



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

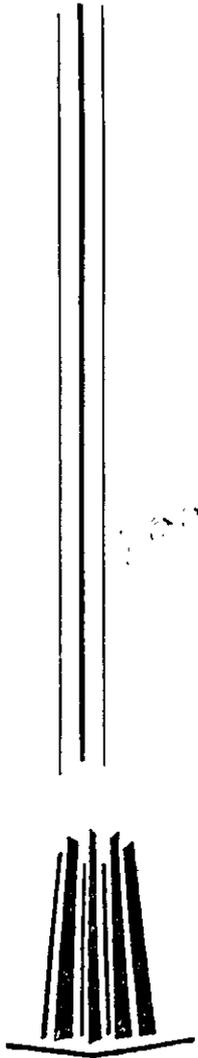
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

PROPUESTA DE UBICAR LA INCOMPATIBILIDAD DE
CARACTERES DE LOS CONYUGES EN UN APARTADO
ESPECIAL, PARA TRAMITAR EL DIVORCIO POR
DECISION DE UNO DE ELLOS EN EL CODIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE ANTONIO MELO CASTRO

ASESOR: LIC. JOSE HERNANDEZ RODRIGUEZ

SAN JUAN DE ARAGON, EDO, DE MEX., 2001





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I MATRIMONIO

A).- Definiciones.....	1
B).- Requisitos.....	11
C).- Efectos.....	20

CAPITULO II EL DIVORCIO

A).- Conceptos.....	35
B).- Evolución Histórica.....	44
C).- Consecuencias.....	54

CAPITULO III DIVERSOS TIPOS DE DIVORCIO

A).- Divorcio Administrativo.....	62
B).- Divorcio Judicial.	
B1).- Divorcio Necesario	65
B2).- Divorcio Voluntario	93

CAPITULO IV

LA INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES Y SU PROPUESTA DE UBICACIÓN EN UN APARTADO ESPECIAL DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A).- Como un acto unilateral.....	96
B).- Como causa única de divorcio por parte de los Cónyuges.....	100
C).- Procedimiento propuesto.....	104
CONCLUSIONES.....	110
BIBLIOGRAFÍA.....	113

INTRODUCCION.

Para quienes nos dedicamos al sui generis mundo del litigio en materia familiar, nos resulta muy común leer en la solicitud de divorcio voluntario, que la causa de la solicitud, es la incompatibilidad de caracteres entre ambos cónyuges y se ha aceptado tal argumento como plenamente válido, por ser manifestado por los esposos en conjunto y reiteramos que por ser práctica común se cree fundamentalmente la existencia de dicha "causa" de divorcio voluntario.

Una vez explicado lo anterior, para comprender mejor nuestra postura personal en este trabajo recepcional, cabe una interrogante: ¿ QUE PASARIA SI UNO DE LOS CONYUGES DESEA DIVORCIARSE ARGUMENTANDO LA EXISTENCIA DE TAL INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES? En México (concretamente en el Distrito Federal) no está prevista dicha situación y en eso radica precisamente la razón de ser nuestro trabajo recepcional, toda vez que si es posible que entre los cónyuges después de un tiempo de "vivir" juntos YA NO SE SOPORTEN O NO SOPORTA MAS UNO DE LOS CONYUGES A OTRO, debe crearse un aparato especial; para que el cónyuge que ya no desea vivir con el otro por su forma de ser, a fin de que demuestre por medio de las pruebas necesarias la incompatibilidad de caracteres lo cual hace imposible realmente la vida común, de manera tal que sin un procedimiento gravoso como ocurre comúnmente, el cónyuge que demuestre la real incompatibilidad de caracteres obtenga el divorcio sin JUICIO ORDINARIO DE POR MEDIO, SINO MEDIANTE UN SUI GENERIS PROCEDIMIENTO ESPECIAL.

Dicho procedimiento debe de someterse a un procedimiento rápido y sencillo y que evite la pérdida de tiempo y problemas entre los divorciantes que no sean los estrictamente necesarios para que su problemática de divorciarse sea resuelta de

una manera mas sencilla pero no podemos pasar por alto la dificultad para demostrar esa incompatibilidad de caracteres por lo cual para su demostración se requiere, una prueba primordial como es la Pericial en Psicología, ya que es la prueba más idónea para acreditar esa incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges ya que esta nos demostrara si en efecto hay esa apatía, ese choque u oposición constante entre los cónyuges, al haber una intolerancia psíquica y física, que origina contrariedades y desavenencias que hacen imposible la vida en común y con esto no satisfagan los fines del matrimonio como lo son, la procreación, el ayuntamiento sexual, y acompañarse mutuamente, etc.

Como los señalamos con anterioridad el Derecho Familiar en materia procesal también debe modernizarse de acuerdo a las necesidades de la sociedad, en la cual los procedimientos no deben de ser tan engorrosos, y con mayor prontitud, por ello consideramos necesario para este tipo de juicio otra variante, como puede ser, una asimilación con el procedimiento sumario en materia penal de manera tal que el divorcio por incompatibilidad de caracteres sea de tipo sumario, es decir de una manera mas sencilla para evitar que la relación que unían los consortes no se degrade mas , por la tardanza que se acostumbra en este tipo de juicios.

En este procedimiento, el interesado acudirá ante el Juez de lo familiar en turno, mediante su escrito inicial de demanda en el que también ofrecerá sus pruebas, que a su derecho conviniere en las que debe de ofrecer la prueba pericial en Psicología como prueba primordial, argumentando las causas que motiven su deseo de divorciarse por incompatibilidad de caracteres.

Entablada la demanda, se le notificara la demanda a la parte demandada, para que en el término de cinco días para que oponga sus defensas y excepciones, así como para que ofrezca sus pruebas para acreditar los extremos de sus defensas, posteriormente se dictara auto admisorio de pruebas, donde se señalan fecha de audiencia dentro de los veinte a veinticinco días, en esta audiencia se trataran de conciliar a las partes para que desistan su deseo de divorciarse, y de no lograrlo se

pasara al desahogo de las pruebas las que no estuvieren preparadas se declararan desiertas, ya que esta audiencia de ley sera una sola, posteriormente se pasara ala periodo de alegatos y se citara para sentencia definitiva, la cual no podrá ser recurrida mediante recurso alguno, solamente podrá ser impugnada mediante juicio de amparo directo, ante la autoridad competente.

En definitiva la propuesta tendría como consecuencia lógica la disminución de divorcios tramitados mediante juicios ordinarios generalmente muy gravosos, largos y molestos, los cuales terminan por deteriorar más la relación ya de por sí deteriorada y permitiría de alguna forma disminuir la excesiva carga de trabajo de los Juzgados Familiares que en materia de Divorcios se observa en el Distrito Federal.

CAPITULO I. EI MATRIMONIO

A). DEFINICIONES.

La palabra matrimonio deriva de la voz latina matrimonium, que significa "carga de la madre". A su vez la palabra "patrimonio" expresa carga del padre (patrimonium). El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. El padre que debe proveer al sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar. Las legislaciones del pasado, muy cercanas en el tiempo al momento actual señalaban entre los deberes derivados del matrimonio, esa distribución de funciones. Se tratarán los mismos al analizar los efectos del matrimonio.

Aunque el concepto de matrimonio es casi apriorístico, pues el común de los mortales puede expresar una idea sobre el mismo, existen tantas definiciones como autores que tratan el tema. Así en una concepción puramente legalista se ha dicho que "es el estado de dos personas, de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley". Una concepción histórico sociológica expresa que el matrimonio "es una relación más o menos duradera entre el hombre la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura". El punto de vista canónico estima que el matrimonio "es un sacramento de la Nueva Ley que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer, y para engendrar y educar pía y santamente la prole".

Inspirado en las Partidas, Joaquín Escriche, define al matrimonio como "la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte". En términos semejantes definían los códigos para el Distrito y Territorios Federales del siglo pasado (1870 y 1884), por su marcada influencia del derecho

español. La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 en su Art. 13, define con las mismas palabras de los códigos citados cambiando únicamente la palabra indisoluble, por disoluble: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"¹

La Dificultad de encontrar un concepto unitario de matrimonio y expresar su definición es enorme. Estrictamente, es del todo imposible hallar una definición única o un concepto totalitario del matrimonio, válido para todas la épocas y lugares. Precisamente porque el matrimonio, es tan variado como la cultura en la que se da, y porque los criterios doctrinales y legislativos ponen el acento en diversos aspectos de esa figura.

Se le ha definido desde el punto de vista biológico, sociológico, histórico, ético, espiritual, económico, religioso y legal, entre otros. El matrimonio efectivamente, puede contemplarse desde esa pluralidad de ángulos. Pero aún desde el simple punto de vista legal, no hay unidad de criterio, pues es al mismo tiempo un acto jurídico, que, una vez realizado, produce un estado, el cual es regido por un conjunto de normas que armónicamente organizadas constituyen una institución. ¿Cuál de los tres conceptos: actor jurídico, estado o institución se va a elegir para definir al matrimonio? La mayoría de los autores optan por el primero por ser la fuente y el origen de los otros dos. El matrimonio es, indiscutiblemente un acto jurídico.

Determinar si el matrimonio es un contrato o un acto jurídico de otra especie, un estado civil, o una institución, etc., es cuestión que se abordará con posterioridad al tratar la naturaleza jurídica del matrimonio.

"Corresponde ahora, pese a su dificultad, ensayar un concepto del mismo: Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad

¹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa México 1990 4° edición págs. 95 y

de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.

“Este concepto corresponde a la figura del matrimonio dentro de nuestro derecho positivo. No pretende incluir todas las formas de matrimonio habidas en la historia ni todos los casos particulares de matrimonios contemporáneos. Lo único quizá con validez universal sea la primera parte del concepto: El matrimonio es la forma legal de constitución de la familia”. No es desde luego la única forma legal. Posteriormente se analizará la figura de la adopción que es también una forma legal de constituir lazos familiares. Pero la forma legal que recoge los datos que otorga la naturaleza de creación de la familia: la unión de los sexos, es el matrimonio.

“En el concepto expuesto señalamos que el matrimonio establece un vínculo jurídico entre dos personas de distinto sexo. No tiene esta expresión validez universal en razón de que han existido y aun subsisten en pueblos de cultura musulmana, matrimonios poligámicos, no es pues, vínculo entre dos personas únicamente: y en cuanto a la diferencia de sexos, modernamente empiezan a surgir formas aberrantes de matrimonios homosexuales.

“Siguiendo con el análisis de nuestro concepto, la expresión de que “el matrimonio crea una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos” presenta también sus excepciones. No existirá, por ejemplo, comunidad de vida permanente en el matrimonio “en articulo mortis” (si realmente muere el cónyuge desahuciado): ni se establecen derechos y deberes recíprocos en las legislaciones, sobre todo del pasado, en que existía una preponderancia del varón sobre la mujer.

Un concepto unitario y totalizador del matrimonio, válido para todos los lugares y épocas, es del todo difícil, cuando no imposible de obtener. Válido es, sin embargo, el concepto genérico del mismo: “Forma legal de constituir la familia a través de la

unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una Comunicad regulada por el derecho".²

Por ser el matrimonio el matrimonio la forma casi universal de constituir la familia, el panorama histórico del mismo coincide con el de la familia.

El estudio de la evolución del matrimonio a través de la historia nos proporciona también el conocimiento de la situación ancestral de desigualdad de trato entre las personas de ambos sexos, el predominio del varón y el sojuzgamiento de la mujer. Si esto ha sido patente en todo tipo de relaciones, asume su forma más aguda en el matrimonio.

Los estudios antropológicos y sociológicos entre otros, con respecto a la evolución del matrimonio y de las sociedades mismas no presentan de ninguna manera unidad de criterio. En buena parte porque no es posible remontarse con veracidad en la noche de la historia sin datos auténticos verdaderamente comprobables; por otra parte, porque la evolución de las sociedades humanas ha presentado características diferentes en los diversos lugares de la tierra y en las distintas etapas históricas. A falta de datos ciertos de la organización de las sociedades primitivas, los estudiosos de la materia toman en consideración las formas actuales de grupos étnicos que han permanecido al margen de la civilización (La Polinesia, lugares de América, de África o de Asia muy apartados de los demás pueblos), o simplemente elaboran teorías basadas en los poquísimos vestigios que se han encontrado de pueblos primitivos y en suposiciones de cómo debieron ser esas arcaicas culturas.

La teoría tradicional acerca del comportamiento sexual de los primeros humanos nos habla de una total promiscuidad en la que los hombres no se dejan guiar más que por su instinto, el que satisfacen cuando surge y con la pareja que esté a la mano. Y al hablar de la promiscuidad los científicos emplean ya

² BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Derecho Civil. Editorial Harla. México 1991. Pág. 115.

expresiones discriminatorias "el macho se satisface en cualquier hembra". Estas y otras expresiones acerca de la relación sexual suponen un solo sujeto con instinto "en" y no dos sujetos que satisfacen recíprocamente su instinto sexual. Y a lo largo de toda evolución de la figura matrimonio vamos a encontrar la misma actitud, real o figurada por lo que la estudian: el varón viola, rapta, compra, se disputa, cambia, persigue, repudia, posee, se apropia de la mujer. Conductas activas y dominantes del macho contra la supuesta o real pasividad de la hembra. ¿Deriva pues, la dominación masculina del primitivo instinto sexual que era brutalmente satisfecho sin importar la voluntad de la hembra? Oscuros son los orígenes de la prepotencia masculina, pero la misma ha impregnado la historia de la humanidad hasta el presente siglo en que, incipiente, dispersa y desorganizadamente, empieza a despertar la conciencia femenina. Largo camino le toca recorrer a la mitad de la humanidad (las mujeres) en la lucha por el logro de sus derechos; de no ser más objeto de propiedad del varón, dependiente y minusvaluada. El matrimonio ha sido, en su forma tradicional, la institución mas falazmente opresora de la condición femenina, revestido con todos los ropajes culturales de seducción (la tradición, la moral, los convencionalismos, la "gloria" de la maternidad, la protección del fuerte al débil, el amor romántico, la dulzura del servicio a los demás, el ser el ángel del hogar, etc. Etc.); a él aspiran consciente o inconscientemente todas la jóvenes. Y el resultado final en la inmensa mayoría, es la frustración (reconocida y con frecuencia negada, pero totalmente cierta) en la vida de las parejas.³

En Roma, el matrimonio fue un hecho reconocido por el derecho para darle efectos; de tal concepción se derivó la naturaleza del matrimonio como la de un estado de vida de la pareja, al que el Estado otorgaba determinados efectos. En un principio no se requería de ninguna ceremonia para la constitución del matrimonio: sólo era necesario el hecho mismo de la convivencia de la pareja.

Si bien es cierto que la celebración a propósito del acto era frecuente, ésta revestía carácter religioso, no jurídico. Con ella comenzaba el nuevo estado, aunque

³ Cfr. GUITRON FUENTEVILLA, Julian. ¿Que es el Derecho Familiar?. Tomo I. Promociones Jurídicas

tal ceremonia tampoco fuera indispensable; de aquí que hubiera varias formas de iniciar el matrimonio: desde la ceremonia de la *confarreatio* y la *coemptio*, hasta la simple entrega de la mujer en casa del marido, o la ausencia total de formalidades en el matrimonio por usos.

Con el cristianismo se establece la manifestación del consentimiento de los contrayentes ante la iglesia y el registro de la ceremonia en actas parroquiales, con lo que el matrimonio adquiere una forma determinada de celebración, que permitió distinguir claramente la unión matrimonial de otras uniones como el concubinato. Pero no obstante que la celebración se hizo indispensable para que hubiera matrimonio como lo estableció el Concilio de Trento - la iglesia siguió distinguiendo el simple matrimonio celebrado (*rato*) del matrimonio consumado por la unión real de los cónyuges. Así dábese el caso de que no obstante haberse celebrado el matrimonio, no hubiera tal por no existir la relación sexual, circunstancia que lo colocaba como *matrimonio ratum vel no consumatum*.

A partir de las peculiaridades de esta evolución, Carlo Jemolo hace una distinción entre matrimonios constituidos y matrimonios celebrados. Para él, los matrimonios constituidos son aquellas uniones que conforman un género de vida, independientemente de ser precedidos o no por una ceremonia, y son matrimonios celebradas las uniones precedidas por ceremonias creadoras del vínculo, sin que sea necesario, para que existan los derechos y deberes consiguientes, que a la celebración siga una relación carnal en la pareja o un estado de convivencia.

Para algunos países que la adoptaron, esta distinción entre dos tipos de matrimonio hizo prevalecer el matrimonio celebrado desde el Concilio de Trento, un sistema de legislación civil. Tal fue el caso de España - y consecuentemente de sus colonias - en virtud de un decreto de Felipe II y, para otras naciones, el reconocimiento de efectos al matrimonio religioso, como en el caso de Italia, al mismo tiempo de la celebración laica.

Con la Revolución Francesa, por primera vez se efectúa la laicización del matrimonio, de modo que el único matrimonio válido es el celebrado ante la iglesia o bien ante los funcionarios del estado civil.

En tiempos recientes se ha tratado de retornar al tipo de matrimonio constituido. Así lo reglamentan, entre otros, Cuba, algunos Estados de los Estados Unidos de América y el Estado de Tamaulipas, en México, con el llamado matrimonio por comportamiento. En el fondo no se trata sino de reconocer al concubinato los mismos efectos que al matrimonio celebrado con las formalidades legales. Resultado similar han venido a tener las últimas reformas al Código Civil vigente para el D.F., al igualar a los concubinos con los casados, en los derechos a la sucesión y a los alimentos.⁴

Para atender al problema de la definición del matrimonio, es necesario tener presente en este término implica fundamentalmente dos acepciones:

- 1.- Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.
- 2.- Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Si consideramos que del acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en términos generales éste puede definirse como un acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

⁴ Cfr. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1990. Págs. 36 a 39

El hecho de arribar a tal abstracción conceptual del matrimonio implica la revisión de diversos conceptos a él vinculados, como la voluntad de los contrayentes y los diversos momento y hechos históricos que van determinándolo en el tiempo y conforman la explicación sobre su naturaleza jurídica.

En todos los casos de matrimonio celebrado, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de los matrimonios por venta de la mujer, rapto y acuerdo de los progenitores.

En los sistemas jurídicos occidentales ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia o el oficial del registro civil.

Esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto, constituye un contrato.

No cabe duda de que el acuerdo de voluntades es indispensable para que se realice el matrimonio: tanto los autores, como la autoridad eclesiástica han reconocido el carácter voluntario y libre de la unión matrimonial. Así, tradicionalmente se identificó todo acuerdo de voluntades como un contrato y, para distinguirlo del acto religioso considerado también como un sacramento - las autoridades políticas, tanto de la Revolución Francesa como los legisladores de nuestras Leyes de Reforma, concibieron al matrimonio como un contrato, un contrato de naturaleza civil.

En México, la promulgación y publicación de leyes como la del 27 de enero de 1857, que establecía para toda la República el registro del estado civil, y la del 27 de julio de 1859 sobre el matrimonio, le dieron por primera vez el carácter de acto laico, totalmente ajeno a la autoridad eclesiástica, y lo que denominaron contrato, concepción con la que pasó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. De igual manera en el Código Civil para el D.F. de 1870 se

reglamenta el matrimonio y se le instituye con carácter eminentemente contractual, laico y civil.

Al matrimonio no sólo se le ha considerado como contrato a partir de actos de afirmación política, sino que también importantes tratadistas le han dado tal denominación. Señalan, además, que se trata del contrato más antiguo: al ser el origen de la familia, lo remontan hasta los albores de la humanidad.

El concepto del matrimonio como contrato tiene una larga tradición doctrinal y cuenta con defensores importantísimos, tales como Marcel Planiol quien lo define como "la unión sexual del hombre de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por la ley, y de sacramento por la religión".

Sin embargo, más recientemente otros autores han objetado el carácter contractual del matrimonio, sin desconocer el papel que la voluntad de los contrayentes juega en su celebración. Entre estos autores figuran:

a) León Duguit, quien sostiene que el matrimonio constituye un acto jurídico condición; es acto jurídico porque es una declaración de voluntad a la que el derecho otorga determinados efectos. Es condición en tanto resulta indispensable para el nacimiento de un estado jurídico previamente establecido, con derechos y deberes que no pueden ser alterados por las partes.

b) Antonio Cicu, quien manifiesta que el matrimonio no es un contrato, ya que no es la sola voluntad de los contrayentes la que lo crea; para que exista el matrimonio se requiere que éste sea declarado por el oficial del registro civil. Por lo tanto, aunque haya acuerdo de los interesados éste no es suficiente, puesto que sin el oficial de registro civil no hay matrimonio. Así el matrimonio es un acto complejo de poder estatal que requiere de la voluntad de los contrayentes y la del Estado.

c) Hourio y Bonnacase, por su parte sostienen que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ella se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración.

En síntesis, los diversos autores, distinguen en el matrimonio estas características:

a) Es un acto solemne.

b) Es un acto complejo por la intervención del Estado. Requiere de la concurrencia de la voluntad de las partes y de la voluntad del Estado.

c) Es un acto que para su constitución requiere de la declaración del juez del registro civil.

d) En él, la voluntad de las partes no puede modificar los efectos previamente establecidos por el derecho, ya que sólo se limita a aceptar el estado de casado con todas sus implicaciones queridas o no.

e) Sus efectos se extienden más allá de las partes y afectan a sus respectivas familias y a sus futuros descendientes.

f) Su disolución requiere de sentencia judicial o administrativa; no basta con la sola voluntad de los interesados.⁵

⁵ Autores citados por IBARROLA, Antonio De. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1985. Pág. 88.

B) REQUISITOS.

Abordar este tema implica que nos ubiquemos dentro de la segunda etapa del matrimonio, señalada como la de la celebración propia del acto matrimonial, subsecuente a la etapa de los esponsales, así como en los requerimientos imprescindibles para su realización legal.

Los requisitos indispensables que deben cubrirse para la celebración del matrimonio se agrupan requisitos de fondo y requisitos de forma.

Los requisitos para la celebración del matrimonio no deben confundirse con los elementos de existencia o de validez, pues aun cuando la falta de alguno de dichos requisitos puede producir la inexistencia o la nulidad del acto matrimonial, su división no coincide con la clasificación de los elementos esenciales del acto jurídico matrimonial.

Los requisitos de fondo son aquellas características que afecta a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de realizar un matrimonio válido y la celebración del acto matrimonial:

1. Diferencia de sexo.
2. Pubertad legal.
3. Consentimiento de los contrayentes.
4. Autorización familiar (padres, tutores) o suplencia por la autoridad judicial o administrativa.
5. Ausencia de impedimentos.

Diferencia de sexo. Aún cuando no se haga de manera expresa, la ley exige que el matrimonio sólo se dé entre un hombre y una mujer, ya que esa es una institución creada precisamente para regular la relación sexual entre personas de distinto sexo. Así en nuestro sistema social y jurídico no caben las especulaciones dadas en otras latitudes sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la procreación ha sido considerada como uno de los fines principales del matrimonio. Aunque la capacidad para procrear no sea indispensable piénsese en personas de edad avanzada que efectúan el acto matrimonial aquel fin en ningún caso podría alcanzarse entre personas del mismo sexo, aunque tuviera lugar la comunidad de vida íntima, típica del matrimonio. Los individuos que por malformaciones fisiológicas no son aptos para la relación sexual, tampoco lo son para contraer matrimonio, tal ha sido la opinión de la jurisprudencia y la doctrina.

Primeramente, debe entenderse por pubertad la aptitud para la relación sexual y la procreación, y por pubertad legal, la edad mínima que fija el Código para poder celebrar el matrimonio, considerando que ya se tiene la aptitud física para la procreación.

La pubertad legal la fija el Código Civil para el D.F., en 16 años para el varón y 14 para la mujer. Estas edades pueden coincidir o no con la realidad fisiológica individual. En nuestro medio es frecuente que la pubertad se anticipe a las edades señaladas por el Código; es por eso que se prevé el caso de dispensa cuando hay motivo que, por lo general, es el embarazo anticipado al matrimonio, como sucede en los casos de mujeres menores de 14 años y de varones menores de 16.

En nuestro tiempo y dentro de nuestra cultura el matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes, pues se trata de un acto jurídico que, por lo mismo requiere de la manifestación de la libre voluntad, certeza y capacidad de los contrayentes; esto es, de la manifestación de la voluntad libre de todo vicio para que pueda válidamente expresarse.

La ausencia de consentimiento implica necesariamente la inexistencia del matrimonio. Dicha ausencia puede darse en los casos de sustitución de alguno de los contrayentes, o de insuficiencia de poder, en el caso de representación para el acto.

Sin el consentimiento no hay matrimonio, establece categóricamente el Código Civil francés. Para apreciar esta afirmación en todo lo que vale, debemos recordar que en otras épocas y en otros sistemas jurídicos, el consentimiento de los esposos no era y aún no es indispensable. Por ejemplo cuando los padres de los futuros esposos eran quienes concertaban los matrimonios desde la infancia de sus hijos, o cuando la mujer es comprada.

Las Naciones Unidas tienen abierto para su firma un protocolo mediante el cual se establece la obligatoriedad del consentimiento para la celebración del matrimonio, y sólo ha sido suscrito por menos de la mitad de las naciones del orbe; el mayor abstencionismo se encuentra en los países africanos y profesantes de la fe mahometana.

Autorización de los padres. Desde tiempos pretéritos, el matrimonio ha sido considerado de interés familiar y se ha requerido de la conformidad de la familia para su celebración, incluso entre los mayores de edad.

En la actualidad y en nuestro sistema jurídico, para la celebración del matrimonio sólo se requiere la autorización de quienes ejerzan la patria potestad, o la tutela, en el caso de los menores de 18 años.

La autorización o licencia para la celebración del matrimonio entre menores será facultad:

1. De los padres;

2. Del padre sobreviviente o del padre con el que viva el menor;
3. De los abuelos paternos, a falta o imposibilidad de los padres;
4. De los abuelos maternos, a falta o imposibilidad de los abuelos paternos;
5. De tutor, a falta de padres y abuelos que ejerzan la patria potestad;
6. Del juez de lo familiar, a falta de tutor;

7. Del Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados, supletoriamente, cuando existan los ascendientes que ejerzan la patria potestad, pero nieguen su autorización para el matrimonio. (En los Estados, es facultad del gobernador o los presidentes municipales.)

Para el caso de los menores de 16 y 14 años tratándose de varón o mujer, además de la autorización citada se requiere dispensa de edad, que debe otorgar la autoridad administrativa cuando haya causa suficiente.

En nuestra opinión, la ley resulta incongruente al establecer dos autoridades para un mismo acto, sobre todo cuando es la autoridad administrativa la facultada para intervenir en caso de controversia entre el menor y sus representantes. Es de desearse que la facultad de resolver se reserve, en todo caso, al juez de lo familiar, no sólo en caso de ausencia de autorización, sino también y sobre todo en caso de oposición o negativa a otorgarla por parte de aquellos que deben darla.

AUSENCIA DE IMPEDIMENTOS.

Toda situación material o legal que impida un matrimonio válido puede ser considerada como un impedimento, si los autores señalan algunas situaciones específicas como requisitos de fondo para la celebración, es sólo para poner de

manifiesto su trascendencia, pues ya la falta de edad y de autorización para los menores son considerados por el Código dentro de los impedimentos y la diferencia de sexos y el consentimiento se dan por supuestos; el primero en el concepto de matrimonio y el segundo al analizar las causas de nulidad entre los que se encuentra el que la voluntad no haya sido libre al momento de la celebración. (También son impedimentos el rapto y la violencia).

Por impedimento debemos entender toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio; esto es, toda circunstancia de tipo biológico, moral o jurídico por la cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse.

REQUISITOS DE FORMA PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Dentro de la segunda etapa del matrimonio, que hace a la celebración propia del acto matrimonial, los requisitos de forma que deben satisfacerse se dividen en previos y concomitantes, o propios de la celebración y corresponden a dos momentos de la misma. Ambos constituyen el conjunto de formalidades que hacen que el matrimonio como acto jurídico se tenga por celebrado válidamente.

PREVIOS A LA CELEBRACION.

Trámites previos a la celebración del matrimonio. Consisten básicamente en satisfacer los requisitos que atañen a la solicitud que los interesados deben presentar ante el juez del registro civil, y en la que manifiestan:

1. Sus nombres, edad, domicilio y ocupación;
2. Los de sus padres;
3. Que no tienen impedimento para casarse, y

4. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

A la solicitud deberán acompañar los siguientes documentos (artículo 98 del Código Civil para el D.F.):

I. Acta de nacimiento o dictamen médico que compruebe que tienen la edad mínima para contraer matrimonio. Este documento no es necesario si por su aspecto físico es notorio que los contrayentes cumplen con el requisito de pubertad legal.

II. Constancia de que los padres, tutores o autoridades autorizan el matrimonio, en el caso de que alguno de los contrayentes sea menor de edad.

III. Declaración de dos testigos a quienes, por conocer a los futuros esposos de tiempo atrás, le consta que no tienen impedimento para casarse.

IV. Certificado médico prenupcial en el que conste que no tienen ninguna de las enfermedades que constituyen obstáculo para el matrimonio.

a) Los pretendientes.

b) Dos testigos de identidad, para hacer notar que los pretendientes son quienes ellos dicen ser, y que no tienen impedimento legal para casarse.

c) Los padres o tutores, si se trata del matrimonio de menores.

2. Previa ratificación de las firmas de la solicitud (de los contrayentes, testigos y ascendientes o tutores, si alguno es menor de edad), el juez:

a) Leerá en voz alta la solicitud y los documentos que la acompañan;

b) Preguntará si los contrayentes son las mismas personas a que se refiere la solicitud;

c) Preguntar a cada contrayente, si es su voluntad unirse en matrimonio;

d) En caso afirmativo, declararlos casados en nombre de la ley de la sociedad.

3. El juez, posteriormente:

a) Procederá de inmediato a la redacción del acta en la formas especiales que, foliadas y por triplicado, harán constar todas las formalidades verbales anteriores, en los términos del artículo 103 del Código Civil para el D.F.

b) Firmará el acta, junto con los contrayentes, los testigos y los padres o tutores, en su caso;

c) Imprimirá las huellas digitales de los contrayentes;

d) Entregará de inmediato una de las copias del acta a los ahora esposos.

DISPENSA DE IMPEDIMENTOS Y SUPLENCIA DE AUTORIZACION.

Ya hemos señalado que para que el matrimonio se celebre y surta sus efectos, no sólo se necesitan dos sujetos capaces de distinto sexo que expresan libremente su voluntad de unirse en matrimonio, sino que es necesario que entre ellos no existan impedimentos. Asimismo, vimos que nuestra legislación admite dispensas para cierto tipo de impedimentos.

Recordemos que la dispensa es una exención de carga, formalidad o condición otorgada a determinada persona, por una autoridad pública.

Si existe un impedimento matrimonial, la dispensa será otorgada por el Jefe del Departamento del D.F. o delegado, en los casos de: a) Falta de edad, b) Parentesco consanguíneo colateral en tercer grado (tío, sobrina) y c) Tutoría o curatela.

La suplencia, recordemos, se refiere a la sustitución de la autorización del representante la da al juez de lo familiar, que es la autoridad legalmente facultada para ello. En caso de negativa del representante, la suplencia corresponde a la autoridad administrativa.

Apuntamos también la necesidad de unificar a la autoridad competente para la dispensa y la suplencia en el matrimonio.

OPOSICION AL MATRIMONIO

En el caso de que antes de la celebración del matrimonio o durante su transcurso:

- a) Se presente alguna persona haciendo constar un impedimento;
- b) El juez personalmente conozca del impedimento;
- c) Reciba el juez una denuncia, aunque sea anónima, pero acompañada de una prueba documental;

El juez del registro civil deberá:

- a) Levantar un acta en la que consten los pormenores del caso:
- b) Hacerlo saber a los interesados;

c) Suspender el matrimonio; y

d) Remitir toda la documentación al juez de lo familiar, para que ante él se dilucide la procedencia o no del impedimento.⁶

Las falsas denuncias sujetan al que las haga a las penas de falso testimonio, además del pago de las costas judiciales, daños y perjuicios.

No se admiten denuncias anónimas si no van acompañadas de prueba documental.

⁶ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Porrúa México 1988. Pág. 113.

C), EFECTOS.

Una vez celebrado el matrimonio reuniendo todos y cada uno de los requisitos de existencia validez que la ley exige al respecto, surge para los contrayentes un nuevo estado civil, el estado de casados, mismo que está regulado por la institución matrimonial.

El estado de casados implica la aplicación imperativa de una serie de deberes recíprocos entre los cónyuges, que podemos analizar de tres formas : en cuanto a sus personas, en cuanto a sus bienes y en cuanto a sus hijos.

Consecuencias Jurídicas en las personas de los Cónyuges.

Las mismas que se encuentran reguladas en los artículos 162 a 177 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Derecho a la Libre Procreación.

El primer dato importante a señalar es, que en la legislación actual se señala la igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre los cónyuges. Así ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y socorrerse mutuamente.

En vista de ello los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos, si tienen relaciones armónicas y se ponen de acuerdo al respecto "tratarán" de tener el número de hijos y el espaciamiento entre unos y otros pero la que decidirá será la naturaleza, ya que no todas las parejas tienen la capacidad fecundante a su disposición.

Esto se señala ya que muchos matrimonios desean tener hijos, y estos le son negados por esterilidad u otras situaciones, aunque ellos quisieran tenerlos, no

podrán aunque lo quisieran, en otras ocasiones no es su deseo de tener hijos y utilizan para evitarlo, anticonceptivos, y en este supuesto aún utilizando estos, no deseando tener hijos surge un embarazo indeseado.

El derecho a la libre procreación que debe ser ejercido de mutuo acuerdo entre los cónyuges, que en ocasiones da a lugar a serios conflictos entre la pareja, por si uno de ellos desea tener un hijo y el otro no lo desea, dando pie a esto serias dificultades entre los consortes, que pueden llevar al rompimiento del matrimonio.

Esta facultad, de decidir cuando y cuantos hijos quieren tener los cónyuges se encuentra reglamentada en nuestra legislación en su artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, en su segundo párrafo, el que le otorga el derecho a toda persona de decidir de manera libre, responsable sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; por lo que le toca al matrimonio este derecho el cual deben de ejercerlo de común acuerdo por los cónyuges.

Deber de cohabitación en el Domicilio Conyugal

El siguiente derecho o deber entre los cónyuges es el de cohabitar, que significa que deben de vivir juntos en el domicilio conyugal, domicilio en el cual por mutuo acuerdo escojan libremente para vivir.

El artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal , nos señala el concepto de Domicilio Conyugal con las siguientes palabras:” Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales”.

No se puede configurar o señalar como domicilio conyugal el de algún familiar o amigo de los consortes, si estos viven ahí, así lo a determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por domicilio conyugal se entiende el lugar en donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideraciones, por lo que, no basta para tener constituido un domicilio conyugal y pretender la incorporación a él, de la esposa y de los hijos, que el marido se limite a señalar como lugar en que debe establecerse el hogar, la casa en que viven, sino que tienen que justificar que la misma es adecuada para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio; lo que requiere, además de ciertas condiciones materiales como espacio, servicios, etc., la demostración de que es un domicilio propio y no el de algún familiar o amigo de los consorte (Informe rendido por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al pleno de este Tribunal, 1980, núm. 38, pág. 42 Amparo directo 1397/75).

Del deber de cohabitación, en el domicilio conyugal solamente puede eximir los Tribunales a uno de los cónyuges, con conocimiento de causa, cuando el otro cónyuge traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso (art. 163 del Código Civil).

Asimismo, se puede dar la separación de los cónyuges, como consecuencia del Divorcio de acuerdo a las causales contempladas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, en estas causales el Juez de lo Familiar ordenara la separación de los cónyuges solamente y seguirán, persistiendo los demás obligaciones que se derivan del matrimonio, tal y como lo contempla el ordenamiento antes señalado en su artículo 277.

También así, el Juez de lo Familiar puede ordenar la separación de los cónyuges al admitir la demanda de divorcio en base a otras causales, fundando esta separación en los artículos 275 y 282 fracción II del Código Civil.

Derecho- deber de relación sexual

Independientemente de la procreación de los hijos, los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales. La ley no lo señala con estas palabras, sino señala que ambos consortes están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio.

De lo anterior debemos de tomar en cuenta que uno de los fines del matrimonio, naturalmente aceptado en forma universal, es la relación sexual lícita entre los cónyuges.

La negativa permanente y sin causa de uno de los cónyuges a tener relación carnal puede constituir causa de divorcio, la tipificada como injurias, la cual se tratará en el capítulo sobre Divorcio.

Ayuda Mutua.

La ayuda mutua es quizá el deber de mayor trascendencia en el matrimonio , pues implica una serie de conductas variadas y permanentes de solidaridad entre los cónyuges. Desde el punto de vista económico, ambos contribuirán al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma proporción que acuerden para ese efecto según sus posibilidades.

De lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en este caso el otro atenderá íntegramente a estos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar, así lo señala el artículo 164 del Código Civil.

Anteriormente el Código Civil establecía obligaciones económicas diferentes para los cónyuges, de acuerdo con los roles tradicionales asignados a hombres y mujeres, como lo era la obligación alimentaria a cargo del marido y sólo subsidiaria para la mujer, y a esta le exigía los servicios de dirección y cuidado de los trabajos dentro del hogar.

Se observa que tanto el artículo 164 del Código Civil, así como el derogado en el mes de diciembre de 1974, desconocen, o mas bien niegan el valor económico que representa la dirección y cuidado de los trabajos del hogar, quizás una de las causas históricas determinantes de la situación de la inferioridad femenina frente al varón se deba a haberle negado secularmente valor económico al trabajo tradicional de la misma: la crianza y cuidado de los hijos, y los interminables trabajos y desgaste que produce el hogar.

En conclusión el artículo 164 de la ley multicitada debió incluir la expresión de que el cónyuge que desempeñe los trabajos del hogar y el cuidado de los hijos(casi siempre la esposa), está contribuyendo económicamente al sostenimiento del hogar con el desempeño de sus tareas, sin que desde luego, se establezca que ésa es su tarea forzosa sino por el contrario es el producto de acuerdo con su cónyuge.

Es importante señalar que mientras se le siga negando valoración económica a los trabajos mencionados, persistirá la situación de inferioridad de quien los lleve a cabo, por muy cotidianos, indispensables e imprescindibles que los mismos sean.

La ayuda mutua entre consortes debe manifestarse no solamente en el terreno económico, sino también, de manera preeminente, en el terreno moral y afectivo; pero estos aspectos escapan a la legislación, ya que no puede ordenarse ni exigirse coercitivamente que los esposos se amen, se respeten, sean leales, indulgentes, corteses, amables entre sí; y desafortunadamente no están contempladas, tomando en consideración que estas son las conductas que en esencia el estado de casados.

En el derecho de familia vemos manifestarse constantemente esta impotencia del derecho, ya que los familiares(cónyuges, padres e hijos, hermanos entre sí, cuando menos), deberían amarse respetarse y comprenderse. Pero desafortunadamente estas son esferas pertenecientes a la moral a la afectividad, a la crianza, a las cuales no alcanza el orden jurídico.

Lo único que le cabe al derecho, ante la ausencia de esas conductas positivas entre familiares, en muy limitados casos, extinguir los lazos familiares(divorcio revocación de la adopción solamente o imponer sanciones como la pérdida de la patria potestad por ejemplo); pues los parientes consanguíneos lo son para toda la vida pese a sus conductas aberrantes o desnaturalizadas en ciertos casos.⁷

Fidelidad.

El deber de fidelidad está implícito dentro de la regulación del matrimonio, pues, aunque no expresando con las palabras los “cónyuges se deben recíprocamente fidelidad”, el incumplimiento al mismo, el adulterio, lo recogen las leyes: el Código Civil al establecerlo como causa de divorcio (art. 267, Fracción I), el Código Penal tipificándolo como delito (art. 273), cuando el adulterio se comete en el domicilio conyugal o con escándalo.

La fidelidad significa, la exclusividad sexual de los cónyuges entre si y la violación a la misma un ataque a la lealtad, que puede herir muy gravemente los sentimientos del cónyuge ofendido, hasta el grado de terminar con la relación conyugal por divorcio.

El deber de fidelidad ha estado siempre presente en los sistemas jurídicos que consagran la monogamia, aunque no es sino hasta el presente, en que se exige en forma recíproca para ambos cónyuges.

⁷ Cfr. DE PINA, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa México 1988. Pág 86.

La fidelidad en su historia, ha sido siempre un deber absoluto para la mujer y su incumplimiento, sancionado con terribles penas incluyendo la muerte por lapidación, por el contrario, el adulterio del varón, por el contrario, fue tolerado (y hasta aplaudido como muestra de virilidad).

Por lo que toca a nuestro sistema de derecho, es hasta la entrada en vigor del Código Civil actual, en que se consagra la norma igualitaria del adulterio para ambos consortes, como causa de divorcio, pero no debemos de perder en cuenta que en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, y que fue tan avanzada para su época y que elimino la potestad marital, discriminaba en razón de la causal de divorcio por adulterio, reglamentada en su artículo 77.

El artículo antes mencionado señalaba; que el adulterio de la mujer era siempre causa de divorcio; el del marido lo era solamente cuando con él concurrían diversas circunstancias como lo eran :1.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa en común, 2.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal, 3.- Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima, 4.- Que la adúltera haya maltratado, de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos, a la mujer legítima.

Igualdad jurídica entre cónyuges

Como se menciona anteriormente , respecto a los artículos 162 y 164 del Código Civil del Distrito Federal, que nos señalan de la decisión en común de los cónyuges, para la procreación y a los deberes de carácter económico dentro del hogar, el Código Civil establece la igualdad en aspectos de carácter moral y en las conductas con respecto a los hijos, como lo establece dicha ley en su artículo 168.

Dicho numeral señala, que el hombre y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la

administración de los bienes que a estos pertenezcan. Y para el inexplicable caso de desacuerdo entre los cónyuges, el único autorizado para resolver esas diferencias lo es el Juez de lo Familiar.

Esta última disposición en el sentido de que el Juez resolverá, no es más que una paradoja, un buen deseo del legislador de que los casados ocurran a los buenos oficios de un tercero (el Juez), para que dirima los desacuerdos entre los cónyuges. Si no se ponen de acuerdo en algo tan importante como es la formación o educación de los hijos ¿van a estar de acuerdo en ocurrir ante el Juez presentándole sus dificultades?, creo que sería casi imposible. No debemos de dejar de tomar en cuenta que el Legislador trata de darle al Juez, o de imponerle un papel de consejero matrimonial, y , si bien esto sería lo deseable, está fuera de nuestra realidad y nuestras costumbres.

Las consejerías matrimoniales ya funcionan y cumplen un positivo papel en otros países (Estados Unidos, por ejemplo), mas no están a cargo estrictamente de los jueces, sino de otras instituciones, normalmente privadas.

Sería lo ideal que existieran en nuestro país,. Como un servicio otorgado por el Estado o por las organizaciones privadas filantrópicas, pues, dado nuestro subdesarrollo, si fueran onerosas, estarían fuera del alcance de las clases medias y populares que son las que configuran el gran porcentaje de nuestra población.

Otra norma igualitaria consiste en el derecho que tiene ambos cónyuges de desempeñar cualquier actividad excepto las que dañan la moral o la estructura de la familia.

En este caso, cualesquiera de los dos puede oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate, y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición (art. 169 Código Civil). En lo relativo a este artículo, la decisión del Juez no tiene ninguna fuerza obligatoria, pues el incumplimiento de la decisión judicial

respectiva, no da causa de divorcio, como por ejemplo en la que sí se configura la causal en el desacato a la decisión judicial contemplada en los artículos 164 y 168 de la multicitada ley, en el hipotético caso de que hubieren concurrido los cónyuges al arbitrio judicial.

La verdad es que, en todas estas cuestiones que significan la comunidad de vida, si no existe el mutuo acuerdo entre marido y mujer, se darán cualquiera de estas dos circunstancias: la imposición de hecho de una voluntad sobre la otra, con la consiguiente frustración de quien resulte sojuzgado, o la desarmonía originada por dos distintas posiciones, opuestas entre si y que conducen lentamente a la quiebra del matrimonio, se reitera que en la intimidad de la vida conyugal y del hogar, el derecho es inoperante, ya sea a través de sus normas o de la intervención judicial.

Con respecto al manejo de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, ambos son libres para administrar, contratar, disponer y ejercer las acciones y excepciones que les corresponden, sin intervención de su pareja. Solamente si son menores de edad, necesitarán autorización judicial para actos de dominio con respecto a sus bienes.

Existió en el Código una norma que ya fue derogada por la limitación de ejercicio que impone a las personas en razón de su estado de casados, nos referimos al artículo 174 del Código Civil, que a la letra decía:

Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas, o para actos de administración.

La redacción de ese artículo correspondía a las reformas que realizadas en diciembre de 1974, con motivo de la celebración en México del año Internacional de la Mujer, en 1975, decretado por la Organización de las Naciones Unidas, en la cual

se obligaban los países firmantes, México entre ellos, a eliminar de sus leyes todos los principios discriminatorios para la mujer.

Antes de la reforma, el citado artículo expresaba que: "la mujer necesitaba autorización para contratar con su marido, excepto cuando el contrato fuese el de mandato". Esta norma contenía un supuesto sentido protector hacia la mujer en contra de su marido, para evitar que éste pudiera lesionar el patrimonio de la misma cuando estaban casados bajo el régimen de separación de bienes, pues, cuando el mismo era el de la sociedad conyugal, el marido era el administrador legal. Y decimos supuesta protección, porque se permitía a la mujer realizar el contrato de mandato, simplemente así, el de mandato, no como dice actualmente el mencionado artículo "mandato para pleitos y cobranzas y actos de administración. La otra clase de mandato que existe es para actos de dominio y, si el mismo estaba permitido, mediante ese contrato realizarlo entre marido y mujer, esta le otorgaba plenas facultades a su cónyuge para disponer libremente de sus bienes. ¿Fue sin error involuntario, aunque grave del legislador, dejar esta norma? O ¿fue simplemente una argucia para aparentar proteger a la mujer, dejando sin embargo la oportunidad al marido de manejar a su antojo los bienes de su esposa.

Lo cierto es que el legislador de 1974, cambió sólo la redacción del artículo de marras extendiendo la necesidad de la autorización judicial para contratar entre cónyuges, a ambos. Bien, la cuestión es idéntica; un contrato es una revisión jurídica entre dos sujetos y si uno necesita autorización. Decir que los dos necesitan de autorización es decir exactamente lo mismo.

Lo indebido de esta norma es que limita la capacidad de ejercicio de los casados sin ninguna razón aparente, o es que todavía se quiere proteger a un cónyuge contra el otro? La norma es absurda, pues los mayores de edad tienen plena capacidad de ejercicio, la cual no debe ser limitada en razón de su estado civil.

Es el mismo limitativo de la voluntad de los cónyuges estaba redactado en el art. 175 que, a la letra decía:

También se requiere autorización judicial para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad. La autorización, en los casos a que se refieren este y los dos artículos anteriores, no se concederá cuando resulten perjudicados los intereses de la familia o de uno de los cónyuges.

Cabe preguntarte ¿cuáles son los elementos que normarán el criterio del juez cuando ambos cónyuges van a solicitar la autorización? ¿No podrán éstos exponerle cuantas razones les parezcan convenientes (verdaderas o falsas) para obtener la misma? La obtención de tal autorización no redundará más que en perjuicio de los consortes, por la actividad y el tiempo que tienen que dedicar a esa diligencia, a más de saturación de las actividades del juez y por ende, retraso en la administración de justicia que "debe ser expedita" de acuerdo con el artículo 17 constitucional.

En resumen, esas normas innecesarias, indebidas y estorbosas deben haber sido derogadas, en las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994.

Por último, la prescripción no corre entre consortes, aunque el marido y la mujer, durante el matrimonio, pueden ejercitar los derechos y acciones que tengan uno contra el otro (art. 177 CC).

Consecuencias jurídicas en cuanto a los hijos

Los hijos de mujer casada tienen la calidad de hijos de matrimonio. El matrimonio subsecuente de los padres que ya han procreado tiene por objeto

legitimar a los hijos habidos antes del matrimonio. Estas son las consecuencias, que trae el matrimonio con respecto a los hijos de la pareja casada.

Estas consecuencias con respecto a los hijos tuvieron enorme importancia en el pasado en nuestro derecho, y todavía en algunos órdenes jurídicos (España, por ejemplo), la sigue teniendo en virtud del diferente tratamiento que la ley da a los hijos en razón de su origen. México ha eliminado la desigualdad de trato con motivo de la filiación matrimonial o habida fuera del matrimonio. Una vez establecida la filiación, los hijos son simplemente hijos, sin ningún calificativo de legítimos, naturales, espúreos, etc., usuales en otras épocas. Si mantiene la distinción única de "matrimoniales" o "habidos fuera del matrimonio" es derivada de la distinta manera como surge la filiación. Por razón de matrimonio, los hijos habidos durante la vigencia del estado matrimonial y hasta trescientos días después de extinguido el mismo, nacen con paternidad cierta: el marido de la madre es el padre de los hijos que la misma dé a luz.

Para que se establezca la paternidad de los hijos habidos fuera del matrimonio se necesita una de las dos formas legales siguientes: reconocimiento voluntario de parte del padre, o imputación forzosa de paternidad impuesta por sentencia en un juicio de investigación de la paternidad.

Consecuencias jurídicas en cuanto a los bienes de los cónyuges.

Se expresó en su oportunidad que el matrimonio tenía por objeto establecer una comunidad de vida total y permanentemente entre los cónyuges.

Las consecuencias jurídicas que surgen por esta comunidad de vida son de dos órdenes: personales y patrimoniales.

Regímenes patrimoniales del matrimonio.

Estos regímenes son dos en nuestro derecho: separación de bienes y sociedad conyugal. De la combinación de ambos puede surgir un régimen mixto: parte de los bienes en sociedad conyugal y la otra parte con bienes propios de cada uno de los dos esposos, o de sólo uno de ellos.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio toman el nombre en nuestro derecho de Capitulaciones Matrimoniales, expresión castiza con la que se designa al contrato de matrimonio con respecto a los bienes.

Sociedad conyugal.

Regulada en el código civil en los artículos 183 a 206-Bis inclusive se entiende por tal el régimen patrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal. La misma puede ser total o parcial. Será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos. Será parcial cuando se establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad, segregando algunos ellos, igual con respecto a los productos.

Señala el artículo 184 que “la sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante éste y podrán comprender entre otros, los bienes de que sean dueños los otorgantes, al formarla”.

Cuando los bienes que aporten alguno o ambos cónyuges sean de carácter inmueble o bienes muebles de los llamados preciosos, deberán constar las capitulaciones en escritura pública para que surtan efectos con respecto a terceros. La constitución de la sociedad conyugal significa auténticamente una transmisión de bienes, no a la sociedad conyugal, que no es una persona jurídica, sino al otro cónyuge en un cincuenta por ciento. En razón de ello, todos los bienes que requieran

para su transmisión de escritura pública, será necesario otorgarla en esta forma al realizar la sociedad conyugal.

Al iniciar la regulación de la sociedad conyugal, el art. 183 estipula que la sociedad conyugal se registrará por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, por las disposiciones generales de la sociedad conyugal.

Separación de bienes (arts. 207 a 218).

La separación de bienes puede ser pactada con anterioridad al matrimonio o durante el mismo, por convenio entre los consortes, o por sentencia judicial que declare extinguida la sociedad conyugal.

Al igual que la sociedad conyugal, puede incluir tanto los bienes presentes como los futuros de cada uno de los cónyuges, así como sus productos. Si no se incluyen todos los bienes y sus productos, la separación será parcial y habrá que crear la sociedad conyugal con los bienes restantes de acuerdo con los requisitos exigidos al respecto.

Los cónyuges pueden libremente cambiar, durante su matrimonio el régimen de separación de bienes por el de sociedad conyugal, debiendo al respecto cumplir con todos los requerimientos legales que exige la constitución de la misma y, si uno o los dos cónyuges fueren menores requieren del consentimiento de las personas que lo otorgaron para su matrimonio.

Cuando durante su matrimonio se cambie el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes, se necesitará levantar escritura pública si los bienes son inmuebles.

Una norma totalmente innecesaria es la que consigna el art. 211: "Las capitulaciones que establezcan separación de bienes, siempre contendrán un inventario de los bienes de que sea dueño cada esposo al celebrarse el matrimonio, y nota especificada de las deudas que al casarse tenga cada consorte" ¿Supuso el legislador que, al establecer la comunidad de vida derivada del matrimonio podría haber confusión respecto a la propiedad de los bienes pertenecientes a cada uno de los consortes?.

En el régimen de separación de bienes pudiera darse el caso de que los cónyuges recibieran en común ciertos bienes a título gratuito (donaciones, herencias o legados) o por don de la fortuna. Si esto sucede mientras se hace la división, los bienes serán administrados por ambos, o por uno de ellos de acuerdo con el otro; el administrador será considerado como mandatario (art. 215).

El usufructo legal derivado del ejercicio de la patria potestad que en común ejerzan los cónyuges, será dividido entre ellos por partes iguales.

Prohíbe la ley que entre cónyuges se cobren retribuciones, ni honorarios de ninguna clase por los servicios, consejería o asistencia que se prestaren (art. 216).

CAPITULO II EL DIVORCIO

A. CONCEPTOS.

Cuando una pareja decide contraer matrimonio basa su decisión en diversos factores: amor ,atracción sexual o afectiva, conveniencia, quizá. El hecho es que los que se casan están seguros, o tienen fundadas esperanzas, en que van a ser recíprocamente felices.

Algunos logran durante algún tiempo que puede prolongarse toda la vida, alcanzar la relativa felicidad que la vida conyugal puede otorgar. Otras parejas, por innumerables circunstancias, tan variadas como los seres humanos, fracasan en su intento de ser felices en su vida común. El otro panorama de luminoso horizonte va ensombreciéndose, brusca o paulatinamente.

Cuando esto ocurre los cónyuges empiezan a desunirse, se alejan uno del otro y, aunque sigan compartiendo el mismo techo, rompen el vínculo afectivo que los impulsó a contraer matrimonio, dejan de ser pareja, toman caminos diferentes.

Ante el inminente fracaso de su matrimonio, los cónyuges optarán por diversas soluciones. Algunos, con madurez y sensibilidad, cuando el vínculo de origen era sólido y autentico, y más aun si hay hijos, tratan de salvar del naufragio la nave conyugal: con éxito o sin él, al menos lo intentan. Otros soportan indefinidamente una situación que, de matrimonio no tiene más que el nombre y víctimas de su soledad o infelicidad matrimonial, buscan compensación por diversos medios, ya sea mediante uniones ilícitas, o en la variada gama de conductas neuróticas propias de las frustraciones. Y otros más, cada vez en mayor número en la sociedad contemporánea, se divorcian.

En éste último supuesto, el divorcio no vino a ser más que la manifestación legal de la real ruptura del matrimonio.

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

Divorcio es rompimiento del vínculo, de la unión. Seguir sendas diferentes los que antes marchaban por el mismo camino. En sentido figurado puede decirse que viven divorciados los cónyuges que ya no comparten los intereses fundamentales de la existencia. El concepto legal del divorcio es otro.

Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en la vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.

Para captar cabalmente el concepto de divorcio como forma legal de extinción del matrimonio válido, habrá que determinar, así sea brevemente, el concepto jurídico de matrimonio.

Matrimonio es un contrato solemne, de interés público, por el cual un solo hombre y una sola mujer establecen una comunidad de vida total y permanente, al que la sociedad y la ley consideran el fundamento de la familia.

Para contraer matrimonio se deben llenar una serie de requisitos sustanciales y formales. Cumplidos éstos, el matrimonio se considera válido: Crea en los esposales el estado civil de casados con sus consecuencias jurídicas de derechos y deberes recíprocos.

Determinado el concepto de matrimonio y sus consecuencias, las mismas sólo pueden extinguirse por tres causas: la muerte, la nulidad o el divorcio.

La muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio.

La nulidad opera cuando el matrimonio se realizó incumpliendo con alguno o varios de los requisitos necesarios para su validez.

Un matrimonio válido sólo puede terminar por dos causas: la muerte o el divorcio.

Como podemos observar el matrimonio es la forma legal de fundar una familia por la unión de la pareja humana que cumple con ciertos requisitos, los cónyuges no pueden voluntariamente extinguir su vínculo sin cumplir forzosamente con los requisitos específicos ordenados por la ley.

El matrimonio se ha definido en las legislaciones civiles como un contrato: Es esencialmente un contrato por ser el acuerdo de dos voluntades que tienen por objeto crear consecuencias jurídicas, pero es un contrato de derecho de familia de naturaleza tan especial en razón del interés público, que la ley no permite que opere la rescisión o la revocación como formas de extinción comunes en los demás contratos civiles.⁸

Para extinguir un matrimonio válido el orden jurídico ha creado la forma del divorcio, mismo que sólo puede llevarse a cabo ante y por la decisión de autoridad competente cuando se ha demandado por causas específicamente señaladas en la propia ley.

Con base en lo anterior, la simple separación de hecho de los consortes, ya sea física o espiritual, o ambas, no es divorcio; ya que los cónyuges siguen unidos legalmente y no pueden contraer matrimonio válido hasta que sea legalmente extinguido el anterior. Si no obstante la prohibición legal, se volvieren a casar el matrimonio anterior sigue subsistiendo, y el subsecuente es nulo absoluto y quienes lo contraen a sabiendas cometen el delito de bigamia.

⁸ Cfr. PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa México 1979. Págs. 19 y 20

En resumen, el divorcio, como la forma legal de extinguir el matrimonio válido sólo puede ser decretado por autoridad competente, en base a las causas específicamente señaladas en la ley; tiene como consecuencia directa desvincular a los cónyuges dejándolos en libertad de contraer un nuevo matrimonio válido.

El divorcio como institución es paralelo en antigüedad al matrimonio: Desde que las sociedades se organizaron jurídicamente crearon la institución del matrimonio como la forma legal de fundar la familia y, concomitantemente se instituyó el divorcio como la forma permitida de extinción del mismo.

Como podemos observar el divorcio, es aceptado universalmente en todos los tiempos fue el de la separación de los cónyuges. El divorcio vincular, verdadero divorcio fue, y hasta el muy reciente pasado siguió siendo, una figura profundamente controvertida. El divorcio que regularon todas las culturas sin oposición alguna es aquel que no rompe el vínculo, que únicamente extingue la obligación de convivencia entre los casados, pero en el que persisten las demás obligaciones, fundamentalmente la fidelidad. El cónyuge separado legalmente que entabla relaciones sexuales con otra persona, comete el delito de adulterio, y el adulterio fue en el derecho antiguo uno de los delitos más terriblemente penados. Así el divorcio separación hacía enfrentar a los cónyuges con una disyuntiva ominosa: la castidad forzada o la comisión de un delito.

Se entiende por divorcio vincular aquél que extingue totalmente el vínculo con todas sus consecuencias. Los divorciados dejan de tener el estado civil de casados y pueden volver a adquirir libremente ese estado, pueden volver a casarse.

Es el divorcio vincular el que ha producido enconadas polémicas. Se esgrimen contra él razones de carácter religioso, ético, político y psicológico.

Por razones de orden religioso, el catolicismo proscribía el divorcio vincular aunque sí regula la anulación del mismo cuando se ha contraído mediante impedimentos. La iglesia católica considera el matrimonio como un lazo indisoluble en vida de los casados. En esa razón el rompimiento del vínculo civil sería inoperante para los católicos en cuanto a la libertad de contraer un nuevo matrimonio.

Con independencia del dogma religioso, se aducen argumentos morales en contra del divorcio en el sentido de que el mismo implica una solución contraria a los principios morales que deben regir la constitución de la familia, cual son la estabilidad y la permanencia de la misma basada en una comunidad espiritual de los cónyuges. El divorcio fomenta la disgregación de la familia, pues los que se casan saben de antemano que si la unión que inician no da los resultados deseados, pueden darla por terminada mediante el divorcio, lo que les permitirá experimentar con otra pareja cuantas veces les plazca. Propicia la frivolidad en una decisión tan trascendente como debe ser el fundar una familia. Por otro lado contribuye a que los cónyuges no realicen los esfuerzos necesarios para evitar o ajustar sus diferencias, o impedir que las mismas se ahonden, lo que de seguro intentarían si no tuvieran ante sí el espejismo de romper lo que de momento incomoda, ante las ilusorias perspectivas de encontrar compañero más idóneo.⁹

Otra forma de disolución del estado matrimonial, y por ende, de poner término a éste en vida de los cónyuges es el divorcio, entendido legalmente como el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación.

El divorcio es en caso de excepción y no un estado general, por lo mismo es necesario verlo sólo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos es ya insostenible e irreparable, de forma que se conduce a la ruptura del

⁹ Cfr. ARRON SILVA M. La Mujer Mexicana ante el Divorcio Eclesiástico. Editorial Sepsetentas: México 1976. Págs. 37 y 38.

vínculo matrimonial y con ella a la separación definitiva que los deja en posibilidad de contraer nuevo matrimonio legítimo.

Desde sus orígenes latinos el término divorcio implica el significado de separación, de separar lo que ha estado unido; de ahí que actualmente es el medio jurídico, por el cual debemos entender la extinción de la convivencia matrimonial, declarada por la autoridad.

En nuestro medio, como institución jurídica y en lo que toca al alcance de sus efectos, el divorcio ha variado a lo largo del tiempo. Así, en el siglo pasado nuestra legislación lo consideró como la separación temporal a definitiva de los cónyuges, sin ruptura del vínculo matrimonial y, por lo tanto, sin autorización para contraer nuevas nupcias. A principios de este siglo se adopta al criterio de divorcio vincular que actualmente se maneja, como disolución absoluta del vínculo matrimonial que deja a los esposos divorciados en aptitud de celebrar nuevo matrimonio.

Existen diversos tipos de divorcio que responden a clasificaciones establecidas a partir de dos criterios fundamentales:

- 1.- Por los efectos que produce;
- 2.- Por la forma de obtenerlo, considerando el papel de la voluntad de los esposos.

POR SUS EFECTOS

Respecto a los efectos, han existido- y existen- dos clases de divorcio:

- 1.- El divorcio vincular(*divotium quad vinculum*), llamado divorcio pleno, que es precisamente aquél que rompe el vínculo matrimonial y que deja a los divorciados en condiciones de contraer nuevas nupcias.

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

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

EN ATENCION A LA VOLUNTAD DE LOS CONYUGES

En lo que toca a la forma de obtener el divorcio en función del papel de la voluntad de uno de los cónyuges, éste se clasifica en:

1.- Divorcio Unilateral o repudio. Es aquel en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio. Es clásico el derecho de repudio concedido al varón en el derecho romano. Actualmente la misma facultad se confiere a la mujer en el derecho uruguayo, a cualquiera de los cónyuges en el derecho soviético.

2.- Divorcio por mutuo consentimiento, voluntario o por mutuo disenso. Es aquel que requiere del acuerdo voluntario de ambos cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causa alguna; pero éstas se ocultan, generalmente para beneficio de los hijos.

3.- Divorcio causal, necesario o contencioso. Es aquel que requiere de la existencia de una causa o razón suficientemente grave, que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal; la acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio. Y cuando sin culpa de alguno de los esposos, la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura, también se tiene la facultad

de disolver el vínculo matrimonial. En este caso, la acción se concede al cónyuge sano.¹⁰

DIVORCIO CAUSAL

El divorcio causal, a su vez, ha sido clasificado en :

DIVORCIO SANCION

Es en el que supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio, y el divorcio, la sanción que se aplica al culpable, por ello, la acción corresponde al cónyuge quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba.

DIVORCIO REMEDIO

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

También se consideran causales remedio en nuestro Código Civil:

1.- La falta de convivencia de los cónyuges por mas de dos años (incluyendo los casos de declaración de ausencia y presunción de muerte).

2.- El hecho de que alguno de los cónyuges hubiere demandado la nulidad del matrimonio o el divorcio, y su demanda haya sido desestimada se hubiere desistido de la acción. En este caso puede no haber culpable por haber obrado, creyendo tener causa.

¹⁰ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara. Divorcio. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México

EVOLUCION EN LA LEGISLACION CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Los Códigos Civiles para el D.F. del siglo pasado, de 1870 y 1884, sólo conocieron el divorcio menos pleno o de separación de cuerpos, el cual podía obtenerse de común acuerdo de forma voluntaria, a bien por alguna de las causales expresamente señaladas.

El Código de 1870 requería que hubieran transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio para que procediera la separación de cuerpos de forma voluntaria, y no procedía después de veinte años de matrimonio.

La Ley de Divorcio del 29 de diciembre de 1914 y la Ley de Relaciones Familiares de abril de 1917 introducen en nuestra legislación el divorcio vincular- el que disuelve el vínculo matrimonial -, lo que significó un paso trascendente en la legislación mexicana.

El Código Civil para el D.F. de 1928, aún vigente, estableció como regla y de manera general el divorcio vincular y, como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, en los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia ó enajenación mental. El cónyuge sano que no desee pedir el divorcio puede optar por la separación, permaneciendo subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación se da cuando uno de los esposos se traslada a un país extranjero o a un lugar insalubre o indecoroso.¹¹

1996. Pág. 485.

¹¹ Cfr. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y otra Op. Cit. Págs. 147 a 151.

B. Evolución Histórica.

El divorcio ha asumido formas y producido efectos diversos, dependiendo de cada cultura en particular, pero siempre ha estado presente en todos los órdenes jurídicos.

a) Pueblos de la historia antigua.

Los más antiguos testimonios de la historia de la humanidad hablan de alguna manera del divorcio.

Se permitió siempre como un derecho exclusivo del varón de repudiar a su mujer por causa diversa como el adulterio, la esterilidad, torpeza, impudicia, vida licenciosa, etc., y ocasionalmente como un derecho de la mujer por la causa casi única del maltrato del marido.

El repudio fue la forma usual de romper el matrimonio en las culturas inscritas en la historia antigua: Babilonia, China, India, Israel, Egipto, etc.

El divorcio de la Biblia.

En el Antiguo Testamento existe un paraje en el Deuteronomio (XXIV-1) en el que el marido podía entregar a su consorte un libelo de repudio para despacharla a su casa por torpezas de la mujer tales como: la sospecha de adulterio, la impudicia, las costumbres licenciosas.

La repudiación tenía que ser con la manifestación expresa de la voluntad del marido exteriorizada a través de un documento escrito que debía contener la fecha, lugar nombre de las partes y sus antecesores inmediatos; debía decir que abandonaba a su mujer y que la repudiaba libremente dándole la libertad de casarse con otro.

El marido pedía lo que había donado al suegro a título de compra; pero si la repudiación era por falta de virginidad, tenía derecho a que se le restituyera el precio de la compra (había comprado un "objeto" usado).

Tiempo después la legislación hebrea concedió a la mujer al derecho de repudiar, basado en el adulterio de su marido, por ser maltratada, porque el marido fuera pródigo o perezoso, o no diera cumplimiento a los deberes conyugales.

La ley Talmúdica reconocía como causales la esterilidad y el adulterio.

El divorcio fue condenado en los textos del Nuevo Testamento en términos generales. "Según San Marcos, a la pregunta de unos fariseos sobre si es lícito al marido repudiar a la mujer, Jesús dijo: ¿Qué os mandó Moisés?, y ellos contestaron: Moisés permitió repudiarla, precediendo escritura legal y repudio. Replicó Jesús, "En vista de la dureza de vuestro corazón, os dejo mando eso". Pero más adelante aclara: cualquiera que rechazase a su mujer y tomare otra, comete adulterio contra ella y si la mujer se aparta de su marido y se casa con otro es adúltera." (San Mateo X, 2-12).

Así pues se declaró que cualquiera que despidiere a su mujer sino en caso de adulterio y aún en este caso si casare con otra; este tal, comete adulterio; y quien casare con la divorciada también lo comete" (San Mateo XIX. 9)¹²

San Pablo en la Epístola a los Corintios (VII, 10 XII) condena el divorcio, aún cuando parece que es lícito al cónyuge creyente separarse de su consorte no cristiano.

Israel. El divorcio era admitido como un deber para el marido y aún contra la voluntad del mismo, era obligado en justicia en caso de adulterio.

¹² Cfr. Montero Duhalt, Sara. Op. Cit. Págs. 202 203.

El adulterio de la mujer se castigaba con pena de muerte; el del marido únicamente si era sorprendido con mujer casada; en los demás casos quedaba impune.

Reconocían el repudio. En tal caso el marido debía entregar su libelo de repudio y echar de la casa a la mujer en presencia de dos testigos hebreos. La mujer tenía que recurrir al sacerdote para que éste le redactara en su caso, el escrito de repudio.

Regulaban diversas causales; algunas servían a ambos, tales como la esterilidad de la mujer y la impotencia del hombre, a los diez años de matrimonio, enfermedad insoportable (epilepsia), o contagiosa (lepra), cambio de religión y ausencia.

Las causales para el marido eran: no encontrar en la mujer las cualidades que pensaba que tenía, adulterio cuando no era condenada a muerte, negativa de la mujer a consumar el matrimonio, pasearse con la cabeza o el brazo descubierto, dar al marido comida fermentada permitirse bromas con un joven, no ser virgen al casarse.

La mujer tenía como causales: si el marido no cumplía sus deberes conyugales, si llevaba vida desarreglada, si maltrataba a la mujer.

Babilonia. El Código de Hammurabi reconocía el repudio para el hombre, pero debía devolver la dote a su mujer y en caso de que hubiera hijos le tenía que dar tierras en usufructo.

El Xend - Avesta señalaba que si la mujer no ha tenido hijos después de nueve años de casada, el marido tiene el derecho de repudiarla.

Persia. El divorcio era desconocido, pero la repudiación podía operar si la mujer no lograba dar un hijo durante nueve años de convivencia.

China. Reconocían el divorcio para el hombre cuando la mujer tenía muy malas cualidades, como esterilidad, impudicia, falta de consideración y respeto debido al suegro o suegra, charlatanería, robo, mal carácter, enfermedad incurable. Sin embargo la repudiación era poco frecuente.

India. Las leyes de Manú admitían el repudio a la mujer en el caso de que fuera estéril a los ocho años de matrimonio, que todos los hijos murieran en la minoría de edad, que hubiera engendrado solamente mujeres, si bebía licores, que padeciera enfermedad incurable, que fuera pródiga, si hablaba con dureza al marido, podía ser repudiada de inmediato.

La mujer podía abandonar al marido que fuera un criminal, impotente, atacado por la lepra, o tuviera ausencia prolongada en naciones extranjeras.¹³

Derecho musulmán. El matrimonio podía disolverse de cuatro maneras en vida de los cónyuges: repudio del hombre, divorcio obligatorio para ambos, el mutuo consentimiento, y el divorcio consensual retribuido.

El marido podía repudiar a la mujer por adulterio o indocilidad de la misma.

El divorcio era obligatorio en los siguientes casos: impotencia, enfermedad que hiciera peligrosa la cohabitación, incumplimiento de las condiciones del contrato de matrimonio como no pagar la dote al marido y no suministrar éste alimentos a la mujer; el adulterio.

El mutuo consentimiento era causa de divorcio y el divorcio consensual retribuido era aquél en el que el marido renunciaba a los derechos que tenía sobre su

mujer, mediante una compensación que ésta le pagaba. Para la validez de este convenio se requería que la mujer tuviera una plena capacidad de disposición. Los efectos que producía este convenio eran los mismos que los del repudio.

Grecia. Cualquiera de los esposos tenía la facultad de pedir la disolución del matrimonio. El marido daba un libelo de repudio como en Judea. La mujer solicitaba sentencia del arconte.

Eran causas de divorcio: el adulterio, la esterilidad, los malos tratamientos. El marido podía devolver o abandonar a la mujer aún sin razón, pero en este caso ella podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagaran intereses o alimentos.

b) Derecho romano.

De interés especial para nuestra legislación es el conocimiento del derecho romano por ser su antecedente directo y remoto.

Desde los orígenes de Roma el divorcio fue conocido y regulado jurídicamente. Tenía lugar en diferente forma si el matrimonio había sido celebrado *cum manus* o *sine manus*, es decir, quedando la mujer bajo la potestad del marido en el primer caso, o libre de ella en el segundo.

En el matrimonio *cum mansus*, el divorcio consistía en derecho de repudio por parte del marido. Según Cicerón, este tipo de divorcio fue admitido desde la Ley de las XII Tablas. En esta forma de matrimonio el repudio era un acto unilateral y exclusivo del marido, quedando el mismo con la única obligación de restituir la dote de la mujer.

¹³ Cfr. GOLDSTEIN, Mateo. Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Driskill, Buenos Aires Argentina 1979. Tomo IX págs. 127 y 128.

Si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por medio de la *confarreatio*, se disolvía por la *disfarreatio* en la que se necesitaban también ciertas formalidades, como el hacer una ofrenda a Júpiter, dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales. El sacerdote podía negarse a officiar en la *disfarreatio* cuando no existiere alguna de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.

El matrimonio celebrado por *coemptio* (compra de la mujer), se disolvía por el *remancipatio*, otra especie de venta a semejanza de una *manumissium*, forma de salir de la esclavitud.

La *remancipatio* de la mujer casada equivalía a la emancipación de la hija, era realmente en repudio.

En el matrimonio celebrado *sine manus* el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas: el divorcio *bona gratia* que no requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el mutuo consentimiento, llamado también *divortium comuni consensu*. Requería únicamente darle carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse a través de una declaración expresa. La segunda forma era el repudio sin causa *repudium sine nulla causa* por la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote y sin necesitarse el consentimiento de la otra parte. Las consecuencias de la repudiación eran un tanto semejantes, para ambos consortes. La mujer que repudiaba perdía su dote y las donaciones matrimoniales. Si era el marido perdía el derecho a la dote y las donaciones y cuando éstas no existían tenía que darle a la mujer la cuarta parte de su patrimonio.

c) Derecho canónico.

Tiene como característica la indisolubilidad del matrimonio, por considerarlo un sacramento perpetuo. Al respecto el canon 1118 declara: "El matrimonio válido,

rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte”.

Establece solamente ciertas formas de disolver el vínculo matrimonial: el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados. Con respecto al primero, el canon 1119 señala: “El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por la disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas aunque la otra se oponga”.

La segunda forma de disolver el matrimonio consiste en el llamado privilegio paulino.¹⁴

El divorcio en el derecho mexicano.

a) Derecho precortesiano.

Poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitaban el actual territorio de nuestro país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones vacías, y estaban unidos entre sí por estrechas ligas étnicas o sociales que fueron causa de afinidades numerosas.

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

Entre los aztecas, el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya

¹⁴ Cfr. GARCIA ,Trinidad. Introducción al Estudio del Derecho. Edición del Autor. México 1956. Pág. 38.

subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya porque hubiera causas que ameritaran la disolución.

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

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

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

b) Derecho colonial

En la rama que nos ocupa y en toda la materia de derecho privado, rigió la legislación española, que como hemos señalado en la parte de derecho comparado, no conoció el divorcio vincular en el pasado. Es hasta la reciente ley de julio de 1981, con excepción de un brevísimo, período durante la República (1932 a 1939) que España ha establecido esta forma de divorcio.

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

c) México independiente .

Consumada la independencia en 1921, el flamante Estado requería de una organización propia. Debido a ello todos los esfuerzos legislativos tendieron a la

creación de las normas jurídicas básicas que dieron como resultado la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

La materia privada siguió siendo regulada por el viejo derecho español, fundamentalmente por las partidas.

Algunos surgieron a nivel de las entidades federativas que dieron como resultado la creación de Códigos Civiles o de proyectos de los mismos, a nivel local. En cuanto al Distrito y Territorios Federales, hubo que esperar hasta el año de 1870 para que surgiera el primer Código Civil.

d) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

La entrada en vigor de este Código el 1° de marzo de 1871 trajo la consecuencia de unificar la materia civil en todo el territorio de la República, pues, con variantes ligeras en cada entidad federativa, sirvió de modelo a todas ellas para la elaboración de sus propios códigos civiles.

Reguló el divorcio separación estableciendo siete causas para pedirlo, a saber: 1) El adulterio de uno de los cónyuges; 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer; 3) La incitación o la violencia hecha al cónyuge para cometer algún delito; 4) La corrupción o la tolerancia en ella, de los hijos; 5) El abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años; 6) La sevicia y 7) La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

e) Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Tepic en 1884.

Reprodujo los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, reduciendo los trámites necesarios para la consecución del mismo.

A las siete causas que establecía el Código derogado y que se señalaron en el inciso anterior, se añadieron seis más: 1) El que la mujer diera a luz un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado ilegítimo; 2) La negativa a ministrarse alimentos; 3) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez; 4) Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y no confesadas al cónyuge; 5) La infracción a las capitulaciones matrimoniales y 6) El mutuo consentimiento.

g) Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

Regula el divorcio en los artículos 75 al 106. Se asemeja en las causales al Código de 1884, mas en esta Ley son causas de divorcio vincular.

Establece doce causas, muy semejantes a las que señala el Código vigente en las primeramente enumeradas del artículo 267. En el mutuo consentimiento se requieren tres juntas de avenencia. Incluye a las enfermedades como causa de divorcio o de simple separación y regula los efectos del divorcio en forma bastante semejante al Código derogado¹⁵

¹⁵ Cfr. GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Promociones Jurídicas y Culturales. México 1996. Pág. 238.

C. Consecuencias.

El divorcio- separación produce las siguientes consecuencias jurídicas:

- a) Extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal.

- b) Persisten los demás derechos deberes del matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo.

- c) Custodia de los hijos por el cónyuge sano (art. 238 fracción III).

La persistencia de ciertos deberes entre los cónyuges separados judicialmente presenta una peculiar problemática jurídica que analizaremos de inmediato.

a) El deber de fidelidad. El divorcio separación extingue el débito sexual entre los cónyuges; obliga en consecuencia a ambos a una forzada castidad legal. El cónyuge que entabla relaciones sexuales con tercero, comete el delito de adulterio.

b) Paternidad y filiación: El hijo de la mujer casada y separada judicialmente, que nazca dentro de los trescientos días contados a partir de la orden judicial de separación, se reputa hijo de matrimonio con certeza de paternidad (art. 324, fracción II). Si el hijo nace después de transcurridos trescientos días de la orden judicial de separación, nacerá también con paternidad cierta con respecto al marido de su madre; pero en este caso la ley permite al marido desconocer a este hijo en base al artículo 327 del Código Civil, que señala:

El marido podrá desconocer al hijo después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita

para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de este, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Esta regla es genérica para todos los casos de separación que prevé el Código y que opera en toda demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio como medida provisional, de acuerdo con los artículos 272 y 282 . Más la presunción de paternidad a que hemos hecho referencia funciona con más firmeza en el caso de la separación judicial como forma de divorcio que no extingue el deber de fidelidad que se deben los cónyuges aunque vivan separados.

c) La ayuda recíproca. El divorcio separación no extingue el deber de ayuda recíproca como lo expresa el artículo 323 al tenor siguiente:

El cónyuge que se haya separado del otro sigue obligado a cumplir con los gastos a que se refiere el artículo 164. En tal virtud , el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al Juez de los Familiar de su residencia, que obligue al otro a que le ministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción en que lo venía haciendo hasta antes de aquella, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo anterior.

Si dicha proporción no se pudiere determinar, el Juez según las circunstancias del caso, fijará la suma mensual correspondiente y dictará las medidas necesarias para asegurar su entrega y de lo que ha dejado de cubrir desde que se separó.¹⁶

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio causa ejecutoria se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del matrimonio. Estas consecuencias tienen una triple naturaleza: en cuanto a las personas de los cónyuges, en cuanto a los bienes de los mismos y en cuanto a sus hijos que a continuación se detallan:

¹⁶ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara Op. Cit. Págs. 219 y 220.

a) En las personas de los cónyuges.

El efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo conyugal. Los antes cónyuges dejan de serlo y adquieren su libertad para contraer un nuevo matrimonio válido. El cónyuge declarado inocente puede contraer un nuevo matrimonio de inmediato; la cónyuge inocente deberá esperar trescientos días para volver a casarse.

Este plazo de trescientos días empezará a contarse a partir de la fecha en que el Juez ordenó la separación judicial, o sea, al admitir la demanda o antes si hubo urgencia en la separación. El plazo de trescientos días que pide la ley con respecto a la mujer que quiere contraer un subsecuente matrimonio tiene por objeto evitar la confusión de paternidad con respecto al hijo que la mujer pueda dar a luz en los plazos que la propia ley señala para imputar certeza de paternidad al marido (180 días después de celebrado el matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la extinción de matrimonio por muerte del marido o de la separación judicial en casos de divorcio o nulidad de matrimonio).

En cuanto al, o a la cónyuge culpable, la ley impone como sanción dos años de espera para poder contraer nuevo matrimonio válido.

b) En cuanto a los bienes de los cónyuges.

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

El divorcio disuelve la sociedad conyugal, por ello, ejecutorizado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las

precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con respecto a los hijos (art. 287).

El cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos otorgados por el culpable, mismos que serán fijados por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica.

El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos por parte del otro. Si ambos son declarados culpables, ninguno podrá exigir alimentos al otro.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito (art.288).

La redacción del artículo 288 es reciente (27-XII-83). Suprimió la reforma al artículo, la duración de la obligación de alimentos condicionada a que el cónyuge inocente no contrajera nuevas nupcias. Es correcta, a nuestro parecer, la modificación a esa norma, pues el derecho a alimentos cualquiera que sea su fuente, debe estar supeditado a los dos factores de la necesidad del que recibe y a la capacidad del que los otorga. En casos de divorcio se da con gran frecuencia que el cónyuge que durante el matrimonio se dedicaba a las labores del hogar (normalmente la cónyuge), no tenga de momento bienes propios ni capacidad para trabajar en forma remunerada. Los alimentos, en estas circunstancias, deben ser otorgados por el tiempo suficiente para que el cónyuge inocente se capacite para el trabajo. Debería establecerse también, creemos, la obligación de pasar alimentos al cónyuge que se quede con la custodia de los hijos, pues el cuidado de los mismos requiere de buena parte del tiempo laboral del progenitor.

c) En cuanto a los hijos.

Antes de la últimas reformas al Código Civil (27-XII-83), la ley imponía como sanción al cónyuge culpable, la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, o la suspensión de la misma mientras viviera el cónyuge inocente. En forma enumerativa indicaba el artículo 283 las causas por las cuales se perdía o suspendía la patria potestad.

La redacción del artículo 283 antes mencionado, es la siguiente:

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

La derogación del artículo que señalaba la pérdida o suspensión de la patria potestad derivada de las causas de divorcio nos parece totalmente acertada, pues los efectos del divorcio no deben recaer en las relaciones de padres e hijos. Los que se divorcian son los cónyuges, no los padres de sus hijos. Un individuo(a) puede ser mal cónyuge, adúltero, etc., pero puede ser al mismo tiempo un progenitor (a) responsable y amoroso al que no debe privársele de la patria potestad que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación y contacto con el hijo.

Por otro lado no nos parece conveniente darle al juez las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación cuando existe todo un capítulo en el Código relativo a estas cuestiones.

El legislador debió limitar, pensamos, las amplísimas facultades del juzgador en razón de las disposiciones del propio Código en esa materia (arts. 444 y 447 CC). No dudamos que existan jueces de lo familiar que al mismo tiempo que sabios y

peritos en materia familiar, sean de gran calidad humana, honestos, buenos psicólogos, etc.; pero, lamentablemente, esta conjunción de virtudes no es la regla general en los seres humanos, así sean jueces de lo familiar. Estos funcionarios deben tener indudablemente, un margen de arbitrio discrecional al tomar sus decisiones; pero es preferible, cuando hay norma establecida en una materia, atenerse en principio a ella.

Por otro lado, el artículo 283 sí limita al juez a seguir el orden establecido por la ley en la designación de la patria potestad y paradójicamente, la norma a la que remite (art. 414), es la que señala una discriminación a los abuelos maternos al ponerles en segundo lugar respecto a los paternos en el ejercicio de la patria potestad. ¿Por qué han de ser primero unos abuelos forzosamente antes que otros? En esta materia sí se debió señalar la discrecionalidad del juez para decidir cuál de los abuelos o de la pareja de los mismos es la más conveniente para el ejercicio para el ejercicio de la patria potestad.

El padre o la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. Están obligados, en proporción a sus bienes e ingresos, a contribuir a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad (art. 287).

Esta limitación de los alimentos que deben los padres a sus hijos en razón de la mayoría de edad nos parece que consigna una injusticia para los hijos de los divorciados, que ya han sufrido la desintegración de su hogar y que son los que más necesitan de apoyo de sus padres, aunque vivan separados de ellos.

La parte final del artículo 287 debiera ser derogada, pues va contra el principio general de que los alimentos surgen en razón de la necesidad de que los recibe y de la capacidad del que los debe, y de que los primeros obligados a proporcionarlos son los padres a sus hijos y viceversa. El tribunal máximo así interpreta y aplica el principio mencionado con respecto a los hijos de los divorciados, pese a lo

expresado en la parte final del artículo 287, que, insistimos, debe desaparecer, pues el derecho sustantivo no debe consignar discriminaciones injustas.

Con respecto a la limitación para proporcionar alimentos en razón de edad, el Código tiene norma expresa: el artículo 306 señala el límite de la mayoría de edad en la obligación que tienen los colaterales solamente (hermanos, tíos, sobrinos, primos), de alimentar a sus parientes.

Y en cuanto a la obligación de ambos progenitores de contribuir a la subsistencia y educación de los hijos, creemos que el cónyuges que tiene la custodia de los mismos, está cumpliendo en buena parte su carga económica con el tiempo y el esfuerzo que significa la atención y cuidado de los hijos; de esta manera, el progenitor que no tiene esta tarea permanente a su cargo, debiera contribuir con una mayor asignación de aporte económico en dinero o su equivalente. Norma especial debiera consignarse en el Código con respecto a esta manera de distribuirse la carga económica ambos progenitores.¹⁷

Consecuencias jurídicas del divorcio por mutuo consentimiento.

a) En cuanto a las personas de los cónyuges.

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

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

¹⁷ Cfr. BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Op. Cit. Págs. 171 y 172

trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato (reforma al artículo 288 de 27 de diciembre de 1983)

b) En cuanto a los hijos.

Ambos ex-cónyuges conservan la patria potestad sobre sus hijos menores. En el convenio que se anexa a la solicitud de divorcio y que fue aprobado por el juez y por el Ministerio Público queda establecido lo relativo a la custodia y sostenimiento de los hijos.

c) En cuanto a los bienes.

En el propio convenio los cónyuges señalaron lo relativo a la administración de la sociedad conyugal mientras duraba el procedimiento y a la liquidación de la misma una vez ejecutoriado el divorcio. En cuanto a los bienes se aplicaran, por lo tanto, los acuerdos aprobados.

Por último, ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez remitirá copia de ella al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días en las tablas destinadas al efecto (art. 291 CC).¹⁸

¹⁸ Cfr. BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Op. Cit. Pág. 118.

CAPITULO III. DIVERSOS TIPOS DE DIVORCIO.

A). DIVORCIO ADMINISTRATIVO.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente desde el 2 de octubre de 1932, regula el divorcio en los artículos 266 a 291 inclusive.

Permite este ordenamiento tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. En cuanto al divorcio vincular se divide el mismo en dos clases: el necesario y el voluntario. El primero debe ser pedido por un solo cónyuge en base a causa específicamente señalada por la ley (Art. 267, primeras XVI fracciones y Art. 268). El divorcio voluntario es el solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Este segundo presenta a su vez dos aspectos que dependen de las circunstancias en que se encuentren en cada caso los esposos. Estas dos formas diferentes que asume el divorcio voluntario son el judicial y el administrativo. El judicial ante un juez de lo familiar y el administrativo ante un juez del Registro Civil.

Es el solicitado de mutuo acuerdo por los cónyuges ante el juez del Registro Civil del domicilio conyugal (Autoridad administrativa).

El artículo 272 señala los requisitos y características de este divorcio, que son los siguientes:

- 1°. Que los consortes convengan en divorciarse.
- 2°. Que ambos sean mayores de edad.
- 3°. Que no tengan hijos.
- 4°. Que tengan más de un año de casados (Art. 274).

Si cumplen estos requisitos pueden concurrir ante el juez del Registro Civil de su domicilio, personalmente y con las copias de las actas certificadas respectivas en que conste que son casados y mayores de edad.

El juez, previa identificación de los consortes (normalmente se acostumbra acompañarse de testigos de identificación), levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días.

Si los consortes hacen la ratificación, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

En el caso de que los consortes no reúnan los requisitos señalados el divorcio no producirá efectos. El Código añade que, entonces, los cónyuges sufrirán las penas que establezca el Código de la materia. El Código de la materia en este caso es el Código Penal, y la pena respectiva sería la correspondiente al delito de falsedad en declaraciones ante autoridad pública.

El divorcio por vía administrativa fue objeto, cuando surgió en el Código de acervas críticas, aduciendo que el mismo era una factor de profunda disolución de la familia al dar tan extensas facilidades para terminar el matrimonio. La comisión redactora expuso sus motivos para implantarlo con las siguientes palabras: "el divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran con pleno conocimiento de lo que hacen, y no es necesario para decretarlo que se llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también está interesada la sociedad en que los hogares no sean focos constantes de disgustos y en que, cuando no estén en juego los sagrados intereses de los hijos, o de terceros, no se dificulte

innecesariamente la disolución de los matrimonios, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos.¹⁹

¹⁹ Cfr. BAQUEIRO ROJAS, Edgard Op. Cit. Pág. 163

B. DIVORCIO JUDICIAL.

1.- DIVORCIO NECESARIO.

Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley.

El Código Civil para el Distrito Federal es actualmente uno de los más casuísticos del mundo. Enumera diecinueve causas de divorcio.

Las causas de divorcio son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón, según tesis sentada por la Corte Suprema.

Las causas que enumera el artículo son las siguientes expresadas en forma sintética, no textual.

I. El adulterio de uno de los cónyuges.

II. El hecho de que la mujer dé a luz un hijo concebido antes del matrimonio y que sea desconocido legalmente por su marido.

III. La propuesta del marido de prostituir a su mujer.

IV. La incitación o la violencia para cometer un delito por un cónyuge al otro.

V. Los actos inmorales con respecto a los hijos.

VI. Ciertas enfermedades lesivas para la salud del cónyuge sano o de los hijos, y la impotencia sobrevenida.

VII. La enajenación mental incurable.

VIII. La separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses.

IX. La separación con causa justa si se prolonga por más de un año sin demandar el que abandona, el divorcio.

X. La declaración de ausencia u la de presunción de muerte.

XI. La sevicia, las amenazas y las injurias graves.

XII. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.

XIII. La acusación calumniosa de delito penado con más de dos años de prisión.

XIV. La comisión de un delito infamante con penalidad mayor de dos años de prisión.

XV. El juego, la embriaguez o la drogadicción.

XVI. Cometer contra el cónyuge un delito que tenga una penalidad superior a un año.

XVII. (Mutuo consentimiento).

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

El Art. 268 acogía la última causa de divorcio necesario: la demanda de nulidad o de divorcio que no fue probada, y el desistimiento de la demanda.

Diversos criterios doctrinarios se han empleado al clasificar las causales. La dificultad para clasificar en forma totalmente distintiva consiste en que muchas de las causas de divorcio pueden clasificarse en diferentes grupos. Por ejemplo, el adulterio, que pueda considerarse tanto como delito, como divorcio sanción, como incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, como conducta desleal, como injuria.

Estos criterios son los siguientes: causas que implican delito, causas que constituyen hechos inmorales, las contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales, causas eugenésicas llamadas también causas remedio, causas que implican conducta desleal, etc. La doctrina más reciente agrupa las causas en dos únicos sectores: causas que implican culpa y causas objetivas. Y los últimos avances legislativos nos muestran el abandono total de las causales resumiéndose todas en una sola: la quiebra efectiva total y comprobada del matrimonio.

Si bien se mira, cualquiera de las causas que señala el Código que nos ocupa, o cualquier legislación del mundo de ayer o de hoy, implica que el matrimonio se ha roto. Cuando un cónyuge demanda al otro, o cuando la demanda es interpuesta por ambos, significa que la relación afectuosa entre los dos ha dejado de existir. La comunidad total de vida que significa el matrimonio con su implicación de solidaridad profunda entre dos seres, se ha desvanecido. Son ahora dos extraños que necesitan rehacer su existencia. El divorcio es un camino para lograrlo. Las causas que

llevaron al fracaso son en este aspecto intrascendentes. Lo único válido es la constatación de tal fracaso.²⁰

El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

Se entiende por adulterio en su acepción gramatical "el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados", "violación de la fe conyugal".

Ante la ausencia de una definición legal, quedan fuera de esta causal los actos sexuales "contra natura". A pesar de su gravedad el legislador no tomó en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma.

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas diferentes: como causa de divorcio y como delito. Un cónyuge puede demandar al otro por adulterio como simple causa de divorcio, o puede optar por la vía penal para acusarlo de delito cuando el mismo se ha configurado en su forma típica o sea, cometer el adulterio en la cosa conyugal o con escándalo.

En el primer caso, probado el adulterio, el cónyuge demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor. En el segundo, probado el delito, el culpable será condenado a la sanción penal respectiva y el cónyuge demandante tendrá a su favor sentencia como prueba plena para obtener divorcio, si opta por las dos consecuencias.

En cualesquiera de los dos casos, el cónyuge que tiene la causa debe interponer la demanda dentro de los seis meses siguientes contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio (Art. 269).

²⁰ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo II. México 1980 5ª Edición. Págs. 137 y 138.

La fracción que analizamos habla de "adulterio debidamente probado". La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, pues los adúlteros se refugian en clandestinidad. Por ello la Corte admite la prueba indirecta: *"Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible. Por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable."*

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

Esta causa implica una conducta desleal de la mujer hacia su prometido al no confesarle su estado de ingravidez antes de contraer matrimonio, y por consiguiente, querer atribuirle una falsa paternidad.

La ley pide para que opere esta causal que el hijo sea declarado ilegítimo. Están relacionados con esta causal los Arts. 324 I., 325, 326, 334 I., y 359 relativos a las normas que regulan la paternidad y filiación.

De acuerdo con el artículo 324, un hijo se reputa concebido antes de matrimonio si nace antes de que transcurran ciento ochenta días después de celebrado el mismo. Si nace después de ese plazo, se presume hijo del marido.

Si antes de que transcurran los mencionados ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio nace un hijo, se reputará también hijo de matrimonio y esto va de acuerdo con la realidad más frecuente, en el sentido que los cónyuges tuvieron relaciones premaritales. Sin embargo, para el caso de excepción, de que haya sido un tercero el que embarazó a la mujer y el cónyuge se casó ignorando esta circunstancia, la ley otorga al marido acción de desconocimiento de ese hijo. No obstante, esta acción no podrá operar en los cuatro casos que señala el artículo 328 o si el marido deja caducar su acción por no interponerla dentro de los sesenta días que señala el Art. 330.

Los cuatro casos mencionados en el Art. 328 son: 1° Si supo antes de casarse el estado de embarazo de su futura consorte; 2° Si levantó el acta de nacimiento; 3° Si lo ha reconocido como hijo suyo y 4° Si el hijo fue incapaz de vivir.²¹

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

Implica esta causal una conducta inmoral, injuriosa, y en ciertos casos delictiva. Se puede configurar el delito de lenocinio si se prueba que el marido recibió dinero o cualquiera, otra retribución por prostituir o permitir la prostitución de su mujer.

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

Contempla esta fracción una conducta inmoral del que quiere provocar un delito en el otro y totalmente lesivo para este.

Igual que en el adulterio, la conducta que señala la fracción IV puede constituir un delito, previsto por el artículo 209 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de este o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido.

²¹ Cfr. BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Op. Cit. Pág. 165.

Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

Se completo esta causal con lo que expresa el Art. 270 sentido de que los hijos pueden ser de ambos o de uno sólo de ellos, añadiendo que “la tolerancia en la corrupción... debe consistir en actos positivos, y no en simples omisiones”. Creemos que la expresión de que “la tolerancia debe consistir en actos positivos” no se compagina con el sentido gramatical y usual de la palabra tolerar:

“sufrir, llevar con paciencia, disimular algunas cosas que no lícitas, soportar, llevar, aguantar”, que significa todo ello conducta de inactividad. La tolerancia, bien visto, significa un no hacer. No puede darse, por lo tanto, la tolerancia en actos positivos.

El vocablo corrupción tiene un sentido tan amplio dentro de él toda clase de conductas inmorales y de miserias humanas cuales son, entre otras: la embriaguez, la fármaco-dependencia, la mendicidad, el robo, o la comisión de cualquier delito.

Como en la demás causales en las que la conducta prevista puede constituir o no un delito, en ésta sucede lo propio. Si los actos inmorales se cometen en hijos mayores de edad, no se configura el delito de corrupción, pero sí, la causal de divorcio. Los padres tienen casi siempre cierto ascendiente moral sobre sus hijos aún cuando sean mayores de edad y pueden provocar en ellos conductas inmorales o ilícitas que los lleven a su corrupción.

Padecer, sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga al respecto del cónyuge demente.

Configuran estas dos fracciones las llamadas por la doctrina causas eugenésicas o causas remedio.

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

La fracción VI nombra dos enfermedades, la sífilis y la tuberculosis que en la época de la redacción del Código (1928), eran terribles por contagiosas, crónicas, incurables y hereditarias. Con los avances de la medicina moderna ambas son perfecta y prontamente curables si se detectan en sus primeras etapas. Más aún puede decirse que en el estado actual de la ciencia médica casi no existe una enfermedad que tenga al mismo tiempo dos de la cuatro características unidas que pide la ley, a saber crónica y contagiosa, crónica y hereditaria; incurable y contagiosa, o incurable y hereditaria.

Se consideran estas causas como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley en las causales que se dan en un hecho determinado en el tiempo. El problema consiste en saber si el cónyuge sano puede pedir el divorcio en las primeras etapas de estas enfermedades. La respuesta lógica sería no, pues en esas previas etapas la mayor parte de las enfermedades no reúnen las características pedidas por la ley: crónica o incurable que sea al mismo tiempo contagiosa o hereditaria.

Cuando estas condiciones se dan en un sujeto, antes de contraer matrimonio, se consideran impedimentos para su celebración. Si se realiza el matrimonio mediando impedimentos, el cónyuge sano tiene a su favor la acción de nulidad que debe pedir dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio (Art. 246). Si se deja pasar ese término de caducidad, la acción que corresponde es la de divorcio basada en la fracción VII del artículo 267 que se está analizando.

Incluye esta causa, "la impotencia incurable que sobrevenga después del matrimonio". La impotencia es también un impedimento para contraer matrimonio (Art. 156 F. VIII). Podrá pedirse nulidad por esta causa, pero dentro del término de caducidad señalado en el párrafo precedente: sesenta días.²²

El tratamiento jurídico que se le da a esta particular causa de divorcio "la impotencia incurable", que es a la vez impedimento para casarse puede presentar graves problemas en la práctica si se aplica rigurosamente la interpretación literal. Si se contrae matrimonio con este impedimento es pedir la nulidad dentro de los sesenta días siguientes a la realización del matrimonio. Es muy difícil suponer que en tan poco tiempo pueda determinarse que la impotencia sea incurable. Lo más probable es que no se pida la nulidad y se deje correr el término de caducidad. En este caso ya no se tendría, como en las demás enfermedades, causa de divorcio, pues como tal se necesita que la impotencia sea "sobrevenida después de celebrado el matrimonio" y en el supuesto que analizamos la impotencia existía de origen, antes de contraer matrimonio.

Un segundo problema con respecto a esta cuestión es determinar si la impotencia sobrevenida después de celebrado el mismo, puede actuar en cualquier momento del matrimonio. Es decir, ¿la impotencia natural derivada de la edad avanzada puede constituir causa de divorcio?

La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

La separación de la casa conyugal sin causa justa significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal.

²² Cfr. MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. Págs. 227 y 228.

No importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar. Basta el hecho objetivo de haberse roto la cohabitación por más de seis meses para tener causa de divorcio.

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

Si, además del abandono físico de la casa conyugal, se incumple el deber de alimentos y asistencia que en su caso debe cumplir el cónyuge abandonador, se estará además dentro de otra causal, la XII que se analizará con posterioridad.

Con el abandono del hogar y el incumplimiento de las demás obligaciones inherentes al matrimonio y a la paternidad, puede configurarse un delito: el abandono de personas. Señala al respecto el Código Penal Art. 336: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado. Art. 337: "El delito de abandono de cónyuge sólo se perseguirá a petición de la parte agraviada".

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

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

Se entrevé en esta causal una aparente injusticia: el cónyuge que debió ser acusado se convierte en acusador y puede vencer en el juicio como cónyuge

“inocente”. Sin embargo el Código es congruente con sus preceptos. Por un lado existe la obligación de convivir en el domicilio conyugal y no le está permitido a ninguno de los dos romper unilateralmente con este deber.

En segundo lugar la ley señala un término de caducidad de seis meses para pedir el divorcio cuando la causa no es de carácter permanente o de tracto sucesivo (Art. 278). Si el cónyuge con causa deja pasar los seis meses, sin interponer la demanda de divorcio se da la presunción del perdón tácito y de acuerdo con el artículo 279 “ninguna de las causas enumerados en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito”.

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

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

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

Esta causa es absolutamente inútil en la legislación, pues para obtener una sentencia en que se declare la ausencia o la presunción de muerte, se necesita el transcurso de varios años, y ya se ha señalado que con el solo lapso de seis meses de la separación del hogar conyugal se tiene causa suficiente de divorcio.

La única utilidad que puede reportar una sentencia de declaración de ausencia o de presunción de muerte para el caso de divorcio es que constituye la misma

prueba plena en sí, para obtenerlo. Creemos, sin embargo que sería más práctico y conveniente que, en lugar de ser estas sentencias causas de divorcio, fueran causas automáticas de disolución del matrimonio.²³

La sevicia, las amenazas las injurias graves de un cónyuge para el otro.

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

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

Injuria es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge de manifestarle desprecio.

Sintetizando: mediante la sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las injurias se ofende.

En esta causal pueden quedar resumidas casi todas las demás. En razón de ello son las más frecuentemente invocadas en todos los órdenes jurídicos del mundo. En Francia, la jurisprudencia ha hecho una aplicación amplísima de esta causal.

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 causa

²³ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara. El Divorcio D.U.A. Editorial UNAM Mexico 1982. Págs. 23 y 24.

justa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

Como esta causal remite a otros artículos, preciso es recordar el contenido de los mismos.

El artículo 164 señala ciertos deberes de los cónyuges, principalmente la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a las cargas del mismo en las personas de los cónyuges y de sus hijos. Estas cargas deberán distribuírselas de común acuerdo y en la forma y proporción convenida en razón de sus posibilidades.

El artículo 168 reitera la igualdad jurídica de los consortes y la obligación de resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la educación de los hijos y a la administración de los bienes. Señala este artículo la intervención del Juez de lo Familiar en caso de desacuerdo de los cónyuges.

La redacción del Art. 168 es reciente (D.O. 31-XII-74) y la juzgamos un tanto inoperante en nuestro medio. Significa que si los cónyuges no se ponen de acuerdo en todas las cuestiones de su vida en común, deben recurrir al juez para que resuelva lo conducente. Así, en el hipotético caso en que recurran a un juez y éste resuelva mediante sentencia que cause ejecutoriada, los cónyuges están obligados a cumplir la determinación judicial. El incumplimiento a la misma constituye la causa de divorcio señalada en la fracción XII.

Independientemente de que los cónyuges hayan recurrido al juez para solicitar su intervención en la forma de cumplir con sus obligaciones de cargas del hogar y que el juez haya otorgado sentencia ejecutoriada, la simple negativa a cumplir con los deberes señalados en el Art. 164 es causa de divorcio.²⁴

²⁴ Cfr. MONTERO DUHALT. Sara. Op. Cit. Pág. 234.

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

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

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

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

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

Dos interpretaciones se le han dado a la inclusión de esta causal: la primera, el derecho del cónyuge inocente de no compartir la infamia cometida por el otro;

segunda: la interrupción de la vida conyugal prolongada por más de dos años, por culpa del cónyuge delincuente.

En cuanto a la calificación de infamante para el delito, se estará forzosamente a la interpretación judicial, pues el Código Penal no clasifica a los delitos en infamante o no infamantes. En un sentido amplio, cualquier condena penal, excepto de delito político, constituye una infamia, entendida la misma como descrédito en el honor, la reputación, o el buen nombre de una persona.

Pueden contribuir también en la calificación de infamante, las circunstancias en que el delito que se cometió. Por ejemplo, no es lo mismo un homicidio con agravantes, que el producido en una riña con provocación. Queda al arbitrio del juez, el determinar si el delito es o no infamante, y con ello, causa de divorcio.

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

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

El juez debe calificar en cada caso si se reúnen las dos circunstancias, pues puede suceder que los hábitos de vicios señalados en alguno de los cónyuges, hayan sido tolerados por el otro y no amenacen la ruina de la familia, y ante circunstancias posteriores (el interés sentimental en un terreno por parte del cónyuge demandante, por ejemplo) toma esos vicios como causa de divorcio.²⁵

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

²⁵ Cfr. MONTERO DUHALT. Sara. Op. Cit. Págs. 235 y 236.

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

Conductas tipificadas como delitos cuando se cometían entre extraños, no se consideraban punibles si se realizaban entre familiares, hasta la reforma al Código Penal de 1984.

Señala el nuevo artículo 399 bis C. P. que los delitos correspondientes al Capítulo VI "Daño en propiedad ajena", cuando se realicen entre familiares se perseguirán por querrela de parte ofendida.

Cuando el delito de esta naturaleza lo cometa un cónyuge contra el otro, éste puede optar por acusarlo penalmente, o pedir divorcio, o ambas acciones.

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

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

Esta nueva fracción añadida al artículo 267, publicada por Decreto en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983 para entrar en vigor a los noventa días, tiene dos aspectos contrapuestos que se analizarán de inmediato.

El divorcio, como se dijo al principio de este trabajo, no es más que la forma legal que se da a una situación de hecho. Cuando se demanda el divorcio por cualquier causa significa ello que el matrimonio se ha deteriorado de tal manera que

ya no existe entre los cónyuges la tradicional *affetio maritalis* de que hablaban los romanos. Los que están casados, o al menos uno de ellos, ya no quiere seguir casado con su cónyuge.

En algunas ocasiones, la demanda de divorcio no significa más que un deterioro en las relaciones conyugales de gravedad menor que puede ser reparado; por ello, el desistimiento de la demanda, la reconciliación y el perdón ponen fin al procedimiento de divorcio y las cosas vuelven a su estado original como si nunca hubiera habido demanda de divorcio.

Más en la mayoría de los casos, la petición de divorcio es la declaración ante la autoridad competente de que el matrimonio ha quedado roto de hecho con anterioridad.

En estas condiciones, cuando los cónyuges han roto de hecho el vínculo afectivo que los unía y viven separados por un tiempo más o menos largos (dos años pide la fracción XVIII que estamos comentando), parece que existe causa justa para pedir y obtener la sentencia de divorcio que dé seguridad jurídica a una situación incierta.

Sin embargo, la inclusión de la causal citada, sin una correcta reglamentación jurídica posterior, nos parece sumamente peligrosa, en cuanto a los efectos que produce la sentencia de divorcio en las personas de los cónyuges. En efecto, en los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente. Y en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga matrimonio o se una en concubinato. Mismo derecho que tendrá el cónyuge varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes en las mismas circunstancias que la cónyuge.

Pues bien, la fracción XVIII no encuadra dentro del mutuo consentimiento, no se tendrá por ello los alimentos en las circunstancias arriba señaladas; será por ello un divorcio necesario, con la particularidad de que no habrá calificación de cónyuge inocente ni culpable: no se tendrá tampoco derecho a alimentos. De allí que hemos calificado a esta fracción de sumamente peligrosa, pues desprotege fundamentalmente a la mujer que ha dedicado sus años de matrimonio a los trabajos del hogar. La cónyuge que ha desempeñado algunos o muchos años de su vida las labores antes mencionadas, tareas no remuneradas, puede sufrir esta clase de divorcio por parte del marido que simplemente se separe de hecho del domicilio conyugal. Si durante la separación por más de dos años el marido ha pasado o no pensión alimenticia al grupo familiar, al cumplirse ese período, podrá pedir divorcio basado en la causal XVIII y en la sentencia no se le podrá obligar a pasar alimentos a su esposa que no tenga ingresos suficientes por no estar preparada para el trabajo fuera de casa, pues su actividad anterior fue exclusiva dentro del hogar durante el tiempo que duro el matrimonio.

Se podrán objetar los anteriores argumentos en el sentido de que la esposa (o el esposo en su caso) tienen a su alcance las causales "abandono injustificado del hogar conyugal" (F. VIII del Art. 267) para demandar divorcio a su cónyuge abandonador y así obtener la calidad de cónyuge inocente y el correspondiente derecho a alimentos; sin embargo, la mayor parte de nuestra población desconoce a sus derechos, o deja pasar el tiempo esperando la vuelta del cónyuge descarriado; o sus sentimientos religiosos le impiden divorciarse, o tantas y tantas discusiones que pueden darse y que se darán en nuestra realidad si la norma que comentamos no se adiciona con el derecho a alimentos que tendrá a juicio del juez, el cónyuge que los necesite en razón del divorcio obtenido por la causal de separación de hecho que dure mas de los años.²⁶

²⁶ Cfr. PALLARES, Eduardo Op. Cit. Pág. 96.

Causa número 19. Art. 268. "Cuando un cónyuge haya perdido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido de la demanda de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

Aunque el legislador reguló esta causal en forma autónoma, es decir fuera de la enumeración de las dieciocho causales que señala el artículo 267, la razón de la misma es idéntica a las demás, o sea, la constatación del rompimiento del afecto matrimonial. Si un cónyuge ha solicitado el divorcio o la nulidad del matrimonio, significa que ya no quiere seguir casado con su pareja. Si posteriormente no pudo justificar debidamente su demanda, no obtendrá la disolución legal de matrimonio, pero el mismo quedó roto de hecho.

Para que proceda un divorcio necesario se requieren los siguientes supuestos:

Existencia de un matrimonio válido. Acción ante juez competente. Expresión de causa específicamente determinada en la ley. Legitimación procesal. Tiempo hábil. Que no haya habido perdón. Formalidades procesales.

Existencia de un matrimonio válido.

Este requisito se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.

Acción ante juez competente.

El divorcio es una controversia de orden familiar. Por ello es juez competente en materia de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal (Art.

159 C. P. C.), y en el caso de divorcio por abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (Art. 156, F. XII C. P. C.).

Cuando no existe domicilio conyugal porque la separación de los cónyuges haya sido tiempo atrás, es competente para conocer del juicio, el juez del domicilio del demandado (Art. 156 F. IV. C. P. C.).

Expresión de causa específicamente determinada.

Ya quedó expresado anteriormente que las causas en nuestro sistema de divorcio, son de carácter limitativo y no ejemplificativo; cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón. La causa que se invoque debe forzosamente ajustarse a las señaladas en las diecisiete causales que se analizaron líneas arriba (Art. 267, Fs. I a XVI y Art. 268 C.C.).

Por lo demás la causa no tiene que ser única, pueden invocarse al mismo tiempo dos o más causales; pero todas y cada una de ellas específicamente determinadas en sí.

Legitimación procesal.

La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges. Es una acción personalísima, entendiéndose por tal que sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia, por los propios interesados, en este caso los cónyuges. En consecuencia, ningún tercero puede ejercitar la acción de divorcio. Ello no quiere decir que tengan que llevar por sí mismos el proceso y que se requiera en todo caso su comparecencia personal. Pueden perfectamente actuar a través del procurador. El Código contiene norma expresa al respecto.

“El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda” (Art. 278 C.C.). Significa también que esta acción no es transmisible ni en vida ni por causa de muerte: “La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio” (Art. 290).

En cuanto a la capacidad de las partes para actuar, el cónyuge menor de edad puede asumir en el juicio de divorcio tanto el papel de actor como de demandado, pero en ambos casos se le nombrará un tutor dativo. Así lo exige el Art. 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: II. De un tutor para negocios judiciales”.

El tutor en ese caso no funciona como representante legal del menor. Se limitará a asistir, a aconsejar al cónyuge menor en la secuela del procedimiento judicial.

Tiempo hábil.

La acción de divorcio necesario puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a noticia del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda (Art. 278 C.C.).

Cuando la causa consiste en un hecho determinado en el tiempo (injurias, adulterio único, etc.) el término de caducidad es de seis meses a partir del momento que se configuro la causal, o en que se entera el cónyuge demandante. Si deja transcurrir los seis meses sin interponer la demanda, cada es derecho específico en que consistió la causa que pudo invocar; pero podrá invocarlo por nuevos hechos

que constituyan causa de divorcio, aunque sean de la misma especie (Art. 281 in fine C.C.).

Cuando la causa de divorcio es permanente, de las llamadas de "tracto sucesivo", como v.gr. el abandono del hogar, las enfermedades, no existe término de caducidad en cualquier momento puede solicitarse el divorcio en razón de que la causa siga vigente.

Que no haya habido perdón.

Así lo expresa textualmente el Art. 279 C.C.: "Ninguna de las causas enumeradas en el Art. 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito; no se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores".

"Una vez iniciado el divorcio, ponen fin al juicio, tanto la reconciliación de los cónyuges, como el perdón del ofendido. En ambos casos deberán notificarlo al juez; pero la omisión de la notificación no destruye los efectos de la reconciliación, o del perdón en su caso" (Art. 280 y 281 C.C.).²⁷

²⁷ Cfr. MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. Págs. 245 y 246.

ETAPAS PROCESALES.

Demanda, contestación (y reconvencción en su caso), Traslado de la reconvencción (si la hubo), Ofrecimiento de pruebas, Recepción y desahogo de las pruebas, Alegatos, sentencia (y apelación den su caso), Declaración de que la sentencia ha causado ejecutoria, Envío de copia de sentencia al Juez del Registro Civil.

Demanda.

Se inicia el procedimiento con la demanda en la cual el cónyuge ofendido reclamará la disolución del vínculo matrimonial, señalando una o más de las causales de divorcio establecidas limitativamente en el Art. 267 del Código Civil, además de las señaladas en el Art. 268 del mismo Ordenamiento Legal.

Con la demanda deberá adjuntarse copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos si los hubiera.

Contestación (y reconvencción en su caso).

Admitida la demanda el Juez de lo Familiar mandará a emplazar al cónyuge que haya dado causa al divorcio, y que dentro del juicio tendrá el carácter de demandado, a fin de que produzca su contestación dentro del término de nueve días.

En la contestación a la demanda, el cónyuge indicará si son o no ciertos los hechos señalados en la demanda y, por lo tanto, si ha incurrido o no en la o las causales de divorcio que se le imputan. En su caso, pueden también, en el mismo escrito de contestación, promover reconvencción, o sea, hacer valer a su vez, causas de divorcio en contra del demandante. Respecto de la reconvencción o contrademanda los papeles de actor y demandado se invertirán.

Traslado de la reconvencción (si la hubo).

De presentarse reconvencción el juez deberá correr traslado de ella al cónyuge demandante, para que la conteste dentro de nueve días.

Ofrecimiento de prueba.

A partir de la fecha de notificación del auto en que se tuvo por contestada la demanda o la reconvencción en su caso el juicio se abrirá a prueba, concediéndose diez días a ambos cónyuges para ofrecer cada uno las pruebas que estimen pertinente para probar los hechos narrados en su demanda y contestación, o sea, para probar el juez la existencia de la, o las causales de divorcio aducidas.

En materia de divorcio pueden emplearse los medios de prueba que enumera el Art. 289 del Código de Procedimientos Civiles, escogiendo los más adecuados según el caso. No debe olvidarse que existen reglas especiales para efectuar el ofrecimiento de cada una de las diferentes pruebas, mismas reglas que se encuentran contenidas en los Arts. 291 a 297 inclusive del Código citado.

Transcurrido el término de diez días para ofrecimiento de pruebas, el juez debe dictar resolución en la cual determinará qué pruebas de las ofrecidas se admiten.

Recepción y práctica de pruebas.

En seguida se pasará a la recepción y práctica de las pruebas, exclusivamente de aquellas que hubieren sido admitidas, y en cuanto a esta etapa procesal, también hay normas especiales aplicables a cada tipo de prueba. Estas normas se encuentran contenidas en los Arts. 309 al 384 del Código de la materia.

Existen pruebas que requieren para su recepción o desahogo, de la celebración de una audiencia la cual deberán concurrir los cónyuges, en sus respectivos papeles de actor y demandado, bien sea personalmente, o a través de apoderado legal, además de testigos o peritos si los hubiere. Tal sucede con las siguientes pruebas: confesional, testimonial, pericial y reconocimiento o inspección judicial.

Hay otros tipos de prueba como, por ejemplo, la documental pública o privada la consistente en fotografías, copias fotostáticas etc., que se dicen quedan desahogadas por su propia naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente.

De cualquier manera, la audiencia establecida en el Art. 385 del propio Código debe celebrarse el día y hora que para ese efecto señale el juez que conoce del asunto, iniciándose con la indicación de las personas que comparecen y deban intervenir. Acto continuo se procede al desahogo de las pruebas, primero las de la parte actora y después las de la parte demandada.

Alegatos.

Concluida la recepción de las pruebas, establece el Art. 393 el Tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados y, concluidos los alegatos, el juez se reservará para dictar la sentencia que proceda.

Para dictar sentencia, el juez deberá valorar las pruebas rendidas en la inteligencia de que si le quedara duda acerca de algún punto controvertido, podrá en cualquier momento, antes de la sentencia, decretar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria.

Sentencia (y apelación en su caso).

Al dictar el juez la sentencia si se hubiere probado la o las causales de divorcio en que se basó la demanda, declarará disuelto el vínculo matrimonial, dejando por lo tanto a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, y determinará además lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes, y al pago de alimentos.

Incidente de sentencia ejecutoria.

Notificada la sentencia, si no fuere apelada dentro de los cinco días que señala la ley, deberá tramitarse el incidente de sentencia ejecutoriada a fin de que al declararse que la sentencia ha causado ejecutoria, se considere como la verdad legal y se proceda a ejecutarla según sus términos.

Envío de copia de sentencia al Juez del Registro Civil.

Entre los puntos resolutive de la sentencia de divorcio se incluye la de enviar al Juez del Registro Civil que corresponda, copia certificada de la sentencia, a fin de que se haga anotación marginal al acta de matrimonio.²⁸

MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

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

Separar a los cónyuges;

Señalar y asegurar los alimentos a que se deban tanto a un cónyuge como a los hijos.

²⁸ Cfr. PALLARES, Jacinto. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México 1988. Pág. 31.

Las que el juez estime convenientes para evitar que los cónyuges se causen perjuicios en sus bienes;

- Las precautorias en el caso de que la mujer esté encinta.

Decidir sobre el cuidado de los hijos (Art. 282 C.C.).

El cuidado de los hijos estará a cargo de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos. En efecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre (Art. 282, F. VI).

Este último párrafo fue añadido por el multicitada decreto de 27 de diciembre de 1983. Se vuelve así a una norma original del Código civil cuando entró en vigor el año de 1932, que ponía en todo caso a los hijos menores de cinco años bajo el cuidado de la madre (salvo circunstancias que aconsejaran lo contrario) (Art. 260). En el texto original se señalaba que los hijos varones mayores de cinco años, quedarían bajo el cuidado del padre y las hijas siempre al cuidado de la madre (Art. 259). Aunque estas normas correspondían al capítulo "Nulidad de matrimonio" eran aplicables también a los casos de divorcio.

Si bien es cierto que la madre es la persona idónea para el cuidado de los infantes y que, normalmente las madres desean y reclaman la custodia de sus hijos, pese a la enorme tarea y responsabilidad que ello les exige, no es menos cierto también que, en los casos de divorcio, la mujer tendrá una doble tarea: el cuidado de los hijos y el trabajo remunerado que debe obtener para proveer a ella y a sus hijos, de los alimentos necesarios. Por ello, este deber que se le impondrá a la madre "...los hijos menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre" (Art. 282

F. VI), debiera acompañarse del deber correlativo del padre de otorgar la pensión alimenticia completa a los hijos y, en su caso, parte de los alimentos de la madre. Con la redacción actual del citado artículo se le impone a la madre una doble carga y se desobliga al padre de una tarea que debe ser compartida por ambos progenitores: la atención y el cuidado de sus hijos. La redacción correcta de la citada F. VI del 282 debiera ser, en su parte final, pensamos: "... Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, la madre tendrá el derecho de quedarse con la custodia de sus hijos menores de siete años. En este caso, el padre subvendrá todas las necesidades pecuniarias de sus hijos".²⁹

²⁹ Cfr. OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla. México 1988. Pág. 119.

2. DIVORCIO VOLUNTARIO

Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges.

El Código regula de dos formas este divorcio dependiendo de la autoridad ante quien se transmite; el divorcio administrativo, que se solicita ante un juez del Registro Civil, y al divorcio judicial interpuesto ante un juez de lo familiar.

Cuando los cónyuges que divorciarse por mutuo consentimiento tienen hijos, o son menores de edad, tienen que recurrir al Juez de lo Familiar de su domicilio, para solicitar el divorcio.

Con la solicitud del divorcio debe adjuntarse un convenio en que se fijen los siguientes cinco puntos:

- 1) La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.
- 2) El modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento, como después.
- 3) El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- 4) Los alimentos que un cónyuge dará al otro, en los términos del artículo 288, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.
- 5) La forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidarla al ejecutoriarse el divorcio.

Deben comprobar, además, que llevan más de un año de casados, pues antes de este término no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento.

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

Regula el procedimiento el Título Decimocuarto, Art. 674 a 682 del Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal.

Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deben ocurrir al juez de lo Familiar de su domicilio presentando el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, del que se habló líneas arriba. Deben adjuntar una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de sus hijos menores.

Recibida la solicitud, el tribunal cita a los cónyuges y al Ministerio Público a una primera junta de avenencia, después de los ocho días y antes de quince de admitida la solicitud. El juez debe intentar conciliar a los cónyuges. Si no lo logra, aprobará provisionalmente el convenio oyendo previamente el parecer del Agente del Ministerio Público. Dictará también el juez todas las disposiciones provisionales señaladas en el artículo 282 C.C., que han sido expuestas en la parte relativa al procedimiento de divorcio necesario en este mismo capítulo.

Si insistieran los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada. En la misma el juez volverá a exhortar a la reconciliación de los cónyuges. Si ésta no se logra, y en el divorcio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer de representante del Ministerio Público sobre este punto y decidirá sobre el convenio presentado.

Los cónyuges pueden hacerse representar por procurador, excepto en las juntas de avenencia es que se requiere su comparecencia personal. El cónyuge

menor de edad, igual que en el divorcio necesario, necesita de un tutor especial durante todo el trámite de divorcio voluntario.

En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.

De la misma manera, la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. En este caso no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación (Art. 276).

La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, tanto al solicitado por mutuo consentimiento, como al pedido por uno sólo de los cónyuges. En estas circunstancias, los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio (Art. 290).³⁰

³⁰ GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla. México 1994. Pág. 84.

CAPITULO IV

LA INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES Y SU PROPUESTA DE UBICACIÓN EN UN APARTADO ESPECIAL DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A).- COMO UN ACTO UNILATERAL.

Los autores de Derecho Familiar, concebían al divorcio desde un principio, como un acto unilateral y exclusivo de los maridos, basta recordar el repudio que es el antecedente del divorcio, el cual llevaba acabo el hombre al ya no desear compartir su vida con determinada mujer, por determinadas causas como lo eran la del adulterio, esterilidad, torpeza, etc., exteriorizada por el varón a través de un documento, dándole la libertad a la mujer para casarse, siendo la misma una incompatibilidad de caracteres que se presenta entre ambos consortes, y dicha repudio es hecha por uno de los consortes el que lleva acabo tal manifestación.

También debemos de recordar que en el antiguo testamento en el pasaje Deuteronomio (XXIV-1), el marido podrá entregar a su consorte un libelo de repudio para sacarla de su casa, por torpezas de esta así como por no encontrar dentro de ella las cualidades que pensaba que tenía, este era un acto unilateral de voluntad y exclusivo del hombre.

En la India, las leyes de Manú admitían el repudio del hombre hacia la mujer si esta fuera estéril dentro de los ocho años después de celebrado el matrimonio, así como que hubiese engendrado solamente mujeres, o que padeciera alguna enfermedad incurable el repudio era inmediato.

Asimismo cabe recordar que los hebreos, al pasar el tiempo a la mujer le concedieron el derecho de repudiar al hombre, basado dicho repudio sólo cuando el hombre fuera un adúltero, o en su caso maltratara a su esposa, fuera perezoso o no diera cumplimiento a los deberes conyugales, como podemos observar también es un acto unilateral por parte de la mujer hacia el hombre, por incompatibilidad de caracteres entre los mismos.

De lo anterior podemos arribar que el divorcio desde sus inicios, ha sido un acto unilateral, primeramente por parte del varón que con el solo hecho de no querer a su cónyuge por torpezas, o no encontrara en su esposa las cualidades que pensaba que tenía este quedaba desligado del matrimonio, y los consortes podían contraer nuevas nupcias, progresivamente a la mujer también se le concedió esa oportunidad de repudiar a su marido pero en una forma mas limitativa pero también en una forma unilateral.

Con el transcurso del tiempo observamos, que en el Derecho Familiar sea modernizado en muchos aspectos, ya que en sus inicios dentro del divorcio, se daba este por el repudio de alguno de los cónyuges, siendo un acto unilateral por una de las partes, sin darle la oportunidad a la otra parte de defenderse, hoy en día eso no existe, ya que para poderse divorciarse hay tres formas para disolver el vínculo matrimonial:

1.- El Divorcio Administrativo, el cual es a petición de ambos consortes llenando los requisitos enumerados en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, y este se tramita ante el Juez del Registro Civil.

2.- El Divorcio Voluntario, también este es a petición de los consortes , pero a diferencia del anterior este se hace ante el Juez de lo Familiar, llenando los requisitos contemplados en el artículo 272 ultimo párrafo del Código Civil en relación con los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles

3.- El Divorcio Necesario, este es a petición de uno de los consortes el cual cree tener derecho a solicitar el divorcio por alguna de las causales contempladas en el artículo 267 del Código Civil, ante el órgano jurisdiccional correspondiente, por lo que dicha demanda es una expectativa de derecho, ya que la acción intentada se puede materializar o no, al dictarse la sentencia definitiva, previamente dándole la oportunidad a la contraria de defenderse, que conteste lo que se le demanda

oponiendo esta sus defensas o excepciones dando sus motivos o razones para que el Juez al valorar las pruebas de ambos declare procedente la acción o no.

En este orden de ideas observamos que el derecho en todos sus ámbitos, y no siendo la excepción en materia familiar sea modificado día con día, adecuándose a la realidad, necesidades y evolución de la sociedad, para poder regular la convivencia y vida en común de los gobernados, sin dejar de tomar en cuenta la igualdad que hay entre las personas.

En nuestra legislación dicho Acto Unilateral, esta reglamentado en el artículo 1° del Código de Procedimientos Civiles que señala: Solo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario...

En nuestro Código de Procedimientos Civiles adopta su artículo 1o., que el ejercicio de las acciones requiere el interés en el actor para deducirlas, desvaneciendo así toda controversia sobre el particular, esto quiere decir en el caso a estudio que si uno de los consortes tiene interés o con derecho a ejercitar el Divorcio Necesario, ejercita unilateralmente excitando al Organismo Jurisdiccional, un derecho que le concede la Ley, si cree, que su cónyuge ha cometido alguna causal para que su matrimonio se disuelva, siendo una expectativa de derecho, ya que al resolver la Autoridad competente puede darle la razón o no de acuerdo a las pruebas que estos ofrezcan.

Dentro de nuestra Legislación no se encuentra reglamentado como causal de divorcio la incompatibilidad de caracteres, por lo que hoy en día los abogados litigantes al no encontrar una causal que defina la relación en que se encuentra el matrimonio y que lo es la incompatibilidad de caracteres, tengan que engañar al Organismo Jurisdiccional inventando una causal de divorcio de las señaladas en la ley sustantiva, presentando testigos falsos ,etc., para que el vínculo matrimonial que los

unía se pueda disolver; ya que esa relación en que se encuentran los cónyuges, que es una antipatía entre ambos, una intolerancia exteriorizada, que revela una aversión que hace imposible la vida en común, ya que esa diferencia que hay entre los consortes, no puede asociarse los mismos por sus personalidades opuestas, ese choque de intolerancia psíquica y física provocando la desarmonía conyugal y con esto no lograr el objetivo o finalidad de matrimonio.

Ante dicha situación mi propuesta radica en proponer un juicio Sui generis de mayor rapidez y eficacia para disolver el vínculo matrimonial, en el que uno de los consortes manifieste mediante un escrito de demanda ante el Juez de lo Familiar, su deseo de divorciarse por la discrepancia de caracteres que hay en el matrimonio, y que hacen imposible la vida en común, con el fin de que se inicie un juicio especial, ubicándose el mismo en un apartado especial dentro del Código Civil para el Distrito Federal, por la complejidad subjetiva que hay para demostrar dicha incompatibilidad de caracteres.

B) COMO CAUSA UNICA DE DIVORCIO POR PARTE DE LOS CONYUGES.

La causal de divorcio, es aquel motivo que impulse a los cónyuges a disolver el matrimonio, Julián Guitron Fuente Villa importante tratadista en Derecho Familiar, considera a la incompatibilidad de caracteres como la única causa de divorcio, estableciendo que ésta se refiere a la falta de motivación que existe entre los cónyuges para continuar su vida en común y soportar las cargas del matrimonio por ello es necesario señalar que la incompatibilidad de caracteres es sin lugar a dudas el detonante de la separación del matrimonio, ya que al no haber entendimiento entre los mismos no funciona ninguno de los objetivos por lo cuales se unen una pareja en matrimonio, y por tal virtud debe disolverse el mismo, .

De lo anterior podemos arribar que la incompatibilidad de caracteres puede generar todas las demás causas de divorcio en virtud de que entre los consortes desapareció la idea que les llevo a unir sus vidas, en el entendido que la incompatibilidad de caracteres es; la intolerancia de los cónyuges, exteriorizada en diversas formas, que revela una advertción que hace imposible la vida en común. Además de que, incompatibilidad significa antipatía de caracteres, diferencias esenciales que hacen que no puedan asociarse dos cosas o que impiden que estén de acuerdo dos persona, por lo que es lógico y forzoso reconocer que la incompatibilidad se dice a la conducta y al modo de ser de ambos, y que por ende las causas que la originan radican en los dos cónyuges y no en uno solo, ya que tienen personalidades opuestas entre sí y esto origina la desarmonía conyugal y como consecuencia de ello, hace imposible la vida marital.

Así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación :

DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA). Para que prospere la demanda de divorcio por la causal de incompatibilidad de caracteres, establecida en la fracción XVII del artículo 123 del Código Civil para el Estado de Tlaxcala, es necesario que el actor manifieste de una manera explícita cuál

*es el carácter de su cónyuge así como el suyo, de tal manera que de esa narración se desprenda que cada uno de ellos tiene una personalidad opuesta al otro, que, por sus características, hace imposible la vida en común. Si no se hace así, resulta evidente que el Juzgador no tendrá elementos suficientes para analizar si entre los cónyuges realmente existe una permanente aversión que hace imposible su mutua convivencia; además de que se dejaría en estado de indefensión al cónyuge demandado, pues no conocería los hechos constitutivos de la causal de divorcio.*³¹

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 5/89. Saturnino Méndez Ortega. 31 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE. *La incompatibilidad de caracteres, para justificar el divorcio, debe representar una situación de desarmonía tal, que produzca un estado constante de incomprensión que haga imposible la subsistencia del vínculo conyugal, debido a las actitudes de los consortes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que para hacer valer la incompatibilidad de caracteres como causa de divorcio, es menester que en la demanda se expongan los hechos en que consiste esa causal y que no es bastante que se compruebe la existencia de desavenencias comunes y corrientes, las cuales son frecuentes en el matrimonio, por ser naturales en una convivencia, sino que debe ser de tal índole grave el motivo de la desarmonía conyugal, que implique la necesidad del divorcio.*

*Amparo directo 8820/61. Margarita Hernández de Cáceres. 29 de marzo de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.*³²

DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE. *Para que la incompatibilidad de caracteres, como causal de divorcio, pueda prosperar, es necesario que el cónyuge que la hace valer exprese en su demanda cuáles son los hechos que la constituyen, tanto para que el cónyuge demandado esté en posibilidad de formular su defensa, como para que en su oportunidad, el juez pueda apreciar si efectivamente se han demostrado y según su naturaleza y*

³¹ Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, t. III, segunda parte-1, pág. 290.

³² Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, t. LXII, Cuarta parte, pág. 15

gravedad, hacen imposible mantener la vida en común y justifican la disolución del matrimonio, pues como éste es una institución de orden público, la sociedad está interesada en que se mantenga, y sólo por las causas señaladas por la ley e inconcusamente demostradas, debe disolverse, atentos los males que el divorcio causa a la familia y a la propia sociedad. Si bien la incompatibilidad de caracteres, se revela por el choque u oposición constante entre los cónyuges, que determina una intolerancia psíquica y física, que origina contrariedades y desavenencias que hacen imposible la convivencia, si no se mencionaron ni precisaron en la demanda, por el cónyuge actor, los hechos que revelaron la imposibilidad de mantener la vida en común, que es lo que atiende la ley cuando establece esa causa de divorcio, esa omisión sería suficiente para que la autoridad responsable hubiera tenido por legalmente improcedente la acción de divorcio apoyada en la causal de referencia.

*Amparo directo 2381/59. Ana María Segura Martínez de Vela. 10 de junio de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.*³³

DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE. Para que la incompatibilidad de caracteres, como causal de divorcio, pueda prosperar, es necesario que el cónyuge que la hace valer, exprese en su demanda cuáles son los hechos que la constituyen, tanto para que el cónyuge demandado esté en posibilidad de formular su defensa, cuanto para que, en su oportunidad, el juez pueda apreciar si efectivamente se han demostrado, y si su naturaleza y gravedad hacen imposible mantener la vida en común y justifican la disolución del matrimonio, pues como éste es una institución de orden público, la sociedad está interesada en que se mantenga, y sólo por las causas señaladas por la ley plenamente demostradas, debe disolverse, atentos los males que el divorcio causa a la familia y a la sociedad.

*Sexta Epoca: Amparo directo 998/57. María del Refugio Riestra Córdova de Salazar. 30 de abril de 1958. Unanimidad de cuatro votos.*³⁴

Por lo anterior, la obligación del legislador que tiene es de promulgar leyes que deben de adecuarse de acuerdo a las circunstancias, necesidades y evolución

³³ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, t. XXXVI, Cuarta parte, pág.55

³⁴ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, t. IV, parte SCJN, pág.154.

de la conducta del ser humano a fin de que sean acordes a la realidad y no formen parte a una letra muerta, por su desuso o que las mismas sean obsoletas por no ser aplicables a las necesidades que día con día tiene la sociedad, y llegar al absurdo que realizan algunos abogados, que al encontrarse en una situación de incompatibilidad de caracteres, y al no encuadrarse en ninguna de las causales invocadas en el artículo 267 del Código Civil, hagan indebidamente una invención de determinadas circunstancias para poder divorciar a las partes, cosa que es contraria al derecho y a las buenas costumbres, por no estar estipulada la incompatibilidad de caracteres como causa de divorcio.

Estas necesidades que día con día han sido requeridos por nuestra sociedad han hecho que los legisladores, en algunos estados adicionan a las causales de divorcio, la de incompatibilidad de caracteres, como es el caso en la legislación de Tlaxcala, al verse en la imperiosa necesidad por así exigirlo, las necesidades .

C) PROCEDIMIENTO PROPUESTO.

Haciendo valer nuestra experiencia en la materia, podemos establecer que los divorcios judiciales sean voluntarios o necesarios, traen consigo trámites molestos y engorrosos para los divorciantes los cuales adoptan posturas muy SUI GENERIS que van de las imputaciones públicas hasta la petición de reconciliación, todas las impregnadas de un alto contenido de fustigación en principio y problemas posteriormente, por eso sostenemos que el divorcio por incompatibilidad de caracteres, debe de someterse a un procedimiento rápido y sencillo y que evite la pérdida de tiempo y problemas entre los divorciantes que no sean los estrictamente necesarios para que su problemática de divorciarse sea resuelta de una manera mas sencilla pero no podemos pasar por alto la dificultad para demostrar esa incompatibilidad de caracteres por lo cual para su demostración se requiere, una prueba primordial como lo es la Pericial en Psicología, ya que es la prueba más idónea para acreditar esa incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges ya que esta nos demostrara si en efecto hay esa apatía, ese choque u oposición constante entre los cónyuges, al haber una intolerancia psíquica y física, que origina contrariedades y desavenencias que hacen imposible la vida en común y con esto no satisfagan los fines del matrimonio como lo son, la procreación, el ayuntamiento sexual, y acompañarse mutuamente, etc.

Como los señalamos con anterioridad el Derecho Familiar en materia procesal también debe modernizarse de acuerdo a las necesidades de la sociedad, en la cual los procedimientos no deben de ser tan engorrosos, y con mayor prontitud, por ello consideramos necesario para este tipo de juicio otra variante, como puede ser, una asimilación con el procedimiento sumario en materia penal de manera tal que el divorcio por incompatibilidad de caracteres sea de tipo sumario, es decir de una manera mas sencilla para evitar que la relación que unía los consortes no se degrade mas, por la tardanza que se acostumbra en este tipo de juicios.

En nuestra exposición de motivos, ya apuntábamos la forma de promover el divorcio por incompatibilidad de caracteres, a continuación trataremos de explicarlo de manera escueta pero entendible:

1.- El interesado acudirá ante el Juez de lo Familiar en turno mediante su escrito inicial de demanda donde ofrecerán las pruebas que a su derecho convinieren (tomando en consideración que debe de ofrecer la prueba pericial en Psicología, como prueba primordial), para manifestar su deseo de divorciarse, argumentando en el las causas que motiven al divorcio por la incompatibilidad de caracteres.

2.- Con posterioridad se notificara a la contraria, el deseo de su cónyuge de divorciarse, dándole un término de cinco días para que conteste la demanda entablada en su contra, y oponga las excepciones y defensas que a su derecho convinieren, ofreciendo sus pruebas para acreditar los extremos de sus excepciones y defensas.

3.- Posteriormente, fijada la litis se dictara el auto admisorio de pruebas, las cuales quedaran a cargo de las mismas su preparación y desahogo, el Juez a la parte demandada le hará saber que deberá de señalar un perito de su parte en el término de 48 horas, y de no hacerlo así le nombrara uno en rebeldía para no dejar a la parte demandada en un notorio estado de indefensión, mismas que se desahogaran en una sola audiencia de ley, la cual no podrá diferirse, si los dictámenes periciales fuesen contradictorios el Juez designara perito tercero en Psicología, el cual deberá estar autorizado por el Tribunal Superior de Justicia de la Nación, para así poder dictar la resolución .

El dictamen pericial consistirá en varios tests Psicológicos, de personalidad de los cónyuges, los cuales nos ayudaran para saber si realmente, hay incompatibilidad de caracteres y si esta, es suficiente para disolver el matrimonio ya que los cónyuges no puedan continuar su vida en común ya que no pueden soportar las cargas del matrimonio, por que ya desapareció la idea que les llevo a unir sus vidas, en el

entendido que la incompatibilidad de caracteres es; la intolerancia de los cónyuges, exteriorizada en diversas formas, que revela una aversión que hace imposible la vida en común.

Además de que, incompatibilidad significa antipatía de caracteres, diferencias esenciales que hacen que no puedan asociarse dos cosas o que impiden que estén de acuerdo dos persona, por lo que es lógico y forzoso reconocer que la incompatibilidad se dice a la conducta y al modo de ser de ambos, y que por ende las causas que la originan radican en los dos cónyuges y no en uno solo, ya que tienen personalidades opuestas entre sí y esto origina la desarmonía conyugal y como consecuencia de ello, hace imposible la vida marital, lo cual hace procedente la disolución del vínculo matrimonial.

Este test psicológico, estará constituido por cuatro tipos de test los cuales son: TEST DE PERSONALIDAD, TEST PSICOLOGICO MACHOVER, TEST HTP (casa, árbol, persona), y TEST M.M.P.I. los cuales tratare de explicar en que consiste cada uno de estos a continuación:

TEST DE PERSONALIDAD.- Este Test consiste primeramente en una entrevista a cada cónyuge, por separado y que consistirá en:

a) Datos generales de las personas (cónyuges).

b) Motivo de la consulta o estudio a realizar, donde se les preguntara:

- ANTECEDENTES FAMILIARES, Donde se le cuestionara, como ha sido su relación familiar, con hermanos, padres, en general con toda su familia mas cercana, en su niñez, juventud, que problemas hubo y si tuvo cuales fueron, hasta el día de hoy, esto servirá para relacionar estos problemas con su personalidad aunado con su pareja.

- SU VIDA MARITAL, Se le preguntara por que causas se casaron, cual fue la situación para que contraerán nupcias, como se dio la relación entre el o ella y su cónyuge, antes del matrimonio, es decir como lo conoció, su noviazgo como se fue dando, como decidieron casarse, etc.

- VIDA ESCOLAR, Se les cuestionara como era la relación con sus compañeros de escuela, y si esta relación fue mas afectiva con el sexo femenino o masculino, también como fue la relación con sus maestros.

- VIDA LABORAL, Aquí se señalará a que edad empezó a trabajar, como ha sido su relación en sus trabajos, con sus compañeros, jefes, etc.

- VIDA SEXUAL, Aquí se le preguntara como ha sido su vida sexual, desde sus inicios hasta el día de hoy, a que edad tuvo relaciones sexuales, con quienes, y si han sido satisfactorias el por que o no, es decir por que considera que han sido satisfactorias o no lo han sido.

Este test no arrojará si hay diferencias de caracteres en los cónyuges o no, y con este estudio que se practique a estos, el Juez podrá apoyarse en dichos estudios para conceder o no el divorcio.

TEST PSICOLOGICO MACHOVER.- Este Test consiste en dibujar una figura humana, el cual nos arrojará por parte del cónyuge , el estado de cada uno de estos, como puede ser su inestabilidad o estabilidad, su adaptación social o no, si es introvertido o extrovertido, su agresividad.

Este Test, es vital ya que aunado con el test de personalidad se corroboraran los datos arrojados en este, llevándonos a una verdad del estado, personalidad, y diferencias de carácter de cada uno de los cónyuges y así poder dar una valoración mas exacta.

TEST HTP (casa, árbol, persona).- Este Test consistirá en que cada cónyuge en forma separada dibujara, una casa, un árbol y una persona, la cual arrojará al Psicólogo, la relación de la persona con sus padres, así como la relación con su esposo (a), así como también una visualización del estado real en que se encuentra en ese momento la relación de la persona con su cónyuge, y si en verdad existen problemas.

TEST M.M.P.I. .- Este Test consiste en realizar por forma separada a cada uno de los cónyuges 566 preguntas, las cuales deberán contestar cierto o falso, el cual nos dará un panorama patológico, de cada uno de ellos así como índices de depresión, padecimientos, estados depresivos de cada uno, manías (alteraciones en el estado emocional), hipocondrías, esquizofrenias, escala de masculino y femenino (en el hombre índice de homosexualidad y en mujeres lesbianismo), todo esto por medio de escalas.

Este Test es fundamental para visualizar patologías severas, y que puedan ser las bases de esa incompatibilidad de caracteres de los cónyuges.

No podemos perder de vista, que tan importantes son estos tests psicológicos, para poder realmente ver, si hay incompatibilidad de caracteres o no, o si puede ser otro tipo de problemas cotidianos que tengan solución y que no tengan la fuerza para que proceda el divorcio, o a contrario, que revisando esos estudios hechos a los cónyuges se percate el Juez de lo familiar y valorando todas y cada una de las pruebas aportadas, así como los test psicológicos, resuelva que es conveniente, tanto para los cónyuges así como a la sociedad que se disuelva el vínculo matrimonial.

4.- La audiencia de ley, se señalara a mas tardar entre los veinte y veinticinco días, al dictarse el auto admisorio de pruebas, en dicha audiencia se tratara de conciliar a las partes para que desistan su deseo de divorciarse, y no lográndolo se desahogaran las pruebas que estuvieren preparadas, las que no estuvieren preparadas se declararan desiertas por causas imputables al oferente, posteriormente se pasara al periodo de alegatos, el cual se podrá hacer en forma verbal o por escrito, dictándose asimismo en el acto la sentencia definitiva, la cual no

podrá ser recurrible por ningún recurso ordinario, solo podrá ser impugnada la misma mediante el juicio de amparo directo ante la autoridad competente.

Como podemos observar de dicho procedimiento al reglamentarse en el Código Civil, daría pie, a que la ley no fuera burlada por los litigantes que con el afán de divorciar a los cónyuges, inventan determinadas situaciones, para poder acreditar dichos supuestos que se encuentran reglamentados, y que al no adecuarse a ninguno de estos supuesto, tengan que inventar diversas causas que no son ciertas, y que es sencillo decir por lo que se quieren divorciar los cónyuges es por su incompatibilidad de caracteres que tienen entre sí.

A mayor abundamiento, las leyes se deben ir adecuando de acuerdo a las necesidades que día con día va teniendo la sociedad donde se aplica, y si esto no se diera, dichas leyes pasarían a ser una letra muerta, por ser obsoletas a la actualidad.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Positividad de la propuesta.- En efecto de la práctica procedimental se desprende, que cuando en la especie no existe o no se posibilita el acreditar ante el Juez del conocimiento la procedencia de la acción que se intenta, toda vez que la hipótesis que se propone no se adecua a ninguna de las fracciones que contempla el artículo 267 del Código Civil, ni se contempla y por tal virtud el cónyuge accionante se ve en la necesidad, de implementar los mecanismos necesarios; esto es circunstancias de modo, tiempo y lugar para que sin que existan los elementos que cada una de las fracciones contempla, los hechos se equiparen, o en su caso se adecuen a la propia norma o presupuesto sustantivo.

A mayor abundamiento en la mayor de las veces, el cónyuge accionante se ve en la necesidad de defraudar a la ley, cuenta habida que no existen los elementos específicos que las fracciones en el artículo 267 del Código Civil no contemplan y por ende se ve en la necesidad de argumentar en forma por demás ficticia o irreal cualesquiera de las que las propias fracciones contemplan, significando esto en estricto sensu un fraude a la ley.

SEGUNDA.- En este orden de ideas la propuesta de este trabajo, esta encaminada a que el legislador incluya dentro de las condicionantes para que se de el divorcio, la de incompatibilidad de caracteres y se propone asimismo el establecimiento de acciones procesales que obtengan como resultado la disolución de un vínculo matrimonial, que por esa virtud no tiene en la especie eficacia, ni jurídica, ni moral, ni emocional para las partes contrayentes, sin que exista la necesidad, como se apuntó con anterioridad de defraudar a la ley.

Implica lo anterior, que al obtenerse como resultante de la interacción entre los cónyuges que no pueden convivir en los términos y la forma que son de esperarse de la unión matrimonial, por las razones que se anticiparon en los

capítulos de esta tesis, la posibilidad de que sin el engaño, o el fraude a la ley puedan divorciarse por la incompatibilidad de caracteres.

TERCERA.- Es menester y necesario que el legislador tomando en consideración que la figura del matrimonio también se ve envuelta en la dinámica, de una constante que no solamente puede ser regulada por principios y conceptos que en su momento, pudieron tener eficacia jurídica plena, con la connotación de que la familia derivada de un matrimonio es el soporte social del propio estado; sin embargo no debe dejarse soslayado que la interacción entre los cónyuges no solamente puede reducirse a las fracciones del artículo 267 que la Ley sustantiva contempla, sino que por el contrario debe ampliarse la óptica para que sin necesidad del fraude a la ley, los cónyuges que se encuentren en la situación que este trabajo desarrolla, se vean posibilitados a ocurrir ante la instancia judicial para que sin que medie elemento de prueba alguna, más allá de los que se proponen puedan obtener la disolución de un vínculo matrimonial que no reúna ni jurídicamente ni moralmente, ni emocionalmente los requisitos para que el propio prevalezca.

CUARTA.- Por otra parte, un procedimiento como el que se propone, evitará que personas que no tengan ningún conocimiento, o hayan presenciado actos o hechos que presuman la necesidad de deponer en un procedimiento ficticio tengan que hacerlo, cuenta habida que los dictámenes respecto de las personalidades de los cónyuges serán materia de prueba más que suficiente para acreditar los extremos de la acción que se intenta, sin que, se repite haya la necesidad de involucrar a personas, a las cuales se les tenga que preparar previamente a la audiencia de ley para que en su caso se pueda surtir alguna de las hipótesis que las fracciones del artículo 267 del Código Civil contemple para que pueda decretarse el divorcio, reiterando vurlandose de la propia ley, no debemos de perder de vista que las leyes son para que se apliquen a casos concretos y al no existir dispositivo que contemple la incompatibilidad de caracteres por esto es mi propuesta para que se regula, ya que las leyes se deben

ir adecuando de acuerdo a las necesidades de la sociedad, y para mi es necesario que se deba regular esta situación, toda vez que si las leyes el estado las crea para satisfacer las necesidades de la sociedad, por ende se debe ir adecuando a las necesidades mas elementales que tenga esta.

BIBLIOGRAFIA

- Arrón, Silva M. La Mujer Mexicana ante el Divorcio Eclesiástico. Editorial Sepsetentas: México 1976.
- Baqueiro Rojas, Edgard. Derecho Civil. Editorial Harla. México 1991.
- Baqueiro Rojas, Edgard y otra. Derecho de Familia y Sucesiones Editorial Harla. México 1990.
- García, Trinidad. Introducción al Estudio del Derecho. Edición del Autor. México 1956.
- Goldstein, Mateo. Enciclopedia Jurídica Ormeba. Editorial Driskill, Buenos Aires Argentina 1979. Tomo IX .
- Gómez Lara Cipriano. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla. México 1994.
- Guitrón Fuentevilla, Julian. ¿Que es el Derecho Familiar?. Tomo I. Promociones Jurídicas y Culturales. México 1985.
- Güitrón Fuentevilla, Julián. Que es el Derecho Familiar. Promociones Jurídicos y Culturales. México 1996.
- Ibarrola, Antonio De. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1985.
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa México 1990 4º edición.
- Montero Duhalt, Sara. Divorcio. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1996.
- Montero Duhalt, Sara. El Divorcio D.U.A. Editorial UNAM Mexico 1982.
- Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla. México 1988.
- Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa México 1979.
- Pallares, Jacinto. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México 1988.
- Pina Rafael, De. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa México 1988.
- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Porrúa México 1988.

- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. Tomo II. México 1980 5° Edición.
- Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, t. III, segunda parte-1.
- Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, t. IV, parte SCJN.
- Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, t. LXII, Cuarta parte.
- Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, t. XXXVI, Cuarta parte.

LEGISLACIONES

- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial SISTA S.A. de C.V., México 2001.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2001.
- Código Civil para el Estado de Tlaxcala, Editorial Cajica, Tlaxcala 2000.