

824



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

INEFICACIA DE LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

IRMA MARGARITA ROSAS RODEA

298721



MEXICO, D. F.

2001



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**INEFICACIA DE LA FRACCION X DEL
ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL COMO CAUSAL
DE DIVORCIO**

**SUSTENTANTE
IRMA MARGARITA ROSAS RODEA
NO. DE CUENTA 9023391-1**



VERDAD NACIONAL
AVANTAGE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

No. 056-2001

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .

La alumna IRMA MARGARITA ROSAS RODEA, elaboró en este Seminario bajo la asesoría del Lic. Bernabé Morales Henestrosa, la tesis denominada "INEFICACIA DE LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO", que consta de 102 fojas útiles.

La tesis de referencia satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. 3 de Octubre del 2001.

DR. IVAN LAGUNES PEREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

ILP egr.

DEDICATORIAS

*AGRADEZCO A DIOS PRIMORDIALMENTE
POR HABERME DADO LA LUZ DE LA VIDA,
A TRAVES DE UNOS PADRES MARAVILLOSOS
Y EXCELENTES, POR LAS FUERZAS SUFICIENTES
EN LOS MOMENTOS DIFICILES VIVIDOS EN ESTA VIDA.*

*A MIS PADRES, IRMA RODEA DEHONOR Y MANUEL ROSAS CORREA, SABIENDO
QUE NO EXISTIRA UNA FORMA DE AGRADECER UNA VIDA DE SACRIFICIO Y
ESFUERZO, QUIERO QUE SIENTAN QUE EL OBJETIVO LOGRADO TAMBIESEN ES
DE USTEDES Y QUE LA FUERZA QUE ME AYUDO A CONSEGUIRLO FUE SU
APOYO, SIGUIENDO SU EJEMPLO DE LUCHA Y ESFUERZO.*

*A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, MI FACULTAD DE
DERECHO, Y A MIS QUERIDOS MAESTROS.*

INDICE

	PAGINA
Dedicatoria -----	2
Indice -----	3
Introducción -----	6

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL

DIVORCIO

1. - Concepto de divorcio -----	11
1.1. Divorcio voluntario -----	14
A) Divorcio voluntario administrativo -----	15
B) Divorcio voluntario judicial -----	17
1.2. Divorcio necesario judicial -----	20
A) Divorcio separación de cuerpos -----	20
B) Divorcio necesario vincular -----	22
2. - Causales de divorcio -----	26

3. - Consecuencias jurídicas del divorcio -----	56
3.1. Efectos provisionales -----	56
3.2. Efectos definitivos -----	56
3.3. Efectos del divorcio con respecto a los cónyuges -----	57
3.4. Estado Familiar -----	61
3.5. Capacidad para contraer nuevo matrimonio -----	61
3.6. Respecto del apellido -----	63
3.7. Alimentos -----	63
3.8. En relación a los bienes de los divorciantes -----	63
3.9. En relación a los hijos -----	65

CAPITULO II
ASPECTOS GENERALES DE LA
DECLARACION DE AUSENCIA

1. - Que es la declaración de ausencia -----	69
2. - Como opera la declaración de ausencia -----	71
3. - Efectos de la declaración de ausencia -----	77

CAPITULO III
INEFICACIA DE LA FRACCION X
DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL
COMO CAUSAL DE DIVORCIO

1. - Análisis de la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal -----	81
2. - Análisis de la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal -----	85
3. - Análisis de la fracción IX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal -----	88
4. – Por que es ineficaz la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal como causal de divorcio -----	91
5. - Propuesta de modificación a la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal -----	95
Conclusiones -----	96
Bibliografía -----	100

INTRODUCCION

Al preguntar entre mis maestros y amigos de la facultad de derecho, acerca de la elaboración de la tesis, todos coincidieron en que se debía proponer algo en relación con las leyes que nos rigen, algo que aunque no resultara novedoso, si fuera visto como tal, desde mi particular punto de vista, así es que revisando el Código Civil para el Distrito Federal, me llamó la atención la figura del divorcio, su evolución, su inclusión en el Código Civil, como un mal necesario, y al estudiar las causales de divorcio que se contemplan en el artículo 267 de nuestro Código Civil, primeramente me llamó la atención la fracción IX, la cual fue adicionada al artículo mencionado como fracción XVIII en el año de 1983 y con las reformas publicadas el 25 de mayo de 2000 paso a ocupar la fracción IX.

Leyendo dicho dispositivo de su lectura se desprende que no existe cónyuge culpable, ni cónyuge inocente, y que no importa cual haya sido la causa de la separación, en efecto el presupuesto esencial para que proceda y se dicte sentencia disolviendo el matrimonio es que los cónyuges tengan más de un año de separados, pues evidentemente nuestra legislación ha evolucionado, ya que antes de la Ley sobre Relaciones Familiares no existía el divorcio vincular.

Por otro lado, también me llamó la atención la fracción VIII del artículo mencionado donde se establece que es causa de divorcio, la separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses.

Sin embargo al estudiar la fracción X del artículo citado con anterioridad, me pareció que si el propósito perseguido es obtener un divorcio, no es necesario agotar previamente la declaración de ausencia o la presunción de muerte, por el excesivo tiempo que debería de transcurrir para obtener una sentencia de divorcio, amen de los gastos que por concepto de edictos se tendrían que erogar.

Del Código Civil vigente se desprende, que la declaración de ausencia y la presunción de muerte, tienen como finalidad la aplicación del patrimonio del desaparecido, luego entonces, si mi objetivo es el divorcio, contamos con las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil, pero si nuestro fin es allegarse al patrimonio del desaparecido, entonces si, tendríamos que agotar el procedimiento que se señala en el Título Undécimo del Código Civil para el Distrito Federal.

Es decir nada tiene que ver una situación con otra, pues además, es pertinente mencionar que en nuestra costumbre mexicana, la persona que tiene recursos económicos muy altos, dispone de sus bienes en forma precisa para después de su muerte, y suele condicionar a sus posibles herederos a situaciones comúnmente difíciles de cumplir, de tal suerte que un cónyuge ante esta perspectiva muy difícilmente arriesgaría la posible herencia que le correspondería, y habría que ver si el matrimonio fue bajo sociedad conyugal o bajo separación de bienes, si existe testamento y esta incluida en él o si no existe testamento.

Situaciones todas ellas, que invariablemente tienen como premio el patrimonio del ausente.

La única posibilidad de que pueda darse esta situación, es cuando el cónyuge presente, esté casado bajo el régimen de separación de bienes, carezca de bienes propios, pretenda contraer matrimonio, su cónyuge se encuentre ausente y que efectivamente tuviera un patrimonio considerable, y que de existir testamento este incluida, porque de no estarlo no valdría la pena iniciar un procedimiento de declaración de ausencia, o bien que tenga legítimo derecho a heredar por sucesión legítima, en cuyo caso la persona con la que pretende contraer matrimonio este dispuesta a esperar por lo menos cinco años.

Pero repito, es muy difícil que se dé esta situación, pues las personas de recursos económicos muy altos, disponen con toda precisión de sus bienes para después de su muerte.

Por eso decimos que si a un cónyuge se le considera presuntamente muerto, al cónyuge supérstite se le debe considerar presuntamente viudo, siendo la presunción de muerte una forma de extinguir el matrimonio, porque si el cónyuge presente contrae nuevas nupcias, eso solo quiere decir que su cónyuge ausente ya no le interesaba, y no se puede obligar a una persona contra su voluntad a convivir con otra.

Por otro lado, no dudo que se dé el caso de una ausencia por parte de un

cónyuge con altos recursos económicos, pero seguramente no será voluntaria, en todo caso podrá ser por accidente, pero siendo de posición económica alta, seguramente se le encontrará, muerto o vivo, pero se le encontrará.

De tal suerte, que en nuestra sociedad los ausentes, en su mayoría, son personas de escasos recursos económicos, en donde se carece de patrimonio suficiente para que de motivo a iniciar un procedimiento extremadamente demorado.

Tal vez sea por eso que en la práctica no se acostumbra y además esta en desuso el procedimiento de declaración de ausencia y de presunción de muerte, siendo este un motivo más, para afirmar que la causal X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal es ineficaz.

Así las cosas, nuestro trabajo recepcional se divide en tres capítulos, a saber:

El primero trata sobre el concepto de divorcio, y en él se tratan algunos aspectos generales del matrimonio, en este mismo capítulo en su segundo apartado se habla de las causales de divorcio y finalmente de las consecuencias jurídicas del mismo.

En el Segundo Capítulo, tratamos todo lo inherente a la declaración de ausencia y a la presunción de muerte, es decir, Que es la declaración de ausencia, Como opera y sus Efectos.

En el Tercer Capítulo, se analizan detalladamente las fracciones VIII, X y IX del artículo 267 del Código Civil vigente, y en los dos últimos puntos de este capítulo se hace un razonamiento del por que es ineficaz la fracción X como causal de divorcio y se proponen modificaciones a nuestro Código Civil.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DIVORCIO

1. - CONCEPTO DE DIVORCIO

De conformidad con el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

El hecho de mencionar esta palabra, "*divorcio*", nos trae a la cabeza, la imagen de rompimiento, cita adecuada si vemos cual es la etimología de esta palabra, "*divortium*" que deriva de "*divertere*" que significa irse cada uno por su lado.

Sobre el divorcio algunos autores opinan:

*"Se concibe el divorcio como un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal, el contrato de matrimonio concluye tanto en relación a los cónyuges como respecto a terceros"*¹.

Así mismo, la palabra divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación, en el sentido jurídico significa la extinción de la vida conyugal,

¹ PALLARES EDUARDO. EL DIVORCIO EN MEXICO. EDITORIAL PORRÚA. MEXICO.1981. PÁGINA 36.

declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por causa determinada y de modo expreso.”²

“Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del matrimonio y solo tiene lugar mediante la declaración de la autoridad judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley, en que se compruebe debidamente la imposibilidad de que subsista la vida matrimonial.”³

Luego entonces el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal pero este solo se obtiene mediante formas y requisitos que la propia ley determina.

La forma jurídica del divorcio surgió al mismo tiempo que el matrimonio, en un principio era un derecho concedido al hombre para repudiar a la mujer ya fuera por adulterio o por esterilidad, es decir, casi siempre fue por causas imputadas a la mujer, y en excepcionales casos al hombre, el cual siempre gozo de cierta ventaja en lo referente a la vida en pareja y la disposición que del divorcio podía tener en cualquier momento, no así en cambio con la mujer que para demandar el divorcio debía incurrir el marido en una serie de condicionantes difíciles de comprobar casi siempre.

En el siglo X cuando la Iglesia comenzó a ejercer dominio directo sobre la figura del matrimonio, decreto la indisolubilidad de este, y

² DE PINA RAFAEL. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. VOL. I EDITORIAL PORRUA 3^a. EDICIÓN MEXICO. 1963. PAGINA 340.

³ GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL .EDITORIAL PORRÚA, 7^a. EDICION MEXICO. 1985. PAGINA 576.

posteriormente cedió terreno admitiendo únicamente la separación permanente o temporal y siempre acompañada de razones verdaderamente de peso a criterio de los obispos para que estos concedieran la separación de los cónyuges.

Para poder llegar a la figura del divorcio como la conocemos tuvieron que pasar muchos años, y de acuerdo a los cambios sociales que se sufrían en el mundo el divorcio fue evolucionando a una respuesta más abierta y justa en cuanto al divorcio y las personas que lo invocan.

En México, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal del 26 de marzo de 1928 dispone ya en su artículo 2 la igualdad de la mujer, y que a la letra dice: *"La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia, la mujer no queda sometida por razón de su sexo a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles."*

Actualmente con las reformas publicadas el 25 de mayo del 2000 el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2 establece: *"La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de*

salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos."

En su artículo 35 el Código Civil vigente menciona que los Jueces del Registro Civil están autorizados para realizar actos del estado civil y extender las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en los perímetros de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes.

Nuestro derecho positivo mexicano, adopta varias formas de disolver el matrimonio: el voluntario, que puede ser judicial o administrativo y el necesario, algunos autores llaman a estos divorcio vincular porque rompen el vínculo matrimonial y a la separación de cuerpos divorcio no vincular, pasemos a ver cada una de estas figuras:

1.1. -DIVORCIO VOLUNTARIO

En el Código Civil vigente en su artículo 266 párrafo segundo señala que al divorcio por mutuo consentimiento puede ser administrativo o judicial, y deberá haber transcurrido por lo menos un año de celebrado el matrimonio para poder solicitar este tipo de divorcio.

A) DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

Este tipo de divorcio está reglamentado en el artículo 272 del Código Civil vigente y se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil. Es voluntario porque deben mediar las dos voluntades de los cónyuges para su solicitud y administrativo porque conoce un Juez del Registro Civil, que aunque lleva el nombre de Juez, no juzga nada, solo es un fedatario del Poder Ejecutivo.

REQUISITOS DE PROCEDIMIENTO.

Para que proceda este tipo de divorcio se requiere:

1. - Que ambos consortes convengan en divorciarse.
2. - Que sean mayores de edad.
3. - Que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial.
4. - Que la cónyuge no esté embarazada.
5. - Que no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

TRAMITE

Una vez reunidos los elementos señalados con anterioridad, los divorciantes deberán presentarse ante el Juez del Registro Civil de su domicilio, se identificarán y se procederá a levantar un acta en la que constara la solicitud del divorcio la cual deberá ser ratificada quince días después por los mismos divorciantes, lo cual dará el efecto de declarados divorciados, y el Juez tendrá la obligación de hacer la anotación correspondiente en el acta respectiva de matrimonio.

Como podemos apreciar, el artículo referido exige que los cónyuges comparezcan personalmente al Registro Civil por considerar este acto como personalísimo, así también distinguimos la actuación del Juez del Registro Civil que comparado con el Juez Judicial de primera instancia es pasivo "*en esta clase de divorcio se explica porque no habiendo hijos de por medio, ni conflictos de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado carecen de interés en que el vínculo subsista y consideran el divorcio como la rescisión de un contrato.*"⁴

En este tipo de divorcios no se piden pruebas de los requisitos consistentes en que ambos cónyuges convengan en divorciarse, que sean mayores de edad, que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, que la cónyuge no esté embarazada y que no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos

⁴ EDUARDO PALLARES. EL DIVORCIO EN MEXICO. EDITORIAL PORRÚA. MEXICO 1981. PÁGINA 36.

o alguno de los cónyuges, estas declaraciones son tomadas como verdaderas sin que medie el requisito de la "*Bajo protesta de decir verdad*". En caso de que los consortes no cumplan con los supuestos exigidos, el divorcio no producirá efectos pudiéndose hacer acreedores a sanciones por declarar falsamente.

B) DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

Este tipo de divorcio está regulado por el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, y menciona lo siguiente: "*Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento, lo soliciten al Juez de lo Familiar en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen convenio con cláusulas*" por lo que se aprecia, este divorcio deberá ventilarse ante el Juez de lo Familiar de la jurisdicción de los divorciados, el Código antes mencionado regula este divorcio en su artículo 674 y demás relativos.

Los cónyuges que quieran divorciarse deberán ser por lo tanto, mayores de edad, pueden o no tener hijos, y para solicitar el divorcio deberán presentar ante el Juez de lo Familiar un convenio en el que versen los puntos referentes a:

1. - Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.

2. - El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.
3. - Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio.
4. - La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias.
5. - La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II.
6. - La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición.
7. - Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Una vez presentada la solicitud y el convenio por los cónyuges acompañados además del acta de matrimonio, y de nacimiento de los hijos si los hubiere, el Juez citará con vista al Ministerio Público adscrito a la primera junta de avenencia en un plazo mayor de ocho y menor de quince días a partir de que tuvo conocimiento de la solicitud de divorcio. En la primera junta de avenencia el Secretario de Acuerdos representando al Juez exhortara a los cónyuges a que se reconcilien y en caso contrario aprobará los puntos señalados en el convenio sobre todo los relacionados con los menores hijos, los incapaces, y su alimentación así como garantizar su aseguramiento por eso es importantísimo el papel del Ministerio Público en este tipo de divorcio.

Si los cónyuges insisten en divorciarse citara a una segunda junta de avenencia contemplada en los plazos citados con anterioridad y si no hubiera reconciliación y hayan quedado bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el Juzgador oyendo el parecer del Ministerio Público decidirá sobre el convenio presentado y dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial. Este divorcio al igual que el administrativo solo puede solicitarse después de un año o más de celebrado el matrimonio, lo cual esta regulado por el artículo 273 que menciona: "... *y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio...*". Actualmente ya no es necesario que los divorciantes esperen un año para contraer nuevas nupcias a partir de que haya causado ejecutoria la sentencia.

Por otra parte, también pueden los cónyuges reunirse o reconciliarse aun durante el proceso en cualquier tiempo siempre y cuando no se haya dictado sentencia definitiva, pero en caso de volver a solicitar el divorcio nuevamente, deberán dejar transcurrir hasta un año desde su reconciliación como lo establece el artículo 276 del Código Civil. También el Juez puede decretar la separación de los cónyuges de manera provisional como lo establece el artículo 275 del Código adscrito.

1.2. -DIVORCIO NECESARIO JUDICIAL

El divorcio necesario o contencioso consiste en la disolución del vínculo matrimonial, a voluntad de uno solo de los cónyuges, invocando cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal. Este divorcio debe tramitarse ante el Juez de lo Familiar y será solicitado por el cónyuge inocente, el Juez una vez que tenga conocimiento del asunto deberá dictar las medidas provisionales tendientes a la protección de los menores habidos en el matrimonio, los cónyuges y los bienes.

En la demanda de divorcio deberá invocarse alguna de las causales contempladas por el artículo 267 del Código Civil vigente, y este divorcio tiene fin por sentencia definitiva o bien porque durante el procedimiento los cónyuges se reconciliaron o alguno de ellos muera. Mas adelante estudiaremos de manera particular cada una de las causales que dan origen al divorcio.

A) DIVORCIO SEPARACION DE CUERPOS

Como hemos dicho a esta clase de divorcio, también se le conoce como divorcio no vincular, en virtud de que no se rompe el vínculo matrimonial y solo se autoriza la separación de cuerpos como una medida de protección al cónyuge sano, veamos:

Quizá en cuanto al título de este análisis podemos decir que se entenderá en dos acepciones; el divorcio como disolución del vínculo matrimonial y la separación de cuerpos como la única figura que se contempla en nuestros códigos hasta 1884, y que hoy en día esta regulada por el artículo 277 del Código Civil vigente que a la letra dice:

"El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales enumeradas en las fracciones VI y VII del 267, podrá sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge y el Juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa separación quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio."

Las causas citadas son: padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada y el padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo. En este juicio es necesario la intervención del Juez de lo Familiar para que mediante sentencia judicial decrete la separación de cuerpos, esta separación de cuerpos traerá consigo el hecho de que los cónyuges se les dispensara del débito conyugal, ambos ejercitaran la patria potestad de los hijos habidos en matrimonio y de la administración de los bienes conyugales podrá

seguir siendo la misma como hasta antes de la separación. Los cónyuges aun viviendo en casas distintas deberán cumplir con todas y cada una de las obligaciones y deberes que no se excluyen por razón de su enfermedad, impotencia o transtorno, el incumplimiento o bien el incurir en una causa de divorcio daría origen al divorcio con el fin de entonces si disolver el vínculo conyugal. *"Es evidente que el divorcio no vincular o la separación de cuerpos fundados en estas causas tienen por objeto no solo evitar el contagio, sino razones de orden genético para evitar el nacimiento de hijos enfermos, imbéciles o idiotas".*⁵

A esta dispensa del deber de cohabitación y subsistencia de todas las obligaciones derivadas de la unión conyugal se le denomina divorcio no vincular o separación de cuerpos.

B) DIVORCIO NECESARIO O VINCULAR

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, realmente este sería el principal efecto del divorcio.

Así las cosas, al disolver el vínculo matrimonial produce el efecto de extinguir todos los deberes, derechos y obligaciones que impone el matrimonio a los cónyuges cada uno de ellos recobra su capacidad para contraer nuevo matrimonio, aunque subsisten ciertos derechos y obligaciones entre los cónyuges como serían los alimentos. Y como ya lo hemos manifestado a esta clase de divorcio algunos autores lo denominan divorcio vincular.

□ OP. CIT. PÁGINA 60.

Los elementos de este tipo de divorcio necesario para su procedencia se requiere:

La existencia de un matrimonio legítimo, que el cónyuge inocente lo solicite imputando a su cónyuge la realización de una conducta culposa, conducta que puede encuadrarse en cualquiera de las causales sancionadas en el artículo 267 del Código Civil vigente y es necesario que medie un juicio de naturaleza Ordinario Civil y la sentencia sea emitida por un Juez de lo Familiar siendo competente para conocer del asunto el Juez de la circunscripción donde se ubique el hogar conyugal. Las medidas provisionales deberán ordenarse por el Juez una vez que tenga conocimiento del juicio, y estas son:

Ordenará que los cónyuges vivan separadamente, así mismo determinará lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y los bienes que se ha de llevar el otro cónyuge, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

Asegurará la cuantía y cumplimiento de los alimentos tanto de los hijos así como del cónyuge acreedor a ello.

Los cónyuges de común acuerdo propondrán a la persona que deberá cuidar a los hijos del matrimonio, provisionalmente preferentemente de conformidad con la última parte de la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal los hijos menores de doce años permanecerán al cuidado de la madre salvo excepción de peligro para su normal desarrollo.

Dictar las medidas precautorias respecto a la mujer que quede encinta

Se tomarán las medidas necesarias para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados tratándose de violencia familiar.

Debemos mencionar que la causa de divorcio puede derivar de uno o ambos cónyuges.

Para que exista este divorcio ya dijimos es necesario que se den algunas causales establecidas por la ley y esto es sin duda por la importancia que tiene la conservación del vínculo matrimonial y que solo por causas graves que hagan imposible la vida en común se puede considerar el divorcio, por lo tanto, las causas tienen una naturaleza restrictiva y autónoma.

La demanda de divorcio se instaura en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, se considerará esta si el cónyuge es responsable de daños y perjuicios como autor de un hecho ilícito como previene el artículo 288 penúltimo párrafo del Código Civil vigente, podemos apreciar una cierta diferencia en la ley ya que la causal prevista debe ser imputable al cónyuge culpable para que proceda el divorcio, pero en las causales tales como las de enfermedad o ausencia siempre se cuestionará si se tratara de un hecho culposo o ilícito y la ley no hace ninguna distinción al respecto.

Aunque hay que aclarar, que si bien es cierto de conformidad con el artículo 267 del Código Civil para el distrito Federal, siempre existirá un cónyuge

inocente y otro culpable, la excepción a la regla la da la fracción IX del propio artículo en donde no existe cónyuge culpable ni cónyuge inocente.

En el divorcio necesario vincular, la sentencia que lo decreta, disuelve el vínculo matrimonial, deja a los divorciados en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

El divorcio necesario tiene la característica de ser sancionador en todo momento para el cónyuge culpable, perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte en comparación con el cónyuge inocente que conservara lo recibido. En el caso de garantizar el bienestar a los hijos el Juez tomará las medidas pertinentes para tal efecto, y de acuerdo a la capacidad de trabajar y situación económica de cada uno de los cónyuges, puede sentenciar al culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, y si el Juez lo juzga conveniente uno o ambos cónyuges podrán perder la patria potestad de sus hijos, pero no así la obligación que tienen para con ellos como lo establecen los artículos 285 y 287 del Código Civil vigente con lo cual esta visto que en este tipo de juicios el Juez tiene las mas amplias facultades para resolver lo relativo a los derechos inherentes a la patria potestad, su perdida, suspensión o limitación, esto es, al cuidado de los hijos, al resguardo de su integridad y seguridad económica que garanticen un desarrollo sano y completo del menor.

Este interés del Estado se reflejo en la propuesta establecida por el artículo 383 del Código Civil y es el resultado de la reforma publicada en el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1983, que otorga al Juez la característica de poseer un arbitrio discrecional con el fin de que pueda discernir y determinar lo

que crea conveniente para los hijos, tanto en lo económico, como en su seguridad física, moral y espiritual, con lo que se deja a criterio del Juez el resolver lo relativo a la patria potestad y nombramiento de tutor en caso necesario.

En este divorcio el cónyuge culpable debe pagar al cónyuge inocente los daños y perjuicios que le producirá el divorcio, los bienes que deberán ser repartidos en caso de existir sociedad conyugal.

El artículo 291 del Código Civil vigente menciona que al dictar sentencia definitiva que disuelva el vínculo matrimonial el Juez de lo Familiar enviará una copia al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio para que éste haga la inscripción correspondiente en dicha acta y se estipule la nueva condición de los registrados en matrimonio.

2. - CAUSALES DE DIVORCIO

En el apartado anterior hablamos del divorcio judicial necesario, es decir cuando uno de los cónyuges quiere divorciarse y el otro se niega, para lo cual el cónyuge que quiera divorciarse deberá tener algún motivo fundamentado, y que solo pueden ser las causales de divorcio que señala el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Así las cosas, procederemos en este apartado a estudiar estas causales.

Toda aquella persona que alguna vez haya estado casada o bien ahora lo este, sabe lo que es vivir en compañía de otra persona, el espacio compartido, la vida en común es en si difícil, y más si a esta relación hace falta amor, dinero o bien la afectan elementos o circunstancias ajenas o aun provocadas por los cónyuges. El interés del Estado es conservar la familia como institución, sin embargo la realidad actual demuestra que hay una verdadera crisis en las instituciones y una de ellas es el matrimonio, ya sea buscado por uno solo de los cónyuges o por ambos, vemos que es un mal necesario, es un mal porque resquebraja la estructura básica de la sociedad, o sea la familia, y es necesario porque quizá la conservación de un matrimonio puede traer la ruina tanto moral como física, económica y sentimental de los miembros de una familia, siendo los mas afectados los hijos al resentir el ejemplo que el o los cónyuges envueltos en discordia les imponen. Es sin embargo, obligación del legislador limitar los hechos graves que cometan los cónyuges o bien las circunstancias que pueden dar origen al divorcio ya que de la regulación cuidadosa dependerá el no caer en egoísmos que afecten gravemente la estabilidad familiar y por ende la estructura social.

De acuerdo con lo anterior, son causales de divorcio necesario las que se establecen en el artículo 267 en sus XXI fracciones, del Código Civil vigente y estas son:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

V.- La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

VII.- Padecer transtorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;

VIII.- La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

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

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

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

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

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

XV.- El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII.- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

XVIII.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;

IXI.- El uso no terapéutico de las substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las licitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y

XXI.- Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

A continuación estudiaremos las causales citadas con anterioridad.

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

Desde tiempos inmemoriales, el adulterio se ha sancionado de manera severa, el repudio y la muerte aplicadas al adulterio fueron prácticas comunes en la antigüedad, el adulterio cometido por la mujer era siempre causa de divorcio y el del marido solo en contadas ocasiones, y bajo bien determinadas circunstancias como lo sancionaba el Código Civil de 1884 y la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, pero es hasta 1928 cuando se instituyó de manera indistinta para los cónyuges las causales de divorcio para ambos, pero esto nació a partir de la necesidad de establecer la igualdad entre el hombre y la mujer.

Sin duda es interesante el adulterio así como los elementos que se requieren para que sea invocada como causal en un juicio de divorcio.

En el Código Civil vigente no se encuentra una definición de adulterio como tal, por lo que acudimos al diccionario de la Real Academia Española que define al adulterio como:

"El ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos o ambos casados". Así también como *"El delito que comete una mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con mujer que sabe que es casada"* aunque en esta última definición notamos una clara influencia del derecho romano en su más pura esencia favoritista, o desigual, al considerar que la adultera es siempre la mujer.

Como no me parece equilibrado ni aun enriquecedor el citar una sola definición de adulterio, escribo a continuación algunas definiciones de honorables juristas.

Para el maestro Eduardo Pallares el adulterio "*consiste en la unión sexual que no sea contranatura de dos personas que no estén unidas por el matrimonio civil y de las cuales una de ellas o las dos estén casadas civilmente con un tercero*"⁶

El maestro Ignacio Galindo Garfias nos da una definición sencilla aunque clara: "*Trato carnal de cualquiera de los cónyuges con cualquiera que no sea su consorte*".⁷

Como vemos, con el adulterio se violan los baluartes del matrimonio que son el respeto, la fidelidad, el débito carnal y la consideración.

Cesará todo procedimiento si media el perdón entre los cónyuges. Es necesario que sea un acto consumado si se quiere citar como causal de divorcio, sin embargo para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la prueba directa de esto es casi imposible, por lo que la prueba indirecta es admitida para la demostración de este hecho.

⁶ PALLARES EDUARDO. EL DIVORCIO EN MEXICO. EDITORIAL PORRÚA, S.A. MEXICO. 1981. PÁGINA 63.

⁷ GALINDO GARFIAS IGNACIO. DERECHO CIVIL. EDITORIAL PORRÚA, S.A. 7^a EDICIÓN. MEXICO.1985. PÁGINA 597.

Las presuncionales y las pruebas indirectas son fundamentales en casos así, luego entonces para la Corte basta la prueba presuntiva para constituir el delito de adulterio.

El Jurisconsulto Chávez Asencio menciona como prueba indirecta y presuncional el hecho de que una mujer casada de a luz un hijo en ausencia de su marido al cual hubiera sido imposible tener copula con su mujer, por lo que se presume, la mujer mantuvo relaciones adulterinas.

II.- "EL HECHO DE QUE DURANTE EL MATRIMONIO NAZCA UN HIJO CONCEBIDO, ANTES DE LA CELEBRACION DE ESTE, CON PERSONA DISTINTA A SU CONYUGE, SIEMPRE Y CUANDO NO SE HUBIERE TENIDO CONOCIMIENTO DE ESTA CIRCUNSTANCIA."

Esta causal esta prevista por el Código Civil de 1884 y en la Ley sobre Relaciones Familiares. Como podemos apreciar en este caso, se puede considerar que hubo dolo, o mala fe por parte de la mujer al engañar al marido respecto de la situación física que guardaba antes del matrimonio y al respecto, el Código Civil vigente establece en su artículo 324 acerca de los hijos de los cónyuges, que son los que nacen dentro del matrimonio y también dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo, salvo prueba en contrario; este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad desde que por orden judicial quedaron separados, contra la presunción a lo anterior se admitirán como pruebas la de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Ahora bien el cónyuge varón solamente puede impugnar la paternidad de los hijos en el caso que se le haya ocultado el nacimiento del mismo o también cuando demuestre que no intervino en la concepción del hijo, en tales casos el cónyuge deberá deducir la acción dentro de los sesenta días siguientes desde que tuvo conocimiento del nacimiento.

III.- "LA PROPUESTA DE UN CONYUGE PARA PROSTITUIR AL OTRO, NO SOLO CUANDO EL MISMO LO HAYA HECHO DIRECTAMENTE, SINO TAMBIEN CUANDO SE PRUEBE QUE HA RECIBIDO CUALQUIER REMUNERACION CON EL OBJETO EXPRESO DE PERMITIR QUE SE TENGA RELACIONES CARNALES CON ELLA O CON EL."

En esta causal se violan una vez más los valores, la integridad de los cónyuges dentro del matrimonio. Además de proponer la convivencia carnal con persona distinta al o la cónyuge, se promueve la promiscuidad, la infidelidad y la inmoralidad.

La historia nos ha enseñado que antiguamente se castigaba de distintas maneras a los lenones (personas que prostituyen mujeres) que iban desde la vergüenza pública, azotes, y hasta la horca pero también hemos aprendido sobre la evolución de las conductas y encontrado que esta actividad no es única de varones, sino que de igual forma la mujer ha encontrado la oportunidad de obtener un lucro con la explotación de otras personas. En el artículo 207 del Código Penal vigente, se menciona lo que es el lenocinio y digámoslo así, encuadra en el tipo de la causal a que nos referimos. Así que para que el lenocinio sea causal de divorcio es necesario que a la prostitución de los cónyuges, le suceda un beneficio pecuniario o material. Beneficios obtenidos

quizá también por medio de la "*propuesta de uno de los cónyuges*" sino de la coacción física o psicológica de este contra aquel.

Ahora bien, cualquiera de los cónyuges puede invocar esta causal, pero hoy en día, considerando las costumbres sexuales por demás liberadas de las personas, el intercambio sexual entre matrimonios con otras personas (mejor conocidos como swingers) dé por entendido que el intercambio, la propuesta sexual de común acuerdo y aunque se perciba un beneficio económico o de otra especie, no podemos hablar de prostitución de la persona en ese sentido y vaya si el legislador tiene material en abundancia sobre la cual trabajar ya que para que el lenocinio pueda ser cometido por personas que no se encuentren unidas en matrimonio, o bien que aunque el cónyuge cometa este delito, sufrirá las sanciones penales así como las civiles, esto es, la acción del divorcio.

Cabe mencionar que la crisis económica que se vive en el país, la prostitución como actividad económica altamente redituable es muy recurrida y este delirio de amoralidad y desorden quizá hagan muy frecuente hoy en día esta situación.

IV.- "LA INCITACION A LA VIOLENCIA HECHA POR UN CONYUGE AL OTRO PARA COMETER ALGUN DELITO."

Esta causal, pone de manifiesto la presión que a veces puede existir entre los cónyuges para que cometan delitos, para que se manifiesten como agresores, viola la voluntad de la persona y ejerce sobre ella una incitación al agravio, que puede ir desde lesiones, violación y hasta el homicidio. Esta causal tiene una figura similar en el Código Penal vigente que en su artículo 209 dice: "*Al que*

provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de este o de algún vicio, se le aplicaran de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido." Sin embargo el desconocimiento de las leyes en la mayoría de la población, da como resultado que esta causal no sea recurrida en su estructura formal por los sectores marginados del país. Estos delitos son independientes uno del otro, ya que es posible que prospere la acción del divorcio y no la acción penal.

V.- "LA CONDUCTA DE ALGUNO DE LOS CONYUGES CON EL FIN DE CORROMPER A LOS HIJOS, ASI COMO LA TOLERANCIA EN SU CORRUPCIÓN."

La idea de considerar a los hijos como objetos que satisfagan las necesidades físicas, económicas o sociales de sus progenitores, y si como vimos es grave la ejercida contra los mismos cónyuges entre sí, despreciable es si se ejerce sobre los hijos sobre todo si estos son menores de edad.

Aunque esta causal esta relacionada con el delito de corrupción de menores no se puede identificar plenamente con este, en ambos es necesario que se ejecuten actos inmorales que corrompan a los hijos, y aunque el Código Penal vigente establezca que no deben ser necesariamente los padres quienes lo hagan, siempre se considerará como corrupción todo aquello encaminado a la perversión o vicio y aunque la pobreza explique en algunos casos la prostitución de los hijos, o bien su venta, esto no se justifica. Aunque en esta

causal se exige pluralidad de actos inmorales, un solo acto quizá deje lesiones psicológicas y físicas al hijo o hija por lo cual se violan los preceptos derivados de la patria potestad que son la educación, el cuidado, la custodia y conducta ejemplar que deben tener los padres para con sus hijos.

La situación que contempla la causal es gravísima, pues se atenta contra el respeto que deben tener los padres para con los hijos, y desvirtúa la función del matrimonio y lesioná gravemente la integridad de los hijos.

Aunque la causal indique que puede consistir en actos positivos que produzcan la corrupción de los hijos o en actos negativos que impliquen tolerancia, es frecuente que los padres hagan caso omiso a la conducta cortesana de la hija si esta da dinero para la manutención del hogar. Aquí también pueden encuadrar los padres de los denominados "*niños de la calle*" que son empujados a la calle en busca de dinero, sin averiguar si lo consiguen vendiendo chicles, robando o prostituyéndose cosa que no preguntaran los padres, quienes únicamente se reservaran la idea de pensar en eso y deducirán que fue el menor a limpiar parabrisas o simplemente a pedir limosna.

Los Jueces tienen criterio que aplicaran, para poder distinguir entre la falta de carácter de los progenitores, lo que deriva en perdonar la corrupción sin fines de explotación y la explotación con fines de lucro. Sin embargo la tolerancia interesada o no, existiendo por si sola es suficiente para que proceda la acción del divorcio.

VI.- "PADECER CUALQUIER ENFERMEDAD INCURABLE QUE SEA ADEMÁS, CONTAGIOSA O HEREDITARIA, Y LA IMPOTENCIA SEXUAL IRREVERSIBLE, SIEMPRE Y CUANDO NO TENGA SU ORIGEN EN LA EDAD AVANZADA."

VII- "PADECER TRANSTORNO MENTAL INCURABLE, PREVIA DECLARACION DE INTERDICCIÓN QUE SE HAGA RESPECTO DEL CONYUGE ENFERMO."

Estas dos causales por su similitud se estudian juntas, porque además de ser causales de divorcio, opera sobre ellas lo que se conoce como divorcio no vincular, es decir, la separación de cuerpos y pueden dar como resultado, a petición del cónyuge sano la separación del lecho y la habitación. Aunque en estas dos causales no exista culpa de alguno de los cónyuges la unidad conyugal en su más alto valor dispondría que el cónyuge sano permanecería junto al enfermo, por deber de socorro, atención y cuidado, sin embargo algunas enfermedades, por sus características hacen a veces imposible la vida en común.

Si las enfermedades son crónicas incurables, contagiosas o hereditarias, darían por resultado la infección del cónyuge sano lo que daría paso a una sanción del tipo penal como lo establece el artículo 199 bis del Código Penal vigente, así también se trata de evitar que personas enfermas conciban hijos enfermos y no den cabal cumplimiento a los fines del matrimonio.

Así que el hecho de descubrir la enfermedad en uno de los cónyuges no tiene porque ser necesariamente una causal de divorcio, ya que de no estar en

periodo contagioso o nos ser hereditarios no podrá ser citado como causal aunque este en estado latente.

La figura de la impotencia como causal de divorcio es concedida al hombre y a la mujer toda vez que la impotencia consiste en la imposibilidad física o emocional de un individuo para realizar el acto sexual, lo que deriva del incumplimiento de los fines del matrimonio así como del débito conyugal o la cohabitación. Debido al desarrollo científico en las ciencias biológicas esta hipótesis se puede considerar desvirtuada toda vez que existen procedimientos, con alto grado de éxito en la implantación artificial y desarrollo de un óvulo fecundado en la matriz de una mujer. Así mismo las técnicas de manipulación genética de estudio y manipulación del Ácido Desoxirribonucleico, mejor conocido como ADN, prometen vislumbrar la posibilidad de curar e incluso erradicar defectos o padecimientos físicos o mentales que impidan la realización del matrimonio y que hace diez años parecían incurables o incorregibles.

En cuanto a la fracción VII diremos que la enajenación mental incurable es impedimento para contraer matrimonio y que a diferencia de la impotencia no tiene porque haberse presentado después de celebrado el matrimonio si no se obtuvo la nulidad del matrimonio dentro de los primeros sesenta días desde la celebración del matrimonio se puede citar como causal de divorcio. Sin embargo, la caducidad de la acción no opera en esta causal toda vez que al conocimiento de la enajenación mental del cónyuge no siempre se obtiene de manera inmediata sino con el paso del tiempo, con el diario vivir y se necesitan consultas medicas y periciales para poder determinar la enajenación mental

incurable lo que a mi parecer hace bastante difícil el invocar esta causal, como no sean obvias y publicas las acciones demenciales del cónyuge enfermo.

**IX.- "LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE UN AÑO,
INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA
SEPARACION, LA CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALESQUIERA DE
ELLOS."**

Esta fracción fue adicionada al artículo 267 por decreto publicado en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1983. En su momento constituyó una verdadera novedad; al invocarla no hay necesidad de probar si hubo causa justificada o no para la separación, lo único que es necesario acreditar es el hecho físico de la separación por más de un año, puesto que con la separación de los cónyuges se rompe la convivencia, que es uno de los fines del matrimonio. Así las cosas si la separación se prolonga por más de un año, la ley presume que el vínculo afectivo que unía a los consortes ha desaparecido y principalmente no se justifica mantener la relación jurídica conyugal que no tiene un cometido real entre los consortes.

Como resultado del juicio fundado en esta causal, en la sentencia no habrá cónyuge culpable, ni cónyuge inocente con las consecuencias legales que ello implica.

Las fracciones VIII, IX y X se estudiaran afondo en el tercer capítulo toda vez que dichas causales son la esencia de este trabajo recepcional, por lo que pasamos a las siguientes causales.

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

Esta causal al proponer tres condiciones, indica que no es necesario que se den las tres para que la causal proceda, de cualquier forma ya sea juntas o separadas las tres representan la daga que busca de tajo cortar con la armonía y el convivio conyugal, y que aunque existen delitos relacionados con esta causal no es condición que el delito se compruebe y cause sentencia ejecutoriada condenando al culpable.

Considerando a la injuria como un insulto, escarnio, daño, ofensa o ultraje encaminado a producir vejación o menoscabo y que entre los consortes ya sea por su condición social o circunstancia en que se manifestaron las palabras o los hechos impliquen por si mismos la imposibilidad de seguir viviendo juntos, ya que las humillaciones y desprecios son intolerables, entonces se puede invocar, pero siempre existe la diversidad cultural lo que implica diversos niveles de agresión, lo que para unos es una grosería común para otros viene a ser una verdadera afrenta o humillación grave. Por lo que consideramos que no importando la clase social, la educación o la crianza, el hecho de que un matrimonio haga del vituperio y la agresión un modus operandi matrimonial es grave, si consideramos que las costumbres por muy diversas si son agresivas en general no tiene porque serlo en lo particular, claro esta que dicha causal la puede invocar la parte ofendida y cabe comentar que si convivió el noviazgo con un verdadero conocimiento de la pareja previo al matrimonio, es de

suponer que el novio soez lo será mas estando casado ya que seguramente las costumbres de ambos se habrán relajado.

De cualquier forma las injurias en muchas ocasiones constituyen una verdadera vejación u ofensa lo que lesiona la vida conyugal y hace imposible la unión familiar.

Las injurias pueden ser de hecho o de palabra, la conducta de los cónyuges entre sí o para con los hijos con matices homosexuales o encaminados a la ejecución de prácticas sexuales atípicas (zoofilia), o bien el trato con gente del sexo opuesto que ponen en evidencia su comportamiento de hombre o mujer casada, causará deshonra al cónyuge inocente ante sí mismo y a la familia ante los demás. Los hechos también son los golpes, pero a criterio del Juzgador no deben ser aislados, y si lo son, aun delante de los hijos no son causa suficiente para invocarlos en esta causal, al menos que causen lesiones, lo que también está tipificado como delito.

Respecto a la sevicia, diremos que es la crueldad extrema, y los golpes, aunque no pongan en peligro la vida del ofendido.

Las amenazas son causales toda vez que ponen de manifiesto el peligro incipiente que corre el cónyuge amenazado al seguir viviendo con el culpable ya que este de palabra prometió un mal directo a su persona o a sus seres queridos.

Actualmente se plantea la suplencia en los planteamientos de derecho en los juicios de divorcio dónde se invoque esta causal.

Para abundar más con respecto a esta causal citaremos la siguiente jurisprudencia:

DIVORCIO INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE. DEBE ACREDITARSE LA CONDUCTA O TRATO ORDINARIO ANTERIOR DE LOS CONYUGES.

En los juicios de divorcio por causa de injurias graves debe acreditarse cuál era la conducta anterior o trato ordinario que llevaban los cónyuges en su vida diaria, de acuerdo a su cultura e idiosincrasia; esto es, se estima necesario que se demuestre que el trato acostumbrado en la vida conyugal y social de las partes era de mutuo respeto, sin hacer uso de vocabulario soez ni agresivo, para que las injurias que se pronuncian por una sola vez puedan considerarse graves por el juzgador, ya que de lo contrario éste, al no tener a su alcance los elementos valorativos del juicio para calificar la gravedad de las injurias que hagan imposible la vida en común, se encontraría imposibilitado para ello, sin que sea óbice que aquéllas no sean de trato sucesivo por ser de realización instantánea al producirse en un momento temporalmente determinado que en el mismo se agota y que no requiere de la repetición del acto, dado que su estado permanente no es condición para que se actualice el supuesto normativo.
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 797/96. Rosa María Landeros Andrade. 23 de enero de 1997.
Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretaria: Laura Julia

Villarreal Martínez. Amparo Directo 692/96. Jorge Anuar Karam Maccise. 21 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretario: Alberto Caldera Macías.

XII.- "LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS POR EL ARTICULO 164, SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR PREVIAMENTE LOS PROCEDIMIENTOS TENDIENTES A SU CUMPLIMENTO ASI COMO EL INCUMPLIMENTO SIN JUSTA CAUSA, POR ALGUNO DE LOS CONYUGES, DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA EN EL CASO DEL ARTICULO 168."

Es importante considerar que dan fundamento a esta causal lo dispuesto en los artículos 164 y 168 del Código Civil vigente, ya que el primero da el verdadero sentido a esta causal al decir con claridad cuales son las obligaciones de los cónyuges respecto de los hijos y el hogar, obligaciones que igual que los derechos serán siempre iguales para ambos independientemente de la cantidad que estos aporten para el sostenimiento del hogar, tomando en consideración el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos como contribución económica al sostenimiento del hogar.

En el artículo 168, al referirse a la "*autoridad y consideraciones*" de los cónyuges en el hogar, se plantea la necesidad de que en el hogar conyugal exista un equilibrio en la repartición de las obligaciones, ya que de no ser así son bien obvias las condiciones que derivan.

Ahora bien, para que proceda como causal esta fracción, es necesario que exista una negativa del cónyuge para cumplir con las obligaciones, lo que

indica que no basta que sea una sola de las condiciones explicadas en el artículo 164 de nuestro Código Civil, sino que además sean graves porque demuestran desapego, desamor o abandono que tiene el cónyuge para con sus hijos o para el cónyuge actor lo que derivara en crisis conyugal y una imposible convivencia familiar.

Pues bien, además la fracción establece que debe ser "*injustificada la negativa*" lo que indica que el deudor alimentista no puede apelar a ninguna de las excepciones contempladas por el artículo 320 del Código Civil vigente que a la letra dice:

"Se suspende o cesa, según el caso, la obligación de dar alimentos por cualquiera de los siguientes casos:

I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla.

II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos.

III.- En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos.

IV.- Cuando la necesidad de los alimentos depende de la conducta viciosa o de falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad.

V.- Si el alimentista sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de este por causas injustificables.

VI.- Las demás que señale este Código u otras leyes."

Por lo que viendo lo anterior, todos, salvo el imposibilitado y que carezca de bienes, deben contribuir al sostenimiento del hogar y por lo tanto corresponde al deudor alimentario probar que se encuentra en cualquiera de los casos de excepción arriba señalados y no así el acreedor alimentario probar la obligación del otro para contribuir al cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, para que el acreedor alimentario pueda hacer efectiva la cita de esta causal, es necesario que exista la obligación alimentaria y que haya existido negativa del otro cónyuge para cumplirla.

Así también que aunque el cónyuge coopere modestamente a distancia comprando a los hijos vestido o atención médica, es imprescindible que demuestre tener ingreso seguro o fijo, ya que las necesidades de los hijos, del cónyuge y del hogar en si no son esporádicas o intermitentes sino permanentes y vitales, lo que las hace imprescindibles en cuanto a su satisfacción, por lo que se considera que esta causal procederá si se repite, pero no en reiteradas ocasiones, ya que la sola existencia de la desobligación demuestran la poca seriedad e interés que tiene el deudor alimentario para con su familia y demuestra la ruptura que ocasiona en el vínculo familiar.

Dicha causal no caduca por tratarse de un acto de trato sucesivo ya que la alimentación como dije anteriormente debe proporcionarse permanentemente y

la negativa otorgada de un cónyuge al otro de dar alimentos en cualquier momento da fundamento a esta causal.

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

Esta causal por si misma, denota que una vez que los cónyuges han llegado a ese extremo respecto a su trato o falta de estima no es pertinente que sigan unidos en matrimonio.

La injuria que deriva de una acusación calumniosa, demuestra el desprecio y desamor de un cónyuge contra el otro.

En el Código Penal vigente, en su artículo 356 menciona que quien comete el delito de calumnia y en las tres fracciones de que consta se entiende que es calumnia porque se le imputa un hecho falso con el fin de que sea castigado o puesto en agravio a una persona inocente y en este caso, si esta imputación es hecha por el cónyuge, es por lo tanto más grave aún.

El delito de calumnia se persigue por querella de parte, el desistimiento de la acción del cónyuge inocente contra el culpable podrá extinguir la acción penal pero no así la civil si ya la promovió, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el hecho de que un cónyuge haya imputado al otro un hecho falso y que mereciera pena mayor de dos años demuestra el propósito de

dañarlo, luego entonces la vida en común se vuelve imposible ya que existe odio y desprecio de uno hacia el otro, por lo que es procedente esta causal.

XIV.- "HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO DOLOSO POR EL CUAL HAYA SIDO CONDENADO, POR SENTENCIA EJECUTORIADA."

Esta causal prevé que en el caso de que alguno de los cónyuges sea sancionado por una resolución judicial, el cónyuge inocente tenga derecho a solicitar el divorcio, toda vez que el cónyuge culpable sentenciado se encuentre privado de su libertad, o derechos y bienes por un determinado tiempo que impida el desarrollo normal o puntual del matrimonio como lo es una separación de hecho, incumplimiento los compromisos consistentes en brindar la seguridad y protección y apoyo a la pareja. En virtud de que el cónyuge culpable realizó una conducta con pleno conocimiento o intención cuyo resultado se encontraba prohibido y sancionado jurídicamente.

XV.- "EL ALCOHOLISMO O EL HABITO DE JUEGO CUANDO AMENACEN CAUSAR LA RUINA DE LA FAMILIA O CONSTITUYAN UN CONTINUO MOTIVO DE DESAVENENCIA."

Esta causal invita a que reflexionemos respecto de nuestros hábitos o costumbres. La ley señala vicios sin ser hechos inmorales que afecten la vida familiar y conyugal, fracturando la vida en común. Estos delitos por si mismos no son causales de divorcio sino cuando amenazan causar la ruina o provocan la desavenencia conyugal, lo que hace imposible para evocar como causal el hecho de que sean probados, la embriaguez como tal incita a la violencia y

hace imposible la comunicación familiar, así como las drogas o enervantes que son usadas sin prescripción médica las cuales no se mencionan en esta causal pero que también pueden ser motivo de desavenencia y que denotan un grave estado de adicción por demás ejemplo lesivo para los hijos. Los juegos de azar si son con apuestas seguro encaminaran a la ruina.

Respecto al alcoholismo considero que si una persona es alcohólica es suficiente razón para divorciarse, toda vez que con seguridad este hábito tendrá consigo el trato con gente despreciable, carente de valores al hogar conyugal y aunque no provoque la ruina o desavenencias, si implica un grave riesgo para los hijos y el cónyuge no adicto al alcohol. Además de las secuelas genéticas que puedan traer consigo los hijos de dipsómanos lo cual demuestra porque es importante el limitar la convivencia conyugal entre personas así.

XVI.- "COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O BIENES DEL OTRO, O DE LOS HIJOS, UN DELITO DOLOSO, POR EL CUAL HAYA SIDO CONDENADO POR SENTENCIA EJECUTORIADA."

La explicación a esta causal la proporciona el Maestro Rafael Rojína Villegas basada en la interpretación del Código Penal de 1871 que no sancionaba entre consortes a diferencia del Código Penal vigente que si sanciona el robo entre consortes pero procede solo a petición del agraviado.

Parece lógico inferir que de la fracción XVI que los delitos cometidos por un cónyuge en contra del otro, diferentes de lo que la propia norma menciona no son causa de divorcio, ya que la ley sólo considera como causa aquellos actos que serán punibles si los ejecutasesen personas extrañas al vínculo conyugal

pero tal conclusión es absurda e injusta, porque no permitirán a los cónyuges demandar el divorcio cuando se cometiesen delitos graves del uno contra el otro.⁸

XVII.- "LA CONDUCTA DE VIOLENCIA FAMILIAR COMETIDA O PERMITIDA POR UNO DE LOS CONYUGES CONTRA EL OTRO, O HACIA LOS HIJOS DE AMBOS, O DE ALGUNO DE ELLOS. SE ENTIENDE POR VIOLENCIA FAMILIAR LA DESCRITA EN ESTE CODIGO."

Esta causal y la siguiente, fueron adicionadas al Código Civil, y publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de diciembre de 1997, y recientemente fueron modificadas en su redacción pero no en su escencia por las reformas publicadas en la Gaceta el 25 de mayo del 2000.

La fracción en comento nos remite al artículo 323 Quáter y Quintus, por lo que se hace necesaria su transcripción:

"Artículo 323 quáter.- Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que se ejerce sobre un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

La educación o formación del menor no será en ningún caso considerada justificación para alguna forma de maltrato."

□ CHAVEZ ASENCIO MANUEL. LA FAMILIA EN EL DERECHO. EDITORIAL Porrúa MEXICO 1995 PÁGINA 554.

"Artículo 323 quintus.- También se considera violencia familiar la conducta descrita en el artículo anterior llevada a cabo contra la persona con que se encuentra unida fuera de matrimonio, de los parientes de ésta, o de cualquier otra persona que esté sujeta a su custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado, siempre y cuando el agresor y el ofendido convivan o hayan convivido en la misma casa."

Los supuestos para que proceda esta fracción, son las que se encuentran en el artículo 323 Quáter, antes transscrito, sin embargo consideramos que estos supuestos ya se encuentran contemplados en otras fracciones del propio artículo 267, por ejemplo la fracción V, nos habla de la conducta de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como su tolerancia en su corrupción, la fracción VIII, es otro ejemplo, esta fracción habla de la separación del hogar conyugal por mas de seis meses, evidentemente que una separación así, atenta contra la integridad física de cualquier miembro de la familia, pues descuidaría sus obligaciones para con ellos, en igual circunstancia se encuentra la fracción XII, más sin embargo creemos que la fracción XI, es la más amplia en cuanto sus alcances, pues no, solamente se requiere de violencia que causen lesiones, esta fracción considera como causal de divorcio las amenazas, y dentro de esta hipótesis, así como las que engloba la sevicia o las injurias graves, abarcan cualquier tipo de violencia, más aún si son proferidas a los hijos.

Así las cosas, creemos que esta fracción de reciente adicción, es innecesaria, en virtud de que existen otras causales que ya contemplan sus supuestos.

XVIII.- "EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LAS DETERMINACIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES QUE SE HAYAN ORDENADO, TENDIENTES A CORREGIR LOS ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR."

Pensamos que esta fracción, resulta un tanto absurda, porque de acuerdo a ella, se necesita para que proceda la causal de divorcio, que el acto de violencia sea reiterativo, es decir, y a gama de ejemplo: el marido llega en estado de ebriedad a su casa y le grita y golpea a su esposa e hijos, estos se van ante el Juez Cívico, quien a su vez ordena al marido, que no lo vuelva a hacer, el marido lo vuelve hacer, pero y la pregunta es ¿cuantas veces se necesita que el marido golpee a su esposa o hijos para que proceda el divorcio? o viceversa.

Creemos que es innecesario, que el acto de violencia sea repetitivo para que proceda el divorcio, basta una sola vez, pues con una sola vez se rompe el respeto, cariño, que se tienen las parejas, y evidentemente si sucedió una vez, va a volver a suceder.

Entonces, para que se dé la violencia, los actos deben ser reiterados, tampoco nos dice la causal cuantas veces tienen que darse, dichos actos, pero supongamos que sean dos como mínimo, con esos dos actos acudimos a la autoridad administrativa o judicial, a fin de solicitarle le ordene al cónyuge agresor corrija sus actos de violencia, sin embargo el cónyuge agresor vuelve a incurrir en los mismos, luego entonces ya tenemos tres actos de violencia, y solo entonces procede esta causal de divorcio, lo cual resulta totalmente absurdo, máxime que como ya dijimos tenemos la fracción XI del propio

artículo 267 del Código Civil vigente, que suple cualquier modo o clase de violencia que se pueda dar entre los cónyuges.

Con relación a la violencia que se pueda ejercer en contra de los hijos, creemos que es un error tomar a los hijos como pretexto para demandar el divorcio, pues ante todo caso, siempre el Juez de lo Familiar, si tiene elementos para ellos podrá condenar al agresor a la perdida del ejercicio de la patria potestad, o por lo menos ordenar cualquier medida tendiente a la protección de los menores, como pudiera ser la guarda y custodia provisional o definitiva a cargo del otro cónyuge.

Porque supongamos que sean los dos cónyuges quienes realizan actos de violencia hacia sus hijos, pero éstos no quieren divorciarse, porque ellos son muy felices juntos, ¿quién solicitará el divorcio, los abuelos, los vecinos, los hijos, el Ministerio Público?, Por supuesto que nadie de estas personas, toda vez que el divorcio es un acto personalísimo y si los cónyuges no quieren divorciarse nadie podrá obligarlos a ello, pero y los hijos ¿qué pasa con ellos?, bueno, ya lo decíamos anteriormente, el Juez de lo Familiar en México, cuenta con las más amplias facultades, para obrar siempre en el máximo interés de los menores de edad.

XIX.- "EL USO NO TERAPEUTICO DE LAS SUBSTANCIAS ILCITAS A QUE HACE REFERENCIA LA LEY GENERAL DE SALUD Y LAS LICITAS NO DESTINADAS A ESE USO, QUE PRODUZCAN EFECTOS PSICOTROPICOS, CUANDO AMENACEN CAUSAR LA RUINA DE LA FAMILIA O CONSTITUYAN UN MOTIVO DE DESAVENENCIA."

La razón de ser de esta causal se encuentra íntimamente ligada con la diversa que alude al alcoholismo ya que la adicción en términos generales por cualquier substancia o elemento que afecte las capacidades físicas y mentales del individuo, repercute en el matrimonio y sus fines, toda vez que al encontrarse bajo los efectos de alguna incapacidad derivado del uso inapropiado de éstos factores, se minimizan las facultades cognositivas y motrices de la persona afectando el núcleo social, profesional y por supuesto familiar; trayendo como consecuencia erogaciones económicas, falta de responsabilidad y de desavenencias en la familia, reflejándose negativamente en la sociedad.

XX.- "EL EMPLEO DE METODOS DE FECUNDACION ASISTIDA, REALIZADA SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU CONYUGE."

De esta causal se desprende que se sanciona una conducta inducida, consistente en implantar un óvulo fecundado en el útero de una mujer con el consentimiento de su cónyuge y que a falta de conocimiento de éste se haría valer dicha causal ya que se estaría induciendo en el error con la posible finalidad de imputarle la paternidad y los efectos que conlleva.

Aunado a lo anterior se ha tenido conocimiento de que se han dado casos que por causas originadas por la ignorancia, necesidad económica e inclusive por ambición existen mujeres a las que se les denomina "Madres Incubadoras", las cuales a cambio de un beneficio pecuniario o material permiten implantar al ser humano, inclusive en países como Estados Unidos existen lugares establecidos para que estas actividades se lleven acabo, en las cuales se seleccionan a las madres incubadoras haciéndoles exámenes médicos para saber si son aptas y si

cubren el perfil ante los cónyuges que lo solicitan, celebrando así un contrato mediante el cual se obtienen derechos y obligaciones respecto al producto fecundado hasta su nacimiento.

Por lo antes mencionado consideramos que es necesario que se cuente con la autorización del cónyuge.

XXI.- "IMPEDIR UNO DE LOS CONYUGES AL OTRO, DESEMPEÑAR UNA ACTIVIDAD EN LOS TERMINOS DE LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 169 DE ESTE CODIGO."

En efecto esta fracción refrenda la garantía que la Constitución Federal otorga a los particulares de desempeñar cualquier actividad, siempre y cuando sea lícita, por ende, de acuerdo a la igualdad reconocida entre el hombre y la mujer por la ley, ambos cónyuges tienen el mismo derecho para desempeñar las actividades lícitas de su preferencia. Y en el caso de que dicha actividad sea interrumpida por uno de los cónyuges, el cónyuge inocente tiene la opción de invocar esta causal para demandar el divorcio a fin de no estar impedido para la realización de sus actividades.

Toda vez que el compromiso formal adquirido por los cónyuges al momento de celebrar el matrimonio civil se encuentran los compromisos de apoyo mutuo, entre otros principio que implica que los cónyuges deben de permitir y en su caso apoyar al otro cónyuge para la realización de sus proyectos y desarrollo personal, luego entonces si celebradas las nupcias uno de los cónyuges se

encuentra limitado en sus actividades por causa directa de su cónyuge, se trastoca este principio y en consecuencia la posibilidad de invocar el divorcio.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.

3. - CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DIVORCIO.

Durante el procedimiento de divorcio podemos contemplar que existen dos tipos de efectos los cuales son los efectos provisionales y los efectos definitivos. Como vimos con anterioridad, existen varios tipos de divorcios en los que varían sus efectos.

3.1. - EFECTOS PROVISIONALES.

Estos se solicitan antes o durante el procedimiento de divorcio y tienen como característica principal que no son definitivos y surten sus efectos solo durante el procedimiento y no son de ejecución irreparables, se pueden combatir cuando se establezca la relación procesal mediante un incidente, estos efectos pueden modificarse en cualquier tiempo durante el proceso mediante una sentencia interlocutoria, su fundamento legal se encuentra previsto en el artículo 282 del Código Civil vigente en donde establece las medidas provisionales que deberá dictar el Juez como necesarias para la protección de las personas y bienes de los divorciantes y de sus hijos.

3.2. - EFECTOS DEFINITIVOS.

Son los que surgen una vez concluido la secuela procesal del divorcio y se encuentran contemplados en los resultados de la sentencia definitiva en donde se ha decretado la separación de los cónyuges y se determinó la situación jurídica de los hijos así como los bienes.

A continuación se detallaran los tipos de efectos de acuerdo a los procedimientos de divorcios que existen.

3.3. - EFECTOS DEL DIVORCIO CON RESPECTO A LOS CONYUGES.

En el procedimiento de divorcio voluntario respecto a los cónyuges los efectos provisionales son los siguientes:

El artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal en su fracción IV señala que los cónyuges estarán obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen además de otros puntos la casa que servirá de habitación a cada uno de ellos y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.

En el artículo anterior no se hace referencia a la mujer que estuviere encinta pero siempre que existiere esta posibilidad deberá estarse a lo dispuesto por el artículo 282 del Código adscrito en su fracción IV menciona: *"Desde que se presenta la demanda de divorcio se deberán dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta."*

Respecto de los alimentos estos serán a beneficio de los cónyuges y de los hijos, tanto durante el procedimiento y aun después de ejecutoriado el divorcio es obligatorio que un cónyuge de una cantidad a título de alimentos al otro. El artículo 282 en su fracción II del Código Civil vigente establece que se deberá señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos, aun después de ejecutoriada la sentencia se debe garantizar el modo de subvenir a las necesidades de los hijos de modo de que se pueda asegurar la subsistencia de estos a cargo de quien tenga la obligación de dar alimentos. En el convenio se deberá determinar la forma como se hará el pago y como se garantizará el mismo, la garantía puede ser del depósito, la prenda o la hipoteca.

En los casos de divorcio por mutuo consentimiento la mujer tiene derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato y el mismo derecho será para el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y que no tenga bienes propios.

La pensión puede variar aumentándose o disminuyéndose de acuerdo al ajuste que tenga el salario mínimo en el Distrito Federal.

En el procedimiento de divorcio contencioso las medidas provisionales son las siguientes:

Puede solicitarse al Juez de lo Familiar la separación antes de iniciarse el juicio de divorcio como lo señala el artículo 205 del Código de Procedimientos

Civiles para el Distrito Federal una vez dictada la resolución en el sentido de la separación se tendrá quince días contados a partir de que se dicto la separación para promover el juicio de divorcio.

Si no se plantea la separación como acto previo al juicio también podrán solicitarse al presentarse la demanda y el Juez al admitirla deberá proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con lo establecido con el artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Considerando que el cónyuge inocente es el único que puede solicitar el divorcio es comúnmente este quien conserva a los hijos y que posiblemente se quede en el hogar conyugal mientras dura el divorcio, por lo que el Juez debe tomar las providencias necesarias para lograr una efectiva separación que no siempre será igual en todas las situaciones.

Respecto a la mujer embarazada, en el caso de que la mujer se encuentre encinta se tomaran las medidas precautorias que la ley establece y se encuentren establecidas en los artículos 282 fracción IV y del 1638 al 1648 del Código vigente, siendo estos últimos relativos a los de la mujer viuda que queda encinta pero se sustituirá la figura por el de la mujer divorciada. Esto es con el objeto de determinar todo lo relativo a la paternidad así como los efectos y consecuencias del divorcio para el hijo concebido.

Respecto a los alimentos, y como nos encontramos dentro de un divorcio contencioso, el asegurar los alimentos de primordial importancia ya que se

tiene el temor fundado de que el cónyuge culpable se niegue a proporcionarlos ya separados.

Considerando que como lo señala el artículo 282 fracción II del Código Civil vigente al admitirse la demanda o antes si hubiera urgencia, se dictará provisionalmente y solo mientras dure el juicio, el señalamiento y aseguramiento de los alimentos que el deudor alimentario debe dar al cónyuge acreedor y a los hijos puede entonces dictarse sin audiencia previa al deudor ya que es una medida urgente una pensión alimenticia provisional precautoria, no es definitiva ni de ejecución irreparable, por lo que el deudor alimentario puede combatir esa afectación mediante el respectivo incidente pudiéndose modificar mediante sentencia interlocutoria.

Si la pensión alimenticia se solicita como acto prejudicial, podrá solicitarse un embargo precautorio y se exige junto con la demanda de divorcio por lo que se pueden tener dos posibilidades, una es que si el deudor alimentario es empleado el Juez puede fijar un porcentaje del sueldo mensual y que se deduzca de las prestaciones de la parte proporcional y se le entreguen a los acreedores alimentarios.

La otra es cuando el deudor no es asalariado, en cuyo caso deberán presentarse documentos que conduzcan a probar la cantidad de su ingreso por lo que el acreedor alimentario indicará el monto derogado de los tres últimos meses para poder tener conocimiento de las cantidades aproximadas que ambos cónyuges aportaron a los hijos y al hogar.

En caso de que el deudor alimentario no perciba sueldo, y sus ingresos provengan de trabajos independientes que realiza, y en el entendido que carezca de bienes inmuebles solo quedaría la prenda sobre muebles y las medidas de apremio que el Juez pueda decretar en caso de incumplimiento.

Puede haber el aseguramiento mediante embargo precautorio, prenda, hipoteca o bien como ya dijimos del descuento que se haga al sueldo del deudor alimentario.

Los efectos definitivos los trataré de manera general toda vez que estos surten los mismos efectos tanto en el divorcio voluntario como en el contencioso.

3.4. - ESTADO FAMILIAR.

El divorcio tiene un efecto en el estado de la familia de los cónyuges ya que al disolverse el vínculo los esposos dejan de ser cónyuges y adquieren el estado de divorciados, o sea que pasamos de la extinción de un estado a la constitución de otra situación de la que tomará conocimiento la sociedad mediante la notificación que se hace al Registro Civil, siendo este el responsable de hacer la anotación en el acta de matrimonio y publicar un extracto de la resolución quince días en las tablas destinadas para tal efecto en el Registro Civil; todo esto una vez que previamente recibió la sentencia ejecutoriada y levanto el acta de divorcio correspondiente.

3.5. - CAPACIDAD PARA CONTRAER NUEVO MATRIMONIO.

Como lo establece el artículo 267 del Código Civil vigente "*el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro*" y como lo confirma el artículo 289 del Código Civil vigente que menciona: "*Los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio*", la ley actualmente no establece como necesario que transcurra un término antes de celebrarse el nuevo matrimonio.

De acuerdo a la legislación anterior, en el caso del divorcio necesario se contemplaba la posibilidad de que cónyuge inocente (hombre) pudiera contraer inmediatamente nuevo matrimonio una vez que hubiese causado ejecutoria la sentencia, no así la mujer que actualmente deberá dejar transcurrir el término de 300 días después de decretada la disolución del vínculo matrimonial, a menos que dentro de ese plazo diera a luz un hijo.

Esta prohibición contemplaba a la mujer, ya que su fundamento biológico derivaba de la filiación y a la paternidad de los hijos; el cómputo relativo lo estipula el artículo 324 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal

Actualmente el legislador considera, en un afán de equidad entre el hombre y la mujer que en caso de no ser declarado como cónyuge culpable ambas partes están en aptitud de contraer nuevas nupcias. En el caso de la mujer la actual legislación mantiene la condición por razones biológicas, toda vez que por la naturaleza propia de la mujer debe esperarse esos trescientos días para brindar seguridad jurídica con respecto a la filiación y paternidad que pudiese derivarse del matrimonio disuelto.

3.6. - RESPECTO DEL APELLIDO.

En algunos países en donde efectivamente una vez que se contrae matrimonio la mujer adopta el apellido del marido en este efecto si es relevante, pero afortunadamente en nuestro derecho no se contempla que la mujer adopte el apellido de su marido como figura obligatoria, pero es común que cuando la mujer contrae matrimonio se diga llamarse señora de x.

3.7. - ALIMENTOS.

Como se vio en los efectos provisionales en materia de alimentos, el Juez es el único facultado para determinar el monto de los mismos, una vez que se ha interpuesto el incidente de reducción alimenticia y oido a las partes dictará sentencia definitiva respecto al otorgamiento y garantía de los mismos.

3.8. - EN RELACION A LOS BIENES DE LOS DIVORCIANTES.

En el procedimiento del divorcio voluntario, cuando no haya sido previamente disuelta la sociedad conyugal deberá existir en el convenio un inventario de los bienes, avalúo de estos, nombramiento de liquidadores y la proposición de participación entre ambos cónyuges.

En el procedimiento del divorcio contencioso, solo el abandono injustificado previsto en artículo 186 del Código Civil vigente por uno de los cónyuges hace cesar en él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan y estos no podrán cesar sino por convenio expreso, esto

es que el cónyuge culpable no tendrá derecho a utilidades o productos de la sociedad conyugal.

El artículo 287 del Código Civil vigente previene que ejecutoriado el divorcio se procederá a la división de los bienes comunes y que se tomaran las precauciones necesarias para asegurar que los cónyuges cumplan sus obligaciones respecto de los hijos, para asegurar como vimos anteriormente procede la fianza, hipoteca, depósito de dinero, etc.

En la disolución de la sociedad conyugal además de referirse a la división de los bienes comunes se considera también la forma en que contribuirán a satisfacer las necesidades de los hijos, mientras estos llegan a la mayoría de edad.

La liquidación de la sociedad conyugal debe estarse a lo establecido por el artículo 189 del Código Civil vigente que en su fracción X contiene lo relativo a las bases para liquidar la sociedad conyugal.

Ahora bien, la sociedad conyugal termina por la disolución del matrimonio o por voluntad de los consortes como lo señala en una de sus partes el artículo 197 del Código Civil vigente, así como los casos previstos por el artículo 188 del mismo Código Civil.

En cuanto a las donaciones y al pago de daños y perjuicios que deberá el cónyuge culpable al inocente, podemos ver que las donaciones entre consortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes no se

anularan por la existencia de hijos pero podrán reducirse cuando sean inoficiosas, lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 234 del Código Civil para el Distrito Federal.

Así mismo el cónyuge que haya dado lugar al divorcio perderá todo lo que se le hubiera dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a este, el inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado.

Cuando por el divorcio se originan daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito. Las causas que originan el divorcio se consideran como hechos ilícitos y, como consecuencia, pueden generar daños y perjuicios.

3.9. - EN RELACION A LOS HIJOS.

La fracción I del artículo 273 del Código Civil vigente establece que en el convenio deberá designarse a la persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

Esto deja ver que desde un principio los padres se han puesto de acuerdo sobre quien tendrá la guarda de los hijos y el derecho de visita ejercido por el otro progenitor. Al mencionar a la persona a quien sean confiados los hijos se hace referencia también a los abuelos paternos y maternos que son quienes pueden tener la custodia.

Es necesario que se fije el nuevo domicilio de la familia, esto es, el lugar donde vivirán los hijos y el progenitor que tenga la custodia de los mismos, y el convenio obliga plenamente a los cónyuges a menos que en forma expresa alguno se declare no dispuesto a continuar con el divorcio o no concurra a la siguiente audiencia de conciliación.

El Juez podrá actuar para que se cumpla con lo convenido y provisionalmente aprobado.

En cuanto a la patria potestad y al derecho de visitas, diremos que aun disuelto el vínculo conyugal ambos padres conservan la patria potestad de los hijos y como los padres vivirán separados, uno de ellos tendrá la guarda y custodia de los mismos por lo que para asegurar al otro progenitor que sus hijos viven en condiciones adecuadas así como para vigilar la educación, la formación moral, es por lo que se confiere el derecho de visita. El derecho de visita solo lo tiene quien conserva la patria potestad, por lo tanto quien la pierde, perderá consecuentemente este derecho.

Como seguramente el divorcio contencioso es resultado de desacuerdos, discusiones y conflictos entre los cónyuges, sin duda el punto referente a los hijos y al cuidado de estos no será la excepción.

El Juez una vez que ha visto que no es posible el obtener el acuerdo de los cónyuges, resolverá lo que conviene a los hijos. El criterio establecido por el artículo 282 del multicitado Código en su fracción V último párrafo del Código Civil vigente establece que los menores de doce años deberán quedar al

cuidado de la madre, por lo tanto si no se acredita fehacientemente que los padres incurren reiteradamente en conductas u omisiones que afecten el normal desarrollo de su menor hijo debe otorgársele la custodia definitiva. Es común que en el auto que admite la demanda de divorcio el Juez decida sobre la custodia de los hijos, pero en caso de urgencia puede decidir antes de la admisión de la demanda, y aun en el caso de que hubiera una prevención en cuanto a la admisión de la demanda el Juez nunca deberá dejar de decidir sobre las medidas provisionales a las que se refiere el artículo 282 del Código Civil vigente. De aquí que el Juez de lo Familiar cite a una audiencia a ambos padres exhortándolos para que decidan con quien deberán quedar los hijos, y en caso de no haber acuerdo, el Juez deberá decidir quien de los progenitores tiene la custodia de los hijos, y que el otro tiene el derecho de visitarlos, pero estos derechos pueden suspenderse si se causa perjuicio a los hijos, y estas modificaciones pueden intentarse mediante un incidente en el juicio de divorcio.

Como vemos el Juez goza de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su perdida, suspensión o limitación según el caso sobre todo la custodia y el cuidado de los hijos. El Juez con estricto apego a derecho llamará al ejercicio de la patria potestad a quien mejor tenga derecho o en su caso designará tutor, siempre en beneficio del menor.

El Juez tiene la facultad de poder condenar a uno o ambos cónyuges a perder la patria potestad o bien suspenderla en cuyo caso designará tutor, pero esto de ningún modo exonera a los padres de la obligación de dar alimentos ya que esta

se deriva de la filiación y no del matrimonio, esta obligación termina con la mayoría de edad excepto si el hijo se encuentra en estado de necesidad.

Antes de resolver sobre la patria potestad o tutelar de los menores, el Juez podrá considerar que le hagan llegar los familiares de los hijos, peticiones que a su juicio pudieran resultar benéficas para los menores, atento a lo dispuesto por los artículos 422, 423,424 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal.

Por último considero que para declarar la perdida de la patria potestad deberá considerarse lo establecido en el artículo 444 en sus fracciones I, III, IV, V, VI del Código Civil vigente, y es aquí donde el Juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad y de conformidad con las pruebas que obren en autos decidirá si un cónyuge o ambos perderán la patria potestad, es atendiendo al superior interés del infante, porque puede darse el caso de que la causal de divorcio solo afecten a los cónyuges, pero por el contrario hay causales, como sería la corrupción de los hijos, en que necesariamente el cónyuge culpable tendrá que perder el ejercicio de la patria potestad.

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DE LA DECLARACION DE AUSENCIA

1. - QUE ES LA DECLARACION DE AUSENCIA.

En México se han dado casos de desaparición de personas en forma masiva, basta recordar las guerrillas de los años 70s y que hoy en día treinta años después trae consecuencias, como el hecho de que grupos políticos reclamen la presencia de más de 500 personas detenidas y desaparecidas por instituciones gubernamentales.

Esto es solo un ejemplo de personas ausentes e ignoradas en forma masiva y que tuvo por origen un movimiento guerrillero. Otro ejemplo de personas ausentes e ignoradas, lo encontramos cuando en la Ciudad de México específicamente en septiembre de 1985, un terremoto la devasto, lo que trajo como consecuencia la muerte y la desaparición de cientos de personas, esto fue por una causa de la naturaleza, aquella por una causa política, y así podemos citar miles de ejemplos de personas desaparecidas o ignoradas por sus familiares.

Ahora, hay que ver que en este tercer milenio, en que la urbe de la llamada Ciudad de México, que cada vez se acrecienta más y más, tanto en su infraestructura, avenidas, calles y comercios. Así como en su población, esta uno expuesto a toda clase de percances, y lo mismo puede perecer arrollado

por un vehículo, o perecer a manos de un asaltante cualquiera, nadie está exento de sufrir en esta Ciudad un accidente en virtud del cual los familiares ignoren su paradero, ya sea por haberse perdido en la gran ciudad o por haber fallecido en la vía pública por accidente o por causas naturales, sin que haya sido posible su identificación, o bien que por propia voluntad se exilie, sin dejar rastros de su paradero.

Esto da origen a presupuestos y circunstancias de derecho, que solo encuentran solución en una declaración de ausencia y posteriormente en una presunción de muerte.

Así las cosas, en nuestro lenguaje cotidiano, ausente es el que no está presente en el lugar. Jurídicamente, la figura de la ausencia tiene una connotación diferente. Ausente es, para la legislación, la persona cuyo paradero se ignora, de quien no se han tenido noticias y ha desaparecido de sus lugares habituales, sin dejar razón de su actitud.

Legalmente, el ausente “*no está vivo, ni está muerto*”, esta situación provoca un sinúmero de problemas referentes a su familia, sus bienes, sus obligaciones y derechos. El legislador en el Título Undécimo del Libro Primero del Código Civil, ha tomado medidas para subsanarla, fijando un procedimiento escalonado para asegurarse del destino del ausente, a la vez que protege a su familia y patrimonio.

En el Derecho Romano, tanto en la doctrina, como en la legislación en general hay muy poco sobre ausencia, sin embargo aunque tardíamente, fue incluida en

la codificación y jurisprudencia. Esto explica la remisión a otras instituciones que se encuentran en su reglamento.

2. - COMO OPERA LA DECLARACION DE AUSENCIA.

El artículo 648 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

"El que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y tuviere apoderado constituido antes o después de su partida, se tendrá como presente para todos los efectos civiles, y sus negocios se podrán tratar con el apoderado hasta donde alcance ese poder."

Este artículo, aunque se refiere al ausente, se sujet a las reglas generales de la representación, donde el apoderado puede realizar actos con consecuencias jurídicas a nombre de otro hasta donde este autorizado por el mandante.

Sus actos no pueden rebasar la órbita de los especificados en el poder para que las consecuencias jurídicas recaigan en quien lo otorgo, como en el caso del mandato normal. Las medidas que se toman son de carácter provisional cuando son previas a una declaración judicial de ausencia que se pedirá y dictaminará pasado cierto tiempo y cumplidas ciertas circunstancias.

Así pues, tenemos que el artículo 649 del Código Civil vigente, dispone que cuando una persona ha desaparecido y se ignore el lugar en donde se halle, se le citará por medio de edictos publicados en los periódicos de su último domicilio, indicándole que deberá presentarse en un término que no bajará de

tres meses ni pasará de seis meses. Remitiendo copia de este edicto a los Cónsules Mexicanos en el extranjero donde se puede presumir se encuentre el ausente.

En este artículo ya se determina la figura del ausente, y se dictaran las providencias necesarias para asegurar sus bienes, nombrando depositario de los mismos, en el orden que señala el artículo 653, es decir en primer término al cónyuge del ausente, a uno de los hijos mayores de edad que resida en el lugar, si hubiere varios el Juez de lo Familiar designará al más apto, al ascendiente más próximo en grado, a falta o por ineptitud de los nombrados el Juez de lo Familiar nombra depositario al presunto heredero.

Posteriormente, señala el artículo 654 del Código Civil vigente, que si la persona no se presenta en el término antes aludido, ya sea por si misma o por conducto de algún apoderado, se procederá al nombramiento de un representante que intervenga en la celebración y ejecución de actos jurídicos en nombre y por cuenta del ausente.

A partir de entonces, cada año se publicaran nuevos edictos llamando al ausente, si este no dejó apoderado será por dos años, y si dejó apoderado será por tres años, y los edictos se publicaran durante dos meses con intervalos de 15 días.

Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado al representante, de conformidad con los artículos 669 y 673 del Código Civil para el Distrito Federal, podrán pedir la declaración de ausencia:

I.- Los presuntos herederos legítimos del ausente;

II.- Los herederos instituidos en testamento abierto;

III.- Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente; y

IV.- El Ministerio Público.

Si el Juez encuentra fundada la demanda, de conformidad con el artículo 674 y 675 del Código Civil vigente, ordenará que se publiquen durante tres meses con intervalos de 15 días, nuevos edictos en los términos antes señalados. Si pasan cuatro meses desde la última fecha de publicación y no se tuviere noticias del ausente, el Juez declarará la ausencia.

Esta declaración de ausencia se volverá a publicar, como antes ya se dijo, tres veces cada 15 días, estas publicaciones se repetirán cada dos años, hasta que se declare la presunción de muerte.

Como puede observarse, para que la declaración de ausencia legalmente sea causal de divorcio, según lo dispone la fracción X del artículo 267 del Código en estudio, deberán transcurrir por lo menos tres años, dos meses, quince días.

Esto sin contar el tiempo transcurrido en que los interesados solicitaron el nombramiento de representante legal del ausente; y si a esto agregamos que

generalmente no se cumplen con las formalidades esenciales del procedimiento, esto en razón de los términos judiciales que marca el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en atención a lo dispuesto por el artículo 17 del Pacto Federal que señala que la expedición de la justicia debe ser gratuita y expedita.

Pues es de sobra conocido, porque no decirlo, de explorado derecho, que en México la impartición de justicia no es, ni gratuita, ni expedita, pues para el caso de querer que nuestro asunto se ventile rápidamente, tenemos que promover económicamente, y ni aun así, logramos que la impartición de justicia sea expedita y que se cumplan con los términos señalados en los Códigos Procedimentales.

De tal suerte que si a esos tres años, dos meses, quince días, sumamos el tiempo que nos llevara el procedimiento para lograr la declaración de ausencia podemos asegurar sin lugar a dudas, que este tiempo será de por lo menos cinco años aproximadamente.

La simple declaración de ausencia por si sola, no rompe el vínculo matrimonial, pues como lo requiere la fracción X del artículo 267 del Código Civil vigente, se tendrá que solicitar previa sentencia de declaración de ausencia, y con esta iniciar el respectivo juicio de divorcio necesario, que presumiblemente nos llevará otros dos años, por lo que en síntesis, para que una persona pueda lograr su divorcio vincular necesario, requeriría de por lo menos siete años aproximadamente, de acuerdo a la fracción VIII y IX del artículo 267 del

Código Civil para el Distrito Federal, solo se precisarían máximo dos años y medio, sobre el particular será estudio del tercer capítulo.

PRESUNCION DE MUERTE

Aunado a la declaración de ausencia, tenemos otra figura íntimamente ligada a esta, me refiero a la presunción de muerte.

Para que opere la presunción de muerte, nuestro Código Civil para el Distrito Federal dispone tres presupuestos, a saber:

PRIMERO

Se requiere que previamente se hayan agotado los presupuestos de la declaración de ausencia y que hayan transcurrido seis años desde la misma, para que el Juez declare la presunción de muerte.

Pero como de conformidad con la fracción X del artículo 267 del Código Civil vigente, esta presunción de muerte no da origen al divorcio omitiremos su estudio.

SEGUNDO

En este supuesto solo se requieren dos años para declarar la presunción de muerte del ausente, si este ha desaparecido por tomar parte en una guerra, por encontrarse a bordo de un buque que naufrage, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, en donde se presume estaba el ausente.

TERCERO

Cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses contados a partir del acontecimiento, para que el Juez de lo Familiar declare la presunción de muerte.

A estos dos últimos supuesto, son a los que se refiere la fracción X del artículo 267 del Código Civil, vigente y merecen los siguientes comentarios:

El artículo 705 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que se publicará la solicitud de declaración de presunción de muerte sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días, lo anterior solo es aplicable al último de los supuestos.

De lo anterior, podemos concluir que en el mejor de los casos y de acuerdo al tercero de los supuestos, solo requeriremos de seis meses para la declaración de presunción de muerte, y esto solo porque se tiene la firme convicción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro.

Ahora bien, tratándose del segundo de los supuestos, se necesita el transcurso de dos años para que el Juez declare la presunción de muerte.

Así las cosas, ya se han hablado de edictos, mismos que habría que publicar, ya sea en la declaración de ausencia o en la de presunción de muerte en los casos del segundo y tercer supuesto, una vez que el Juez declare la situación

correspondiente, se debe acudir nuevamente con la sentencia, ante el Juez de lo Familiar, quien ordenará se emplace al demandado a juicio mediante edictos, en consecuencia, estamos hablando que para obtener el divorcio debemos promover doblemente los edictos, aunado a esto, la perdida de tiempo, por lo cual decimos que esta fracción para la obtención del divorcio es ineficaz, pues, si lo que queremos es el divorcio, tenemos al alcance la fracción VIII y la IX del propio artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, situación que veremos más adelante en el Capítulo Tercero.

3. - EFECTOS DE LA DECLARACION DE AUSENCIA.

El principal efecto, si no es que el único, se refiere al aspecto patrimonial del ausente, es decir a los bienes que existan a nombre del mismo, y así tenemos lo siguiente.

De conformidad con el artículo 679 del Código Civil para el Distrito Federal, una vez que ha sido declarada la ausencia, si hubiere testamento ya sea público u ológrafo, se presentara al Juez, dentro de quince días contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo 677 del multicitado Código, al que ya hemos hecho referencia.

Ahora bien de conformidad con lo dispuesto en el testamento y según lo dispone el artículo 681 del Código Civil vigente si existieren herederos testamentarios y en su defecto los que fueren legítimos al tiempo de la desaparición del ausente, si tuvieran capacidad legal para administrar, serán puesto en la posesión provisional de los bienes, otorgando fianza que asegure la

correcta administración de los bienes, y seguirá esta posesión provisional hasta que se declare la presunción de muerte del ausente en cuyo caso la posesión se tornará definitiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 706 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otra parte si son varios los herederos y los bienes admiten cómoda división, cada uno administrara la parte que le corresponde, sin embargo en tratándose de sucesión legítima, se requerirá un acuerdo provisional de los presuntos herederos en la repartición de los bienes. Como fuere, de cualquier suerte es claro que no se prejuzga sobre los derechos sucesorios, pues se trata de una posesión provisional, porque esta situación debe ventilarse en un juicio intestado.

Si los bienes no admiten cómoda división, los herederos designaran de entre ellos a un administrador, y si no se pusieren de acuerdo el Juez de lo Familiar lo nombrara de entre uno de ellos.

Por otro lado si el ausente se presenta o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, recobrará sus bienes, y aquellos que tuvieron la posesión provisional se quedaran con los frutos industriales y la mitad de los frutos naturales y civiles.

Otro efecto de la declaración de ausencia lo constituye el hecho de la interrupción de la sociedad conyugal, en tanto no se dicte esta, el cónyuge presente administrará los bienes.

Hecha la declaración de ausencia y previo inventario de los bienes, se procederá a la separación de los que corresponde al cónyuge ausente, y el cónyuge ausente recibirá los bienes que le corresponden hasta el día de la declaración de ausencia, y de estos podrá disponer libremente de ellos (artículos 699 y 700 del Código Civil). Pero si el cónyuge presente no fuere heredero, ni tuviere bienes propios, siempre tendrá derecho a alimentos.

Finalmente dispone el artículo 704 del Código Civil para el Distrito Federal, que si el cónyuge ausente regresa o se probare su existencia, quedará restituida la sociedad conyugal.

EFFECTOS EN RELACION A LA PRESUNCION DE MUERTE

Dispone el artículo 706 del Código Civil para el Distrito Federal, que declarada la presunción de muerte, se abrirá el testamento del ausente, sino estuviere ya publicado conforme al artículo 680, y los poseedores provisionales darán cuenta de su administración y los herederos y demás interesados entraran en posesión definitiva de los bienes.

Sobre el particular, es menester hacer el siguiente comentario, este artículo se refiere al supuesto de que la persona haya desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarce una inundación u otro siniestro semejante (segundo párrafo del artículo 705 del Código Civil vigente), por eso el artículo refiere para el caso de que no estuviere publicado conforme al artículo 680 del Código Civil vigente, es decir

cuando previa a la declaración de muerte se declara la presunción de ausencia, pues entonces los bienes recorren otro camino.

Si el ausente se presentare o se probare su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren, el precio de las enajenadas, o los que se hubieren adquirido con el mismo precio, pero no podrán reclamar frutos, ni rentas (artículo 708 del Código Civil).

Hasta ahora hemos hablado de una posesión provisional, que después se torna definitiva, mas sin embargo es necesario aclarar que sigue siendo una posesión, no una propiedad, esta solo se da cuando por sentencia que cause ejecutoria en el juicio sucesorio respectivo designe herederos, en cuyo caso se seguirá las etapas procesales correspondientes, trátese de sucesión legítima o testamentaria.

Pero también puede terminar la posesión definitiva por las siguientes causas:

- I.- Con el regreso del ausente;
- II.- Con la noticia cierta de su existencia
- III.- Con la certidumbre de su muerte;
- IV.- Con la sentencia que cause ejecutoria, en el caso del artículo 709.

CAPITULO III

INEFICACIA DE LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO

1. - ANALISIS DE LA FRACCION VIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En este Capítulo estudiaremos, las causales de divorcio que a nuestro parecer suplen la fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, así mismo diremos por que es ineficaz esta causal, y las propuestas de modificación a dicha fracción; pasemos pues a su estudio:

VIII.- "LA SEPARACION INJUSTIFICADA DE LA CASA CONYUGAL POR MAS DE SEIS MESES."

Esta causal, aunque con algunas diferencias se menciona tanto en el Código Civil de 1870, de 1884, así como en la Ley sobre Relaciones Familiares. Está considerada como tal sin duda porque viola los deberes de la vida común entre los cónyuges, y trae implícitas omisiones respecto de los alimentos, manutención del hogar, así como del débito conyugal entre los consortes, esto es, que el cónyuge que se separa del hogar desatiende por completo sus deberes familiares.

Aunque realmente al incumplir con las obligaciones de dar alimentos al cónyuge y a los hijos se actualiza la causal marcada con el numeral XII, con lo que se viola el principio de autonomía de las causales, en efecto el cónyuge que abandona el hogar conyugal, es decir físicamente se ausenta del mismo, puede seguir cumpliendo con su obligación alimentaria, a pesar de no habitar bajo el mismo techo, la causal por tanto se actualiza con el abandono físico de su consorte.

Pero volviendo al tema de esta causal, resulta interesante conocer el criterio del juzgador respecto de lo que está justificado y lo injustificado y para esto, tendrá que verse si fue grave la causa o no por la cual se separó el cónyuge de la casa conyugal, dependerá el nivel socioeconómico, cultural, así como las costumbres del cónyuge que abandona; sin embargo la causa jamás deberá ser pretexto para separarse si no existe una fuerte razón a criterio de los Tribunales, porque en todo caso, si el cónyuge que abandona el hogar conyugal, lo hace fundándose en una causa bastante y probada, (verbigracia el adulterio del otro cónyuge) tendrá su oportunidad para demandar el divorcio, y que de no hacerlo dentro de un año, el cónyuge que dio origen al abandono tendrá a su vez el derecho de demandar el divorcio, si ese abandono se prolonga por más de un año (artículo 267 fracción IX del Código Civil para el Distrito Federal).

Ahora bien, la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal presume la separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

Esta causal tiene razón de ser porque el incumplimiento a una de las obligaciones que adquirieron los cónyuges con motivo del matrimonio, la cual se encuentra prevista en el artículo 163 del Código Civil vigente que se refiere a la convivencia de los consortes en el domicilio conyugal, siendo que aun en el entendido de que el cónyuge al separarse del hogar conyugal, o sea de donde se establecen los cónyuges de común acuerdo y donde ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales, se sigan cumpliendo con sus otras obligaciones, falta al cumplimiento de la obligación más importante en el matrimonio que es la vida en común y con ésta la posibilidad de fundar una familia, por lo que el simple hecho de la separación injustificada, pensamos que materializa el rompimiento de la convivencia conyugal y de la familia.

Ahora respecto de la caducidad de la acción, para demandar el divorcio invocando la causal VIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal , el criterio que sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es en el sentido de que la acción no caduca porque se trata de una relación continua, de tracto sucesivo, toda vez que rebasado el término de seis meses, por lo tanto si ha transcurrido más de un año la causal puede ser invocada, luego entonces la caducidad operará para la acción fundada en la fracción VIII antes citada, cuando cualquiera de los cónyuges ejerzan la acción de divorcio invocada en la diversa fracción IX del ordenamiento legal antes referido, esto es, por la separación de más de un año sin importar la causa que lo originó, lo que elimina a la causa estudiada de facto por estar implícito el tiempo en la causa recurrida.

Y considerando que la acción de divorcio tiende a evitar controversias del orden familiar y patrimonial, como en el caso de que el esposo ausente apareciera de pronto y encontrara que su esposa nuevamente se encuentra unida con otra persona, sería factible demandar la nulidad de ésta segunda unión; situación que afectaría el orden familiar y patrimonial de ésta última unión circunstancia que contradice uno de los fines del derecho como lo es el de brindar seguridad jurídica a los miembros de una comunidad o sociedad

Para poder demandar y emplazar a juicio al cónyuge que abandona el hogar conyugal, encontramos dos supuestos en el abandono injustificado por más de seis meses, y son los siguientes:

PRIMERO

Si sabemos el paradero o domicilio del cónyuge abandonante, no existirá mayor problema, pues podrá ser emplazado en su domicilio, o en su trabajo, o finalmente donde se encuentre.

SEGUNDO

El problema nace, cuando no sabemos el domicilio o el lugar donde se encuentre el cónyuge abandonante, en cuyo caso habrá que emplazarlo mediante edictos, conforme lo señala el artículo 122 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y seguir la secuela del procedimiento en las condiciones que señala la ley invocada.

El procedimiento mediante edictos, además de ser costoso por el pago que habrá de realizarse en los periódicos de mayor circulación resulta que dilatan el

procedimiento, por las veces en que deben efectuarse estos.

2. - ANALISIS DE LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Dice el artículo 267 del Código Civil vigente en su fracción X:

Son causas de divorcio:

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

Considerando que la declaración de ausencia es una de las modalidades del estado civil de las personas, que por su propia naturaleza hace imposible que el cónyuge ausente cumpla las obligaciones que derivan del matrimonio, como son la perpetuación de la especie humana, la ayuda mutua, y la convivencia en el hogar conyugal, por esta razón con o sin culpa del declarado ausente, la ley concede al otro cónyuge el derecho de demandar el divorcio.

Ya hemos dicho que la declaración de ausencia sólo procede como lo establece el artículo 669 del Código Civil para el Distrito Federal y para lo cual deben transcurrir varios años, es decir por lo menos tres años, dos meses, quince días, sin contar el tiempo efectivo que dure el procedimiento, y con relación a la presunción de muerte necesita que hayan pasado seis años a partir de la

declaración de ausencia, pero como lo establece el artículo 705 del Código Civil vigente, si el individuo desapareció en circunstancias tales como guerra, un naufragio, o inundación bastaran dos años para que se presuma la muerte, sin necesidad de declaración de ausencia previa. En caso de incendio, terremoto, explosión o catástrofe aérea o ferroviaria y existiera razón fundada para suponer que el desaparecido estaba en ese lugar, bastaran seis meses para que el Juez de lo Familiar declare la muerte.

La presunción de muerte no debe ser causal de divorcio, ya que la muerte de alguno de los cónyuges disuelve el vínculo matrimonial. Sin embargo la presunción de muerte es un tanto provisional y queda firme una vez que se ha comprobado de manera inequívoca la muerte de la persona.

Para que opere esta fracción como causal de divorcio, se hace necesario que previamente se declare la ausencia del otro cónyuge, o bien la declaración de presunción de muerte de conformidad con los párrafos segundo y tercero del artículo 705 del Código Civil para el Distrito Federal, pues la mera declaración, no disuelve por sí misma el vínculo matrimonial.

En otras palabras se requiere la sentencia de declaración de ausencia o de presunción de muerte para demandar el divorcio, ya que esta sentencia constituye el documento base de la acción para demandar el divorcio necesario fundándose para ello en la fracción en estudio, y de ser así, la sentencia de divorcio necesario, la obtendremos en no menos de cinco años.

Por lo que sí el fin mediato, es la obtención de la disolución del vínculo

matrimonial, resulta por demás ineficaz tramitar un juicio previo como lo es la declaración de ausencia o presunción de muerte, que como ya se ha mencionado requiere el transcurso de varios años.

Volviendo a la presunción de muerte, cambian los presupuestos, toda vez que para decretar la presunción de muerte se requieren seis años a partir de la declaración de ausencia, esto en el primer supuesto, mismo que la fracción en estudio no contempla como causal de divorcio, pues solo son causal de divorcio los supuestos que se derivan del segundo y del tercer párrafo del artículo 705 del Código Civil vigente, consistentes el primer supuesto en la presunción de muerte por haber tomado parte en una guerra, o por encontrarse de un buque que naufrague, o verificarce una inundación u otro siniestro semejante bastando, que transcurran dos años, contados desde su desaparición; y en el segundo supuesto cuando dicha desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar, en estos casos bastará el transcurso de seis meses a partir del acontecimiento para que el Juez declare dicha presunción.

En estos dos últimos supuestos, no se requieren una previa declaración de ausencia.

Concluyendo, tenemos que el primer supuesto no es causal de divorcio, y no así los siguientes, que de conformidad con la fracción en estudio, si son causales de divorcio; respecto a estos dos últimos supuestos, decimos que adolecen de toda ineficacia legal como causales de divorcio, pues en ambas

hipótesis ya no estamos hablando de una desaparición o ausencia prolongada, estamos hablando de una presunción de muerte, luego entonces al cónyuge presente debería considerársele presuntamente viudo, recordemos que el matrimonio puede terminar precisamente con la muerte de uno de los cónyuges.

3. - ANALISIS DE LA FRACCION IX DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

IX.- "LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE UN AÑO, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION, LA CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALESQUIERA DE ELLOS."

Esta causal fue creada y apareció sorpresivamente en las reformas del Código Civil publicadas en el Diario Oficial del 27 de diciembre de 1983. El criterio que se definió para su inserción en el artículo 267 fue que era una situación real y frecuente entre los matrimonios, ya que las parejas se separan por diversos motivos sin entablar enseguida la demanda de divorcio aunque no por eso se hayan roto ya los lazos afectivos de convivío y quizá las obligaciones económicas, ya que el matrimonio debe ser unión, amor, permanencia, luego entonces esto no se da por la prolongada separación lo que invalida al matrimonio, y es necesario poner fin a esta relación carente de amor que deteriora la vida de los hijos, que pone en entredicho gravemente el derecho a los alimentos que tienen los hijos y perjudica a la sociedad, aunque hubo criterios contrarios que se opusieron argumentando que no invoca una causa verdadera ya que no cita el motivo que da causa a la separación.

Con las reformas del 25 de mayo del 2000 publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, esta separación se reduce a un año; como vemos, se desprende que haya culpable o no, de que exista la convivencia conyugal o no, el hecho de la separación es suficiente cuando dura más de un año, ya que los consortes no cumplen con uno de los fines del matrimonio que es la vida en común. La separación de los cónyuges por más de un año, es una causal de divorcio autónoma e independiente de cualquier otra. La vida separada de los cónyuges estando aun casados, acarrea situaciones inconvenientes o anormales para los mismos o para los hijos.

Sin embargo creo que esta causal violenta uno de los principios constitucionales que en su artículo 4º menciona que: "*Esta ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia*". Este divorcio con la característica que tiene de ser unilateral sin culpables, propicia la desintegración familiar.

Ahora respecto a las obligaciones que se tienen recíprocamente los cónyuges como en el caso de los alimentos la ley no es clara, hay tesis en contradicción que si bien insisten en que se conserve subsistente el derecho del cónyuge que los necesita si no es culpable, entre otras declaran que ya no hay culpable en esta causal, no cobra aplicación obligatoria de otorgar alimentos al que los necesita y en contra de quien haya incumplido en darlos.

Por último, esta causal es utilizada por parejas y abogados que hacen uso de ella ya que por las características de esta se puede burlar la protección del artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal toda vez que se utiliza como sustituto del divorcio voluntario judicial, ya que si se arreglan los

consortes y el abogado, pueden tramitar un divorcio basado en esta causal sin la necesidad de cumplir con las formalidades relativas a un convenio respecto de los bienes, los hijos y la pensión, lo que pone en peligro la estabilidad y seguridad de los hijos.

Sin embargo, al terminar o interrumpirse la cohabitación por más de un año, es evidente que los afectos, sentimientos, obligaciones y derechos han desaparecido entre los cónyuges, y así el legislador ha considerado prudente que si ese matrimonio está desunido, jurídicamente habría que disolverlo.

De conformidad con lo dispuesto en la fracción en comento, el único presupuesto para que opere la causal, es que los cónyuges estén separadas por más de un año, no importando cual es el origen de esa separación, que bien puede ser por ausencia prolongada sin que se sepa el paradero del ausente, o bien una presunción certera de que uno de los cónyuges ha desaparecido en un siniestro.

Para el caso de que ignoremos el paradero, domicilio o lugar de radicación del cónyuge que abandonó el domicilio conyugal, se tendrá que emplazar conforme a edictos, tal y como ya lo señalábamos cuando se hizo el estudio de la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, en el apartado 1 de este Capítulo.

Dentro de las consecuencias derivadas de la invocación de esta fracción como causal de divorcio, tenemos:

- a) No existirá cónyuge culpable, ni cónyuge inocente, en este orden de ideas, ambos padres conservan la patria potestad de los hijos si los hubiere.
- b) Si el matrimonio fue celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, una vez liquidada ésta, cada consorte tendrá pleno derecho dominio sobre los bienes que le corresponden. En caso de separación de bienes cada cónyuge conservará lo que le pertenece.
- c) Ahora bien, si las capitulaciones matrimoniales disponen otra cosa, se atenderán a dichas disposiciones.
- d) Por lo que hace a los bienes del cónyuge ausente, se estará a lo dispuesto por el testamento si lo hubiere, y una vez que haya sido decretada la presunción de muerte en juicio diverso y promovido por la persona que se tenga con derecho a ello.
- e) En el caso de no existir testamento, se estará a las reglas de sucesión legítima, en cuyo caso, por supuesto el excónyuge presente quedará excluido de dicha sucesión.

4. – POR QUE ES INEFICAZ LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

Tenemos que hacer hincapié, que el motivo del presente trabajo versa sobre el divorcio, y si en el contenido del mismo hemos tocado otros temas, que si bien

es cierto están relacionados con el divorcio, ello no quiere decir que nos hemos apartado del objetivo, lo anterior viene a colación, porque al hablar de la declaración de ausencia y de la presunción de muerte, nos dimos cuenta que el fin primordial de estas dos figuras es netamente patrimonial, es decir, ambas figuras buscan el destino del patrimonio del ausente.

Y nuestro tema no versa sobre las cuestiones económicas que del divorcio se desprenden. Aunque, si bien es cierto, la fracción X del artículo 267 incluye como causal de divorcio la declaración de ausencia o la presunción de muerte, en su caso, decimos que dicha causal es ineficaz, por las siguientes razones:

Por lo que hace a la declaración de ausencia como causal de divorcio, su declaración conlleva un término excesivamente largo para el fin que se busca, es decir, la disolución del vínculo matrimonial, cuando para obtener esta sentencia de divorcio, tenemos a la mano las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Hay que ver, como ya lo hemos indicado, que la declaración de ausencia busca fines preponderantemente económicos para dar destino al patrimonio del ausente, su fin mediato no es el divorcio; probablemente, una vez hecha la declaración de ausencia, surja la necesidad en el cónyuge presente de entablar la disolución del vínculo matrimonial que lo unía con el cónyuge ausente, pero esta necesidad es meramente secundaria.

Y en el tema que nos ocupa, el fin mediato es el divorcio, por lo que, si lo que se busca es la disolución del vínculo matrimonial como fin principal, resulta

absurdo e ineficaz promover un juicio de declaración de ausencia con todas las complicaciones como son: tiempo, gastos excesivos, desgaste emocional y moral, etc.

Aunque claro, los gastos referentes a un divorcio necesario, cuando la persona está ausente, probablemente serán los mismos para la declaración de ausencia, pero no deben por que erogarse doblemente.

Por lo que hace a la presunción de muerte, esta también lleva implicaciones con motivo de determinar el destino del patrimonio del presunto muerto.

Ya hemos dicho que son tres los supuestos para solicitar la presunción de muerte, la primera requiere la declaración de ausencia, esta no es causal de divorcio. Los otros dos supuestos se enmarcan dentro de una presunción plenamente manifiesta de que la persona de que se trata, ha fallecido como consecuencia de un hecho real, trátese de guerra, de naufragio de buque, o de algún siniestro en el cual no se sabe a ciencia cierta que la persona de que se trata ha fallecido, resulta pues ilógico que se pretenda que la presunción de muerte sea causal de divorcio, pues si a un cónyuge se le tiene presuntamente muerto, al matrimonio se le debe considerar presuntamente disuelto, tal y como lo señala el artículo 290 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que la muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio.

En este caso, proponemos que la presunción de muerte debe dejar de ser causal de divorcio, y en cambio, subsistir dicha presunción como manera de liquidar el patrimonio del ausente, tal y como si se tratara de la muerte de uno de los

cónyuges, con todos y cada uno de los presupuestos de derecho que nacen cuando alguno de los cónyuges fenece.

Esto traería como consecuencia, que se disolviera el vínculo matrimonial, subsistiendo todos los derechos que tiene el cónyuge supérstite, sin llegar al extremo del divorcio, de tal suerte que se disuelve el vínculo matrimonial y el cónyuge presente adquiere la calidad de viudo o viuda, con todos sus derechos.

Viéndolo de este modo, también la presunción de muerte resulta ineficaz para demandar el divorcio necesario, pues repetimos, si hay una presunción de muerte, existe una presunción de que el matrimonio se ha extinguido.

Tendríamos así que el matrimonio puede extinguirse por:

I.- Nulidad de matrimonio.

II.- Muerte de uno de los cónyuges.

III.- Divorcio.

IV.- Presunción de muerte.

Nótese que agregamos la presunción de muerte como un modo de extinguir el matrimonio.

5. - PROPUESTA DE MODIFICACION A LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Por todo lo expuesto, pensamos que la fracción X del artículo 267 del Código Civil es ineficaz como causal de divorcio, pues existen otras causales dentro del mismo ordenamiento que traerían el mismo resultado, pero en un tiempo relativamente breve comparado con el requerido para la declaración de ausencia.

Por lo tanto, la declaración de ausencia deberá ser derogada como causal de divorcio, y tal vez adicionar un artículo 290 bis, en el que se deberá disponer que la presunción de muerte presume la extinción del matrimonio, siendo el texto que se propone el siguiente:

“El matrimonio se extingue por la presunción de muerte legalmente hecha en los términos del Capítulo V del Título Undécimo de este Código.”

CONCLUSIONES

PRIMERA

Nuestra legislación admite el divorcio vincular, que como su nombre lo indica, disuelve el vínculo matrimonial y con ello todos los derechos y obligaciones derivados del mismo, siendo su principal efecto que deja en aptitud de contraer nuevas nupcias a los participantes.

SEGUNDA

Nuestro derecho positivo contempla dos formas de disolver el matrimonio, el divorcio voluntario y el necesario. El primero a su vez se divide en administrativo y judicial, el administrativo se da cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y se casaron bajo separación de bienes o antes disolvieron la sociedad conyugal; mientras que el judicial tiene lugar cuando no se dan los supuestos anteriores, y el necesario procede cuando se dan cualquiera de las XXI fracciones del artículo 267 del Código Civil, para el Distrito Federal, pudiendo solamente invocarlos el cónyuge que no haya dado causa a él.

TERCERA

Dentro de las fracciones que contempla el artículo 267 del Código Civil vigente, encontramos la décima, que se refiere a la declaración de ausencia y/o a la de

presunción de muerte, dicha causal es ineficaz, en virtud de que si la intención es lograr la disolución del vínculo matrimonial, se cuentan con las fracciones VIII y IX, del propio artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

CUARTA

La fracción X del artículo 267 del Código Civil es ineficaz también, porque evidentemente tanto la declaración de ausencia y la presunción de muerte buscan la aplicación del patrimonio del presunto ausente.

QUINTA

De seguir el procedimiento de la declaración de ausencia o de presunción de muerte en los casos que procedan, para posteriormente demandar la disolución del vínculo matrimonial, se erogarían dobles gastos de edictos, además del tiempo para obtener la sentencia de divorcio de manera que aquél sería excesivamente demorado, en virtud de que para que proceda esta causal se necesita sentencia ejecutoriada de la declaración de ausencia o presunción de muerte.

SEXTA

Visto lo anterior, consideramos que si se tienen al alcance las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, no hay necesidad de promover un previo juicio como lo sería el de declaración de ausencia o de presunción de muerte,

pues de así hacerlo, estaremos hablando de que para obtener el divorcio generalmente requeriríamos de por lo menos cinco años.

SÉPTIMA

La acción a invocar en el último caso citado, dependería exclusivamente del fin que se persiga, por que si se pretende la aplicación del patrimonio del presunto ausente, valdría pues la declaración de ausencia o presunción de muerte; en tanto que si el fin perseguido es la disolución del vínculo matrimonial, basta y sobra la invocación ya sea de la fracción VIII o de la fracción IX del Código Civil vigente.

OCTAVA

En este orden de ideas, proponemos que nuestra legislación, debe modificarse y contemplar las siguientes maneras de extinguir el matrimonio:

1. - Nulidad del mismo.
2. - Muerte de uno de los cónyuges.
3. - Divorcio.
4. - Presunción de muerte.

Agregamos la presunción de muerte como una forma de extinguir el matrimonio, ya que si se presume a un cónyuge muerto, el cónyuge supérstite

es presunto viudo. Nótese que no es como causal de divorcio, sino como una forma de extinguir el matrimonio.

NOVENA

Es indiscutible que la fracción X del artículo 267 del multicitado Código es ineficaz como causal de divorcio, pues existen las fracciones VIII y IX, que suplen en forma satisfactoria la acción de divorcio necesario y en consecuencia, proponemos que deberá derogarse dicha fracción.

BIBLIOGRAFIA

A. BORDA, GUILLERMO. TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA I
EDITORIAL EJEA. 8º EDICION. BUENOS AIRES 1989.

ALVAREZ, JOSE MARIA. INSTITUCIONES DE DERECHOS REAL DE
CASTILLA Y DE INDIAS. MEXICO. UNAM. 1982

BAQUEIRO ROJAS, EDGAR. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES.
EDITORIAL HARLA. COL. TEXTOS JURIDICOS UNIVERSITARIOS.
MEXICO 1990.

BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN. DERECHO ROMANO I. EDITORIAL PAX
MEXICO 1988.

CASTAN. DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL. T. I VOL. 1. 4º
EDICION. MADRID. 1936.

CHAVEZ ASENCO, MANUEL F. LA FAMILIA EN EL DERECHO
(RELACIONES JURIDICAS PATERNO-FILIALES) 2º EDICION
ACTUALIZADA. 1992. EDITORIAL PORRUA.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y
PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. NAPOLEONICA
EDITORIAL. MEXICO 1998.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL SISTA.
MEXICO 1999.

DE IBARROLA, ANTONIO. DERECHO DE FAMILIA. EDITORIAL PORRUA.
MEXICO 1981.

DE PINA, RAFAEL, DE PINA VARA, RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO.
EDITORIAL PORRUA, S.A. MEXICO 1984.

DE PINA, RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO, ELEMENTOS DE
DERECHO CIVIL MEXICANO. VOL. I. EDITORIAL PORRUA. MEXICO 1956.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURIDICAS. TOMO P-Z. EDITORIAL PORRUA.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. DERECHO CIVIL, TOMO I. SEGUNDA
EDICION. MEXICO 1976.

FERNANDEZ AGUIRRE, ARTURO. DERECHO DE LOS BIENES Y DE LAS
SUCESIONES. 2º EDICION. EDITORIAL CAJICA JR. S.A. 1972.

MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. INSTITUCIONES DE DERECHO
CIVIL. EDITORIAL PORRUA. 1º EDICION 1987.

MAZEAUD, HENRY LEON Y MAZEAUD JEAN. LECCIONES DE DERECHO
CIVIL. PARTE PRIMERA VOL. IV, LA FAMILIA, ORGANIZACION DE LA
FAMILIA, DISOLUCION Y DISGREGACION DE LA FAMILIA. TRADUCCION
DE ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, ANICETO. EDITORIAL JURIDICA
EUROPA AMERICA. BUENOS AIRES. 1959.

MONTERO DUHALT SARA. DERECHO DE FAMILIA. 5º EDICION.
EDITORIAL PORRUA.

MOTO SALAZAR, EFRAIN. ELEMENTOS DE DERECHO. EDITORIAL PORRUA. 1986.

MUÑOZ, LUIS. DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO I EDITORES MODELO. MEX. 1971.

PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO. LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO. EDITORIAL PANORAMA. MEXICO 1991.

RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L. LA TUTELA. BARCELONA. BOSCH 1954.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO II, VOL. 1., EDITORIAL PORRUA. MEXICO.

SANCHEZ CORDERO DAVILA, JORGE A. DERECHO CIVIL. UNAM, MEXICO 1983.