demanda de pérdida de la patria potestad, por parte de una madre, para tener por comprobados los hechos que se le atribuyeron si no hay elemento probatorio alguno que lo corrobore, pues tal ausencia de contestación sólo constituirá un indicio de que se presentaron, pero de ninguna manera la prueba suficiente que se requiere".²⁹

Por otro lado la fracción I del artículo 444 del Código Civil contiene dos causas de pérdida de la patria potestad: La primera de ellas se dá cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho. Debe tratarse de alguna actuación grave que implique la pérdida, pues debemos de anotar que también por sentencia se puede imponer la suspensión que, indudablemente, se presenta cuando es menos grave la falta del progenitor que la ejerce.

²⁹ Amparo directo 5140/87. Roberto Curiel Navarro. (Raquel Navarro Lomeli). 19 de Octubre de 1987 Unanimidad de 4 votos. Ministro ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González. Visible en el informe de 1987 Vol. II. Número 341, pág. 243.

Es de notarse que esta primera causal, no hace referencia a si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del menor o en contra de terceros, es de tal amplitud que queda al arbitrio judicial decidir, pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor sobre quien se ejerce la patria potestad. La segunda causal comprendida dentro de esta fracción se da cuando es condenado el que ejerce la patria potestad, dos o más veces por delitos graves. No se requiere que los delitos sean en contra del menor o del otro progenitor, es una medida preventiva, pero se sanciona como todas éstas causales con la pérdida de la patria potestad; es preventiva, porque no necesariamente implica una actuación ilícita en contra del hijo.

La fracción segunda de este mismo articulado, como ya lo señalamos en líneas anteriores se refiere a la situación de los hijos que quedará determinada en la sentencia definitiva de divorcio, para lo cual el juez tendrá las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, su suspensión o limitación según sea el caso, y en especial la custodia y cuidado de los hijos.

En la fracción III del artículo que se analiza se encuentran tres causas por las cuales los padres pueden perder, como sanción, la patria potestad, y que son: Por costumbres depravadas, por malos tratamientos y por el abandono de sus deberes, todas ellas que puedan comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del hijo. Estas causas responden a una actuación directa en contra del hijo. En relación a las costumbres depravadas, la Suprema Corte ha señalado que para que se actualice la causal de pérdida de patria potestad consistente en que uno de los padres realiza costumbres depravadas, debe incurrir en conductas reiteradamente viciosas, que puedan alterar o corromper la salud mental, la seguridad, la moralidad o la educación del menor, lo que se deriva de los conceptos de "costumbre" y "depravada" pues el primero significa "una manera de obrar

establecida por un largo uso o adquirida por la repetición de actos de una misma especie" y el segundo "demasiada viciada".³⁰

La anterior tesis puede aplicarse también a los otros supuestos y se requiere la reiteración de los malos tratamientos, pues está en plural, y también la reiteración del abandono de los deberes, pues estimamos que no basta un hecho o una actuación para que se pueda perder esta relación paterno filial que es tan importante para el hijo y para los padres, además de que debemos de tomar en cuenta que la seguridad a la que nos referimos se refiere a la seguridad física y en determinado momento a la espiritual, pues ambos progenitores tienen la responsabilidad de la educación física y espiritual de los menores; por último en cuanto a la moralidad se hace referencia a los actos de los padres que en lugar de dar el buen ejemplo que se exige, se comprometan los principios morales y las buenas costumbres.

La fracción IV del artículo que se comenta contiene dos causas de pérdida de la patria potestad: la exposición que el padre o madre hiciere de sus hijos, y el abandono por más de seis meses, es decir se trata de la actitud de los padres que renuncian a su responsabilidad de ejercer la patria potestad. Sobre este particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado que "para decretar la pérdida de la patria potestad se requiere una prueba plena que no deje lugar a dudas respecto a la necesidad de tal privación, ya que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno-filial, reconocida por la ley y su privación entraña graves consecuencias tanto para el menor, como para aquél de los padres que es condenado a la pérdida de la misma."³¹

³⁰ Amparo directo 5045/85. Carlos Cardoza Duarte. 15 de Enero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Darío Carlos Contreras Reyes. Visible en el informe 1987. Tercera Sala. Número 335, pág. 239.

³¹ Amparo directo 3400/85. Martín del Razo Hernández y otra. 17 de Marzo de 1986. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Oscar Roberto Enríquez Enríquez. Informe 1986. Tercera Sala. Tesis 5, pág. 11.

Sobre el abandono pueden presentarse varias situaciones como por ejemplo, puede suceder que uno de los que ejerzan la patria potestad se desatienda totalmente del menor, pero el otro lo conserve bajo su custodia y le resuelva todos los problemas de habitación, alimentación, educación, etc., en este caso, el menor no se encuentra totalmente desamparado, con peligro de su vida y salud, porque uno de los progenitores lo acoge y atiende; por lo que debemos de entender que tiene que ser una causa que se invoca por la actuación del progenitor, sin necesidad de que el menor sufra el perjuicio en toda su intensidad, es decir basta la conducta culposa del progenitor que abandona.

No se entiende por abandono, según lo ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la entrega del menor al padre o a la madre en virtud de convenio entre cónyuges. Tampoco se puede entender cuando se compruebe que hubo tal acuerdo entre los progenitores en el divorcio voluntario.³²

Tampoco se entiende abandono de deberes cuando la madre (o el padre) permanecen fuera de la casa durante determinadas horas del día destinadas a desempeñar su trabajo y a estudiar. Pues la primera situación se entiende que es para proporcionar lícitamente los medios económicos para subsistencia, dar vivienda, educación y sustento a los menores, y en la segunda, para cultivarse la persona.³³

³² Amparo directo 7020/86. María Luisa Rosas Vda. de Valdés y otros. 3 de Diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente. Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González Ausente: Ernesto Díaz Infante. Precedente. Amparo directo 3954/87. Ma Elena Ceceña Cordero de Reyes. 25 de Enero de 1985. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas Secretario: José Rojas Aja. Tesis 143. Tercera Sala. Informe 1988, pág. 168.

³³ Amparo directo 5401/87. Ofelia López Min Vela. 13 de Enero de 1988. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor B. Antecedentes. Amparo directo 3607/84. Fausto Eduardo Flores Aguilera. 7 de Julio de 1986. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Alma Leal de Caballeros. Amparo directo 6708/85 Blanca Estela Medina. 9 de Abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente. Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González Visible en el Informe 1988. Tercera Sala, No. 142, pág. 168.

En cuanto a la suspensión de la patria potestad entendemos que es una medida preventiva que no implica, necesariamente, como en el caso de la pérdida, una sanción al padre o a la madre. "Aquí se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica, por lo que procede en supuestos en que aún sin mediar conducta culpable o dolosa del padre o la madre, no pueden estos proveer a esa asistencia y representación". A diferencia de la pérdida que se refiere a la patria potestad, la suspensión hace referencia a su ejercicio; esto se deriva del supuesto jurídico de que la patria potestad se tiene o no se tiene, y significa el conjunto de derechos, deberes y obligaciones a cargo de los progenitores, por lo cual las causas de suspensión hacen referencia a esa imposibilidad del ejercicio, mas no a la función en sí misma.

El artículo 447 del Código Civil nos presenta tres causas por las que se suspende la patria potestad, que son:

i) Por incapacidad declarada judicialmente, es decir, al estado de interdicción que se establece por medio de sentencia del Juez de lo Familiar competente, como consecuencia de un proceso seguido ante él, quedando excluidos los incapaces de hecho, tenemos que se trata no de la suspensión de la patria potestad, sino de la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, que ejercerá el cónyuge sano, pero conservará el enfermo todos los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.

ii) Por la ausencia declarada en forma, es decir el ausente está imposibilitado para ejercerla y se le suspende del ejercicio de la patria potestad.

iii) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión, consideramos que se trata de situaciones o actitudes del padre o de la madre que, sin ser de extrema gravedad, sí exigen la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, como pueden ser: excesiva dureza en las amonestaciones,

conducta notoriamente negligente que comprometiera la salud, seguridad, honorabilidad de los hijos, etc.

Cualquiera de las formas de suspensión de la patria potestad enumeradas implican la obligación de restituir el patrimonio al menor con sus frutos, ya que aún cuando se encuentre el padre o tutor en el supuesto de la suspensión ello no lo exime para dilapidar los bienes del menor o dejarlos que se pierdan por cualquier causa. Distintos son los casos de suspensión de la patria potestad, por lo que pueden ser materia de una nueva resolución judicial, para que quienes se encuentran suspendidos en su ejercicio la recuperen; es decir que cuando termine el estado de incapacidad declarado judicialmente por una nueva sentencia, se tiene posibilidad de recuperar la patria potestad, ya que no hay culpa del que se vió privado de la patria potestad, y, por lo tanto, no hay inconveniente en que la recupere.

En el caso de la ausencia tampoco existe culpa, porque el ausente no abandona y se le declara ausente como paso previo a la declaración de muerte, así tenemos que puede recuperar la patria potestad si regresa; por lo que toca a la pena impuesta por sentencia condenatoria, no es de la gravedad a la que se refiere la fracción I del artículo 444 del Código Civil, pues de lo contrario sería una repetición de causas que no pueden tolerarse, así es que quien desea recuperar la patria potestad de la cual fué suspendido tiene que iniciar los trámites judiciales ante el Juez de lo Familiar para que por medio de otra resolución se recupere.

Con las reformas hechas al Código Civil y publicadas en el Diario Oficial el día 30 de Diciembre de 1997, se introdujo una nueva figura aplicable a la patria potestad, misma que se encuentra establecida en el artículo 444 bis., para quedar en los siguientes términos: "La patria potestad podrá ser limitada cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar previstas en el artículo 323 ter, de este Código, en contra de las personas sobre las cuales la ejerza". Aquí nos

encontraremos con el problema de determinar que se entiende por "limitada", y saber cuales serán las diferentes limitaciones que se darán para su ejercicio.

Por otro lado el artículo 289 del Código Civil en su párrafo segundo nos dice: "El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio..."; es decir, es el castigo al cónyuge culpable por su comportamiento. Más sin embargo tenemos que en este tipo de divorcio y cuando el cónyuge inocente es el hombre, puede inmediatamente contraer nuevo matrimonio una vez que cause ejecutoria la sentencia de divorcio, pero si el cónyuge inocente es la mujer, se le impide celebrar nuevo matrimonio tomando en cuenta la posibilidad de que pudiere estar embarazada, por lo que deberá de transcurrir el término de trescientos días que se contarán, no a partir de la sentencia, sino antes, a partir de la separación judicial que se decreta al presentarse la demanda de divorcio como una medida provisional.

Vemos que cualquiera que sea el tipo de divorcio que se opte para disolver el vínculo matrimonial, el cónyuge divorciado deberá exhibir y para el caso de contraer nuevas nupcias, copias certificadas de la resolución definitiva que pone fin al matrimonio anterior como requisito esencial para poderse enlazar en matrimonio nuevamente, situación que en la práctica vemos que no se da ya que es común que al momento de realizar la solicitud de matrimonio y al preguntárseles a los futuros consortes si han estado casados anteriormente, estos contestan que no aunque la verdad sea lo contrario.

Encontramos también que ambos consortes mayores de edad recobran su entera capacidad para enajenar, gravar, etc., los bienes muebles o inmuebles que posteriormente al divorcio adquieran o pierdan y para el caso de los menores también recobran su capacidad en relación a estos bienes y que

solamente requerirán del consentimiento de la persona que los tenga bajo su patria potestad sin necesidad de que lo otorgue del otro cónyuge.

Uno de los efectos que han sido tema de discusión es el que la mujer siga utilizando el apellido del hombre, al respecto diremos que nuestra legislación actual no establece nada sobre este particular, más sin embargo y como costumbre que se ha forjado en nuestra sociedad muchas de las mujeres utilizan el apellido del hombre tal vez como un recuerdo o respeto sobre su marido pero que tampoco nada les impide para utilizarlo, consideramos que debiera regularse esta situación para evitar confusiones en cuanto a nombres y propiedades, derechos u obligaciones.

En cuanto al pago de alimentos los mismos serán materia de estudio más adelante en el presente trabajo y que entre otras cosas veremos que 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 si se originaron daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito (artículo 288 del Código Civil).

En cuanto a los bienes que se adquirieron durante la sociedad conyugal, si por ese régimen contrajeron matrimonio, tenemos que ejecutoriada la sentencia de divorcio quedará disuelta la sociedad conyugal y se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, que serán de estos o sus herederos (artículo 203 del Código Civil), así como lo preceptuado por el 287 del mismo ordenamiento que dice: "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 relación a los hijos.

Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de estos hasta que lleguen a la mayor edad”.

Además de que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que hubiese dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a este; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho (artículo 286 del Código Civil). En otras palabras, el cónyuge inocente podrá revocar la donación que había hecho al otro, en cualquier tiempo, es decir, antes de la demanda de divorcio, durante el juicio o una vez decretada la sentencia. En los artículos 232 a 234 del Código Sustantivo se definen y regulan estas donaciones entre consortes. De igual forma el cónyuge culpable tendrá que indemnizar los daños patrimoniales y morales, pero con el límite de que estos no excedan de la tercera parte de aquellos. Dice sobre el particular el artículo 288 del Código Civil: “...Además, 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...”; es decir siempre se parte de un delito, de un hecho inmoral, de actos contrarios al estado matrimonial, de ciertos vicios o finalmente, del incumplimiento de obligaciones conyugales, como causas para decretar el divorcio.

Así tenemos que para el divorcio, no sólo se van a comprender los daños patrimoniales, o la privación de las ganancias lícitas, sino además los daños morales; el daño moral implica una lesión a los valores espirituales o estéticos de la persona, en sus afectos, en su honor, en su honra, en su prestigio, en su aspecto estético, de tal manera que aun cuando no trascienda el patrimonio, aun cuando exclusivamente el daño lesione un valor de tipo espiritual, si nace de un hecho ilícito, el culpable deberá de repararlo.

Para ello debemos tener presente lo dispuesto por el artículo 1916 del Código Civil que nos dice: " Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus Servidores Públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de esta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los

mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiera tenido la difusión original".

2.4 DIFERENCIAS ENTRE LOS TIPOS DE DIVORCIO.

Como hemos visto anteriormente en los tres tipos de divorcios estudiados, nos podemos dar cuenta que los mismos para su procedencia se hace uso de procedimientos diferentes dentro de sus ámbitos de competencia respectiva, así tenemos que sólo en el caso del divorcio de tipo administrativo, el Juez del Registro Civil levanta el acta haciendo constar la voluntad de los consortes para divorciarse, y si ratifican esa voluntad quedarán divorciados, haciendo constar la disolución en el libro de divorcios, levantando el acta correspondiente con todos los requisitos que como solemnidades exige la ley. Aquí no existe convenio que someter a la consideración del Juez del Registro Civil y tampoco existe la intervención del Ministerio Público.

En el divorcio voluntario de tipo judicial, aún cuando no existe controversia al igual que en el divorcio administrativo, el Juez de lo Familiar interviene para que la voluntad de los cónyuges se exprese con todos los requisitos que ya hemos analizado y por consiguiente, un convenio regulado por la ley, sea el que pueda aprobarse, dando una intervención constante al Ministerio Público quien se encargará de cuidar los derechos de la familia que se encuentra en proceso de desintegración para que lo acepte o se oponga a su aprobación sino reúne los requisitos legales y, además, otorgando al Juez la facultad de juzgar sobre ese convenio para aprobarlo, en cuyo caso otorgará el divorcio, o lo negará.

Dictada la sentencia definitiva que haya causado ejecutoria en la que se conceda la procedencia del divorcio, el Juez de lo Familiar ordenará se

giran los oficios de estilo para que el Oficial del Registro Civil haga las anotaciones en la actas respectivas de los datos y fechas en que fué dictada y disuelta la unión matrimonial.

Por otro lado en el divorcio necesario, evidentemente que la voluntad de los particulares es ineficaz para lograr el efecto de la disolución, porque esta sólo puede producirse por sentencia, en la que el juez decidirá si la causal de divorcio ejercitada quedó probada, es decir, que a diferencia de los dos divorcios ya mencionados, aquí existe una causa para solicitar el divorcio del otro cónyuge y que representa obviamente la intervención de la voluntad del cónyuge actor para expresar a través de su demanda, que es un acto jurídico, su voluntad de separarse, pero por una causa que conforme a la ley sea bastante para que opere la disolución y que además deberá de aportar las pruebas que para ello sean convenientes mismas que serán tomadas en cuenta para su estudio por el legislador. Aquí la intervención del Ministerio Público solamente es por la petición que hagan las partes por considerarlo necesario.

En este tipo de divorcio vemos que hay un cónyuge culpable al que se le condenará al pago y cumplimiento de las prestaciones que se hayan reclamado, y aquellas medidas provisionales que se dictaron mientras se desarrollaba el juicio de divorcio, se resolverán en definitiva en la sentencia que dicte el Juez.

Con las reformas hechas al artículo 282 del Código Civil, publicadas en el Diario Oficial de fecha 30 de Diciembre de 1997, se establece que: "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello,

debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor".

CAPITULO TERCERO.

DIFERENTES CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR ESTABLECIDAS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es de gran interés el capítulo que a continuación trataremos por la gran diversidad que hay en sus figuras jurídicas así como el procedimiento por el cual se rigen y que nos servirá para poder apreciar la gran importancia que tendría en la vida práctica que el divorcio necesario se rigiera por este capítulo, pero antes daremos una pequeña introducción de las reglas especiales que rigen a estos procedimientos y con las que nos servirán para poder diferenciar su aplicación en relación con la vía ordinaria civil utilizada para el divorcio necesario.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles y en el capítulo que se estudia establece las reglas especiales que sirven de apoyo al Juez para dictar sus resoluciones en este ámbito de controversias y entre las que se destacan:

- 1) La extensión de la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias sobre el estado civil, aún a los terceros que no hubiesen litigado (artículo 24 y 422 del Código Civil);
- 2) El establecimiento de la presunción de negación, en lugar de la confesión ficta, para los casos de rebeldía del demandado o que no se dé respuesta completa a los hechos de la demanda, cuando esta afecte "las relaciones familiares o el estado civil de las personas" (artículos 266 y 271 del Código Civil);
- 3) Se consideran de orden público todos los "problemas inherentes a la familia" (artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles);
- 4) Se faculta a los jueces de lo familiar para "intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la

familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros" (artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles) 5); Se establece la obligación del asesoramiento de un defensor de oficio a la parte que no esté asesorada por licenciado en derecho, cuando la otra sí lo esté (artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles); y 6) En todos los asuntos del orden familiar, los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, según dispone el segundo párrafo del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles.

Con las reformas del 24 de Febrero de 1971 a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, se introdujeron en esta entidad, por primera vez, los Juzgados de lo Familiar, a los cuales atribuyó competencia para conocer tanto de los juicios y los procedimientos de jurisdicción voluntaria concernientes a las relaciones familiares y al estado civil de las personas, como de los juicios sucesorios (artículo 52 de la mencionada Ley), pero hasta las reformas del 26 de Febrero de 1973, al Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, fué cuando se adicionó a este título, sin epígrafe, y el cual contiene un capítulo único denominado "De las Controversias del Orden Familiar".

El carácter especial de estos juicios es evidente si se toma en cuenta que, por una parte, plantea modalidades específicas frente al juicio ordinario civil y, por la otra, que ha sido diseñado para sustanciar exclusivamente algunos litigios familiares y no, como parece indicarlo el nombre del capítulo único, para sustanciar todas o al menos la generalidad de las controversias sobre las relaciones familiares y el estado civil.

Por otro lado se establece en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, que: "No se requiere formalidades especiales para acudir ante el juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación o

constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o del desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial".

Sin embargo y con las reformas efectuadas a este artículo, publicadas en el Diario Oficial de fecha 30 de Diciembre de 1997, la característica de informalidad para acudir ante el Juez de lo Familiar fué suprimida, para quedar en los siguientes términos: "No se requiere formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Esta disposición no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad.

Tratándose de violencia prevista en el artículo 323 ter del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran, en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las

instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público".

Como hemos visto y tratándose de divorcio o pérdida de la patria potestad este artículo no tendrá aplicación para las partes, en cuyo caso el Juez podrá negar las prestaciones reclamadas por la falta de formalidad requerida para su reclamo y las partes tendrán de nueva cuenta que solicitar esas prestaciones por separado y cada una de ellas con su respectiva formalidad requerida por la ley, situación que nos parece, tanto para los solicitantes como a la autoridad Judicial, gastos y trabajo que no son necesarios por la íntima relación que existe entre la solicitud de divorcio, las causales con las que se funda y las consecuencias que surgen por el uso de esas causales.

Dentro de las controversias del orden familiar se aplica predominantemente el principio inquisitivo, porque de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dichas controversias se consideran de Orden Público y se faculta al juzgador para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, en consecuencia puede sustituir la voluntad de las partes en la mayoría de los actos judiciales, especialmente tratándose de menores y alimentos, también sustituye la voluntad de las partes cuando fija una pensión alimenticia sin audiencia del demandado; cuando se auxilia de trabajadores sociales que intervienen aún cuando las partes no lo hayan solicitado ni estén de acuerdo con dicha intervención; cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre el manejo del hogar, la formación y educación de los hijos y la administración de los bienes comunes, así como en los casos de oposición de maridos, padres y tutores, etc.

En los siguientes temas a estudiar, veremos solamente algunos de estos juicios, tanto en su planteamiento como en su procedimiento, y con los cuales podremos concluir que al regirse el divorcio necesario por el Capítulo de las

Controversias del Orden Familiar establecidas en los artículos 940 al 956 del Código de Procedimientos Civiles, su aplicación tanto legal como práctica beneficiaría tanto a las partes como al juzgador, este último por lo que respecta a la carga de trabajo que existe en los Juzgados de lo Familiar.

3.1 LOS ALIMENTOS.

El tema que a continuación trataremos es el que se refiere a los alimentos, figura jurídica que por la importancia que reviste es necesario estudiarla, sin embargo y por lo amplia que esta es, solamente trataremos de enfocarnos a la aplicación que esta tiene con respecto al trabajo que se expone.

La palabra alimento viene del sustantivo latino *alimentum*, el que procede a su vez del verbo *alere*, alimentar. Es substancialmente la comida y bebida que el hombre y los animales toman para subsistir, cualquiera de las sustancias que el hombre y los animales toman.³⁴

Aunque nuestro Código Civil no nos define lo que son los alimentos daremos la probable definición que pudiese tener esta figura, citando en primer término lo que dispone el artículo 308 del Código Civil y que dice: "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales". Como vemos nuestra legislación no nos da una exacta definición de lo que son los alimentos, más sin embargo nos proporciona los elementos que se

³⁴ Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, 57a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., de C.V., México, 1989, pág. 89

necesitan para su integración y con los cuales daremos una definición de lo que para nosotros son los alimentos.

Los alimentos se confieren exclusivamente a una persona determinada en razón de sus necesidades y se imponen también, a otra persona determinada, tomando en cuenta su carácter de familiar o de cónyuge y sus posibilidades económicas, la obligación de dar alimentos se caracteriza como recíproca y al efecto dispone el artículo 301 del Código Civil: " La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los dá tiene a su vez el derecho de pedirlos".

La diferencia que existe con las demás obligaciones jurídicas existentes radica en esta reciprocidad, en donde un sujeto que se caracteriza como acreedor alimentario y otro como deudor alimentario, pueden cambiar su posición según las circunstancias del caso, es decir, que el deudor puede llegar a ser el acreedor, y el acreedor que lo fué antes, ahora pudiese ser el deudor respecto de la misma pretensión; de esta forma ambos cónyuges y concubinos tienen obligación de darse alimentos, los padres a los hijos y a falta de estos los ascendientes más próximos en grado por ambas líneas y no habiéndolos, los hermanos del padre y si no existen la obligación pasará a los hermanos de la madre y para el caso de que tampoco existan pasará a los parientes colaterales dentro del cuarto grado quienes serán los obligados a ministrar los alimentos y todos ellos a su vez, podrán reclamar el pago de alimentos al que anteriormente los recibía; además de que los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos (artículos 165, 302, 303, 304, 305 y 306 del Código Civil).

En el caso de muerte del acreedor alimentario desaparece la causa única de la obligación, pero si sus herederos estuviesen necesitados, es decir que dependían económicamente del acreedor, entonces estos tendrán un derecho

propio en su calidad de parientes y dentro de los límites y grados previstos en la ley, para poder exigir al deudor en la relación jurídica anterior, o a la persona que resulte obligada, la pensión correspondiente. En cambio a la muerte del deudor alimentario la obligación de ministrar alimentos termina, salvo que su obligación de seguirlos dando la haga recaer en sus herederos por disposición testamentaria con bienes propios de la masa hereditaria.

En nuestro derecho, la obligación de dar alimentos se puede satisfacer de dos maneras: a) Mediante el pago de una pensión alimenticia, misma que debe ser en dinero, y b) incorporando el deudor en su casa al acreedor, para proporcionarle los elementos necesarios en cuanto a comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad. En el primer caso el Juez de lo Familiar gozará de las más amplias facultades para que ese pago por concepto de pensión alimenticia se realice en términos legales así como su aseguramiento ya sea por sentencia definitiva o por convenio de las partes; en el segundo caso dispone el artículo 310 del Código Civil: " El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación".

En este último supuesto debemos entender que también existe inconveniente legal para hacer esa incorporación cuando el que debe dar alimentos haya sido privado del ejercicio de la patria potestad como ocurre en los casos de divorcio necesario o bien, cuando se impone tal consecuencia en calidad de pena para los casos previstos en el artículo 444 (artículos 309, 310, del Código Civil).

Es así que otra de las maneras que existen para proteger el cumplimiento de la obligación de pago de alimentos es la establecida en el artículo 321 del Código Sustantivo al establecerse: " El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción". Es decir que tomando en cuenta

la finalidad de la pensión alimenticia consistente en proporcionar al acreedor los elementos necesarios para subsistir, la ley ha considerado que el derecho a los alimentos resulta inoperante cualquier modo de enajenación y por ello es inembargable, e inclusive la compensación que se hiciere con alguna de las deudas generadas por alimentos se encuentra prohibida por nuestra ley (artículo 2192 fracción III del Código Civil).

Además de que el derecho que se tiene para dar y exigir alimentos no puede extinguirse por el transcurso del tiempo (artículo 1160 del Código Civil), mientras subsistan las causas que lo motivan o se esté dentro de algunas de la hipótesis ordenadas por la ley para que ponga fin a esa obligación, por ejemplo que el otro cónyuge contraiga nuevas nupcias o el menor deje de necesitar los alimentos por haber adquirido la mayoría de edad y tenga una profesión, etc., asimismo se podrá pactar sobre las cantidades ya vencidas (artículo 2951 del Código Civil), o que se pierda por encontrarse en algunos de los supuesto que menciona el artículo 320 del Código Civil.

En cuanto a la proporción en que deben de darse los alimentos por parte del acreedor alimentario el artículo 311 del Código Civil nos ordena: "Los alimentos deben de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese tenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente".

Como lo señalamos en líneas anteriores por realizarse el pago de los alimentos ya sea en cantidad líquida o descuento porcentual que se haga al

salario del deudor alimentario es obvio que la misma aumente en la proporción en que el salario lo hace, ya que si el pago de la pensión quedó asegurada con el descuento directo que se le hace al deudor alimentario en su centro de trabajo, no va a ser necesario que se tenga que solicitar ante la autoridad judicial que se ordene ese incremento, más sin embargo cuando la cantidad que tenga que ser pagada sea la que determinaron ambos divorciantes o el Juez la hubiese fijado, esta sí va a tener que ser solicitada para que sea aumentada en la proporción en que aumentó el salario mínimo general en el Distrito Federal.

Hay que hacer notar que el pago de los alimentos se hace en forma periódica mientras subsista la necesidad del acreedor y de acuerdo a la cantidad que quedó fijada por convenio u orden judicial y la que quedará garantizada por algunas de las formas establecidas en el artículo 317 de Código Civil.

Ahora bien, el artículo 315 del citado ordenamiento nos enumera las personas que tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos quienes pueden ser I.- El acreedor alimentario; II.- El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad; III.- El tutor; IV.- Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado; V.- El Ministerio Público. En este último caso siendo los alimentos de interés público, la ley no sólo ha concedido acción para pedir el aseguramiento de los mismos al acreedor alimentario, sino también a otras personas que pueden estar jurídicamente interesadas en el cumplimiento de dicha obligación como lo es el Ministerio Público (artículo 940 del Código de Procedimiento Civiles vigente en el Distrito Federal).

Hay que tener en cuenta que no solamente el alimentar y contribuir económicamente al desarrollo de los hijos es la única obligación de los que ejercen la patria potestad sobre ellos, también lo es el hecho de proporcionarles una educación como lo disponen los artículos 413 y 416 del Código Civil, es un deber de los cónyuges que corresponde a ambos en igualdad de responsabilidad, según

lo ordenan los artículos 164 y 168 del Código Civil; se ejerce también por ambos padres o ambos abuelos y para el caso de los hijos extramatrimoniales, o cuando los progenitores viven juntos (artículo 417 del Código Civil), o en forma separada por alguno de ellos en los términos de los artículos 415 y 416 del Código Civil, y a este deber corresponde el deber de respeto y obediencia de los hijos, como respuesta de su responsabilidad filial.

Este deber de obediencia se encuentra establecido en el artículo 411 del Código que se cita y en donde previene entre otras cosas que los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a los padres y demás ascendientes. Así tenemos que si existe el deber de los padres de educar, de expedir órdenes y de ejercer la autoridad, como respuesta, está el deber de obediencia de los hijos, quienes reconocen la autoridad de los padres.

Todo esto es con el fin de que los hijos obtengan una formación integral total y los padres a lograr la obediencia empleando, en caso necesario, medidas de corrección y amonestación, y hasta buscando el auxilio de la autoridad, quien puede dar apoyo a quienes ejercen la patria potestad; es decir, que para la educación del menor en muchas ocasiones se necesita corregirlos, facultad que está expresamente consignada en el artículo 423 del Código Civil en favor de quienes ejercen la patria potestad concediéndoseles la facultad de corregirlos y agragándose inmediately que deben de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo, no sólo se dan facultades para corregir a los menores a fin de que estos acepten sus instrucciones y órdenes, sino se exige que los padres observen buena conducta, es decir, den testimonio a sus hijos y como respuesta los hijos deben honrar a sus padres.

Asimismo el artículo 422 del Código Civil nos indica que las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente, es decir que debe darse la educación según el sexo,

según la vocación, comprendiéndose la educación física, moral y religiosa, y hasta que el menor alcance la mayoría de edad para que pueda tomar sus propias decisiones que más le convengan.

Como hemos visto los alimentos no solamente consisten en alimentar al hijo, sino también el educarlos tanto física como espiritual y moralmente, darle una educación de formación tanto profesional como social, es decir darle un completo desarrollo como parte integrante de una sociedad y encausarlo al bien, situación que se debería de ordenar en todas las sentencias de divorcio o de alimentos, y además, se estableciera que ambos progenitores lo realicen, y no solamente aquél al que se le haya concedido la custodia del menor.

3.1.1 ¿CUANDO PROCEDEN?

Hay que hacer notar que esta figura especial como lo son los alimentos no es necesario reclamarla al substanciarse el juicio de divorcio, es decir que el reclamo de alimentos puede solicitarse tanto en la demanda de divorcio necesario como en forma independiente y mediante la Vía de las Controversias del Orden Familiar.

Ahora bien y como ya lo estudiamos en el capítulo segundo del presente trabajo, en el artículo 267 en su fracción XII del Código Civil se establece como causal de divorcio la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, del Código Civil, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

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

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

Así tenemos que el incumplimiento a lo establecido en los artículos citados, concede derecho a la parte agraviada para demandar en primer término el pago de una pensión alimenticia y en consecuencia el divorcio necesario; por otro lado el artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles en vigor autoriza al Juez para fijar como medida cautelar, una pensión alimenticia provisional a cargo del demandado, por todo el tiempo que dure el proceso, valiéndose para ello de los elementos de juicio que tenga como lo son la petición que haga el actor o acreedor y la información que estime necesaria para fijar la cantidad de dinero o porcentaje del salario.

Es claro que esta información deberá de ser lo suficientemente completa e imparcial, y no limitada exclusivamente a la proporcionada por la parte actora, con el objeto de que la medida cautelar se dicte sólo cuando quede acreditado el derecho del actor para pedirla y la necesidad de que el juzgador la otorgue. Como medida cautelar, la pensión alimenticia provisional deberá de ser flexible, por lo cual podrá ser alterada o revocada si cambian, o se demuestra que son distintas, las circunstancias que el juzgador haya tenido en cuenta al momento de decretarla.

Asimismo y aunque se haya dictado resolución firme en cuanto a los alimentos estos podrán ser modificables de acuerdo al artículo 94 del ordenamiento antes citado, sin embargo creemos que habrá casos en los cuales no se pueda dar esta modificación, ya que en términos de las reformas hechas al artículo 942 del mismo Código, de fecha 30 de Diciembre de 1997, si los alimentos se demandan junto con el divorcio, estos se tendrán que reclamar con las formalidades exigidas por la Ley, y si carecieren de esa formalidad el juzgador podrá absolver al deudor de su obligación, situación que creemos pone en peligro el bien, salud y seguridad de los menores.

Como ya lo vimos el cumplimiento a la obligación de ministrar alimentos se puede dar por disposición testamentaria, siempre y cuando se realice por medio de los bienes del caudal hereditario.

3.1.2 PROCEDIMIENTO.

En esta clase de juicio especial, la demanda puede formularse por escrito o en forma verbal, es decir, por comparecencia personal en el Juzgado. En la misma demanda, el actor debe ofrecer las pruebas que estime pertinentes para verificar los hechos en que apoye su pretensión, una de las ventajas de estos juicios es que además de los medios de prueba admisibles, en los juicios ordinarios, el juez puede ordenar de oficio, la práctica de inspecciones judiciales con el objeto de cerciorarse por sí mismo "de la veracidad de los hechos", así como la realización de investigaciones por parte de trabajadores sociales para averiguar los hechos controvertidos.

Asimismo a la demanda deberán anexarse los documentos que la funden y justifiquen, también los que acrediten la personería y las copias respectivas.

En el auto de admisión de la demanda, que se deberá de dictar dentro de los tres días siguientes a las veinticuatro horas en que el secretario de acuerdos forzosamente de cuenta después del último trámite o promoción, el Juez debe señalar la fecha para la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos, en donde se deberán de desahogar las pruebas ofrecidas por las partes en sus escritos de demanda y contestación que hayan sido admitidas por el juzgador y que se encuentren debidamente preparadas con anterioridad, la cual deberá de llevarse acabo dentro de los treinta días siguientes y ordenar el emplazamiento del demandado, a quien se concede un plazo de nueve días para contestar la demanda y ofrecer en la misma sus respectivas pruebas.

El demandado puede optar por contestar la demanda, por allanarse o dejarla de contestar, si la contesta será contestando en forma categórica cada uno de los hechos, si se allanare el Juez citará a las partes para que ratifiquen tanto el escrito inicial de demanda como el allanamiento hecho; y si dejare de contestar la demanda entonces se tendrá por rebelde al demandado pero con la diferencia de que los hechos se considerarán contestados en sentido negativo y la carga de la prueba será para la parte actora.

La audiencia se debe llevar a cabo en la fecha señalada por el Juez, y en caso de no realizarse "por cualquier circunstancia", el Juez deberá de fijar una nueva fecha, dentro de los ocho días siguientes, para que tenga lugar ya sea con o sin la asistencia de las partes y en la misma de ser posible o dentro de los ocho días siguientes, se deberá de pronunciar sentencia de manera breve y concisa.

Contra la sentencia definitiva dictada en este juicio se puede interponer el recurso de apelación, el cual debe de ser admitido en un sólo efecto, y para solicitar la ejecución de la misma se podrá llevar a cabo sin necesidad de otorgar la caución que prevé el artículo 699 del Código de Procedimientos Civiles. Es necesario señalar que en todo aquello no previsto en este capítulo y en cuanto no se oponga al mismo se aplicarán las reglas generales del Código de Procedimientos Civiles en vigor, por ejemplo la forma de ofrecer las pruebas, su preparación, su desahogo, los alegatos, los recursos tanto dentro del juicio como concluido este, etc.

Aquí también opera la conciliación mientras tanto no se haya dictado sentencia definitiva, ya que el Juez podrá exhortar a las partes en cualquier estado del procedimiento para llegar a un convenio y terminar el asunto, claro que con las restricciones y salvedades ordenadas, situación que nos parece por demás correcta y que en determinado momento les beneficia tanto a las partes en litigio como al Juzgado.

3.2 REGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS.

El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal del menor, darle afecto, calor humano presencia y respaldo de sus progenitores.

Esta convivencia entre padres e hijos normalmente se da en la relación familiar normal, sufre un cambio cuando hay crisis conyugal y el divorcio y, como consecuencia, la separación de los progenitores. Surge en este supuesto, el derecho de visita que tiene su origen en esta convivencia. En el derecho de visita el

principal protagonista es el menor; lo son también el progenitor que no tiene la custodia y los abuelos del menor.

Dentro del deber de guardar va implícito el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto ellas se deban a la falta de vigilancia, por así establecerlo el artículo 1919 del Código Civil que dice: "Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos".

El artículo 1922 del Código Civil agrega: "Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados". Hay que tener en cuenta que las únicas hipótesis que sirven para apoyarse en este articulado son las contenidas en el artículo 1920 del Código Civil.

Este deber de vigilancia no es sólo para evitar daños sino para cumplir con el objetivo de procrear a un ser, que es el de darle una formación humana y social, al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejercen la patria potestad; en cuanto a las facultades, corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación, y a los hijos el derecho de ser protegidos.

Como ya lo señalamos en líneas anteriores a los dos progenitores les corresponde educar, alimentar y cuidar del menor, independientemente de quien lo tenga en su cuidado.

3.2.1 ¿CUANDO PROCEDEN?

Esta figura al igual que los alimentos es originada por una causa, en este sentido al ser demandada tanto en el juicio de divorcio necesario como en forma autónoma, puede ser motivada por diversas circunstancias que un cónyuge o progenitor imputa al otro, puede suceder que la demanda se funde por el hecho del incumplimiento a la obligación de ministrar alimentos al menor, por darle malos tratos o cualquier otra circunstancia que ponga en peligro la integridad física, moral del menor.

Como sabemos, "...la sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y el cuidado de los menores..." (artículo 283 del Código Civil reformado y publicado en el Diario Oficial de fecha 30 de Diciembre de 1997); por lo que es lógico pensar que si los divorciantes en el divorcio voluntario no llegaron a ningún arreglo sobre quien de los dos conservará la guarda y custodia del menor, el Juez de lo Familiar mediante el juicio de controversia familiar correspondiente fijará a quien de los dos la otorgará, así como el domicilio en donde se ejercerá y los días y horas en que será visitado por el otro progenitor.

Ahora bien, y si la guarda y custodia se solicitó en la demanda junto con la declaración del divorcio, el Juez tendrá que valorar la causal en que se funda la demanda así como las pruebas aportadas para tal efecto y definirá si la causal es suficiente para otorgar o no la custodia al cónyuge que se dice inocente, tal y como lo ordena el artículo arriba anotado.

Nos dice el artículo 416 del Código Civil reformado y publicado en el Diario Oficial de fecha 30 de Diciembre de 1997, lo siguiente: "En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán de continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, este quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial".

Aquí nos encontramos que la resolución definitiva que se dicte, podrá ser modificada siempre y cuando cambien las circunstancias deducidas en el juicio, además se tendrá que oír el parecer del Ministerio Público durante todo el desarrollo del juicio.

Por otro lado, cabe mencionar un cambio tan importante en esta figura, que se dió mediante las reformas hechas al artículo 417 del Código Civil, mismas que fueron publicadas en el Diario Oficial el día 30 de Diciembre de 1997, al establecerse: "Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para estos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del

menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial”.

Primeramente vemos que se introduce el término de “parientes”, es decir, que no solamente los padres, que gozan de la patria potestad de los hijos, tendrán la guarda y custodia de estos, sino que también cualquier otro pariente que se encuentre dentro de los grados a que se refiere el Código Civil; además la guarda y custodia podrá ser modificada, suspendida o se perderá en definitiva, sin que se pierda la patria potestad que sobre el menor se ejerce.

Por otro lado, cabría preguntarse hasta que punto el dicho del menor, de querer ir con cualquiera de sus familiares, tendría valor y el Juez de lo Familiar que resolvería al respecto. Pensamos que el juzgador debiera de inclinarse por el dicho del menor ya puede suceder que el Juez otorgue la custodia a aquél familiar con mejores posibilidades económicas para su sostenimiento, pero que sin embargo el menor no será feliz y no tendrá un desarrollo normal.

3.2.2 PROCEDIMIENTO.

Al encontrarse esta figura jurídica en el Capítulo de las Controversias del Orden Familiar, tenemos que el procedimiento es el mismo que se lleva a cabo en el de alimentos ya visto, y en donde al demandarse el régimen de visitas y convivencias, el demandante puede solicitar se le señalen provisionalmente los días y horas en los que puede convivir con el menor y mientras dure el juicio. El Juez se podrá hacer llegar de toda la información que estime pertinente para poder resolver al respecto, y para lo cual dará vista a la

contraria para que al momento de que conteste la demanda manifieste al respecto y señale los días y horas en que el actor pueda tener esa convivencia con el menor, ya que en caso de no hacerlo, el Juez al admitir la contestación o vencido el término que para ello tuvo la demandada, resolverá al respecto, señalando de oficio los días y horas en que se realicen esas convivencias.

Nos dice el artículo 417 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, reformado y publicado en el Diario Oficial de fecha 30 de Diciembre de 1997, lo siguiente: "Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para estos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial".

Por otro lado cabe aclarar que cuando se demande el divorcio necesario, en la misma demanda se pueden solicitar también se señalen los días y horas de convivencia, y mientras dure el juicio, para lo cual el Juez seguirá el mismo procedimiento ya mencionado.

Como ya lo vimos en el tema que antecede, al dictarse la resolución definitiva, el Juez fijará la situación de los hijos en todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y cuidado de los hijos,

haciendo respetar y proteger el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

3.3 GUARDA Y CUSTODIA.

La denominación utilizada para esta figura jurídica en nuestro derecho mexicano no existe, sin embargo estos términos se encuentran establecidos en diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, (artículos 282 fracción VI, 283, 273 fracción I, 413, 416, 417, 418, 422, 423, etc.), los cuales por la práctica constante que existe de ellos se le ha dado esta terminología y que como lo veremos más adelante se encuentra regulada por el Capítulo de las Controversias Familiares establecidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Al hablar de la guarda o custodia tenemos que no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación, alimentación, vestido, cuidado etc., esto se debe porque la protección que exige la sociedad y establece el derecho es el cumplimiento de una función que es la paternidad que se da en beneficio del menor de edad, o en caso de la tutela para el que tenga incapacidad legal y natural.

Por otro lado sabemos que los cónyuges deben vivir juntos y que estos decidirán sobre el domicilio conyugal en que habiten, teniendo la obligación de mantener a su lado al hijo que se encuentre bajo su cuidado y este a su vez el derecho habitar con ellos surgiendo como consecuencia lógica la custodia y el cuidado sobre el descendiente, ya que los padres al encontrarse en el ejercicio de la patria potestad con todas sus consecuencias inherentes a la misma hacen

posible que se dé, además de que con el fin de cumplir con los deberes y obligaciones es menester la convivencia cotidiana del menor bajo el mismo techo e interrumpidamente.

Hay que tener en cuenta que esta figura jurídica tiene mucha relación con la patria potestad que tiene el progenitor sobre su descendiente, el adoptante sobre el adoptado, el tutor sobre pupilo, etc., y de donde podemos indicar que la guarda y custodia es la especie mientras que la patria potestad es el genero, situación que a continuación analizaremos.

Como lo vimos anteriormente en los efectos del divorcio necesario, la patria potestad se puede perder si se configura alguno de los supuestos ordenados por el artículo 444 en relación con el artículo 283 ambos del Código Civil, surgiendo como consecuencia lógica la pérdida de la guarda o custodia que hasta ese momento se venía ejerciendo; sin embargo aquella persona que pierda la guarda o custodia, no siempre pierde la patria potestad sobre él, quedando subsistentes todos sus derechos y obligaciones con la diferencia de no poder convivir normalmente con su pupilo.

3.3.1 ¿CUANDO PROCEDE?

Puede suceder que quien esté ejerciendo la patria potestad sea privado de la custodia del menor. En este caso, debe recuperar al menor para poder cumplir su función que es obligatoria, es decir que quien ejerce la patria potestad tiene acción para obtener del Juez la restitución en la custodia del menor; sin embargo, aun cuando no existe acción expresa, nuestros Tribunales reconocen el derecho del padre o la madre (o ambos) para ejercer la acción para recuperar la

guarda y custodia de un menor hijo, que es una de las prerrogativas que tiene el padre que ejerce la patria potestad, y que requiere de los siguiente elementos:

“a) la calidad con que se demanda, como ser el padre o, en su caso, la madre, y por lo tanto, en el ejercicio de la patria potestad del menor, b) la violación de ese derecho deducido, osea, la privación de la guarda y custodia del menor, y c) el hecho de que se haya traducido en la desposesión del menor hijo, frente a otra u otras personas con menor derecho para ello”.³⁵

Los casos que han llegado al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se han planteado como interdictos para recobrar la posesión, no obstante que estos se refieren a cosas y bienes y no a la custodia de un menor de edad, sin embargo, es posible el empleo de la figura del interdicto al no existir en nuestra legislación acción precisa y además porque se dice lo que se pretende. Debemos tener en cuenta que en el interdicto “sólo se discute la posesión provisional del menor, no así quien tiene mejor derecho para ello, o quien debe ejercer exclusivamente la patria potestad, por lo que no es procedente estudiar en el interdicto recuperatorio de posesión, los argumentos en cuanto a quién registró primero al menor, ya que estos se refieren al mejor derecho para tener la posesión definitiva de la guarda del menor, cuyo análisis sería procedente en el juicio correspondiente”.³⁶

Es posible el “ejercicio de la acción interdictal para recuperar la posesión de un hijo cuando el padre es despojado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: Primero: Que se esté en posesión de los derechos de padre e

³⁵ Amparo directo 6320/75. Miguel Orea Gómez. 4 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente Raúl Lozano Ramírez. 3ª Sala, Séptima Epoca, Volumen Semestral 97-102, Cuarta Parte, pág. 115. Visible Ediciones Mayo Actualización V, pág. 325.

³⁶ Amparo directo 396/78. Juan García Pérez. 30 de junio de 1978. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. 3ª Sala, Séptima Epoca, Volumen Semestral 109-114, Cuarta Parte, pág. 117. 3ª Sala, Informe 1978, Segunda Parte, tesis 92, pág. 62. Con el título “Interdictos para recuperar la posesión de la guarda de un menor, naturaleza de los”

hijo legítimo; Segundo: Que fuere despojado de esos derechos o perturbado en su ejercicio; y Tercero: Que ese despojo o perturbación se ejerzan sin que exista sentencia previa, en contra del titular de ese derecho.

En consecuencia cabe decir, que en este caso no es materia de la litis ante la autoridad judicial la comprobación de la maternidad o paternidad del menor, pues la acción está encaminada únicamente a demostrar sólo la posesión de los derechos de padre o hijo legítimo, la privación o perturbación de esos derechos sin que exista sentencia previa".³⁷

Aun cuando no esté contenida como una acción específica, quien ejerce la patria potestad puede lograr que el Juez de lo Familiar lo auxilie para recuperar la custodia del hijo, a fin de que este se integre en el hogar, haciendo uso de los medios de apremio en caso necesario, o bien obligando a quien lo tenga sin derecho, a devolverlo a los padres, tomando en cuenta los hechos narrados en el escrito de demanda.

Nos dice el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado y publicado en el Diario Oficial el día 30 de Diciembre de 1997, lo siguiente: "En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

³⁷ Amparo directo 1071/80. Mario Vidals Zenteno. 13 de julio de 1981. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretano: Mario Alberto Adame Nava. (Visible Ediciones Mayo. Informe 1981 3ª Sala, págs. 59 y 60).

En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Por lo que podemos concluir que la guarda y custodia de los hijos procede cuando alguno de los progenitores no la tienen, aunque continúen ejerciendo la patria potestad sobre ellos.

3.3.2 PROCEDIMIENTO.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el capítulo relativo a las Controversias de Orden Familiar, se contiene la posibilidad de que el Juez de lo Familiar pueda actuar de oficio por tratarse de menores, y también puede decretar las medidas que estime necesarias para proteger a los mismos (art. 941 del Código de Procedimientos Civiles). Además y como ya lo señalamos en capítulos anteriores, se previene que no se requiere formalidad especial para acudir ante el Juez de lo Familiar, y este, conociendo el caso, puede ordenar la restitución de la custodia al progenitor que fué privado de ella, utilizando las medidas precautorias convenientes.

Por encontrarse regulada esta figura jurídica en el Capítulo de las Controversias del Orden Familiar, el procedimiento que la rige es el mismo que se lleva en el reclamo de alimentos y en el de régimen de visitas ya analizados, por lo que su estudio lo remitimos a los mencionados temas.

Por otro lado, la guarda y custodia de los menores puede ser reclamada también en la demanda de divorcio necesario provisionalmente y mientras dure el juicio, misma que quedará definida en la sentencia definitiva, por lo que el juzgador deberá de estudiar escrupulosamente tanto los motivos y causas que generen el divorcio, para poder conceder al divorciante inocente la guarda y custodia definitiva de los menores.

Nos dice el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado y publicado en el Diario Oficial el día 30 de Diciembre de 1997, lo siguiente: "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos.

De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor".

Cabe destacar que la resolución definitiva que se dicte respecto a la guarda y custodia, ya sea en demanda de divorcio necesario, voluntario o mediante el procedimiento de las Controversias del Orden Familiar, puede cambiar cuando cambien las circunstancias que le dieron origen en el juicio principal, de acuerdo al artículo 94 del Código Procesal.

3.4 LAS CONTENIDAS EN EL ARTICULO 942 Y QUE SE REFIEREN A TODAS LAS CUESTIONES FAMILIARES QUE RECLAMAN LA INTERVENCION JUDICIAL.

Algunas de las cuestiones familiares que pueden tramitarse a través de las Controversias del Orden Familiar establecidas en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal son:

1) los litigios sobre alimentos; 2) la calificación de impedimentos para contraer matrimonio; 3) las diferencias entre los cónyuges sobre la administración de los bienes comunes, y la educación de los hijos; 4) las oposiciones de maridos, padres y tutores; 5) guarda y custodia; 6) "todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial", es decir aquellas que por su naturaleza es necesario que el juez de lo familiar dicte una orden en la que se establezca un derecho o se pierda así como una obligación, como podría ser el caso de demandar el régimen de visitas. Cabe mencionar que con las reformas hechas a este artículo y publicadas en el Diario Oficial el día 30 de Diciembre de 1997, se instauró una nueva figura que se reglamenta por este capítulo, y que se refiere a la "violencia familiar".

Como hemos visto, solamente hemos estudiado algunas de las figuras mencionadas anteriormente y que se encuentran reguladas por el capítulo de las Controversias del Orden Familiar, del Código procesal, pero que no son las únicas que se encuentran reguladas, ya que el mismo artículo 942 del Código en mención, establece "todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial", por lo que pueden existir un sin fin de figuras jurídicas que pueden ser reguladas por este apartado y que consideramos el más apto para la ventilación de estos juicios, ya que su procedimiento no es tan lento como el

regulado en la Via Ordinaria, teniendo en cuenta las ventajas que veremos en los siguientes temas a estudiar.

Además y como ya lo mencionamos, muchas de estas figuras pueden ser reclamadas tanto en la demanda de divorcio necesario, como prestaciones o como medidas provisionales; establecidas en el convenio del divorcio voluntario o ser reclamadas mediante el procedimiento de las Controversias del Orden Familiar, por lo que de ninguna manera se pueden vulnerar los derechos y garantías de las partes, ya que cualquiera que sea la vía de acción que se elija para su reclamo, se tendrán tanto los derechos de un juicio previo, como el de ser oído y vencido en el mismo, siguiendo las formalidades requeridas por la ley para cada uno.

No hay que olvidar que en este tipo de juicios existe una pugna de intereses entre las partes, por consiguiente, un período de pruebas y una sentencia definitiva dictada por un Juez, en este caso de lo Familiar. Diferencia que es notoria ante las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria de las cuales también puede conocer el Juez de lo Familiar, pero que en ellas solamente se solicita la intervención del juzgador para que constate, integre, certifique, sancione legítimamente, etc., sin que se promueva cuestión alguna de pugna de intereses entre las partes.

3.5 ANALISIS COMPARATIVO DEL PROCEDIMIENTO EN EL DIVORCIO NECESARIO EN RELACION CON EL CAPITULO DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR.

Como hemos visto en el capítulo segundo y tercero del trabajo que se expone, los procedimientos que se llevan a cabo tanto en el Divorcio Necesario

como en el de las Controversias del Orden Familiar, son muy distintos y con lo cual podremos concluir que en el Divorcio Necesario se pierde mucho tiempo, mismo que perjudica , aún más de lo que ya están, a los divorciantes.

Señalamos que el Divorcio Necesario se reclama en la Via Ordinaria Civil, misma que se encuentra regulada por las disposiciones generales del Código de Procedimientos Civiles, y en donde al ser admitida la demanda con sus respectivas copias de traslado y los documentos en que funde su acción la actora y con el señalamiento de las personas que servirán de testigos en el desahogo de pruebas, se ordenará emplazar al demandado para que produzca su contestación en el término de nueve días contados a partir del día siguiente de hecha la notificación.

En la contestación se referirá a cada uno de los hechos aducidos en la demanda y los que dejase de contestar o los contestare con evasivas se tendrán por contestados en sentido negativo, puede ser que reconvenga, en este supuesto correrá traslado de la reconvencción a la parte actora para que conteste la reconvencción en el término de seis días contados a partir del siguiente día en que surta efectos la notificación, o con las excepciones y defensas hechas valer por el demandado se le dará vista a la actora por el término de tres días contados a partir del siguiente día en que surta efectos la notificación; si se allanó a la demanda, el Juez los mandará citar para que ante su presencia ratifiquen tanto los escritos de demanda como de allanamiento, y hecho que fué, citará a las partes para oír sentencia.

Contestada la demanda o concluido el término para hacerlo, en su caso la reconvencción, y desahogada que fué la vista con las excepciones y defensas hechas valer en la contestación, el Juez dentro del tercer día al que le sigan concluidas las veinticuatro horas en que dió cuenta con la promoción presentada, dictará auto en que señale fecha de audiencia conciliatoria misma que

se efectuará dentro de los diez días siguientes en que surta efectos la publicación de la celebración de la audiencia conciliatoria, misma que podrá ser diferida por las partes si así lo solicitan al Juez y por sólo una ocasión, y en donde se ordenará su continuación en un mismo término; en la audiencia las partes pueden llegar a un convenio poniendo fin al pleito y el Juez citará a las partes para oír sentencia.

En caso de que no realicen el convenio y si así lo solicitan las partes, o al día siguiente en que haya surtido efectos la notificación de la celebración de la audiencia, se abre el periodo de ofrecimiento de pruebas mismas que deberán de ser ofrecidas en un término de diez días comunes para ambas partes contados a partir del día en que haya surtido efectos la notificación del auto que manda abrir dicho periodo, concluido el término de ofrecimiento de pruebas y si lo solicitan las partes se acordará su recepción y desahogo para lo cual se señalará una fecha de audiencia de desahogo de pruebas la cual será dentro de los treinta días siguientes a que surta efectos la notificación del auto que ordena su admisión.

Desahogadas que fueron las pruebas y en la audiencia respectiva el Juez procederá a la certificación de que no hacen falta pruebas que desahogar y permitirá que las partes formulen sus alegatos en ese instante, formulados que fueron, citará para oír sentencia, misma que se deberá de dictar dentro del término de quince días contados a partir de que surte efectos la notificación del auto o de la audiencia y si hubiesen documentos voluminosos que revisar, se gozará de un término más de ocho días para su estudio.

Como hemos visto los términos que se señalan para cada una de las actuaciones en la Vía Ordinaria Civil son extensos, ello sin contar con los posibles incidentes que se pudieren interponer y que suspendan el juicio, la solicitud de ampliación del periodo de ofrecimiento de pruebas y los diferimientos de las audiencias por lo avanzado del horario, etc.

Ahora bien, en los juicios que se regulan por el apartado de las Controversias del Orden Familiar y al presentarse la demanda con las mismas formalidades señaladas para el divorcio necesario, se deberán de ofrecer las pruebas que se desahoguen en el juicio, y se ordenará emplazar al demandado para que en el término de nueve días produzca su contestación y ofrezca las pruebas que estime pertinentes, puede suceder que se reconvenga, se allane o se dejase de contestar la demanda, en estos casos sucede lo mismo que en el divorcio necesario, pero con la diferencia de que no se cita a las partes para una audiencia de conciliación, sino que se ordena la admisión de pruebas las cuales se desahogarán en un término de 30 días contados a partir de que surta efectos la notificación que ordena el emplazamiento al demandado, y en caso de que por cualquier circunstancia no se lleve a cabo se ordenará su continuación en un término de ocho días contados a partir de que surta efectos la notificación que lo ordena.

Concluidas y desahogadas que fueron las pruebas, el Juez hará la certificación de que no existen pruebas que desahogar y ordenará a las partes formulen sus alegatos en ese instante, hecho que fué, citará a las parte para oír sentencia misma que se dictará en la misma audiencia o dentro del término de ocho días contados a a partir de que surta efectos la notificación que lo ordena.

Como nos hemos podido dar cuenta en el Divorcio Necesario hay más términos y son más extensos para su cumplimiento; a diferencia del procedimiento de las Controversias del Orden Familiar, que son pocos los términos que se otorgan a las partes y más cortos, además y para el caso de que se encuentre algo no previsto en este capítulo, se aplicarán las reglas generales del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

3.6 LA NECESIDAD DE REGULAR EL DIVORCIO NECESARIO EN EL CAPITULO DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR.

Consideramos que es más fácil que el Divorcio Necesario se regule por el apartado de las Controversias del Orden Familiar establecidas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que como lo vimos en el tema que antecede tanto los términos como la duración de los mismos, son notoriamente más extensos y no existe razón de su existencia, es decir, que no son necesarios para que se pueda llevar a cabo, y que más sin embargo, hacen que el procedimiento se vuelva difícil tanto para las partes como para el juzgador por lo dilatado que resulta.

En el Capítulo de las Controversias del Orden Familiar se reduciría en un treinta por ciento la duración del juicio de Divorcio Necesario si se regulara en este apartado, por lo que de ninguna manera se violaría derecho alguno a los divorciantes, ya que en lo no previsto en este apartado se tomará en cuenta lo dispuesto por las reglas generales del Código de Procedimientos Civiles, por otro lado permite que las partes puedan llegar a un convenio en cualquier estado del juicio mientras no se dicte la sentencia definitiva que haya causado ejecutoria.

Ahora bien, en este apartado se pueden solicitar tanto la acción de Divorcio Necesario como aquellas que sean accesorias de la misma, como por ejemplo, la pérdida de la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos, el pago de una pensión alimenticia, etc., o las medidas provisionales que se requieran; pero con la ventaja de que el procedimiento será más rápido y las partes tendrán mejor oportunidad de sobre llevar el peso de las obligaciones que tuvieron como consecuencia lógica del divorcio.

Si el juicio de divorcio necesario se llevara a cabo con términos más reducidos que de los que actualmente lo regulan, pero sin que se transgredan los derechos de los divorciantes, el procedimiento resultaría tanto a ellos como al juzgador mucho más beneficioso; es decir, para los divorciantes se reduciría la idea de maquinarse alguna estrategia para causar un mal a su exconsorte, ya sea utilizando a los hijos, presionando con los bienes del matrimonio o por otros medios; para los hijos sufrir lo menos posible en su desarrollo social y psicológico, al saber que durante un juicio con menos tiempo de duración, no podrán convivir con su padre o madre, según sea, o reducir sus visitas "forzadas" a los Juzgados por encontrarse con la madre o el padre y llevarlos a una habitación llena de personas que no conoce y en donde sus padres discuten por su cuidado o con quien de ellos le tocará vivir, o no saber por que sus hermanos vivirán con uno de sus padres y él con el otro, etc.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: Si el tiempo que en exceso se encuentra establecido en la Vía Ordinaria Civil para solicitar el Divorcio Necesario, se redujera como lo proponemos, los divorciantes reducirían sus pensamientos de venganza y tratarían de pensar por el futuro de sus hijos, o bien, de ponerse de acuerdo ambos para educar y cuidar a esos seres que comienzan a descubrir lo difícil que es esta vida, y no dejando esa gran obligación en uno sólo de ellos, ya sea por haber obtenido la guarda y custodia o por haber perdido el otro la patria potestad sobre los hijos, etc. Además, de ninguna manera se les violarían sus derechos sustantivos o adjetivos, ya que el Capítulo de las Controversias del Orden Familiar, permiten al juzgador tomar las medidas necesarias para su protección y aplicación.

El reducir el procedimiento también beneficiaría a los Juzgados de lo Familiar, ya que actualmente se encuentran con una gran carga de trabajo, por lo difícil que resultan estos tipos de juicios; situación que sería diferente si los procedimientos se redujeran tanto en su duración como en su aplicación.

Consideramos se debieran reformar los artículos 941 y 942 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

Artículo 941.-El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos, en los casos de divorcio necesario y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá de exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Artículo 942.- No se requiere formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de padres y tutores, en los casos de divorcio necesario, con excepción de pérdida de la patria potestad, y en general de todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.

Tratándose de violencia familiar prevista en el artículo 323 ter del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran, en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público.

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

- 1.- Chavez Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 1a. Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1984.

- 2.- Chavez Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, 1a. Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1985.

- 3.- Flores Margadant, Guillermo, Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea, 4ª Edición, Edit. Esfinge, S.A., México, D.F., 1924.

- 4.- Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, 3a., Edición, Editorial Porrúa, México, 1981.

- 5.- Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia, Toma II, Editorial Porrúa, México, 1986.

- 6.- Alba H., Carlos, Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, México, D.F., 1919, Gráfica Panorámica.

- 7.- De Pina Rafael, Tratado de las Pruebas Cíviles, Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1975.

- 8.- Arellano García, Carlos, Práctica Forense Civil y Familiar, 6a., Edición, México, Editorial Porrúa, 1986.

9.- De la Paz y Fuentes, Víctor Manuel, Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio, 2a., Edición, México, Editor Fernando Leguizamón Cortés, 1984.

10.- Mendieta y Nuñez, Lucio, El Derecho Precolonial, 6ª, Edición, México, Editorial Porrúa, 1976.

11.- Petit, Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, México, 1971.

12.- Sánchez Medal, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Editorial Porrúa, México, 1991.

13.- Rojina Villegas, Rafael, Introducción, Personas y Familias, México, Editorial Porrúa, 1983.

14.- Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, 2a., Edición, México, Editorial Porrúa, 1981.

LEGISLACION CONSULTADA.

1.- Ley Sobre Relaciones Familiares, Ediciones Andrade, S.A., 1964.

2.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Ediciones Delma, 1999.

3.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, Distrito Federal, 1999.

4.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Edición 1999, Editorial Sista, S. A. de C.V., México.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

1.- De Pina Vera Rafael, Diccionario de Derecho, 15a. Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1988.

2.- Enciclopedia Barsa, Tomo XIII, Editores, Enciclopedia Británica. Inc. Buenos Aires-Chicago. México.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

1.- Semanario Judicial de la Federación que Publica las Tesis de Ejecutorias 1917-1985, Novena Parte, Jurisprudencia y Tesis en Materias que Cambió el Sistema de Competencias.

2.- Informe de 1980 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3.- Informe de 1981, de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4.- Informe de 1986, de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

5.- Informe de 1987, de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.