



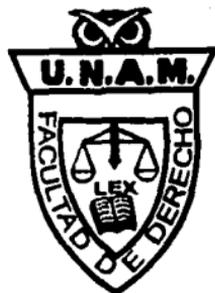
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA DEROGACION DE LA FRACCION I DEL
ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL"

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

BELISARIO MARIN SALVATTI



ASESOR DE TESIS: LIC. ROBERTO REYES VELAZQUEZ
DR. IVAN LAGUNES PEREZ DIRECTOR DEL SEMINARIO
DE DERECHO CIVIL

MEXICO, D. F. CD. UNIVERSITARIA 2002



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

**Agradezco a Dios
Por permitirme llegar a este momento.**

**A mis padres Eliseo y Hortensia
Por que mi persona esta basada en
los principios inculcados en el amor y
la confianza, y apoyo que siempre
me han brindado. Porque han hecho
de mi un hombre de bien.**

**A mi esposa Marithe
Por su confianza, por haber creido
en mi siempre, ayudándome en cada
momento a salir adelante, te amo.**

**A mis hijos Scarlett y Brandom
Por su existencia y amor que son los
que hacen que pueda vencer cualquier
reto. Mis dos mas grandes tesoros.**

**A mis hermanos Eliseo, Lucy, Héctor,
Hortensia y Ariadna, por esos bellos
recuerdos de cariño y unidad y buenos
consejos desde la niñez.**

**Al Licenciado Roberto Reyes Velázquez
Por su valiosa colaboración
desinteresada de conocimientos y
experiencia.**

**A mi Alma Mater
Universidad Nacional Autónoma de México
Por darme la gran oportunidad de haberme
recibido en sus aulas.**

"LA DEROGACIÓN DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES

1. Breves antecedentes del divorcio en México.....	1
1.1 Derecho Colonial.....	4
1.2 México Independiente.....	4
1.3 Ley del Matrimonio Civil de 1859.....	4
1.4 Código Civil de 1870.....	6
1.5 Código Civil de 1884.....	7
1.6 La Ley de Relaciones Familiares de 1917.....	8
1.7 Código Civil de 1928.....	9
2. Argumentos acerca del divorcio.....	9
2.1 Razones en Contra del Divorcio.....	12
2.2 Razones a Favor del Divorcio.....	14
3. Concepto de Adulterio.....	17
4. Aspecto jurisprudencial del Divorcio y del Adulterio.....	23

5. Causales del divorcio contenidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.....	27
---	----

CAPITULO SEGUNDO

EL ADULTERIO EN EL DERECHO CIVIL

1. La dificultad para demostrar el adulterio, como causal de divorcio, cuando no existen hijos extramatrimoniales.....	32
2. Sólo a través de actas de nacimiento de hijos fuera del matrimonio.....	36
2.1 De las Actas de Nacimiento.....	37
3. Sólo a través de testigos que conozcan a los cónyuges y sus relaciones matrimoniales.....	40

CAPITULO TERCERO

LA DEROGACIÓN DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1. Concepto de divorcio.....	44
2. Definición legal de divorcio.....	47
3. Divorcio como acto jurídico.....	49
4. El divorcio necesario en el Código Civil para el Distrito Federal.....	50
4.1 Divorcio Vincular.....	50

4.2	Divorcio Voluntario.....	52
4.3	Divorcio Voluntario Administrativo.....	53
4.4	Divorcio Voluntario Judicial.....	55
4.5	Divorcio Necesario.....	62
5.	Los obstáculos para acreditar la causal contenida en la fracción I del artículo 267 del Código para el Distrito Federal.....	66
6.	Necesidades de Prevenir dichos obstáculos.....	68
7.	Fundamentos de la propuesta formulada sobre la abrogación y derogación.....	70

CAPITULO CUARTO

EFICACIA EN FUNCIÓN DEL EMPLEO DE UNA ADECUADA TÉCNICA EN LA CREACIÓN DE LA NORMA

1.	Eficacia en función de la claridad.....	79
2.	Eficacia en función de la coherencia.....	83
3.	Eficacia en función de la integridad.....	85
4.	Eficacia por el ajuste de la nora al paso del tiempo.....	87
5.	La tarea del legislador y la tarea del juez.....	88
	CONCLUSIONES.....	93
	BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN

El trabajo recepcional que sometemos a su siempre atinada consideración tiene como propósito, la derogación de la Fracción I del Artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en virtud de que considero que dicha causal de divorcio ya no es operante, porque hoy en día nuestra ciencia jurídica tiene que continuar su desarrollo y para esto los estudiantes de licenciatura en derecho tenemos la obligación de investigar que Instituciones del Derecho Civil deben de irse modificando y con esto coadyuvar con una leve aportación para una mejor impartición de justicia, en esta Ciudad de Méxco.

Este trabajo quedo integrado de cuatro capítulos siendo de la siguiente forma:

El primer Capítulo quedó integrado por una serie de Consideraciones Generales, así como también por Breves Antecedentes del Divorcio, Argumentos acerca del Divorcio, así como también el Concepto de Divorcio, Definición de Adulterio, Aspectos Jurisprudenciales del Divorcio y del Adulterio y por Causales del Divorcio según el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el segundo Capítulo exponemos la dificultad para demostrar el adulterio, como causal de divorcio, cuando no existen hijos extramatrimoniales, así como también que sólo es través de actas de nacimiento de hijos, fuera del matrimonio; el que sólo es a través de testigos que conozcan a los cónyuges y sus relaciones extramatrimoniales.

El tercer capítulo está integrado por la derogación de la fracción I del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, Definición legal de divorcio, divorcio como acto jurídico, el divorcio necesario en el Código Civil para el Distrito Federal, los obstáculos para acreditar la causal contenida en la fracción I del artículo 267, del Código Civil para el Distrito Federal, la necesidad de prevenir dichos obstáculos,

fundamentos de la propuesta formulada sobre la abrogación; y encontramos también la derogación.

En el cuarto capítulo y último de nuestra tesis señalamos la eficacia en función del empleo de una adecuada técnica en la creación de la norma, eficacia en función de la claridad, eficacia en función de la coherencia, eficacia en función de la integridad, eficacia por el ajuste de la norma al paso del tiempo, la tarea del legislador y la tarea del juez. Todo esto con el firme propósito y convención de demostrar, fundamentar y motivar lo que a lo largo de nuestro estudio hemos venido sosteniendo para llegar al convencimiento de que es viable la propuesta de derogar la fracción primera del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Finalmente elaboramos conclusiones a lo que se llega en la investigación que se señala.

También se acompaña de una bibliografía, que soporta la investigación, llevada a cabo para someterlo a consideración del Honorable Jurado que designe esta Facultad de Derecho para el examen profesional, se plantea la demostración de la solución al problema investigado.

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES

De manera genérica, podemos decir que el divorcio, es la ruptura del vínculo matrimonial, por cualquiera de las causales que establece el vigente Código Civil para el Distrito Federal y que una vez decretado este, y legalizado los cónyuges, quedan en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, pero esto no siempre fue así, es por ello que a continuación, precisaré lo siguiente.

Podemos afirmar que el surgimiento del divorcio va aparejado al del matrimonio, sólo que este último es un poco más antiguo que el primero, pues lógico es que para que pueda invocarse la acción del divorcio, es requisito indispensable la existencia de un matrimonio. A continuación desarrollaré trataré de precisar los antecedentes históricos de ésta institución para así darnos cuenta de cómo se regulaba en el Derecho Mexicano.

1. BREVES ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MÉXICO

Los antecedentes del divorcio en nuestro país, varía de tribu a tribu y de época a época, es por ello que durante la época precolonial, "los indígenas de Texcoco, cuando llegaba a presentarse algún asunto de divorcio, que no era muy frecuente, los jueces procuraban tratar de conformarlos, reprimiendo al cónyuge que era culpable, y les decían que tomaran en cuenta con cuanto acuerdo se habían casado y que no pusieran en deshonra y vergüenza a sus padres y parientes, todo esto con el objeto de ponerlos en paz y conformarlos."¹

Por otro lado los mayas se casaban con una sola mujer, sin embargo en la clase guerrera existía la poligamia.

¹ CHÁVEZ ASENCIO. Manuel. La Familia en el Derecho. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. P. 423

Estos consideraban a la infidelidad de la mujer como causa de repudio y en caso de que existiesen hijos menores al momento del repudio, éstos se quedaban con la mujer, pero cuando eran mayores, las mujeres pertenecían a la esposa y los varones al esposo. La mujer repudiada, posteriormente, podía unirse a otro hombre y aún volver con su primer esposo, porque existía entre los mayas libertad amplia para tomarse o dejarse.

Los Tepehuanes conocían el matrimonio y también el repudio por infidelidad de la mujer.

Al respecto la tratadista Alicia Pérez Duarte señala:

"Por lo que respecta al procedimiento, las quejas del matrimonio se presentaban ante Petamuti, quien era el gran sacerdote. Cuando se presentaban las tres primeras quejas, los cónyuges eran amonestados, reprimiendo al cónyuge culpable, decretándose el divorcio a la cuarta queja. Cuando la esposa resultaba ser culpable, podía seguir viviendo en la casa marital, excepto en el caso de adulterio, pues era entregada al Petamuti, el cual lo mandaba matar. Pero cuando el culpable era el esposo, los familiares de su mujer, la recogían y la casaban con otro. Un segundo divorcio no se permitía."²

Como se puede observar los indígenas de Texcoco muy pocas veces tramitaban un divorcio, sin embargo cuando éste se presentaba, los jueces luchaban porque el matrimonio subsistiera.

En cambio los mayas gozaban de gran facilidad para disolver un matrimonio. Y éstos al igual que los Tepehuanes consideraban la infidelidad de la mujer como causa de repudio.

² PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. La Obligación Alimentaria ; deber jurídico, deber moral?. 11ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998. p. 132.

Y es dentro de este derecho precolonial donde se prohíbe el solicitar por segunda vez el divorcio.

Entre los aztecas existió la figura del divorcio, ya porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estuviere sujeta a la voluntad del hombre, o porque se basara en causas que ameritaran su disolución. Dicha disolución, tenía que ser autorizada judicialmente para que fuera válida, además el cónyuge que así lo solicitara debería separarse realmente del otro cónyuge.

Existían causas de divorcio para el hombre y para la mujer, las cuales eran:

Para el hombre: cuando la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada y perezosa ó fuera estéril.

Para la mujer: que el marido no pudiera mantenerle (incumplimiento económico) o que físicamente la maltratara.

El divorcio no era muy bien aceptado por los aztecas, por eso, cuando lo llegaba a solicitar uno solo de los cónyuges, era necesario que realizara reiteradas gestiones para que éste se le otorgará; pero cuando eran ambos cónyuges los que lo solicitaban, los jueces trataban de reconciliarlos y en caso de que no aceptaran se les otorgaba la autorización para la disolución.

Se estima que el divorcio entre los aztecas no era muy aceptado, sin embargo se autorizaba cuando existía alguna causa que así lo ameritara, sin antes procurar la reconciliación de los cónyuges. El divorcio tenía que ser autorizado judicialmente para su validez.

1.1 DERECHO COLONIAL

En materia de divorcio rigió el derecho Canónico y como ya quedó anotado, el único divorcio admitido por esta legislación es el llamado divorcio separación, que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras viva el otro cónyuge.

1.2 MÉXICO INDEPENDIENTE

La materia privada, siguió siendo regulada por el Derecho Español, esto es, por la ley de las Siete Partidas, ya que al independizarse México, se dispuso que seguiría en vigor la legislación Española, en tanto no estuvieran derogadas sus disposiciones por el gobierno mexicano. Sin embargo surgieron algunos intentos al nivel de las entidades federativas, los cuales trajeron como resultado la creación del códigos civiles o proyectos de los mismos.

1.3 LEY DEL MATRIMONIO CIVIL DE 1859

No es, sino hasta el día 23 de Julio de 1859, cuando surgen las primeras disposiciones en materia de divorcio, en la Ley del Matrimonio, esto como parte de las leyes de Reforma del Presidente Benito Juárez. Siendo estas las siguientes:

1. El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.
2. Los que contraigan el matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles conceden a los casados.

3. El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas y sujetas a las mismas penas que les tienen señaladas las leyes vigentes.
 4. El matrimonio civil es indisoluble; por consiguiente, solo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el art. 20 de esta ley, esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas.
20. El divorcio es temporal, y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados.
21. Son causas legítimas para el divorcio:
- I. El adulterio, menos cuando ambos esposos se hayan hecho reos de este crimen, ó cuando el esposo prostituya á la esposa con su consentimiento; mas en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que éste sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio.
 - II. La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer, o por ésta a aquél, siempre que no la justifiquen en juicio.
 - III. El concubito con la mujer, tal que resulte contra el fin esencial del matrimonio.
 - IV. La inducción con pertinacia al crimen, ya sea que el marido induzca a la mujer, ó ésta a aquel.
 - V. La crueldad excesiva del marido con la mujer, o de ésta con aquel.
 - VI. La enfermedad grave y contagiosa de alguno de los esposos.

VII. La demencia de uno de los esposos, cuando ésta sea tal, que fundadamente se tema por la vida del otro.

Esta ley, viene a prohibir la bigamia y la Poligamia, calificando de indisoluble al matrimonio; además decreta el divorcio temporal por separación de cuerpos, sin autorizar a los cónyuges a contraer un nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los cónyuges divorciados.

1.4 CODIGO CIVIL DE 1870

Posterior a esta ley del Matrimonio Civil, surge el Código de 1870 para el Distrito Federal y territorio de Baja California, el cual entró en vigor hasta el primero de marzo de 1871.

En este Código se consideraba al matrimonio como una unión indisoluble, y por tal razón, no se admitía el divorcio vincular, pero si la separación de cuerpos. Entre las causas que se establecían para poder solicitar la separación de cuerpos, cuatro constituían delitos. Que son la violencia, el adulterio, el robo o la infertilidad.

"También se prohibía el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio llevaba veinte o más años de constituido. Ahora bien, el Código Civil de 1870 señalaba como condición "sine quanon", para gestionar el divorcio por separación de cuerpos, el que hubiera transcurrido dos años como mínimo contados a partir de la celebración del matrimonio, antes de los cuales la acción de divorcio era improcedente."³

³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. IV. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 1994. p. 389.

Como se puede observar, después de la independencia de México, el divorcio se encuentra regulado tanto en la ley del Matrimonio de 1859 como en el Código de 1870.

La Ley del Matrimonio prohibió la bigamia y la poligamia, autorizando la separación de cuerpos (divorcio temporal) sin llegarse a romper el vínculo matrimonial.

Este Código, admitía también la separación de cuerpos, siempre que se invocara por las causas en él establecidas y además que hubieran transcurrido dos años contados a partir de la celebración del matrimonio, término que podríamos estimar es muy amplio, pues en el caso de que uno de los cónyuges fuera adúltero, el otro tendría que esperar a que se cumplieran estos dos años para poder invocar el divorcio.

1.5 CODIGO CIVIL DE 1884

Ahora bien en el año de 1884, surge un nuevo Código Civil, que al igual que el Código de 1870, sólo admitía el divorcio para separación de cuerpos.

Durante la vigencia del citado Código Civil, se presenta el primer intento divorcista, con el fin de introducir el divorcio vincular, el cual no tuvo éxito, pues las adiciones Constitucionales del día 25 de septiembre de 1873, en el gobierno del Presidente Sebastián Lerdo de Tejada, hechas con el fin de elevar a rango Constitucional las leyes de Reforma, fueron reglamentadas por la Ley Orgánica del día 14 de diciembre de 1874, en su artículo 23 fracción IX, el cual establecía que el matrimonio civil no se disolvía más que por la muerte de uno de los cónyuges.

1.6 LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Esta ley regulaba las mismas causas de divorcio que el Código Civil de 1884, sólo que con distinta redacción. Cabe señalar que en cuanto a la causal que se refiere a las enfermedades, se estima más correcta la redacción del Código Civil mencionado, al señalar como causa de divorcio cualquier enfermedad que sea crónica o incurable y además contagiosa o hereditaria, sin establecer alguna enfermedad en especial como lo hacía la Ley de Relaciones familiares.

El autor Eduardo Pallares, emitió su juicio con respecto al surgimiento de esta Ley de Relaciones Familiares, argumentando:

"La nueva Ley sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, y destructora del núcleo familiar. Sacude al Edificio Social en sus cimientos y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Es, al mismo tiempo, obra de sinceridad y de valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y las censuras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con la lógica implacable.

Sólo son comparables a esta Ley, por su importancia política y social, los artículos 3º, 123 y 130 de la flamante Constitución; pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones comentarios periodísticos, conferencias y críticas de todo género, la Ley sobre Relaciones Familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente; algunos la han recibido con sonrisa irónica. La verdad es que lleva un virus destructor de primer orden".⁴

Sería ilógico no aceptar que el divorcio viene a destruir el núcleo familiar, pero de los males el menor, ya que el divorcio es efectivamente un mal, pero necesario, al evitar males peores.

⁴ Pallares Eduardo. El Divorcio en México 11ª Edición. Edit. Purnia, México, 2000. p.34

Con el divorcio se evitan problemas mayores como el adulterio, concubinatos, etc. Y en forma primordial el orillar a los cónyuges a crear un ambiente insostenible y odioso en el hogar conyugal, produciéndose situaciones inmorales para ellos y para sus hijos.

1.7 CODIGO CIVIL DE 1928

El Código Civil de 30 de agosto de 1928 para el Distrito Federal y Territorios Federales, viene a aceptar en términos generales, las causas que la Ley de Relaciones Familiares regulaba como legítimas para poder invocar la disolución del vínculo matrimonial. Además reconoce la posibilidad de disolverlo por mutuo consentimiento de los cónyuges e introduce un procedimiento especial administrativo de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, por el juez del Registro Civil, cuando los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.

Por lo que toca a los trámites del divorcio voluntario, dejó al Código de Procedimientos Civiles la regulación de la materia, el cual simplificó de tres a dos juntas de avenencia y fijó un plazo de ocho a quince días entre una y otra junta.

El Código Civil para el Distrito Federal que entró en vigor desde el día dos de Octubre de 1932, es el que actualmente se encuentra vigente, sólo que con algunas reformas, y regula el divorcio en sus artículos 266 a 291.

2. ARGUMENTOS ACERCA DEL DIVORCIO

Para algunos autores que están a favor del divorcio hablan de éste como una institución sublime, casi celestial, destinada a purificarlo todo. Otros lo presentan como un derecho funesto, terrible, propio para corromper al mundo y acabar con

disolver todos los lazos sociales. Para los primeros, el divorcio es un triunfo a la razón, para los otros, su vergüenza y derrota.

Así varios autores señalan:

"Para Sánchez Román, la concepción del matrimonio es más elevada y más compleja que la del contrato porque los contrayentes no pueden alterar nada de ese contrato a su arbitrio, y no es producto del derecho, porque tiene funciones sociales y morales propias y fines esenciales que los casados tienen necesidades de cumplir."⁵

"Para Ignacio Soto el divorcio mientras se concilie y sea consecuencia legítima de la índole contractual del matrimonio, no contradice para nada el oficio de función e institución social que el matrimonio representa. El matrimonio no debe subsistir a toda costa por obligación forzosa de la Ley cuando faltan los motivos que determinaron semejante unión, concretamente: la voluntad de los esposos."⁶

Consideramos que el divorcio debe tener lugar cuando existen ciertos hechos que rompan la solidaridad del vínculo conyugal, tales como la infidelidad, delitos, vicios profundos e incurables.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la institución del matrimonio es de orden público y que el estado se encuentra interesado en que subsista, además que la sociedad está interesada en perpetuario y que es anormal el caso de los divorciados. La Suprema Corte también sostiene que las causas del divorcio no pueden ser objeto de interpretación extensible, ni por analogía, ni por mayoría de razón."⁷

⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, Alfredo. Derecho Civil. T. IV. 10ª edición. Edit. Trillas, México, 1998. p. 208.

⁶ SOTO, Ignacio. Primer Curso de Derecho Civil. T. II. 10ª edición. Edit. Porrúa, México, 1998. p. 263.

⁷ Semanario Judicial de la Federación. 7ª edición. Cuarta parte. Tercera Sala. Vol. 58. p. 63.

Consideramos que para poder hablar del divorcio es necesario prescindir de argumentos de carácter religioso porque la Ley debe respetar la libertad de creencia. Considera al matrimonio no como un Contrato sino como una institución social, y mediante la procreación de los hijos se ponen en práctica ciertas relaciones jurídicas que no pueden destruirse por la voluntad de las partes. Pero esto no implica que en ciertas circunstancias especialísimas no pueda disolverse el matrimonio porque toda sociedad por natural que sea, puede disolverse en determinadas circunstancias. Pero habiéndose anulado el matrimonio permanecen los vínculos existentes entre padres e hijos.

La moderna corriente científica se inclina a admitir el divorcio como una institución necesaria, pues consideran que aunque en si es un mal, debe adoptarse en la Legislaciones para evitar mayores males.

Los autores que consideran al matrimonio por su naturaleza jurídica como un mero Contrato, opinan "que debe admitirse el divorcio por mutuo consentimiento ya que la voluntad de las partes es la Ley Suprema y por lo tanto, si es su voluntad dar por terminado ese contrato (el de matrimonio), debe admitirse el divorcio."⁸

El autor francés De Marcere, en 1884 al discutirse en el Senado la Ley sobre el Divorcio dijo que: "lejos de constituir un atentado contra la institución del matrimonio, el divorcio puede contribuir a moralizarlo haciendo que su preparación sea más seria."⁹

"Por su parte Hennet considera que de todas las ventajas del divorcio, la mayor, la más general, estriba en que la Ley del divorcio es el mayor preservativo contra el mismo divorcio."¹⁰

⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Op. Cit. p. 138.

⁹ Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. 10ª edición. Edit. Dris-Kill, Argentina, 1990.. p. 1302.

¹⁰ Ibidem. p. 1303.

"Otro argumento en contra del divorcio es el que menciona Valverde considerando que la perpetuidad y la indisolubilidad son las dos columnas en donde debe apoyarse el matrimonio, lejos de ser un bien es un mal que causa otros males mayores, y esto se demuestra fácilmente pues en los países donde se admite el divorcio absoluto, el 80% de los casados se divorcian por segunda vez."¹¹

"Boistel opina que el divorcio es la deestructuración de la santidad de la unión conyugal, la supresión del amor completo y absoluto, sin dimensiones."¹²

Vamos a exponer brevemente las razones más comunes que se dan en pro y en contra del divorcio, dando al final una opinión personal, tomando en cuenta al Jurista José Arillas.

2.1 RAZONES EN CONTRA DEL DIVORCIO

"Las adversidades del divorcio, argumentan en contra de él, una infinidad de razones que se analizan a continuación.

1. El matrimonio dicen, es una institución social de suyo estable y permanente, ya que engendra relaciones y trae consecuencias como los hijos que no son por un tiempo sino para toda la vida; por lo tanto, el divorcio al romper el matrimonio, va en contra de la misma naturaleza del matrimonio.
2. El divorcio, al ofrecer a los esposos la perspectiva de una nueva unión matrimonial legítima, acaba con la integridad del matrimonio, provocando así la corrupción de la familia y por medio de ella la sociedad.

¹¹ Cit. por GÚITRON FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 10ª edición, Edit. UACH, México, 2000. p. 79.

¹² Cit. por PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 11ª edición. Edit. Porrúa, México, 2000. p. 329.

3. El divorcio trae funestas consecuencias en la formación y educación de los hijos y los deja en una lastimosa situación, quedando expuestos a caer por consecuencia del nuevo matrimonio de sus padres, bajo la dura autoridad de un padrastro o de una madrastra.
4. El divorcio deja a la mujer divorciada en una desgraciada situación, encontrándose en el mundo sola desamparada y generalmente carente de recursos y con la carga de los hijos.
5. El divorcio, continúan diciendo estos autores, ha producido funestas consecuencias en aquellos países que lo han admitido.
6. El divorcio perfecto con la disolución del vínculo matrimonial, hace imposible ya la reconciliación de los esposos, con detrimento de los hijos que quedan así privados para siempre del afecto y cuidado de uno de sus padres y algunas veces sometidos a la dura autoridad de un padrastro o madrastra.
7. El divorcio va en contra de los principios de la Iglesia Católica y así es causa de intranquilidad para la conciencia de todas aquellas personas que profesan la religión católica.¹³

Estas y otras muchas razones parecidas a las ya expuestas, son las que generalmente se alegan en contra del divorcio. Vamos ahora a ver las razones principales que argumentan los partidarios del divorcio.

¹³ ARILLA, José. Derecho Familiar. 10ª edición. Edit. Esfinge, México, 1985. p. 115.

2.2 RAZONES A FAVOR DEL DIVORCIO.

Los defensores del divorcio, reconocen que el matrimonio es una institución estable y de suyo para toda la vida. Una institución social de capital importancia, ya que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; sin embargo, dicen, que en aquellos casos extremos, cuando por diferentes motivos o circunstancias de la vida, el matrimonio se hace imposible, debe éste disolverse, por ser esta solución un mal menor, que evita mayores males y más funestos.

Para sostener la proposición anterior, los defensores del divorcio, dan entre otras, las siguientes razones:

1. "El divorcio, en determinados casos, cuando por diversos motivos, la vida conyugal se ha hecho imposible, lejos de ser corruptor, es moralizador de la sociedad, pues con él, los esposos divorciados, pueden buscar en un nuevo matrimonio, la satisfacción de sus aspiraciones y la felicidad que no lograron en su anterior matrimonio, sin necesidad de recurrir a uniones ilegítimas o condenarse a un celibato forzoso en contra de la misma naturaleza.
2. Si es mala la situación de los hijos en el divorcio, peor es fuera de él o sea en la simple separación: en efecto, en la mayoría de los casos, los padres separados se entregan a relaciones ilícitas como una consecuencia de su estado y así, el mal ejemplo que dan con esto a sus hijos, se hace sentir en sus inclinaciones y en su carácter, sin que por esto pueda decirse que se liberan al menos de un padrastro o de una madrastra, pues igualmente lo tienen, con la sola diferencia de que en vez de ser un padrastro legítimo, será un padrastro o madrastra ilegítimos.
3. Asimismo, si la situación de la mujer divorciada es mala, pero es la que sufre la mujer que vive únicamente separada de su marido. En efecto, la mujer divorciada tiene una ventaja sobre la no divorciada y es que puede

licitamente encontrar otro hombre que la salve de su desgracia, en tanto que la segunda no podrá esperar nunca tal salvación, más que a costa de su honra, de su conciencia y de sus hijos.

4. En realidad, lo que perjudica más a los hijos, no es tanto la separación o no separación de los padres; sino más bien la causa de esta separación o sea el odio, la discordia y el mal ejemplo de un matrimonio desavenido. En estos casos, una solución intermedia es más funesta que el remedio radical o sea el divorcio de sus padres, que define y aclara, de una vez por todas la situación de sus padres.

5. El prohibir el divorcio, es obligar a dos seres libres y racionales a que se sigan llamando esposos y que tengan las consideraciones de tales, cuando han mediado entre ellos ofensas gravísimas contra el honor y la persona misma; eso trae como consecuencia en muchísimos casos, la violencia entre los mismos esposos y en algunos casos hasta el crimen, como se ha visto en los últimos años, en que han aumentado los autoviudos y autoviudas.¹⁴

Estas y parecidas razones son las que argumentan los partidarios del divorcio; vamos en seguida a dar nuestra opinión.

Las opiniones hasta aquí expuestas sobre el divorcio, aunque diametralmente opuestas, tienen algo de común y es el punto de partida o sea; que tanto unos como otros, reconocen, que en determinados casos, habiéndose hecho imposible la convivencia entre los esposos, es necesaria la separación. La misma Iglesia Católica, en estos casos, admite la separación de los esposos en cuanto al lecho, mesa y habitación.

¹⁴) ARILLA, José. Derecho Familiar. Op. Cit. p. 116.

Planteado así el problema, la discusión se reduce en ver cual separación es preferible, si la simple separación de los esposos en cuanto al cuerpo, sin la ruptura del vínculo, o la separación acompañada de la disolución del vínculo matrimonial, que las circunstancias y los mismos esposos se han encargado ya de disolver.

Fijada la discusión en sus verdaderos términos, me atrevo a sostener, que si la separación de los esposos es una necesidad en muchos casos, cuando por desgracia la vida matrimonial se ha hecho imposible y no hay posibilidad de reconciliación, es preferible que dicha separación, en algunos de estos casos, se haga en forma radical. Advirtiendo desde luego, que estos casos de separación radical con disolución del vínculo, deben de ser casos muy graves y por motivos muy especiales y desde luego, cuando la vida matrimonial en común se haya roto, haciéndose por lo mismo imposible la realización de los fines propios del matrimonio y no sirviendo ya este para el perfeccionamiento de los esposos sino para su degradación, y la de los hijos.

Abogando también por un sistema legal, en que la gravedad de estos casos y el cumplimiento de los demás requisitos que hemos señalado, sea juzgado por una autoridad y no quede al arbitrio de los propios interesados.

De lo antes expuesto, considero que son respetables las opiniones en contra y a favor, en relación al divorcio, y aunque estoy en total desacuerdo con la promoción del divorcio, porque creo que lo importante, es unir a la familia, tratando a toda costa de conservarla como célula primordial de la sociedad. Considero que, cuando se ha terminado con los preceptos fundamentales, que dieron origen a el matrimonio, como son; el amor, el respeto, la tolerancia, y las expectativas de una vida en común, entre otras, y que la falta de estos, hacen imposible la convivencia conyugal, es necesaria la disolución de ese vínculo matrimonial como último recurso, siendo este un mal necesario de una realidad

que permite evitar, una relación dañina entre los cónyuges, pudiéndose extender esta hasta los hijos, en caso de que los haya.

3. CONCEPTO DE ADULTERIO

Del latín *adulterium*, y en lenguaje común podemos decir, que es la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge.

De manera genérica podemos decir que en la legislación sustantiva Civil para el Distrito Federal, no da ningún concepto y solamente se concretan a señalarla como causal de divorcio, y que en su fracción I señala, del artículo 267, del citado código, lo siguiente: "El adulterio debidamente probado de los cónyuges".

Varios autores definen al adulterio de la siguiente forma:

Francisco Carrara comenta que la palabra adulterio posee dos significaciones: "una más general, considera al adulterio como un hecho pecaminoso o vicioso, dándole un sentido moral, comprendiendo cualquier violación de la fidelidad conyugal mediante el ayuntamiento con persona extraña; la otra, siendo más especial considera al delito como el ayuntamiento cometido entre una mujer casada y un hombre extraño, o entre el hombre casado y la concubina que tiene en la casa conyugal."¹⁵

Nos parece interesante el punto de vista de Carrara ya que el significado general del adulterio lo circunscribe al ámbito puramente moral, como una conducta contraria a ésta; mientras que en su significado especial señala que el adulterio implica el ayuntamiento de la mujer con un hombre distinto a su marido o entre un hombre casado y la concubina pero que se comete en el domicilio conyugal, lo cual demuestra una inequidad en las condiciones en que comete este delito el hombre y la mujer. Por otro lado, no tendría cabida en nuestro sistema

¹⁵ CARRARA, Francisco. *Derecho Penal*. 4ª edición, Edit. Sisa, México, 1990. p. 71.

jurídico la posibilidad de que el adulterio se presentara entre un hombre casado y su concubina por la simple razón de que el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1635, condiciona la existencia de la figura del concubinato a que tanto el hombre como la mujer estén libres de matrimonio, por lo que en el supuesto planteado por Francisco Carrara, no tendría que hablarse de ayuntamiento entre el hombre casado y la concubina, sino entre hombre casado y la mujer.

Maggiore, comenta que "el adulterio es la unión sexual ilícita de una persona casada con una persona distinta de su cónyuge, agregando que en sentido estrictamente jurídico, por consiguiente, el adulterio (entendido como infidelidad de la esposa), debe definirse como infracción dolosa del vínculo matrimonial, cometida por la mujer casada que concede su propio cuerpo a un hombre distinto del marido."¹⁶

Definitivamente la definición de adulterio brindada por Maggiore, debemos tomarla con todas las reservas del caso, puesto que por tratarse de un jurista extranjero, la idea que formula respecto a este ilícito penal va en concordancia a la noción legal planteada por el ordenamiento penal que él estudia, en donde únicamente se contempla la posibilidad de que sea cometido por la mujer casada que tiene relación sexual con otro hombre distinto de su marido, pero no al revés, situación que demuestra las ideas sociales que privan en cada cultura, pero que es inaplicable a nuestro país, ya que como lo veremos posteriormente, este ilícito penal puede ser cometido tanto por hombre como por mujer, lo cual deja en claro la igualdad legal que ambos tienen ante la ley penal, máxime por la naturaleza del delito en cuestión.

Para Rafael de Pina, "es la relación sexual establecida entre personas de distinto sexo cuando, al menos, una de ellas se encuentra unida a otra por el

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 1041.

vínculo del matrimonio.¹⁷ Esta definición si se adecua a nuestro orden civil, en virtud de referirse a la relación sexual perpetrada entre una persona casada (varón o mujer) con otra distinta de su cónyuge. Lo que llama la atención es que este autor considera que el adulterio solamente puede ser cometido entre personas de distinto sexo, con lo cual excluye la posibilidad de que, por ejemplo pueda darse el delito entre un hombre casado y una mujer. Aunque esto será objeto de estudio posterior.

Eduardo López Betancourt, manifiesta que por adulterio debemos entender "las relaciones sexuales efectuadas entre personas de distinto sexo, estando alguna de ellas casada, efectuadas en el domicilio conyugal o con escándalo."¹⁸ Igual que Rafael de Pina, este autor excluye la posibilidad de que el adulterio sea cometido por personas del mismo sexo, al decir que deben haber relaciones sexuales entre personas de distinto sexo. En lo que diferimos es que aluda a relaciones sexuales, lo cual pudiera dar a entender que se necesitan varios ayuntamiento carnales, siendo que por tratarse de un delito unisubjetivo, con uno sólo de ellos basta para que se consuma el delito.

Francisco González de la Vega, considera que "el adulterio es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno y otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial. Nos parece bastante clara y acertada la opinión de este autor, pues aparte de establecer cuál es el bien jurídico tutelado que se lesiona (fidelidad conyugal), determina la conducta delictiva (ayuntamiento carnal con persona distinta del cónyuge), lo que insistimos omite hacer el legislador en el tipo penal de adulterio. Si acaso la única objeción que cabría hacer la definición de adulterio expuesta por González de la Vega es que no señala que tal ayuntamiento carnal debe tener verificativo en el domicilio conyugal o con escándalo."¹⁹

¹⁷ DE PINA, Rafael. Op. Cit. p. 315.

¹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 1042.

¹⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 1043.

Marco Antonio Díaz de León, define al delito del adulterio como "delito contra la familia producido por el ayuntamiento carnal entre personas de distinto sexo, estando una de ellas, cuando menos, unida a otra por el vínculo del matrimonio, siempre que dicha cópula se realice en el domicilio conyugal o con escándalo."²⁰

También nos parece muy atinada esta definición, pues su autor conjuga acertadamente los elementos proporcionados por el significado gramatical de adulterio (los cuales omite el legislador) y lo previsto por el derogado artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal. Además, hay que hacer notar que para Díaz de León el adulterio es un delito que atenta contra la familia (punto de vista que compartimos plenamente), pero omite decir que también lo es contra la fidelidad que se deben los cónyuges, porque para nosotros ambos aspectos son lesiones con la consumación de dicho ilícito.

En opinión de César Augusto Osorio y Nieto, el adulterio "es una relación extramarital realizada con notoria publicidad e injuria y en detrimento del orden familiar. Agregando que por acto adulterino se entiende la relación sexual en sentido general entre persona ligada por matrimonio civil y persona ajena a ese vínculo, esto es, por lo menos uno de los sujetos debe estar casado civilmente y la cópula debe ser con persona extraña al matrimonio."²¹ Igualmente pensamos es válida la presente definición del delito de adulterio, ya que en su primera parte resalta que se trata de una relación sexual perpetrada fuera de matrimonio atentaría del ordena familia, en tanto que después señala que dicha relación se establece entre una persona casada civilmente con otra distinta de su cónyuge, o inclusive ambos pueden tener el carácter de casados.

También el Poder Judicial de la Federación se ha ocupado de definir el delito de adulterio, o mejor dicho, de subsanar la laguna jurídica existente.

²⁰ Cit. por ROJINA VILLEGAS. *Rafael. Op. Cit.* p. 289.

²¹ *Ibidem.* p. 1048.

"ADULTERIO, DELITO DE. A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio que, en general, se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República, para su caracterización jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinario, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extramatrimoniales de los cónyuges y aunque éstas, por su propia naturaleza, son de muy difícil justificación en un proceso, son susceptibles de apreciarse a través de determinadas circunstancias que no dejan duda alguna respecto del acreditamiento de aquéllas relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal."²²

"ADULTERIO, DELITO DE. Aunque el texto legal vigente del Distrito no define el delito de adulterio, debe entenderse que tal infracción implica un ataque a la institución del matrimonio, mediante la práctica de relaciones sexuales, con personas diversas del legítimo consorte, o la aceptación de estas relaciones, con persona unida a otra, por el pacto civil del matrimonio. Dicho texto condiciona su punibilidad en los casos en que el hecho ocurra en el domicilio conyugal o con escándalo. Ahora bien, la índole misma del acto que consuma el delito, dificulta su justificación legal, por los medios regulares de prueba, pero esto no impide que pueda obtenerse mediante indicios que permitan concluir, fundadamente su existencia, como sucede, si la acusada contrajo públicamente matrimonio eclesiástico, con su coacusado, no obstante que la legítima esposa de éste le había hecho saber el impedimento para el enlace, y si posteriormente a la ceremonia, vivió al lado de aquél, en el domicilio conyugal que tenía establecido con su legítima consorte, domicilio que había sido previamente abandonado por aquélla."²³

"Veíamos que el concepto de actos de suyo aptos para la generación de la prole, dejaría fuera de las causas de separación, de los actos de inversión y de

²² Semanario Judicial de la Federación. Op. Cit. p. 390.

²³ Ibidem. p. 491.

degeneración sexual. Por eso la doctrina se desplazó hacia otro concepto: el de la relación carnal con tercera persona. Esta relación carnal en efecto, podría ser *secundum naturam* (adulterio) y *contra naturam* (sodomía y bestialidad). Ahora bien, si la experiencia y los avances científicos han demostrado que puede haber actos de suyo aptos para la generación de la prole, sin consideración de relaciones carnales, el Derecho debe considerar como lesivos a la fidelidad matrimonial, no sólo los actos de suyo aptos para la generación de la prole *secundum naturam* (cópula) sino también los actos de suyo aptos para la generación de la prole *contra naturam* inseminación artificial la fidelidad conyugal puede ser conculcada en un doble aspecto. En su aspecto positivo de la actividad por la negación del débito. En su aspecto negativo o de exclusividad por el adulterio o entrega carnal a tercera persona. En su aspecto negativo o de exclusividad por el adulterio o entrega carnal a tercera persona. Lógicamente, la violación de la fidelidad, producirá la exención de la fidelidad a favor del cónyuge inocente en el mismo plano en que se ha producido la violación. Pero las consecuencias de la lógica jurídica han de ceder a los postulados que impone la naturaleza del matrimonio, a los principios jurídicos y morales que informan a la institución matrimonial el cónyuge inocente, mientras tiene el derecho a la separación perpetua, por extinción de la obligación de prestar el débito, no queda exento del deber de fidelidad en su vertiente externa, por lo que las relaciones ilícitas del inocente, incluso después de la sentencia de separación, o sólo merecen la calificación moral de fornicación, sino la calificación jurídico moral de adulterio."²⁴

Es por ello que la fracción del artículo 267 sólo exige la prueba del adulterio, pero no la condena penal previa, contra el cónyuge demandado declarándolo responsable del delito de adulterio en el Código Penal Federal.

²⁴ Bernardo Canton A. Cita por: GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, Primer curso, parte general, personas y familia. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999. p.p. 598. y 599.

La prueba del adulterio en el juicio de divorcio ha de ser directa, objetiva. En ningún caso es admisible la prueba presuncional. Esta causal es absoluta. No requiere, sino la prueba objetiva del adulterio.

El cónyuge inocente, puede invocar esta causal de divorcio, dentro de seis meses siguientes, contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del acto en que hace consistir el adulterio de su cónyuge.

Resumiendo lo anterior podemos decir que el adulterio dentro del Derecho Civil y Familiar, es difícil de comprobar, razón por la cual estamos proponiendo la desaparición u abrogación de la fracción primera del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, en la atención de que deben buscarse mecanismos jurídicos adecuados para la sanción de tal conducta cometida por el hombre o la mujer.

4. ASPECTO JURISPRUDENCIAL DEL DIVORCIO Y DEL ADULTERIO

Desde el punto de vista jurisprudencial sobre el divorcio y el adulterio se ha escrito bastante es por ello que, para tener una mejor comprensión del tema en comentario será oportuno precisar las tesis mas sobresalientes que sobre el particular se han vertido así tenemos que:

"DIVORCIO. ADULTERIO COMO CAUSAL DE. LAS PRUEBAS INDIRECTAS PARA ACREDITARLO DEBEN SATISFACER LOS REQUISITOS LEGALES.

Aun cuando es verdad que el adulterio como causa de disolución del vínculo matrimonial puede ser acreditada a través de prueba indirecta, en razón de ser muy difícil allegarse medios de convicción directos, sin embargo es necesario siempre tener en cuenta que los elementos con los que se pretenda integrar esa prueba deben satisfacer los requisitos exigidos por la ley para su eficacia; por cuya virtud si los testimonios rendidos para demostrar la infidelidad de uno de los

cónyuges no contienen las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los testigos tuvieron conocimiento de los hechos que llevan a presumir que el demandado sostiene relaciones sexuales con una persona distinta de su cónyuge; ello es motivo suficiente para restar valor probatorio a sus declaraciones pues el juzgador no estará en aptitud de calificar la veracidad de los testigos; sostener lo contrario llevaría al extremo de determinar que no es preciso que se prueben plenamente las causales de divorcio.²⁵

Desgraciadamente de la anterior jurisprudencia se desprende y se colige que, para efectos de comprobar debidamente el adulterio debe apegarse el ofendido a lo que estrictamente señala la Ley, y en muchas de las veces por la falta de dinero, para contratar a un detective el ofendido no puede reunir los requisitos de forma, tiempo y fondo para acreditar el engaño de su cónyuge. Consideramos que tal acción deberá probarse simple y sencillamente con el hecho de salir el cónyuge acusado de un hotel con persona distinta a la de su cónyuge.

"DIVORCIO. ADULTERIO COMO CAUSAL DE. NO ES PRUEBA SUFICIENTE LA RELATIVA A QUE EL CÓNYPGE DEMANDADO HAYA SIDO VISTO EN COMPAÑÍA DE OTRA PERSONA QUE NO ES SU CONSORTE.

Aunque el adulterio previsto como causal de divorcio admite prueba indirecta para demostrar la infidelidad del cónyuge culpable, según el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esa prueba debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta adulterina o infiel del cónyuge, así como la mecánica del adulterio, esto es, que el culpable haya tenido relaciones sexuales con persona distinta de su consorte. Lo que no puede estimarse demostrado por el solo hecho de que al demandado se le haya visto en compañía de otra persona que no es su cónyuge.²⁶

²⁵ Semanario Judicial de la Federación T. XI. Octava Época. Abril México, 1993, p. 243.

²⁶ *Ibidem*, p. 417.

Reafirmando el comentario hecho en la jurisprudencia anterior, consideramos que si el cónyuge sale de un hotel con persona distinta a su esposa u esposo; obviamente que no entraron a tal local para ver la decoración, o preguntar por alguna dirección, máxime sin ninguno de ellos trabaja en ese lugar, para comprobar tal situación consideramos bastante la testimonial del encargado del hotel, así como la de las recamareras y algún otro testigo ocular aledaño al hotel que declare tal situación.

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. CADUCA LA ACCIÓN SI SE TRATA DE UN HECHO AISLADO, PERO NO CUANDO SE TRATA DE UNA SITUACION PERMANENTE Y CONTINUA. El término previsto por el artículo 265 del Código Civil para el Estado de Chiapas, para el ejercicio de la acción de divorcio fundada en la causal prevista en la fracción I, del artículo 263 del ordenamiento legal citado, es un término fijado para cuando la causal es sólo un hecho aislado, más no cuando se trata de una situación permanente y continua, porque en este caso, por su propia naturaleza, es de tracto sucesivo y de realización persistente."²⁷

Respecto a esta jurisprudencia confirma lo expuesto anteriormente en que, si la visita a un hotel por el cónyuge culpable ha sido constante a través de los meses, días o años no hay razón para negar la veracidad del adulterio máxime, cuando esta conducta ha sido permanente.

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. PRUEBA INDIRECTA. Si bien es cierto que es criterio reiterado, sustentado por el máximo tribunal de la nación, que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio debe admitirse la prueba indirecta, habida cuenta de que el medio directo para la comprobación de esa causal es casi imposible, no menos cierto es que ese medio de convicción indirecto debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta infiel del

²⁷ Ibidem. p. 417.

cónyuge demandado, así como la mecánica del adulterio, y por tanto el actor tiene la carga de probar en el juicio las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjeron los hechos, de los cuales se pretende deducir que el culpable tuvo relaciones sexuales con personas distintas de su cónyuge, para así satisfacer las exigencias legales y el juzgador pueda apreciar la conducta indebida imputada al demandado; y por otra parte, para estar en posibilidad de determinar si la acción se registró oportunamente, es decir para estar en legal posibilidad de establecer si operó o no la caducidad en términos del artículo 459 del Código Civil para el Estado de Puebla.²⁸

Respecto a esta Jurisprudencia podemos decir que, cuando en una relación matrimonial, esta se hace insostenible y en el entendido que a ninguna persona le agrada el hecho de que se le engañe directamente, la conducta de cualquiera de éstos hacen insostenible tal relación razón por la cual las llegadas tardes al hogar y llamadas extrañas al teléfono se hacen constantes, debemos buscar el mecanismo adecuado para que las grabaciones en cualquier otro medio de comunicación que demuestren de manera fehaciente la conducta adulterina de cualquiera de estos deberá ser tomada en cuenta por el juzgador en el caso que se le presente.

"DIVORCIO. EL ADULTERIO COMO CAUSA DE. LA LEY NO EXIGE QUE SE COMETA EN EL DOMICILIO CONYUGAL. La causa de divorcio motivada por el adulterio de uno de los cónyuges, a que se refiere la fracción I del artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato, no está condicionada a que los hechos constitutivos de la infidelidad se lleven a cabo en el domicilio conyugal.²⁹

En relación con la jurisprudencia anterior, es acertada la apreciación de que los hechos constitutivos del adulterio no es necesario que este se lleve a cabo en el

²⁸ Semanario Judicial de la Federación. T. XIII. Octava Época, Junio México, 1994. p. 559.

²⁹ Ibidem. p. 563.

domicilio conyugal, sino más bien, por cualquier otro acto, medio o circunstancia que demuestre que se está cometiendo el adulterio.

5. CAUSALES DEL DIVORCIO CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

De acuerdo a las últimas disposiciones conocidas hasta Febrero del 2002, el Código Civil para el Distrito Federal el artículo 267 del Código establece lo siguiente:

Artículo 267. Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;**
- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido consentimiento de esta circunstancia;**
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;**
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;**
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;**
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;**

- VII. **Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;**
- VIII. **La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;**
- IX. **La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;**
- X. **La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;**
- XI. **La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos;**
- XII. **La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;**
- XIII. **La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;**
- XIV. **Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;**
- XV. **El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amanecen causar la ruina de la familia o constituyen un continuo movimiento de desavenencia;**

- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;
- XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;
- XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;
- XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amanecen causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia;
- XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y
- XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

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

CAPITULO SEGUNDO

EL ADULTERIO EN EL DERECHO CIVIL

En el derecho judío, el adulterio era la relación sexual de una casada o desposada con cualquier hombre que no fuese su marido. En cambio, aunque su conducta fuese severamente reprobada y en centurias posteriores diese un derecho a su mujer para solicitar un divorcio, un hombre no era considerado culpable de adulterio salvo en el caso de que tuviese relación sexual con una mujer casada distinta de la suya.

"Según la ley del Pentateuco, la pena del adulterio era la muerte. Pero es muy posible que esta ley no haya sido aplicada con frecuencia en ninguna época. En primer lugar se precisaban testigos directos. Además, el marido vacilaría en acusar a su mujer, y el adúltero descubriría una fuerte compensación con tal de salvar su propio vida que estaba en juego. El marido podía también divorciar privadamente a su mujer, que perdía naturalmente todos sus derechos del contrato matrimonial. Una acusación de adulterio debía hacerse en público y debía ser juzgada por el tribunal central. No parece probable que la pena de muerte por adulterio se inflingiese nunca en tiempo de Jesús. Los tribunales judíos habían perdido la potestad de pena capital en el año 30 después de Cristo.

La Mishnah cita un solo caso que encajaría en tiempo de Jesús, pero resulta muy dudoso. La afirmación ocasional de Josefo de que la pena por adulterio era la muerte, parece más bien una nota de anticuario que algo referido por experiencia. Por otro lado, parecería que las ordalías de las aguas amargas, para el caso de la mujer sospechosa de adulterio, estaban todavía en uso; pues la Mishnah recuerda que la ceremonia fue sólo abolida durante la invasión romana (hacia el, si bien la reina Helena de Adiabene, prosélita del judaísmo en el siglo I, trató de restablecer la práctica. Interesa notar el comentario del rabí Aqiba sobre esas ordalías: Sólo

cuando el marido (acusador) esté también libre de culpa, las aguas serán una prueba efectiva de la culpa o inocencia de su mujer. Lo que puede cotejarse con Jn 8,7: Aquel de vosotros que esté sin pecado, que le tire la primera piedra. La Misnah atribuye la abolición de las ordalías a la prevalencia del adulterio. Puede ser, en efecto, que así como la irrupción del helenismo trajo consigo una sacudida de la moral en las ciudades y entre la gente rica (esto es lo que implican los ataques a esa corrupción en la literatura sapiencial), también se introdujera temporalmente un cierto laxismo en las condiciones trastrocadas, debidas al régimen romano.³⁰

"En Grecia se reconocía un derecho de muerte para el esposo engañado que valía frente al adúltero que era sorprendido infraganti, pero sólo puede ejercerse ante varios testigos, ajenos a la casa, del adulterio. El esposo puede declararse satisfecho con una compensación económica. Por lo común queda en manos del esposo el castigo de la infiel. La flagelación era la pena corriente. En cambio, el trato sexual del esposo con otras partes era tenido en alguna medida como infidelidad respecto de la esposa, pero, mientras no hiciera incursión en un matrimonio ajeno, sólo tenía consecuencias jurídicas en casos muy crasos. Sin embargo, el trato del esposo con una esclava era algo admitido de sí, según la opinión común, ya que era su propiedad. Algunos reclamos en contra por parte de filósofos (Platón, Aristóteles, Musonio, Jámblico), aunque pueden haber sido seguidos por muchos, no se hicieron, sin más, criterio común. El mismo Plutarco pide a la esposa que sepa disculparlo, con tal de que, por lo demás, el marido haga honor a la fidelidad matrimonial."³¹

Adulterium designa entre los romanos el delito de la esposa que hiere la fidelidad debida al esposo mediante trato con otro, y el del hombre que cultiva el trato con una mujer casada (Stuprum significa en sentido estricto el trato lujurioso

³⁰ GARCÍA BARBERENA, Tomás. El vínculo matrimonial. 3ª edición. Edit. Católica. México. 1998. p. 19.

³¹ VELASCO LETELIER, Eugenio. Familia, Divorcio y Moral. 3ª edición. Edit. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1998. p. 23.

con una mujer no casada o de personas de sexo masculino entre sí). "En Roma era reconocido que el esposo o padre que pillase a los culpables in fraganti, no sólo podía matar a la mujer, sino también vengarse impunemente en el hombre.

Este era castigado por su delito contra la mujer ajena, no por su infidelidad a la propia mujer. El derecho de matar a los delincuentes sobre la marcha fue limitado por la Lex Julia: el hombre no podía ya matar a su esposa y al adúltero, salvo si se trataba de un liberto de la familia o de una persona vilis. La legislación de Augusto convierte básicamente el castigo del adulterio en un objetivo estatal. Según los testimonios literarios, el adulterio era frecuente de modo notorio, hacia el fin de la era republicana, y particularmente en tiempo imperial. El esposo queda autorizado a detener a los adúlteros hasta veinte horas para poder probar el delito. Si el marido deja libre al adúltero, se hace culpable de un delito, lo mismo que si se deja compensar con dinero o no se divorcia de la adúltera. El adulterio aparece penado en los primeros tiempos del imperio con grandes multas y destierro a una isla. En tiempo posterior se presupone como corriente la pena capital. El castigo es aún subrayado en época de Constantino y posteriormente: en lo que se hace sensible el influjo cristiano sobre la legislación."³²

1. LA DIFICULTAD PARA DEMOSTRAR EL ADULTERIO, COMO CAUSAL DE DIVORCIO, CUANDO NO EXISTEN HIJOS EXTRAMATRIMONIALES EN EL DISTRITO FEDERAL.

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

³² PETIT, Eugene. Derecho Romano. 17ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 388.

"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:"³³

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".³⁴

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas:

Como causa de divorcio y como delito. Un cónyuge puede demandar al otro por adulterio como simple causal 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 casa conyugal demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor. 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 la 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".

Existen otros casos de prueba plena del adulterio sin que esto implique la prueba directa de la comisión del mismo in fraganti. "Cuando un hombre casado

³³ *Ibidem*. p. 20.

³⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Op. Cit. p. 321.

registra a un hijo habido con mujer distinta a su cónyuge o cuando vive probada y públicamente con otra mujer.”³⁵ Este segundo caso se conoce como adulterio permanente y al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio: “Tratándose de adulterio permanente debe considerar que, aunque la antigüedad de su inicio exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses de concluido tal estado: pensar de otro modo llevaría al absurdo de que si ese estado no termina en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente, que por amor o respeto a los hijos por ejemplo, haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediabilmente, esa forma de agravio.”³⁶

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.

El divorcio aceptado universalmente en todos los tiempos fue el de separación de los cónyuges. El divorcio vincular, el 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 aquél 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 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.

³⁵ *Ibidem.* p. 368.

³⁶ *Semanario Judicial de la Federación. Op. Cit.* p. 314.

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.

Todos los argumentos en contra del divorcio pueden sintetizarse así: el divorcio es un mal. Es en sí mismo factor de disolución, de disgregación familiar. Es inmoral porque fomenta la liviandad e irresponsabilidad de los cónyuges y víctima a inocentes, los hijos. En este orden de ideas podría concluirse: si el divorcio es el causante de la descomposición familiar con todas sus negativas consecuencias, prohibase el divorcio y veremos un renacimiento de la armonía conyugal y de la integración de la familia. ¡Qué lejos de la realidad es esta ligera y falaz conclusión!

Que el divorcio es un mal es algo indiscutible porque, en el mejor de los casos, cuando no hay hijos y los que se divorcian lo hacen de mutuo acuerdo y ambos pueden rehacer su vida matrimonial con pareja diferente, en el mejor de los casos, se repite, el divorcio es la expresión de un fracaso, porque los que se casaron no encontraron en el matrimonio lo que esperaban de él. Por circunstancias innumerables, los cónyuges dejan de entenderse, de amarse y respetarse, empiezan a ser desdichados, se separan. El divorcio no es más que la expresión final y legal de una realidad, del fracaso de la unión conyugal.

Después de lo anteriormente expuesto podemos decir que el adulterio en el Derecho Civil es una figura difícilmente probada y que son contados los casos en los cuales ha procedido tal causal para disolver el vínculo matrimonial máxime cuando no existen hijos extramatrimoniales que hayan sido reconocidos o aceptados como propios mediante un acta de nacimiento, o mediante el trato fama, u posesión de hijo o por medio de testimoniales.

De acuerdo con lo anterior podemos decir que en la actualidad la nueva práctica del ADN cuando no existan actas de nacimiento puede ser una de las pruebas irreputables para comprobar la legitimidad de un hijo y por consiguiente el adulterio del cónyuge cuando este señale que no es propio el hijo que se le imputa se podrá comprobar el adulterio mediante fotos que demuestren la posesión de estado de hijo y por consiguiente el adulterio existente entre el cónyuge adulterino.

Otro caso para demostrar el adulterio como causal de divorcio, cuando no existen hijos extramatrimoniales será, por medio de la testimonial presentada o declarada por el amante en turno, que es muy difícil que esto se de, pero que se han dado los casos en que la amante del cónyuge denunciado de manera esquemática ha señalado mediante declaración de algún sello distintivo en alguno de las partes sexuales del amante acusado e inclusive de cómo este realiza la relación sexual dando puntos y señales de las partes íntimas del cuerpo del acusado.

Lo anterior es con el fin de demostrar que todos los argumentos y ejemplos que hemos venido señalando en un momento determinado son fáciles de echar abajo, máxime cuando no existe la unificación de criterios jurisprudenciales al respecto.

2. SÓLO A TRAVÉS DE ACTAS DE NACIMIENTO DE HIJOS FUERA DEL MATRIMONIO

Respecto a la comprobación del adulterio por medio de las actas de nacimiento de los hijos los artículos del código civil para el distrito federal relativos a las actas de nacimiento establecen lo siguiente.

"ARTICULO 54.- Las declaraciones de nacimiento se harán presentado al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquél hubiere nacido."

"ARTICULO 55.- Tienen obligación de declarar el nacimiento el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de estos ascendientes sin distinción alguna dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél."

2.1 DE LAS ACTAS DE NACIMIENTO

El primer hecho en la vida de las personas que debe ser inscrito en el Registro civil es su nacimiento. Tienen obligación de declarar el nacimiento el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los abuelos paternos y, en su defecto, los maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél. Los médicos o quienes asistan al nacimiento, deben dar aviso dentro de las veinticuatro horas siguientes al juez del Registro Civil.

La misma obligación se impone al Jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste se dio fuera de la casa paterna y si tuvo lugar en sanatorio particular o del Estado dicha obligación recae sobre el director o el encargado de la administración.

Al recibir el aviso el Juez del Registro Civil, deberá tomar las medidas que sean pertinentes a fin de que se levante el acta respectiva (art. 55 del Código Civil para el Distrito Federal).

Para el registro del nacimiento, debe presentarse al niño dentro de los seis primeros meses de vida ante la oficina del Juez del Registro Civil para tomar su impresión digital, al margen del acta (art. 58 del Código Civil del Distrito Federal).

El acta de nacimiento deberá contener el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, nombre y apellido que se ponga; asimismo la razón de si se ha presentado vivo o muerto. Si se presenta como hijo de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil le pondrá nombre y apellidos haciendo constar esta circunstancia en el acta y cuando el nacimiento ocurra el establecimiento de reclusión se asentará como domicilio el Distrito Federal. El acta deberá ser suscrita, además del presentante, por dos testigos (art. 58 del Código Civil).

Cuando el niño presentado sea hijo de matrimonio, deberá asentarse los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, así como de los abuelos y de las personas que hubieren hecho la presentación (art. 59 del Código Civil del Distrito Federal). Si el niño presentado no es hijo de matrimonio, solo se pondrá el nombre del padre si este es el que presenta o lo pide, por sí o por apoderado especial. La madre no tiene derecho a que se de fe de poner su nombre.

Queda prohibido expresamente al Juez del Registro Civil y a los testigos hacer inquisición sobre la paternidad. En el acta solo se expresará lo que declaren las personas que presenten al niño aunque aparezcan sospechosas de falsedad, sin perjuicio de que ésta sea castigada conforme a las prescripciones del Código Penal para el Distrito Federal (art. 69 del Código Civil para el Distrito Federal). El hijo que nazca de una mujer casada, que viva con su marido, no podrá aparecer en el acta como hijo de otro hombre que no sea el mismo marido, salvo que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoriada que así lo declare (art. 63 del Código Civil para el Distrito Federal). Si la madre es soltera, podrá asentarse el nombre del padre aun cuando sea casado si es que así lo pidiere (art. 62 del Código Civil para el Distrito Federal).

La razón de las anteriores disposiciones se funda en el hecho de que la maternidad es siempre cierta y no así la paternidad, además de la presunción de que el marido siempre es el padre del hijo concebido durante el matrimonio.

El nacimiento debe ser registrado en el juzgado del domicilio de los padres, por lo que en caso de que el nacimiento ocurra durante un viaje por tierra se concede una ampliación de los términos antes señalados a razón de un día por casa veinte kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad entre el lugar de nacimiento y el del domicilio, para hacer el registro.

Cuando no hubiere Oficina del Registro Civil en la población en que nazca el niño, la persona que ejerza la autoridad delegacional o municipal está facultada para dar constancia, se presentará al Juez del Registro Civil que corresponda con lo que evita que el niño recién nacido tenga que viajar en condiciones a veces altamente desfavorables. Si el nacimiento ocurre durante un viaje, los padres pueden optar entre registrar al niño en el lugar que acontezca el nacimiento remitiéndose copia del acta al Juez del Registro Civil del domicilio de los padres o hacer uso del derecho de registrarlo en el lugar de su domicilio.

Cuando el nacimiento ocurra a bordo de un buque nacional, el capitán o patrón de la embarcación y dos testigos harán constar esa circunstancia para que en el primer puerto nacional en que arribe el buque se levante el acta, o para que la constancia respectiva se remita a la oficina del Registro Civil del domicilio de los padres (art. 70-72 del Código Civil Federal).

Toda persona que encuentre un recién nacido, deberá presentarlo al juez del Registro Civil con los vestidos, valores, papeles o cualquiera otros objetos encontrados con él, declarando las circunstancias del hallazgo, dándole intervención al Ministerio Público. La misma obligación tienen los jefes, directores o administradores de prisiones, hospitales y casas de maternidad, etc., respecto de

los niños nacidos o expuestos en ellas. En el entendido de que en caso de incumplimiento la sanción será una multa de diez a cincuenta días de salario mínimo legal fijado en el lugar correspondiente.

En caso de abandono por ignorarse el nombre de los padres, el representante o el Juez del Registro Civil, deberán poner nombre y apellidos al recién nacido y se hará mención en el acta de los bienes encontrados, los que se depositarán en los archivos del Registro. Debe entenderse que la propiedad de estos bienes pertenece al recién nacido, quien podrá oportunamente reclamarlos.

Cuando se trate de partos múltiples deberá levantarse una acta por cada uno de los nacidos, haciendo constar la circunstancia y enumerando las particularidades que distingan a cada uno de ellos, así como el orden en que ocurrió el nacimiento según los informes médicos o de quienes hayan asistido el parto. El Juez del Registro Civil relacionará las actas (arts. 76 del Código Civil para el Distrito Federal).

Cuando en el nacimiento se comunicase también la muerte de el recién nacido, deberán extenderse dos actas, una de nacimiento y otro de defunción en los libros respectivos (art. 75 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si el nacimiento se da en un país extranjero se puede recurrir a la Embajada de México y solicitar el registro del recién nacido.

3. SOLO A TRAVES DE TESTIGOS QUE CONOZCAN A LOS CÓNYUGES Y SUS RELACIONES MATRIMONIALES.

ARTICULO 356 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.- Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben de probar, están obligados a declarar como testigos.

ARTICULO 363 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal - Después de tomarle al testigo la protesta de conducirse con verdad y de advertirle de las penas en que incurren los testigos falsos, se harán constar el nombre, edad, estado, domicilio y ocupación; si es pariente por consanguinidad o afinidad y en que grado, de alguno de los litigantes; si es dependiente o empleado del que lo presente, o tiene con él sociedad o alguna otra relación de intereses; si tiene interés directo o indirecto en pleito, si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes. A continuación se procederá al examen.

ARTICULO 364 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.- Los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. A este efecto, el juez fijará un solo día para que se presenten los testigos que deben declarar, y designará el lugar en que deben permanecer hasta la conclusión de la diligencia, salvo lo dispuesto en los artículos 358 a 360. Si no fuere posible terminar el examen de los testigos en un solo día, la diligencia se suspenderá para continuarla al siguiente día

VALOR DE LAS PRUEBAS, ARTICULO 402 Del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgado, atendiendo las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el Tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.

CAPITULO TERCERO

LA DEROGACIÓN DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

La fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

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

Respecto a la fracción en comentario podemos decir que la legislación vigente iguala la situación jurídica del hombre y de la mujer. Tanto en la Ley de Relaciones Familiares como en el Código Civil de 1884, el adulterio de la esposa era siempre causa de divorcio, cualquiera que fueran las circunstancias en que se produjese. No acontecía lo mismo con el adulterio del marido. Era necesario que causara escándalo social, hubiese de por medio una concubina, o se llevara a cabo en la morada conyugal.

El Código Penal Federal vigente no define el delito de adulterio y únicamente lo sanciona. Tampoco lo hace el Código Civil para el Distrito Federal, esta omisión de la ley se suple con el concepto gramatical y tradicional que se tiene de ese acto que consiste en la unión sexual que no sea contra natura de dos personas que no estén unidas por el matrimonio civil, y de las cuales una de ellas o las dos, estén casados civilmente con un tercero.

De la definición anterior se desprende que no hay adulterio en los actos contra naturaleza aunque existan los demás elementos de la definición; que tampoco lo hay entre personas que se unen sexualmente que sólo están casadas por vínculos religiosos con un tercero.

El legislador no tomó en cuenta esos actos a pesar de su gravedad, ni existe ninguna fracción en el artículo 267 que pueda referirse a ellos de modo directo; pero algunas leyes de los Estados sí lo hacen, como se verá en el último capítulo. Los tribunales franceses han considerado en numerosas ejecutorias, como injurias graves cometidas en contra del otro cónyuge los actos mencionados, y, por tanto, fundándose en esta interpretación de la ley, decretan el divorcio.

"Tanto doctrinalmente, como en la legislación penal, el adulterio sólo existe como acto consumado, de tal manera que el Código Penal Federal no castiga la tentativa ni los actos preparatorios de ese delito³⁷. Este punto de vista es válido también en lo relativo al divorcio, porque es la de la esencia del adulterio el que se consume, ya que el Código Penal del Distrito Federal ya lo derogó.

De lo anterior se infiere que no son causas de divorcio fundadas en la fracción primera del mencionado artículo 267, las relaciones amorosas que sostenga uno de los esposos con tercera persona, aunque se llevan a cabo públicamente y con notorio deshonor del otro cónyuge.

Sin embargo, se verá en el capítulo consagrado a la Jurisprudencia de la H Suprema Corte de Justicia, en algunos Estados no se exige que el adulterio se haya consumado. El juez goza de facultades discrecionales en la apreciación del elemento injurioso que constituye la causa de divorcio.

El término en que el cónyuge ofendido por el adulterio, debe demandar el divorcio, es en los siguientes términos: cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

³⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Op. Cit. p. 412.

La prueba de esta causal es muy difícil de producirse directamente, por lo cual sólo se logra en muchos casos mediante presunciones graves, cuya calificación queda al prudente arbitrio del juez. Debido a esto, en la práctica es más acertado demandar el divorcio por injurias graves y no por adulterio o por las dos cosas a la vez, considerando como tales injurias la conducta seguida por el adúltero con su cómplice. Pero hay que tener en cuenta el principio de la no interpretación extensiva que se ha mencionado.

Cuando el adúltero vive en concubinato, la prueba del mismo es más fácil y el término para promover la acción de divorcio no comienza a correr a partir del día en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del concubinato, sino cuando éste concluye por ser el concubinato un acto de tracto sucesivo, en el que se repite la ofensa en un período de tiempo más o menos largo. Tanto los tribunales del orden común como la Suprema Corte, han resuelto que si la causa del divorcio es de tracto sucesivo, el término para ejercerla se inicia cuando concluye dicho tracto.

La sentencia penal que condena a los adúlteros debe considerarse como cosa juzgada en el juicio civil de divorcio, en lo relativo a la comisión del adulterio. A efecto de tener una mejor comprensión del tema será oportuno puntualizar lo siguiente.

1. CONCEPTO DE DIVORCIO

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.

"La palabra Divorcio, deriva de las voces latinas divortium y divertere, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes."³⁸

Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.

De acuerdo a su forma legal, el divorcio sólo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la Ley, ante autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento. Así tenemos que el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposo; esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por las causas determinadas por la Ley.

El artículo 266 del Código Civil Vigente, define al divorcio de la siguiente forma: El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Para Marcel Planiol, el divorcio "es la ruptura del matrimonio válido, en vida de los esposos; divortium se deriva de divertire, irse cada uno por su lado. Esta ruptura sólo puede existir por autoridad de la justicia y por las causas determinadas por la ley."³⁹

Para Julien Bonnetcase, el divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial."⁴⁰

³⁸ MATEOS, M. Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999. p. 19.

³⁹ PLANIOL, Marcel. Op. Cit. p. 15.

⁴⁰ BONNETCASE, Julián. Derecho Civil Francés. 4ª edición. Edit. Lymusa, México, 1990. p.211.

Para Geogers Ripert y Jean Boulanger. "En el derecho positivo francés, el divorcio es la disolución de un matrimonio válido, pronunciada por la autoridad judicial, como sanción de una falta grave cometida por un cónyuge contra otro."⁴¹

Para Ruggiero, "disolución es la cesación del vínculo conyugal que ha existido legalmente, ya reconozca por causa la muerte, la ausencia o el divorcio, debe ser siempre posterior a la celebración nunca anterior o simultáneo."⁴²

Para Antonio de Ibarrola, el divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los dos cónyuges. Divortium viene del verbo divertire: irse cada quien por su lado. Esta ruptura no puede tener lugar más que mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas por la ley."⁴³

Para los hermanos Mazeaud, el divorcio "es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciada por los Tribunales en vida conyugal, pronunciada por los Tribunales en vida de los esposos, a petición de uno de ellos o de ambos."⁴⁴

En lo personal considero que el divorcio es la Institución Jurídica que permite la disolución del vínculo matrimonial legalmente establecido, mediante el procedimiento existente ante la autoridad competente, en atención a las causas que la Ley señala dejando a los cónyuges en libertad de contraer otro matrimonio.

De las definiciones anteriores, se concluye que, el divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial a petición de uno de los esposos o de ambos, dejándolos en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

⁴¹ Cit. por Enciclopedia Jurídica Orbea. Op. Cit., p. 302.

⁴² RUGGIERO, Roberto. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. II. 9ª edición. Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1989. p. 326.

⁴³ De IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 20ª edición. Edit. Porrúa, México, 1998. p. 575.

⁴⁴ MAZEAUD, Henry y MAZEAUD, Jcán. Lecciones de Derecho Civil primera parte. 3ª edición. Vol. IV. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Edit. Cajica, México, 1996. p. 13.

2. DEFINICIÓN LEGAL DE DIVORCIO

Tradicionalmente, la palabra divorcio ha significado diversos sentidos, lo cual intrínsecamente analizado implica una clasificación del mismo. Según esto, y teniendo en cuenta la integridad del vínculo matrimonial, el divorcio se ha clasificado en imperfecto, o *quoad thorum et chabitationem*, y perfecto, o *ad vinculum*. El primero, denominado también separación de cuerpos, que pone fin a la vida en común de los casados pero conservando la integridad del vínculo; es esta la separación definida por Pothier como "la dispensa que por causa justa es acordada por el juez a uno de los cónyuges de la obligación de cohabitar con el otro, y de cumplir con el débito conyugal, sin romper el vínculo de su matrimonio". Y respecto al segundo, denominado **DIVORCIO PERFECTO**, se pone a la vida en común de los casados, en razón del rompimiento del vínculo matrimonial.

Las consecuencias que se siguen, cada uno de ellos son conocidas: el Divorcio Imperfecto, designado así impropriamente, como lo señala Claro Solar, por cuanto, solo conduce a la separación de los cónyuges, y esto, crea un estado especial de estos, quienes, no obstante ser eximidos de la obligación de cohabitar, deben guardarse fidelidad y no pueden contraer nuevo matrimonio válido.

En la realidad, es solo una simple suspensión de la vida en común, debido a que, en cualquier momento puede ser restablecida por los cónyuges mediante sanción del juez Roberto Suárez, Derecho de Familia.

Para tener pleno conocimiento del Estado de Familia, se estima conveniente estudiar sus fuentes para conocer sus orígenes y su extinción; también en lo relativo al estado y la capacidad de las personas; por último, los caracteres del estado y los efectos que éste produce. Constituye el estado de familia una situación jurídica que se determina por la relación que las mismas personas guardan dentro de su propia familia. Se señala como fuentes del estado de familia:

el matrimonio, la nulidad de éste, y el divorcio como actos jurídicos y el concubinato, la procreación y muerte como hecho jurídicos. Es conveniente recordar que también se señala como fuente del parentesco.

Ahora bien, se hará, una breve referencia al matrimonio:

La primera fuente es el matrimonio. Las consecuencias jurídicas son muy importantes para la constitución de la familia y genera deberes, derechos y obligaciones especiales entre los cónyuges.

A diferencia del parentesco el matrimonio crea un estado civil originado por un acto jurídico en el que intervienen los cónyuges, y al generar el parentesco por afinidad constituye un estado familiar con escasas relaciones jurídicas.

La nulidad del matrimonio lo deja sin efectos, y convierte a los cónyuges en solteros, sin perjuicio de los hijos que conservan la calidad de hijos de matrimonio.

Para el tratadista Rafael Rojina Villegas, manifiesta: "El divorcio engendra un estado civil especial entre divorciados, origina restricciones a sus respectivas capacidades para contraer un nuevo matrimonio y produce, además otras consecuencias en cuanto a la patria potestad y custodia del hijo."⁴⁵

El tratadista Manuel Chavez Asencio, dice: "que la familia esta en crisis y el matrimonio también lo esta, el matrimonio es la manifestación más visible de la crisis en que se encuentra el hombre de nuestra época. Pero mientras que en los ámbitos sociales esta puede ser acallada o silenciada, esto no es posible en el ámbito del matrimonio y de la familia. Puede decirse que esta situación se da acorde a nuestra época."⁴⁶

⁴⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Op. Cit. p. 371.

⁴⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Derecho Civil. Op. Cit. p. 418.

Desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia. El esposo ya no es esposo, la esposa ya no esposa y consiguientemente los hijos tampoco tiene marco inmediato de referencia.

"El citado autor menciona que hay indicadores que deben tomarse en cuenta, dado que para hacer una afirmación de tal naturaleza se requieren pruebas objetivas y se utilizarán como indicadores para evaluar el hecho de la desintegración familiar, y estos son los siguientes: el divorcio, el matrimonio temporal o amor libre, aborto, pérdida de funciones, falta de comunicación, crisis de autoridad y la paternidad irresponsable."⁴⁷

3. DIVORCIO COMO ACTO JURÍDICO

El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros.

La definición anterior se infiere, tanto de los artículos relativos a la manera de llevar a cabo el divorcio, como del artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio Federales, que proviene: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro." Por tanto, en sí mismo, el divorcio consiste en la ruptura del vínculo conyugal pero ésta sólo se obtiene mediante las formas y requisitos que la propia ley determina.

Produce, en consecuencia, dos efectos: el de la mencionada ruptura, y el de otorgar a los cónyuges la facultad de poder contraer nuevo matrimonio. Ninguno de ellos existía en la legislación anterior a la Ley de Relaciones Familiares, que fue la primera que autorizó el divorcio en cuanto al vínculo.

⁴⁷ Ibbidem. P. 419.

Para comprender bien la naturaleza jurídica del divorcio hay que precisar en qué consiste el matrimonio mismo.

4. EL DIVORCIO NECESARIO EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En lo que se refiere a las clases de divorcios existen básicamente, las siguientes, Divorcio Vincular., Divorcio Voluntario, que a su vez se subdivide en Divorcio Voluntario administrativo y Divorcio Voluntario Judicial, existiendo también el Divorcio necesario, y el llamado Divorcio no vincular; denominado también separación de cuerpos, los cuales, para tener una mejor comprensión de estos en los incisos siguientes los explicaremos.

4.1 DIVORCIO VINCULAR

Este tipo de divorcio fue introducido por la Ley de Relaciones Familiares expedida, como es ya sabido, por Venustiano Carranza, y consiste en la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, declarada por la autoridad competente y fundamentada en algunas de las causas establecidas ya por la ley.

Las consecuencias jurídicas que se producen son:

- I. Extingue el vínculo matrimonial con sus efectos, como fidelidad ayuda mutua, etc.
- II. Otorga libertad a los cónyuges para contraer un nuevo matrimonio válido.
- III. La patria potestad no se pierde
- IV. La custodia se decide por acuerdo, el cual deberá ser aceptado por el juez.
- V. Se disuelve la sociedad conyugal.

Por su parte, Luis Muñoz y Salvador Zavaleta clasifican el divorcio de la siguiente forma, al señalar:

"El divorcio puede ser pleno, perfecto o vincular (*Divortium quoad vinculum*) y menos pleno o imperfecto (*Divortium quoad throum et cohabitationem*) este último no disuelve el vínculo sólo suspende la vida en común de los cónyuges.

El divorcio pleno disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."⁴⁸

El Código Civil vigente para el Distrito Federal regula dos clases de divorcio vincular, en sus artículos 266 y 291 inclusive y son:

- I. Divorcio Voluntario
 - a. Administrativo
 - b. Judicial

- II. Divorcio contencioso o necesario

Los artículos 266 y 291 del Código Civil para el Distrito Federal establecen lo siguiente:

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

Se clasifica en voluntario y necesario. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges, y se substanciará administrativa o judicialmente, según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los

⁴⁸ MUÑOZ, Luis. Y CASTRO ZAVALA, Salvador. Comentarios al Código Civil. 10ª edición. Edit. Cárdenas editor. México, 2000. p. 307.

cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de éste Código.”

Artículo 291. “Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el Juez de lo Familiar, bajo su más estricta responsabilidad, remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto, y además, para que publique un extracto de la resolución durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.

4.2 DIVORCIO VOLUNTARIO

Anteriormente el artículo 274, del Código Civil para el Distrito Federal establecía que para solicitar el divorcio por mutuo consentimiento era necesario que hubiere transcurrido un año a la celebración del matrimonio.

Tomando en consideración lo anterior, diremos que el divorcio voluntario es aquel en donde basta que exista un acuerdo de voluntades entre ambos cónyuges, para disolver el vínculo matrimonial al no ser necesario señalar alguna causal de divorcio.

Sara Montero lo define como “la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges.”⁴⁹

Por su parte, Marcel Planiol señala que: “El divorcio por mutuo consentimiento no es necesariamente un divorcio sin causa; pero si por lo menos, un divorcio sin causa determinada por la ley y aprobada en juicio.”⁵⁰

⁴⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 14ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 130.

⁵⁰ PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Op. cit. p. 208.

Este divorcio voluntario a su vez puede ser Divorcio Voluntario Administrativo Y Divorcio Voluntario Judicial.

Quiero destacar que el artículo 274 del Código Civil para el Distrito Federal se derogó el 25 de Mayo del 2000 por el Gobierno del Distrito Federal.

4.3 DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

Este divorcio voluntario administrativo, aparece con el Código Civil de 1928, facilitando la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, siempre que se satisfagan los requisitos y formalidades en él establecidos.

El Código Civil que sufrió varias críticas, pues se decía que era un factor de profunda disolución de la familia al dar tan extremas facilidades para extinguir el matrimonio.

Así 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 disgusto y en que, cuando no están 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."⁵¹

El artículo 272 del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece lo siguiente en relación a éste tipo de divorcio.

⁵¹ MONTERO DUHALT. Sara. Derecho de Familia. Op. cit. p. 133.

Artículo 272. "Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Resumiendo lo anterior, podemos decir que el artículo 272 del ordenamiento citado enumera los requisitos que se deben cumplir para poder solicitar esta clase de divorcio y son:

- I. Que ambos cónyuges convengan en divorciarse
- II. Que sean mayores de edad
- III. Que no existan hijos
- IV. Que se hubiera liquidado la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron

Una vez que se cubran estos requisitos, los cónyuges podrán presentarse personalmente ante el Juez del Registro Civil que corresponda de acuerdo a su domicilio, comprobando con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, manifestando su voluntad de divorciarse.

Con previa identificación de los cónyuges, el juez levantará una acta en la que hará constar la solicitud de divorcio, citando a los cónyuges para que a los quince días se presenten a ratificarla. Una vez que los cónyuges realizaron la ratificación, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio.

Si se comprueba que no cumplió con los requisitos antes señalados, el divorcio no surtirá efectos legales, sufriendo sin embargo, los cónyuges las penas establecidas en la Ley, siendo el Código Penal el que señala una pena al delito de falsedad en declaraciones ante autoridad pública.

La autorización del divorcio administrativo, se estima que es benéfica, al simplificar todo un procedimiento judicial en un simple procedimiento administrativo, pues muy cierto resulta que los cónyuges al manifestar su voluntad de dar por disuelto el vínculo matrimonial y una vez que satisfagan los requisitos que establece la ley, serían los únicos perjudicados.

4.4 DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

Eduardo Pallares señala: "El divorcio judicial denominado voluntario, es procedente cuando sea cual fuere su edad y habiendo ya procreado hijos están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y para ello celebran un convenio que someten a la aprobación de un juez de primera instancia."⁵²

De la definición anterior, resultaría incompleta sino fundamentamos lo establecido al respecto en los Códigos Civil para el Distrito Federal y Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

⁵² PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México. Op. Cit. p. 271.

El divorcio voluntario judicial se encuentra regulado por el Código Civil en sus artículos 272 último párrafo y 273 a 276, así como en el Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 674 a 682 inclusive.

El Código Civil para el Distrito Federal establece en sus artículos 273 a 276 sobre el divorcio voluntario judicial, lo siguiente:

Artículo 273. "Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior, y por mutuo consentimiento lo soliciten al Juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y acompañen un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

- I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.
- III. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares; durante el procedimiento de divorcio;
- IV. La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;
- V. La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

- VI. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y
- VII. Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos."

Artículo 275. "Mientras se decrete el divorcio voluntario, el Juez de lo Familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este Código."

Artículo 276. "Los Cónyuges que hayan solicitado el divorcio por mutuo consentimiento, podrán reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación."

De acuerdo a lo establecido por el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, se puede decir que este divorcio podrán solicitarlo los cónyuges que de común acuerdo convengan en disolver el vínculo matrimonial, que tengan hijos, que sean mayores de edad, es decir, cuando no se reúnan los requisitos establecidos para el divorcio voluntario administrativo, ocurriendo al juez competente de acuerdo a lo establecido por la ley.

Los consortes deberán presentar una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores y el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal en relación con el artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Dicho convenio deberá contener los siguientes puntos:

- I. La designación de persona a quien sean confiados los hijos de matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.
- III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.
- IV. En los términos del artículo 288 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.
- V. La manera de administrar los bienes de la sociedad durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece en sus artículos 674 a 682 lo siguiente en relación al divorcio voluntario judicial.

Artículo 674. "Cuando ambos consortes convengan el divorciarse, en los términos del último párrafo del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que se exige en el artículo 273 del Código citado, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores."

Artículo 675. "Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificará plenamente ante el juez, que se efectuará después de los ocho y antes de los

quince días siguiente; y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la separación de los cónyuges y a los alimentos de aquellos y de los que un cónyuge debe dar al otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento."

Artículo 676. "Si insistieren 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; y en ella volverá a exhortar a aquellos con el propio fin en que el anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado."

Artículo 677. "El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento."

Artículo 678. "Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refieren los artículos 675 y 676, sino que deben comparecer personalmente y, en su caso, acompañados del tutor especial."

Artículo 679. "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."

Artículo 680. "En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime

precedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que, dentro de los tres días, manifiestan si aceptan las modificaciones.

En caso de que no las acepten, el tribunal resolverá la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando de que, en todo caso, queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio."

Artículo 681. "La sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento, es apelable en el efecto devolutivo. La que lo niegue es apelable en ambos efectos."

Artículo 682. "Ejecutoriada la sentencia del divorcio, el tribunal mandará remitir copia de ella al juez del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar en que el matrimonio se efectuó y al del nacimiento de los divorciados para los efectos de los artículos 114, 116 y 291 del Código Civil."

Resumiendo lo anterior podemos decir que una vez que los cónyuges han presentado la solicitud, acompañada del convenio y actas a que se refiere el artículo 674 del Código de Procedimientos Civiles el juez citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta que se efectuará después de los ocho días y antes de los quince días siguientes, en dicha junta el juez los exhortará para procurar su reconciliación. Si no lograrse averarlos, aprobará provisionalmente el convenio presentado por los cónyuges, oyendo al representante del Ministerio Público.

En caso de que los cónyuges aún insistieran en divorciarse, el juez los citará a una segunda junta de avenencia que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de que la soliciten, en ella se volverá a exhortar a los cónyuges. Y

si no se logra la reconciliación y el convenio garantiza bien los derechos de los hijos menores o incapacitados, el juez oyendo al Ministerio Público, dictará sentencia disolviendo el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Cuando el Ministerio Público no aprueba el convenio, propondrá las modificaciones que estime procedentes, a lo cual los cónyuges dentro de los 3 días manifiesten si las aceptan. Si no las aceptan, el juez resolverá la sentencia conforme proceda, cuidando que queden garantizados los derechos de los hijos. Cuando el convenio no se aprueba, el divorcio no procede.

Es importante señalar que los cónyuges deberán acudir en forma personal o en su caso acompañados del tutor especial, pero nunca podrán hacerse representar en las juntas de avenencia señaladas anteriormente.

Cuando los cónyuges abandonan el procedimiento por más de 3 meses, se declarará sin efecto la solicitud, archivándose el expediente.

Las consecuencias jurídicas del divorcio por mutuo consentimiento, son:

I. En cuanto a la persona de los cónyuges.

El divorcio extingue el vínculo matrimonial, dejando en libertad a los divorciados para contraer un nuevo matrimonio válido. Podrán volver a casarse una vez transcurrido un año a partir del día en que se declara que la sentencia causo ejecutoria.

La mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará solo si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nupcias o se una en concubinato. Este derecho lo tendrá también el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca además

de ingresos suficientes, mientras no contraiga nupcias o se una en concubinato, artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto a los hijos la patria potestad la conservan ambos cónyuges sobre sus hijos menores. En cuanto a la custodia y sostenimiento de los hijos, esto se decide de acuerdo a lo establecido por el convenio que se anexa a la solicitud de divorcio y que fue aprobado por el juez y por el Ministerio Público.

En cuanto a los bienes se aplica lo establecido en los acuerdos ya aprobados en el convenio.

Una vez que la sentencia ha causado ejecutoria, 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 artículo 291 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.5 DIVORCIO NECESARIO

Respecto al divorcio necesario, podemos decir que es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad judicial competente y cuyo fundamento se encuentra establecido en la Ley.

"Para el Jurista Rafael de Pina las causas de divorcio pueden definirse como aquéllas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y mediante el procedimiento previamente establecido al efecto."⁵³

⁵³ DE PINA, Rafael. Tratado Elemental de Derecho Civil. 10ª edición. Edit. Porrúa, México. 1999. p. 314.

"Otra clasificación es la que proporciona Rojina Villegas, al considerar que existen dos tipos de divorcio que son: Divorcio Sanción y el Divorcio Remedio. El divorcio sanción se encuentra previsto por aquéllas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio remedio se crea como una protección a favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias."⁵⁴

Es indispensable que para que proceda el divorcio necesario se presenten los siguientes supuestos:

I. La existencia de un matrimonio válido.

Requisito primordial, ya que si no existe un matrimonio, no podrá existir un divorcio.

II. Especificación de la causa determinada.

La causa que se invoque deberá ser de las señaladas por el artículo 267 y 278 del Código Civil.

"Antonio de Ibarrola señala que la enumeración de las causales que proporciona el artículo 267 del citado Código tiene carácter limitativo y no ejemplificativo, al tener cada causal carácter autónomo y por lo tanto no puede involucrarse una con otra, ni ampliarse por simple analogía, ni por mayoría de razón. Es la autonomía de las causales."⁵⁵

De aquí la importancia de expresar la causa determinada en forma específica.

III. La acción de divorcio debe ejercitarse en tiempo hábil.

En el caso del divorcio necesario, la acción puede iniciarse en cualquier momento del matrimonio, por él cónyuge que no haya dado causa a él, pero

⁵⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit., p. 396.

⁵⁵ De IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Op. Cit. p. 576.

siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su conocimiento el hecho culposo generador de la acción.

Cuando se trata de una causa que consiste en un hecho determinado en el tiempo, como el adulterio, el término de caducidad es de seis meses contados desde el momento en que se configuran la causal o cuando llegan los hechos a conocimiento del cónyuge demandante.

Sin embargo no todas las acciones de divorcio están sujetas a caducidad, ya que ellas depende de la naturaleza de la causal que se trate, tal es el caso de las causas permanentes, denominadas de tracto sucesivo, como el abandono de hogar, en donde no existe término de caducidad y por lo tanto puede solicitarse el divorcio en razón de que la causa sigue vigente.

Es importante establecer el concepto de caducidad, para un mejor entendimiento.

Así caducar significa extinguirse un derecho, una facultad, una instancia, un recurso.

"Eduardo Pallares por su parte señala que es la extinción de la instancia judicial porque las dos partes abandonaron el ejercicio de la acción procesal. El abandono se manifiesta en que ninguna de ellas hace en el proceso las promociones necesarias para que este llegue a su fin."⁶⁶

IV. Que no haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón.

Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado el perdón expreso o tácito; no se considera perdón tácito la mera suscripción de una

⁶⁶ PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Op. Cit. p. 279.

solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores. Artículo 281 del Código Civil para el Distrito Federal.

Se estima entonces, que cuando existe perdón expreso o tácito, el divorcio no podrá invocarse por ninguna causal, al condonar el cónyuge inocente al culpable, el motivo que da lugar al divorcio.

V. Que se promueva ante juez competente

El divorcio es una controversia de orden familiar que debe presentarse ante el juez competente, siendo en éste caso, el juez de lo familiar del domicilio conyugal y cuando se trata de la causal de abandono de hogar el del domicilio del cónyuge abandonado artículo 156 fracción XII del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De la lectura de la fracción IV del citado precepto se deduce que en caso de no existir domicilio conyugal es competente para conocer del juicio el juez del domicilio del demandado.

VI. Que la parte que lo promueva tenga capacidad procesal para hacerlo.

El divorcio necesario sólo puede ser demandado por cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los 6 meses siguientes al día en hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal.

La acción de divorcio es entonces 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.

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 artículo 290 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esto es que esta acción no es transmisible ni en vida ni por causa de muerte.

VII. Que el escrito de demanda se ajuste a los preceptos legales.

El Juicio de divorcio debe llevarse con todas las formalidades procesales que exige la ley.

Las etapas procesales son:

- I. Presentación de la Demanda
- II. Contestación (y reconvencción en su caso)
- III. Traslado de la reconvencción
- IV. Ofrecimiento de Pruebas
- V. Recepción y desahogo de pruebas
- VI. Alegatos
- VII. Sentencia (y apelación en su caso)
- VIII. Declaración de que la sentencia ha causado ejecutoria
- IX. Envío de copia de sentencia al juez del Registro Civil.

5. LOS OBSTÁCULOS PARA ACREDITAR LA CAUSAL CONTENIDA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En primer lugar, de inicio diríamos que el obstáculo número uno sería de acuerdo a la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal que el adulterio sea debidamente comprobado, esto es muy limitativo porque de acuerdo a nuestra legislación civil únicamente se puede probar el adulterio mediante las siguientes circunstancias:

- I. Mediante Acta de Nacimiento donde aparezca como padre alguno de los cónyuges que esté registrando a otro hijo como suyo.
- II. La posesión de estado de hijo acreditada por la fama pública y testimonio de gente que lo han visto como tal.
- III. Fotografías donde el hijo aparezca con el padre en algunos hechos relevantes.

Anteriormente se tenía como causal de divorcio el adulterio de la mujer (de la esposa), no así el del hombre ya que era necesario que el adulterio se hubiera cometido con escándalo, o en el hecho conyugal. Asimismo otro de los obstáculos existentes para probar la causal contenida en la fracción I del artículo 267 es la diversidad de criterios jurisprudenciales existentes al respecto.

Otro obstáculo es también, que ni el Código Civil, ni el Código Penal definen directamente al adulterio, sino que se encargan únicamente de sancionarlo. Ante esta omisión la Ley se suple con el concepto gramatical y tradicional que se tiene de este acto.

Otro obstáculo establece, que el adulterio únicamente se comprueba mediante la unión carnal de un hombre o mujer distinta al de su cónyuge pero, no establece esto para las personas de un mismo sexo.

Asimismo podemos decir que por el simple hecho de que dos personas salgan de un hotel con persona distinta al de su cónyuge; para la Ley esto no es adulterio, me pregunto, si hay testigos presenciales de tal entrada y salida de dicho hotel como calificaría un juez tal acto. Porque si partimos de la base que uno de los propósitos del matrimonio es la fidelidad, cuando esta ya está en duda por cualquiera de los cónyuges lo recomendable sería, que viniera la separación a efecto de no dañarse moral y físicamente a estos ni a la familia e inclusive se evitarían bastantes homicidios en defensa del supuesto honor de los cónyuges.

Con lo anterior considero que es oportuno que la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal deba ser derogada con una redacción adecuada, donde se contemple, el concepto de adulterio formas de comisión y su manera de probarlo, lo que debe tomar en cuenta el legislador, es la fidelidad a la antigua estandarte de la familia así como la unión e intereses de sus integrantes de igual forma la perenne disposición a luchar por lo que he presentado como su único tipo de libertad. Digo disposición a luchar, porque afortunadamente, la lucha es la excepción, más que la regla. No se respeta al soldado porque esté condenado a morir, sino por estar dispuesto dar su vida, por estar dispuesto, incluso, a la derrota. El hombre o la mujer casados no están condenados al mal, o a la enfermedad, o a la pobreza; pero se les respeta por dar un paso, o podríamos decir, a "todo evento", opulencia y pobreza, salud y enfermedad, para bien o para mal. Con lo anterior pretendo señalar que, cuando la relación conyugal se hace insostenible lo mejor es hablar entre los cónyuges sin detrimento de las relaciones familiares de sus integrantes e incluso agilizando los trámites para el divorcio.

6. NECESIDAD DE PREVENIR DICHOS OBSTÁCULOS

Estamos convencidos que el contenido de las leyes, particularmente de las civiles, deben ser congruentes con la realidad social, y que si se pretende abrogar un artículo o un código en general, es por que éste ya no responde a las expectativas sociales. Sin embargo, no se puede crear un nuevo Código Civil que derogue fracciones o artículos en forma irreflexiva, como ocurrió con el aumento de algunas causales de divorcio establecidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal en especial las referidas, a la sevicia, injurias graves y malos tratos que bien, pudieran encuadrarse dentro de la violencia familiar, porque en general el aumento de las causales en lugar de unir a la familia pretende desunirla.

En definitiva y basándonos en los bienes jurídicos protegidos por el adulterio como es la fidelidad conyugal, y la protección a la familia, deben de quedar debidamente explicados y de fácil comprobación, para no tener dudas de cuando de adulterio se trate y sobre todo que tal actividad ilícita en caso de ser cometida proceda inmediatamente como causal para disolver el vínculo matrimonial.

Sin duda la prevención de dichos obstáculos para la comprobación del adulterio trae consigo dos ventajas:

- a) Sancionar aquéllas conductas que atentan contra uno de los deberes fundamentales del matrimonio que se deben los cónyuges: la fidelidad, concepto que pensamos es muy amplio, ya que no solo conlleva abstenerse los cónyuges de sostener relaciones sexuales con persona distinta a su pareja, sino también el respeto y las consideraciones que merece el cónyuge, actualmente solo en materia Penal Federal.

- b) Proteger la institución de la familia, ya que se trata de impedir que por virtud del ayuntamiento carnal habido entre una persona casada con otra que no es su marido, debidamente probado o que se efectúe ya sea en el domicilio conyugal o en cualquier otro lugar idóneo o no para tal acción cuando este es sorprendido infraganti o por algunas terceras personas, se deteriora la institución e imagen de la familia, por cuanto a que la relación entre ambos cónyuges se tomará tensa y conflictiva, desencadenando en muchos casos en el divorcio, o en infidelidades del otro cónyuge que no sólo afectan a la pareja, sino más importante aún: a los hijos.

De lo anterior podemos decir, que es fundamental la necesidad de que se derogue la fracción primera del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal con el objeto de que los obstáculos existentes para la comprobación del adulterio puedan ser subsanados con una redacción adecuada de la misma para que en caso de que subsista ya no sea letra muerta en nuestro Código y que

efectivamente conlleve a sancionar a aquellos agentes que lesionan dichos bienes jurídicos que deben tutelar a la familia y a los integrantes de esta de lo contrario, es favorecer la promiscuidad sexual, y fomentar que las personas tengan ayuntamiento carnal en forma desenfrenada. Porque resulta iluso pensar que no definir y sancionar al adulterio coadyuvará a que haya respeto y fidelidad conyugal. Si no se puede conseguir esto sancionando a los adúlteros, muchos menos se conseguirá no contemplando la comisión, definición y comprobación del adulterio.

En atención a los anteriores argumentos y a los bienes y valores protegidos por la comisión del adulterio, y ante las trabas u obstáculos existentes en nuestro derecho civil para su comprobación, es que resulte incuestionable la necesidad de una adecuada redacción en el Código Civil para el Distrito Federal y por lo tanto nuestra propuesta en tal sentido resulta adecuada.

7. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA FORMULADA SOBRE LA ABROGACIÓN Y DEROGACIÓN

Para tener una adecuada comprensión sobre el tema en comentario será oportuno hablar sobre los conceptos de abrogación y derogación entendiendo como tales lo siguiente:

"ABROGACIÓN. Supresión total de la vigencia de una ley o reglamento. Se diferencia de la derogación en que ésta es parcialmente supresión en que ésta es parcialmente supresiva de un ordenamiento anterior. Según Escriche la abrogación puede ser expresa o tácita, afirmando que en el primer caso la ley o decreto abrogación indican la supresión del ordenamiento que se abroga, y que en el segundo caso la abrogación resulta de la oposición entre el cuerpo normativo anterior y el posterior. En nuestra opinión la abrogación debe ser expresa pues implica la abolición normativa de la vigencia de un ordenamiento anterior

debiéndose formular a éste respecto la declaración correspondiente. No puede haber abrogación tácita en virtud de que se tendría que comparar el ordenamiento posterior para determinar si existe entre ambos oposición total en todas y cada una de sus disposiciones. Bastaría una sola coincidencia entre ellas para que no operara la abrogación sino la derogación.⁵⁷

Por último, debe aseverarse que solamente el órgano del Estado facultado para expedir leyes o reglamentos puede decretar la abrogación respectiva, ya que ninguna autoridad, sin rebasar su órbita de comparecencia, tienen atribución para suprimir la vigencia de un ordenamiento legal o reglamentario cuya expedición compete a otra. Sin embargo, al abrogarse una ley debe de considerarse también abrogado su reglamento, salvo que el órgano abrogado establezca expresamente que tal reglamento continúe en vigor mientras se expida un nuevo en relación a la ley abrogatoria.

"DEROGACIÓN.- Implica la anulación parcial de una ley, a diferencia de la abrogación que entraña su anulación, desaparición total. La derogación puede ser expresa o tácita. En el primer caso, es la ley posterior la que declara la insubsistencia de las disposiciones de la ley anterior que se opongan a sus mandamientos. En el segundo rige el principio que enseña que la ley posterior quita vigencia a la ley anterior en lo que atañe a las normas y ambas que rijan las mismas materias y que sena opuestas (*lex posterior derogat legem anteriorem in oppositione*). La facultad derogativa corresponde al órgano del Estado que tiene la potestad de expedir leyes, bien sea suprimiendo parcialmente algún ordenamiento anterior o decretando parcialmente algún ordenamiento anterior o decretando uno nuevo contrario a éste, observando siempre el proceso legislativo (art. 72 Constitucional inciso f). En el Derecho Mexicano ni el uso ni la costumbre en contrario son causas derogatorias de ley alguna, pues ésta sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga

⁵⁷ BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Op. Cit. p. 448.

disposiciones total o parcialmente combinables con la ley anterior (arts. 9 y 10 del Código Civil para el Distrito Federal).⁵⁸

De lo expuesto se desprende y se colige que de acuerdo a la redacción actual de la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal establece I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

De acuerdo a lo transcrito anteriormente podemos decir que en la redacción anterior de la fracción I el legislador omitió establecer el comportamiento y las causas de acción, lugares, y tiempo del cónyuge en la comisión del adulterio y únicamente se limita a decirnos que el adulterio debe ser debidamente probado, pero no nos señala como debe de probarse razón por la cual, consideramos que las formas de comprobar tal ilícito deben estar comprobadas y establecidas en la fracción I de tal ordenamiento.

De igual forma la propuesta para que proceda la derogación de la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal estriba, en que esta más que solucionar los problemas familiares dentro del Derecho Civil a propiciado que los mismos sean de difícil comprobación haciendo más difícil la disolución del vínculo matrimonial e inclusive teniendo participación directa los menores hijos los cuales no tienen por que enterarse de la conducta ilícita de sus padres.

Otra cuestión importante que se debe tomar en cuenta para derogar la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal es que tal comisión se realice ya sea con escándalo o sin este entendiéndose por escándalo, la periodicidad o la forma pública en que las relaciones o amoríos se realice a la vista de todos, sin ningún recato, como si fueran cónyuges; en pocas palabras, que toda la gente sepa de la relación que hay entre los adúlteros, que haga pensar que son marido y mujer.

⁵⁸ Ibidem. p. 449.

Por consiguiente interpretando el sentido de la ley, tendríamos que decir que si los amoríos entre los adúlteros no se ostentan de la manera antes señalada o con conocimiento de la mayoría de la población bastará con la prueba documental o testimonial donde se acredite que efectivamente los amantes han hecho vida marital como si fueran marido y mujer. De lo anterior podemos decir que el bienestar protegido, no solo es la fidelidad que se deben los cónyuges, sino el respeto a la institución de la familia, es dable afirmar que aún en el supuesto que las relaciones entre los adúlteros fueran a escondidas, y que quizá sólo del conocimiento de la propia afectada u ofendidos por el adulterio en esta circunstancia consideramos que es más fácil la comprobación, debiendo bastar con la declaración del cónyuge afectado y de los hijos de éstos cuando sean mayores de edad.

CAPITULO CUARTO

EFICACIA EN FUNCIÓN DEL EMPLEO DE UNA ADECUADA TÉCNICA EN LA CREACIÓN DE LA NORMA

Entendemos por técnica el conjunto de procedimientos de que se sirve una ciencia o un arte, así como la habilidad para manejarlos. La técnica es la práctica ilustrada.

"La técnica legislativa es el arte de la elaboración o formación de las leyes. El manejo de la técnica legislativa se refiere esencialmente, a la realización de fines jurídicos generales."⁵⁹

"La ley es una norma jurídica que ha emanado del poder legislativo para regular la conducta de los hombres. Es una regla que regula todos los casos o circunstancias que reúnan las condiciones previstas por ella para su aplicación."⁶⁰

La actividad encaminada a la elaboración de las leyes, recibe el nombre de Proceso Legislativo, y corre a cargo del Poder Legislativo Federal, esto es a través de los Diputados y Senadores.

El proceso legislativo pasa por las siguientes fases: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación e iniciación de la vigencia.

En la formación de la ley se distinguen tres momentos: la iniciación, la discusión y la votación.

"1º. Iniciación. Iniciar la ley significa presentar el proyecto de la misma ante el Congreso de la Unión. En México sólo tienen derecho a iniciar leyes:

⁵⁹ MUÑOZ, Luis y CASTILLO ZAVALETA. Comentarios al Código Civil. Op. Cit. p. 84.

⁶⁰ Ibidem. p. 85.

- I. El Presidente de la República;
- II. Los diputados y senadores al Congreso de la Unión; y
- III. Las Legislaturas de los Estados (art. 71 constitucional).⁶¹

Las iniciativas de leyes o decretos, antes de ponerse a votación, deben pasar al estudio de una comisión, formada por miembros de la Cámara donde se presenten, para que dicha comisión dictamine sobre ellas.

2º. **Discusión y votación.** La discusión de todo proyecto de ley o decreto puede principiarse, indistintamente, en cualquiera de las dos Cámaras, excepto aquellos proyectos que versen sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deben discutirse previamente en la Cámara de Diputados (art. 72-h constitucional).

Los trámites para la discusión y votación de las leyes son los siguientes:

"Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprueba, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tiene observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente. El derecho que tiene el Ejecutivo para oponer objeciones a un proyecto de ley o decreto, se llama derecho de veto.

Se reputa aprobado por el Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo ese término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

⁶¹ MARTÍNEZ DE LA SERNA, Antonio. Derecho Constitucional Mexicano. 20ª edición, Edit. porra. México, 2000, p. 327.

El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte, volverá a la Cámara de su origen, la que debe discutirlo nuevamente, y si fuere aprobado por las dos terceras partes del número total del votos, pasará nuevamente a la revisora; si ésta lo aprueba por igual número de votos, se envía al Ejecutivo, quien ya no puede vetarlo y está obligado a promulgarlo dándole el carácter de ley.

Si aprobado un proyecto en la Cámara de su origen y enviado a la revisora ésta lo rechaza, vuelve a la de su origen con las observaciones que aquélla haya hecho; si examinado de nuevo fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará nuevamente en consideración, y si lo aprueba por la misma mayoría, pasa al Ejecutivo para su promulgación; pero si lo reprobare, no puede volver a presentarse en el mismo período de sesiones.

Cuando un proyecto de ley sólo se aprueba en parte, por la Cámara revisora, la nueva discusión en la Cámara de su origen versará únicamente sobre la parte desechada o modificada, y en caso de que la de su origen apruebe las modificaciones, se envía al Ejecutivo para que lo vete o promulgue; la parte modificada no puede discutirse nuevamente.⁶²

Si las modificaciones de la revisora no se aprueban por la de su origen vuelve a aquélla para que tome en cuenta las razones de la Cámara de origen, y si en esta segunda revisión se desechan, pasa el proyecto, en lo que haya sido aprobado, al Ejecutivo, para que lo vete o promulgue; en el caso de que la revisora insista en sus modificaciones, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados.

⁶² Ibidem. p. 328.

"Sanción. Es la aceptación de un proyecto hecho por el Poder Ejecutivo. Desde luego, este acto debe ser posterior a la aprobación que hacen las Cámaras. Puede suceder que el Presidente de la República no esté de acuerdo con el proyecto aprobado por el Congreso, entonces puede hacer las observaciones que estime necesarias para que el Congreso lo discuta nuevamente. El proyecto de ley o decreto, desechado todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto con sus observaciones a la Cámara de Origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos pasará otra vez a la Cámara Revisora. Si por ésta fuese sancionadas por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación."⁶³

Se reputará aprobado por el Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los diez días hábiles; a no ser que, corriendo este término haya el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

Este derecho que tiene el Ejecutivo de hacer observaciones a los proyectos de ley se llama Derecho de Veto.

Las leyes para que surtan sus efectos tienen que ser dadas a conocer a quienes deben cumplirlas; para tal efecto las disposiciones del Congreso para que se conviertan en obligatorias es necesario que se publiquen en el periódico oficial del Estado, llamado Diario Oficial de la Federación. Además de este órgano de difusión legislativa, existen en los Estados los diarios o Gacetas Oficiales, en que se publican las disposiciones legislativas locales. Es cuando entra en vigor una ley con toda su fuerza obligatoria.

⁶³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 289.

Dos sistemas existen para que las leyes inicien su vigencia: Sucesivo y Sincrónico.

El sistema sucesivo está regulado en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la siguiente manera: Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial.

El tiempo que existe entre el momento de la publicación de la ley y aquél en que comienza su vigencia se denomina Vacatio Legis.

El sistema sincrónico se encuentra contenido en el propio Código Civil en los siguientes términos: "Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día con tal de que su publicación haya sido anterior."⁶⁴

Tratándose de la Constitución, deben distinguirse dos situaciones: cuando se realizan simples modificaciones al texto constitucional y cuando se pretende crear una nueva Constitución.

"En el primer caso, la Constitución puede ser adicionada o reformada de acuerdo con lo que ella misma establece. Es decir, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. Es el propio Congreso de la Unión quien hace el

⁶⁴ *Ibidem.* p. 290.

cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas (artículo 135 Constitucional).⁶⁵

En el segundo caso ha sido necesario una revolución. Esto ha ocurrido en México varias veces. Cuando la revolución ha triunfado convoca a un Congreso General, llamado Congreso Constituyente, que es el órgano legal encargado de crear la nueva Constitución.

Por lo que se refiere a las otras disposiciones de carácter legal, que dicta el Ejecutivo y que no son elaborados por el Congreso, son estudiadas y preparadas por los departamentos jurídico de casa Secretaría o Departamento Autónomo. Es atribución de la Procuraduría General de la Nación intervenir en la formación de estas disposiciones.

1. EFICACIA EN FUNCIÓN DE LA CLARIDAD

La debida aplicación de una norma en gran medida depende de que haya sido creada usando un adecuada técnica jurídica. "El legislador apunta, como dice el polaco Wroblewky, a la creación de un derecho eficiente."⁶⁶

Desde el momento en que se elabora una norma se pueden prever ciertos factores que de antemano van a garantizar la aplicación de la norma y, en consecuencia del ordenamiento. Estos factores pueden ser reales, entre los que estarían los de carácter económico, político y social, entre otros, y los meramente formales como la técnica de elaboración de las normas.

La mayoría de los autores que tratan la técnica jurídica en general, abordan los problemas de interpretación, de integración y de resolución de conflictos de

⁶⁵ CARPIZO, Jorge. Derecho Constitucional, Tópicos Jurídicos. 3ª edición, Edit. UNAM, México. 1998. p.

34.

⁶⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 489.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

normas, pero casi de nadie se ha referido a la elaboración de las normas, que es una fase previa que, si es atendida, puede evitar que se den los otros problemas referidos.

Creemos que una adecuada técnica legislativa puede contribuir a lograr mayor eficacia de los ordenamientos, aunque definitivamente no es factor suficiente.

"Por adecuada técnica legislativa entendemos a aquella que busca que las normas sean claras, completas y coherentes. Según Hart, el orden jurídico no es cerrado ni completo; no carece de lagunas, tampoco es, por necesidad, coherente.⁶⁷ Señala: "Las incertidumbres que originan en la textura abierta del lenguaje de las leyes, y otras incertidumbres más complejas, propias del derecho judicial, impiden que atribuyamos dichas propiedades al orden jurídico"⁶⁸ Al respecto, pensamos que el hecho de que no sea un sistema coherente, no quiere decir que no se deban hacer esfuerzos porque lo llegue a ser.

La claridad va depender del buen uso del lenguaje. un lenguaje complicado y muy técnico de la Ley impide su conocimiento y el desconocimiento, como veremos más adelante, puede provocar ineficacia.

Por norma clara entendemos "aquella que está redactada atendiendo las reglas del idioma del país de que se trate, y en la que, además, se hace un correcto uso del lenguaje jurídico, evitando vaguedades y ambigüedades y en consecuencia, diversas interpretaciones al texto en cuestión. Al no existir problemas de interpretación, la aplicación de la norma es más ágil, lo que proporciona eficacia, además de dar certeza."⁶⁹

⁶⁷ Ibidem. p. 989.

⁶⁸ Cit. por BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op. Cit. p. 297.

⁶⁹ Enciclopedia Jurídica meba. Op. Cit. p. 1020

"Lumina, nos dice que no siempre el lenguaje del legislador se inmune a las contradicciones y efectivamente, es muy fácil que éste caiga en ellas. De ahí que sea tan importante el cuidado de esta regla."⁷⁰

Estimamos que en algunos casos, las normas ex profeso son establecidas en términos de enorme vaguedad y ambigüedad. Tal sería el caso de determinadas cláusulas constitucionales mismas que fueron redactadas para resistir el paso del tiempo, para el paso del tiempo, para proporcionar un marco o señalar rumbos muy generales, para presidir el desarrollo de una comunidad en crecimiento, para que cada generación asignara a aquéllos términos un sentido compatible con sus propias expectativas.

En otras palabras empleadas a propósito, se le ha denominado "conceptos válvula". Su alcance lo fija quien aplica la norma. Pueden considerarse conceptos válvula. Ejemplo, las referencias al orden público, a las buenas maneras en un concreto cultural determinado.

Podemos decir que existen argumentos a favor y en contra de la técnica legislativa que usa este tipo de expresiones. El argumento puede ser, a nuestro juicio, que al usar este sistema se gana eficacia pero no pierde seguridad. Las discrepancias se darán al estar a favor de lo primero o lo segundo.

En relación al uso de un lenguaje muy técnico, pensamos, que aunque es indispensable el empleo de la terminología jurídica no se deben abusar de tecnicismos, ya que se ha llegado al extremo de cuerpos normativos que aún a los especialistas les cuesta trabajo descifrar. Sabemos que, en parte, el trabajo de abogado, cuando conoce de un conflicto, es la traducción del lenguaje común al lenguaje normativo y viceversa; sin embargo, que se recurra al abogado en ocasiones para dilucidar un problema no quiere decir que no sea conveniente que

⁷⁰ Ibidem. p. 1289.

el conocimiento de los derechos y de los deberes pueda hacerse en forma directa por el destinatario, lo que sin duda provocaría mayor obediencia.

Las diferencias del lenguaje natural (palabras ambiguas o vagas) y los tecnicismos jurídicos, pueden atenuarse con la explícita incorporación al ordenamiento jurídico de reglas sintácticas y semánticas.

Aunque consideramos que cuando se proyectan un Código o se planea una reforma jamás se piensa en la necesidad de incluir reglas como las aludidas, al menos en derecho positivo mexicano, cada vez es más común encontrar el inicio de cada ley, reglas semánticas que siguen la formula.

Para lograr claridad en las normas, el jurista polaco Wroblewky propone tres cuestiones: corrección lingüística, uniformidad terminología y univocidad.

"La corrección lingüística postula que el texto legal debe corresponder a las reglas de corrección propias del lenguaje natural. La de uniformidad terminológica, propone una terminología unificada por lo menos en la rama del derecho a la que pertenece el instrumento normativo dictado. Se puede ser más radical, dice este autor, exigiendo una terminología uniforme para todo el sistema jurídico; la de univocidad exige al legislador que use las expresiones lingüísticas siempre en el mismo sentido. También propone evitar términos con significado vaga y referencia no determinada excepto cuando crea situaciones de vía de escape interpretativa deliberada.

Otra cuestión que hay que tomar en cuenta es, como dice Wroblewky, que los destinatarios no constituyen un grupo uniforme.⁶⁹ Es por ello que, de acuerdo a este autor, el legislador debe de tomar en cuenta la relatividad de esta claridad para diversos tipos de destinatarios.

⁶⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. p. 980.

2. EFICACIA EN FUNCIÓN DE LA COHERENCIA.

Si se toman en cuenta las diversas definiciones de derecho, podemos observar que casi siempre está implícita la idea de que el derecho está constituido por un conjunto de normas; pero también encontramos que, para muchos autores, la referencia al conjunto no es suficiente, prefiriendo hablar de sistema. Tal es el caso de Giuseppe Lumia, cuando dice que el conjunto de las normas que integran el ordenamiento no constituye un simple agregado, sino un sistema. El ordenamiento está gobernado por algunas reglas de formación por las que los elementos particulares del conjunto, (las normas) se hallan entre sí y con la totalidad de que ahí resulta, en determinadas relaciones.

La idea del sistema también se ve reflejada cuando la introducción de una nueva norma modifica todo el sistema y, a su vez, cada norma extrae su significado de su relación con las demás normas del ordenamiento, las normas de un ordenamiento no están sólo horizontalmente dispuestas sobre un mismo plano en una relación de coordinación recíproca, sino que están dispuestas también verticalmente en una relación de progresiva subordinación.

Según García Maynez, "para que el orden sea realmente un sistema, tiene que cumplir una serie de exigencias."⁷⁰ Dice este autor: "Entre las normas de cada ordenamiento existen siempre nexos de supra y subordinación: el carácter sistemático de todo lo que los abarca depende también de otras exigencias lógicas, como las de coherencia interna e integridad... Entre los preceptos de un sistema jurídico hay coherencia interna cuando estos no son contradictorios entre sí."⁷¹

No obstante que el derecho busca ser un orden coherente, no siempre esto se logra, sobre todo si se le ve como un sistema abierto a los continuos cambios.

⁷⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 27ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 316.

⁷¹ *Ibidem*. p. 318.

El hecho que este abierto, implica la continua sustitución y aumento de su contenido, lo que puede provocar incoherencia interna, pueden ser muy derivados, ponemos por ejemplo el caso de una conducta que en el mismo ordenamiento estuviera prohibida y permitida o el caso de una atribución que estuviera otorgada a dos órganos distintos y que dejara duda de quien es el componente en el momento de la aplicación.

Los conflictos derivados de la falta de coherencia externa también pueden ser muy variados, basta pensar en todo los casos de leyes que se pretende se declaren inconstitucionales y de reglamentos que rebasan o contradicen el sentido de la ley que les da sustento.

La coherencia con las normas de superior jerarquía va a ser más fácil de lograr en virtud de que la norma superior es el marco general de donde parte la inferior.

En cambio, la coherencia con normas de superior jerarquía va a ser más difícil sobre todo en aquellos países en donde se ha registrado el fenómeno de sobreproducción de normas, provocándose, como diría Eduardo Novoa Monreal, una auténtica "maraña legislativa" ya que, independientemente de la materia de que se trate, el legislador no va a poder tener en cuenta todas las disposiciones que, aunque sea tangencialmente, se relacionan con la materia sobre la que se está legislando, y que pudieran entrar en conflicto.

"Según Novoa Monreal, la falta de coherencia total del ordenamiento jurídico puede también deberse a la coexistencia paralela de legislaciones tradicionales, muy elaboradas, y legislaciones nuevas, elaboradas casi siempre con premura. Según este autor de esta manera se produce una verdadera disociación interna dentro del sistema jurídico. Por una parte se conserva como subsistencia básico toda la legislación tradicional, principalmente la codificada; por otra se incorpora

una cantidad apreciable de leyes nuevas Novoa comenta que se trata de un vasto conjunto de leyes dispersas y carentes entre sí de toda organización. Ellas han sido dictadas bajo circunstancias de apremio político o de presión social desbordante, con el fin de resolver rápidamente un conflicto inminente o de evitar una situación amenazante.⁷²

De lo anterior, podemos decir, que hay en ellas la falta de la necesaria coordinación con otras leyes similares, con las que van a entrar en juego. El resultado, son leyes en que están ausentes todo plan y método, cuyas normas no armonizan sino que pugnan entre sí con otros preceptos, originando toda clase de dudas en su aplicación, carentes de una mínima vertebración y ni pocas veces defectuosas hasta en su redacción formal.

Es claro que la misma dinámica social ha hecho que en la actualidad no se legisle con la tranquilidad necesaria y con la consiguiente precisión técnica. Sin embargo, si se quiere lograr eficacia, es indispensable atender a los aspectos técnicos básicos, entre otros, el de la búsqueda de la coherencia, ya que de otra manera, la expedición de la ley, aunque se diera en el momento adecuado, por cuestiones formales, podría no lograr sus propósitos, al ser inaplicables y, por consiguiente ineficaz.

3. EFICACIA EN FUNCIÓN DE LA INTEGRIDAD

Un ordenamiento es completo o pleno cuando prevé todos los supuestos posibles en relación a la materia que regula. Según García Maynez, "se habla de la integridad o, como dicen los italianos, completezza, cuando el sistema carece de lagunas o, en el caso de que las tenga, dentro de él existen principios y reglas que las permitan colmarlas."⁷³

⁷² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Op. Cit. p. 320.

⁷³ *Ibidem.* p. 328.

Consideramos que en "la realidad, la prevención normativa no puede ignorar la casuística que la experiencia esto es la vida misma en la multiplicidad de sus dimensiones inventa en un proceso siempre abierto o imprevisible".⁷⁴

El propio legislador dice no ignora esta realidad desde el momento en que dicta directivas para dirimir, precisamente, los conflictos de normas y para colmar las lagunas del ordenamiento.

En la aplicación diríamos que en el Derecho pueden apreciarse diversos tipos de lagunas, no obstante que teóricamente se ha llegado a negar la existencia de éstas. La mayoría de las veces las lagunas se manifiestan por la inexistencia de supuestos exactamente aplicables a los hechos que se presentan. Pueden existir también supuestos incompletos, cuando por ejemplo, no se determinan las consecuencias de derecho que van a provocarse si el supuesto se realiza.

La existencia de lagunas puede traducirse en ineficiencia por varias razones. En primer término, si no se da la solución jurídica debida a problemas de hecho, el derecho se ve rebasado por los hechos mostrándose ineficaz en segundo lugar, si las lagunas llegan a colmarse en vez de que el precepto hubiera tenido aplicación inmediata en el momento que el problema surgió, es necesario esperar que la laguna se colme y este retardo en la aplicación de la norma, también puede traducirse en ineficacia.

"Otro tipo de lagunas, llamadas por Kelsen lagunas técnicas, se refieren a la falta de expedición de normas inferiores que desarrollen las superiores, mismas que, por su generalidad, muchas veces, pueden quedar como letra muerta si no se complementan con normas reglamentarias inferiores."⁷⁵ Lucio Mendencia y Nuñez

⁷⁴ Ibidem, p. 329.

⁷⁵ Cit. por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. Cit. p. 319.

dice: "La eficacia de una Constitución depende en gran parte, de las leyes reglamentarias que se expidan para hacer efectiva y práctica su aplicación".⁷⁶

Asimismo, puede hablarse de lagunas cuando en el ordenamiento no existen las suficientes normas secundarias que, al complementar a las primarias, las harán eficaces. Sobre este tipo de lagunas, podemos decir que para remediar la ineficacia del régimen de normas primarias y la consecuencia que se derivan de ella, se introducen normas de adjudicación secundarias de acuerdo con las cuales se confiere poder a ciertos individuos para emitir pronunciamientos autorizados sobre la incidencia o infracción de las normas primarias. Tales reglas identificarán a los individuos que tienen autoridad para aplicarlas y especificarán el procedimiento a seguir en el curso de esa aplicación. Las normas secundarias prevén también las sanciones autorizadas y centralizadas del sistema.

Al ser todo ordenamiento jurídico unión de normas primarias y secundarias, siguiendo podemos decir que es conveniente prever todas las normas secundarias para que, complementando a las primarias, cumplan ambas sus propósitos, y sean ambas por consiguiente eficaces.

4. EFICACIA POR EL AJUSTE DE LA NORMA AL PASO DEL TIEMPO.

Indudablemente que un importante factor de eficacia es el ajuste de la norma de las exigencias que cada momento va presentando. Una norma jurídica pudo haber sido en el momento de su expedición totalmente ineficaz (poseer eficacia de origen) e ir perdiendo su eficacia por simple transcurso del tiempo (ineficacia superveniente).

⁷⁶ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. Derecho Constitucional. 16ª edición, Edit. Porrúa, México, 1992. p. 111.

El fenómeno se da porque la sociedad a la que esta destinada a regir es dinámica y las circunstancias del momento de creación de una norma no se mantienen idénticas en los sucesivos momentos de aplicación.

Se ha pensado que el problema de desajuste de la norma por el transcurso del tiempo es propio de nuestra época, en que las sociedades son más dinámicas, sin embargo, se ha hablado incluso de la insuficiencia, pero también en la excesiva flexibilidad que provoca el desconocimiento de la norma, como se verá más adelante.

5. LA TAREA DEL LEGISLADOR Y LA TAREA DEL JUEZ.

LA TAREA DEL LEGISLADOR:

"Carlos Santiago Nino dice que son frecuentes los casos en que se produce un retraso de la legislación respecto de las demandas de la opinión pública, ya por impermeabilidad de los legisladores, ya por la existencia de poderosos grupos de presión en sentido contrario, ya en fin porque el procedimiento de reforma legislativa en ocasiones es lento y complicado."⁷⁷

Roscoe Pond ha dicho que el derecho debe ser establecido y sin embargo, no puede quedarse quieto. Los ordenamientos jurídicos no pueden ser totalmente ineficaces respecto a las exigencias de la sociedad a la que están destinados a regir. Por otra parte, ordenamientos totalmente ineficaces respecto a las exigencias de la sociedad a la que están destinados a regir. Por otra parte ordenamientos totalmente dinámicos provocarían una falta de certeza contraria a las pretensiones mínimas de cualquier orden jurídico. Es por ello que resulta indispensable ir haciendo las adecuaciones necesarias en atención a las exigencias sociales.

⁷⁷ SANTIAGO NINO, Carlos. La legislación Civil. 7ª edición, Edit. Espasa, Santiago de Chile, 1999, p. 211.

Pensemos que el legislador, para lograr la eficacia de las normas no se debe limitar a expedir la ley, sino que debe ser un vigilante del acontecer diario para ir haciendo los ajustes requeridos, mismos que puedan consistir en la reforma de una ley. Cuando detecte que algunos aspectos de ella no están teniendo los efectos jurídicos esperados, una adición cuando se percate que dejo de prever alguna cuestión que ya se está dando en la práctica, o que es inminente que se de, para agregarla a los supuestos normativos, y además debe de estar atento también de aquéllos fenómenos que exigen la derogación de algunas normas que tuvieran por finalidad poner al fin las reglas caducas, para mantener siempre un derecho fresco y actualizado. Pero, en realidad, en la práctica no existe ese legislador atento y ágil.

Con cierto optimismo, nosotros queremos pensar que tal vez este legislador atento y ágil llegará a existir cuando el problema sea más apremiante, obligando las circunstancias a idear otros medios para que se vayan haciendo los ajustes necesarios.

En principio se requiere tener plena consecuencia de dinámica. Esto va a implicar un cambio de mentalidad de legislador, ya que, actualmente, aún prevalece, la idea de que las normas se dictan para siempre.

Asimismo podemos señalar que el legislador impone sus preceptos a futuro para que ellos sean cumplidos de manera permanente; hay un afán de perennidad que anima a los legisladores. Están tan convencidos de la bondad de la norma que promulga y de su adaptabilidad a las necesidades actuales y futuras, que generalmente las dictan para siempre.

Cada vez es más evidente que es imposible dictar normas para siempre, y que el problema de nuestro tiempo es justamente prever la adaptabilidad de la misma ante circunstancias cambiantes.

Consideramos que una vez emitida una ley, su contenido obligatorio queda como cristalizado o fijado, sin cambio alguno para un futuro sin término, salvo el que provenga de otra declaración legislativa. Si la vida social fuera inmutable, dice nada habría que objetar.

Sobre la perdurabilidad de las disposiciones legales, podemos decir que las disposiciones legales deben ser formuladas de tal manera que quede asegurada su perdurabilidad durante un periodo de tiempo suficientemente largo, siempre que su interpretación no transgreda los límites determinados por la teoría normativa de la interpretación jurídica aceptada.

Si el legislador desea larga durabilidad de la norma que expide para evitar desajustes en el contexto funcional, proponemos bien la creación de una situación de vía de escape interpretativa deliberada, o la aceptación de un ámbito amplio de interpretación posible.

Resumiendo lo anterior podemos afirmar que todo cuerpo de reglas que formula el legislador, por su propia naturaleza, resulta realmente anticuado ya en el momento mismo de ser formulado, por lo que apenas puede gobernar el presente y nunca el futuro. Como solución a este problema, la propuesta es la de descubrir procedimientos para actualizar la ley y sacarla de su quietismo intemporal, para dotarla de dinamismo, mantenerla siempre de acuerdo con el presente.

Nosotros pensamos que el ajuste constante de los ordenamientos va a traer como consecuencia que el sistema jurídico sea efectivamente un sistema, constituido por normas que tengan, desde el punto de vista formal, todo para ser eficaces.

De acuerdo a lo anterior, podemos concluir que en momentos de transformación social tan rápida, lo más que se consigue es que cuando el legislador se percata de que la norma ha quedado obsoleta, intenta una modificación de ella; pero esta modificación se realiza con relación al momento en que ella se estudia y elabora. Desde entonces hasta que se la pone en vigencia, transcurre un lapso que hace que la modificación llegue ya retrasada, y apoco andar, las nuevas circunstancias sociales vuelven a convertirla en definitivamente obsoleta. Puede repetirse el procedimiento pero volverá a presentarse el mismo fenómeno.

La concepción puede resultar angustiante, sobre todo porque se pone entredicho la misma función del derecho y su utilidad, de ahí que lo considere un "obstáculo al cambio social". Nosotros creemos que en ocasiones no llega a ser siquiera obstáculo, porque la realidad termina rebasándolo, sin que por ello se genere el caos. Esto quiere decir que aún en ausencia de previsiones jurídicas la sociedad continúa funcionando, lo que significa, posiblemente, la entrada en acción de otros sistemas de control social, o de un derecho distinto al que formalmente se estima como tal.

LA TAREA DEL JUEZ:

La tarea del juez es muy importante para lograr la eficiencia del derecho podemos decir a manera de ejemplo, que jueces incompetentes pueden frustrar una excelente ley o, aún peor, pueden hacerle rendir resultados nocivos. A la inversa, buenos jueces pueden neutralizar los efectos de una mala ley o mejor aún suministrarle cierto sentido positivo. Cueto concluye diciendo: un país con un mal código y buenos jueces se encuentra siempre en mejor posición que un país con un buen código y malos jueces.

Los jueces, al aplicar el derecho pueden contribuir a la tarea de actualización del derecho. Esta labor puede ser paralela o independiente de las que corresponde

al legislador. El juez puede ir ajustando el criterio de aplicación a las nuevas circunstancias contribuyendo de este modo a que aún sin ajustes legislativos, la norma siga siendo eficaz. Si no se logró el propósito de crear normas claras y coherentes, al juez le toca la tarea de interpretación y de resolución eficaz del derecho es también muy importante.

Como decimos, el legislador puede haber dictado, en época pretérita una norma jurídica en la inteligencia de que se aplicaría siempre de una forma determinada, esto es, respondiendo a una ideología determinada. Sin que esa norma cambie, es decir, sin que sea derogada, modificada ni reemplazada, puede variar ahora a una ideología distinta.

Para nosotros está perfectamente claro que la solución primitiva de la norma (tal como la ideó el legislador) nunca es la única posible, y así sin cambiar las normas del ordenamiento, se produce la evaluación por obra de los Tribunales de Justicia.

Estimamos que aunque esta segunda alternativa parezca deseable a los partidarios de una especie de fluidez jurídica, él se inclina porque las soluciones se realicen a nivel legislativo, no a nivel judicial. Si existe una evolución en la ideología del ordenamiento, esta debe hacerse explícita en las normas individuales.

Concluyendo podemos decir que en conexión con las grandes codificaciones, el legislador, en la vana esperanza de preservar su obra, ha prohibido a menudo la interpretación de las normas y que la práctica de los Tribunales se desarrolle como fuente del derecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Nuestros legisladores sin ninguna razón lógica ni jurídica, se abstienen de definir al adulterio en el Código Civil para el Distrito Federal sin apreciar que el relajamiento de costumbres, la falta de valores y libertinaje sexual que padecemos en la sociedad mexicana, y particularmente en esta sociedad, hacen necesario que se defina y regule adecuadamente el adulterio a fin de frenar la proliferación de relaciones sexuales con personas distintas del cónyuge, sancionando a quienes las cometen y lesionan no solo bienes jurídicos del cónyuge ofendido, sino la estabilidad familiar y matrimonial, que constituyen pilares de nuestra sociedad.

SEGUNDA: La problemática del adulterio planteada en la fracción primera del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, no radica en su existencia sino en su inadecuada estructuración típica, derivada de un desconocimiento del legislador para acreditar la probidad de tal acto cuando no se tengan los elementos suficientes y bastantes para tal acción.

TERCERA: La inadecuada conformación para probar el adulterio en el Derecho Civil trae como consecuencia que los juicios de divorcio, se dilaten y más que nada que el cónyuge que lo sufre, tenga que soportar, el tiempo necesario para terminar con el vínculo matrimonial, teniendo siempre latente el peligro de atentar contra la vida del cónyuge adúltero por no soportar, las manifestaciones constantes de infidelidad; razón por la cual es urgente que tal fracción se derogue, incluyendo en ella los medios que la propia ley aceptará para comprobarse el adulterio.

CUARTA: Con la derogación adecuada de la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal se tendrá como ventaja para probar el adulterio, en primer lugar el no acudir a la diversidad y encontrados criterios jurisprudenciales que en ocasiones lo aceptan y en otras niegan la existencia de tal acto dilatando,

los ya de por sí tardados juicios de divorcio que en ocasiones fallan a favor de la persona que cometió el adulterio.

QUINTA: La propuesta que estamos haciendo de modificar a la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, implica el siguiente texto:

ARTÍCULO 267. Son causales de Divorcio

I. El adulterio de uno de los cónyuges entendiéndose como tal el hecho de tener relaciones sexuales con otra persona distinta al esposo o esposa, mismo que para su acreditación deberán requerirse; los siguientes elementos:

- a) Acta de Nacimiento del hijo procreado con persona distinta a la del Cónyuge durante el matrimonio.
- b) La posesión del Estado de hijo por parte del Padre, que se acredite mediante constancias objetivas que den veracidad a tal hecho, fama pública y testimonios fundados, relacionados.
- c) A falta de cualquiera de los anteriores elementos se tendrá con la comprobación sanguínea del ADN para demostrar tal acto.

SEXTA: Estamos conscientes que no se pondrá fin a las relaciones sexuales habidas entre personas casadas con otras distintas de su cónyuge, pero al menos quienes pretendan incurrir en tal conducta se arriesgarán a sufrir la sanción civil correspondiente ya que no quedarán impunes quienes las practiquen y si, se beneficiará a los hijos y cónyuges afectados por el cónyuge que cometió el adulterio deberá incluso sufrir la pérdida del porcentaje que le corresponda dentro del régimen matrimonial concentrado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARILLA, José. Derecho Familiar. 10ª edición, Edit. Esfinge, México, 1985.
- BONNECASE, Julián. Derecho Civil Francés. 4ª edición, Edit. Lymusa, México, 1990.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.
- CARPISO, Jorge. Derecho Constitucional, Tópicos Jurídicos. 3ª edición, Edit. UNAM, México, 1998.
- CARRARA, Francisco. Derecho Penal. 4ª edición, Edit. Sista, México, 1990.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.
- DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 13ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998.
- DE PINA, Rafael. Tratado Elemental de Derecho Civil. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, primer curso, parte general personas y familia. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999.
- GARCÍA BABERENA, Tomás. El vínculo matrimonial. 3ª edición, Edit. Católica, México, 1998.

- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. 27ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.
- GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. Derecho Familiar. 10ª edición, Edit. UACH, México, 2000.
- MARTÍNEZ DE LA SERNA, Antonio. Derecho Constitucional Mexicano. 20ª edición Edit. Porrúa, México, 2000.
- MATEOS M, Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999.
- MAZEAUD, Henry y MAZEAUD Jean. Lecciones de Derecho Civil. Primera parte Vol. IV. Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo, edit. Cajica, México, 1996.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio. Derecho Constitucional. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1992.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 14ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.
- MUÑOZ, Luis. Y CASTILLO ZAVALA, Salvador. Comentarios al Código Civil. 10ª edición, Edit. Cárdenas editor, México, 2000.
- PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 11ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. La Obligación alimentaria ¿Deber jurídico, deber moral?. 11ª edición, Porrúa, México, 1998.

PETIT, Eugene. Derecho Romano. 17ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. 18ª edición, Edit. Cajica Puebla, México, 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. IV. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 1994.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Contratos Civiles. 7ª edición, Edit. Porrúa, México, 1995.

SÁNCHEZ ROMÁN, Alfredo. Derecho Civil. T. IV. 10ª edición, Edit. Trillas, México, 1998.

SANTIAGO NINO, Carlos. La Legislación Civil. 7ª edición, Edit. Espasa, Santiago de Chile, 1999.

SOTO, Ignacio. Primer Curso de Derecho Civil. T. II. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998.

RUGIERO, Roberto. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. II. 9ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

VELAZCO LETELIER, Eugenio. Familia, Divorcio y moral. 3ª edición, Edit. Jurídica de Chile Santiago de Chile, 1988.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2002.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª EDICIÓN, Edit. Porrúa, México, 2002.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 3ª edición, Edit Porrúa, México, 2002.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2002.

ENCICLOPEDIAS

Enciclopedia Jurídica Omeba. 10ª edición, Edit. Dris-Kill Argentina, 1990.

OTRAS FUENTES

Semanario Judicial de la Federación. Octava época, abril, México, 1993.

Semanario Judicial de la Federación. Octava época, Junio, México, 1994.

Semanario Judicial de la Federación. 7ª edición, Cuarta parte tercera sala Vol. LVIII, México, 1995.