



309
2e

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ARAGÓN”

**EL DIVORCIO NO VINCULAR PREVISTO EN EL
ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
DISTRITO FEDERAL COMO UNA FIGURA INNECESARIA**

T E S I S

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ SALAZAR

FALLA DE CRÍMEN

San Juan de Aragón, Edo. de México 1990



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.

I N D I C E

	página
Introducción.....	1
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES DEL DIVORCIO	
I. CONCEPTO DE DIVORCIO.....	5
II. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN OTROS SISTEMAS JURIDICOS.....	6
A. El divorcio en la Biblia.....	7
B. El divorcio en el Derecho Romano.....	14
C. El divorcio en el Derecho Canónico.....	16
D. El divorcio en el Derecho Francés.....	20
E. El divorcio en el Derecho Alemán.....	24
F. El divorcio en el Derecho Español.....	25
III. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MEXICO.....	29
A. El divorcio en la época Colonial.....	29
B. El divorcio en el México Independiente...	29
1. Antes de promulgarse los códigos de --	
1830 y 1884.....	30
2. El divorcio en los códigos civiles de	
1830 y 1884.....	31
3. El divorcio en la Ley Sobre Relaciones	
Familiares.....	34

CAPITULO SEGUNDO

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VICENTE PARA EL --
DISTRITO FEDERAL

	página
I. DE LOS DIFERENTES TIPOS DE DIVORCIO PREVISTOS EN EL CODIGO CIVIL VICENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	38
A. Divorcio vincular.....	39
1. Divorcio voluntario.....	40
a. Judicial.....	40
b. Administrativo.....	44
2. Divorcio necesario.....	47
a. Divorcio mención.....	52
b. Divorcio resedio.....	53
B. Divorcio no vincular.....	55
II. CONCEPTO DE DIVORCIO NO VINCULAR.....	56
III. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL DIVORCIO NO VINCULAR.....	58
IV. EFECTOS Y OBLIGACIONES DEL DIVORCIO NO VINCULAR.....	62
A. Efectos en relación a los cónyuges.....	62
B. Efectos en relación a los bienes.....	63
C. Efectos en relación a los hijos.....	64

CAPITULO TERCERO

VALORACION CRITICA DEL DIVORCIO NO VINCULAR

	página
I. ASPECTOS SOCIALES QUE TENDRAN EN CUENTA LOS LEGISLADORES PARA INCLUIR ESTE DIVORCIO.....	66
II. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL DIVORCIO NO VINCULAR	71
A. La separación de cuerpos como divorcio..	71
B. El divorcio no vincular y su relación con el divorcio vincular.....	74
C. Los fines y deberes del matrimonio y la separación de cuerpos.....	75
D. Obligación de vivir separados. Incum- plimiento de uno de los cónyuges.....	83
E. Causas y motivos por los cuales debe de- saparecer este divorcio del Código Civil vigente.....	84
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFIA.....	92

I N T R O D U C C I O N

La sociedad siempre está en constante cambio y transformación, estos cambios muchas veces se dan bruscamente, - es decir cambian en un lapso tan corto de tiempo.

El Derecho como fenómeno social, y como un reflejo de la estructura social para la cual está legislado, también - se está transformando o se debe transformar para que así se garantice la existencia de un estado de Derecho, que esté - acorde con las necesidades y circunstancias del momento actual.

Al transformarse los fenómenos sociales de una sociedad, también deben transformarse sus leyes, en virtud de -- que éstas deben estar acordes a las necesidades, usos y costumbres de la sociedad actual; pero, muchas veces la sociedad avanza y sus leyes sufren un atraso, esto se da porque los órganos que se encargan de legislar no actualizan las leyes, y muchas veces no se hace porque los elementos humanos que integran al órgano legislativo no están preparados para legislar, y en tal circunstancia se advierten las necesidades legislativas de la sociedad.

Debemos tomar en cuenta que cuando se va a legislar, - hay muchos fenómenos sociales, económicos, políticos y religiosos que influyen en los legisladores y que por lo tanto se toman en cuenta, o bien hay legislaciones de otros países, que por las circunstancias históricas, también influen-

yen en la determinación de la estructura jurídica del país.

Pero no debemos olvidar que hay muchas figuras jurídicas antiquísimas que fueron acordes a las necesidades y costumbres de la época en que se les legisló, estas figuras -- operaron, sirvieron y funcionaron en su tiempo, fueron efectivas, es decir, encajaban en la sociedad de aquella época, pero ahora resultan para nuestros tiempos actuales como figuras jurídicas innecesarias, ya que han perdido importancia, no se les usa y ni son practicadas, tal es el caso de la figura jurídica que prevé el artículo 277 del Código Civil vigente y que los grandes tratadistas le denominan el -- vicio de vincular o de separación de cuerpos.

Considero que la separación de cuerpos que prevé el -- referido artículo debe desaparecer por las razones expuestas en el párrafo anterior y, además, porque se pueda prestar para cometerse injusticias entre los cónyuges.

El principal objetivo de esta tesis es, el de demostrar que el divorcio no vincular o de separación de cuerpos es -- una figura jurídica que para la actualidad, resulta ser una figura innecesaria en el Código Civil. No viene a ser un -- espíritu personal, el de caracterizar como innecesaria a -- esta figura, sino que se palpa y se observa que los matrimonios no la usan y ni practican este tipo de divorcio.

Para demostrar que la figura jurídica que está contenida en el artículo 277 del Código Civil, es innecesaria, --

Se aserá desarrollar todo el contenido de la presente investigación, la cual está distribuida en tres partes, cada una de las cuales forma un capítulo.

El primer capítulo contiene todos los antecedentes del divorcio, tanto los patrios como los extranjeros. En especial los antecedentes en la Biblia, en el Derecho Romano, Canónico, Francés, Alemán y Español. Por lo que se refiere al Derecho Patrio, parte de la época colonial hasta la actualidad.

En el capítulo segundo se analizan los diferentes tipos de divorcio que prevé el Código Civil actual y en especial se hizo un estudio del divorcio no vincular, en lo que se refiere a los requisitos para que proceda, los efectos y obligaciones.

En el capítulo tercero se hace una valoración crítica del divorcio no vincular, principalmente se discute si la separación de cuerpos es un divorcio en estricto sentido y si los fines y deberes del matrimonio son compatibles con la separación de cuerpos; también, se desarrollan los argumentos por los cuales debe desaparecer esta figura del articulado del Código Civil vigente; principal propuesta de esta tesis.

Finalmente, termino mi investigación con las conclusiones, en donde de una manera sintética se recogen las ideas centrales que se desarrollaron a lo largo de toda la investigación.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

I. CONCEPTO DE DIVORCIO.

II. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN OTROS SISTEMAS JURIDICOS.

- A. El divorcio en la Biblia.
- B. El divorcio en el Derecho Romano.
- C. El divorcio en el Derecho Canónico.
- D. El divorcio en el Derecho francés.
- E. El divorcio en el Derecho Alemán.
- F. El divorcio en el Derecho Español.

III. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MEXICO.

- A. El divorcio en la Época Colonial.
- B. El divorcio en el México independiente.
 - 1. Antes de promulgarse los Códigos de 1870 y 1884.
 - 2. El divorcio en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.
 - 3. El divorcio en la Ley sobre Relaciones Familiares.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

I. CONCEPTO DE DIVORCIO.

En primer lugar debemos hacer mención sobre la raíz etimológica de la palabra divorcio, para después ver las definiciones que nos da la doctrina y finalmente ver el concepto que nos proporciona el Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto a la raíz etimológica, esta viene "del latín *divortium*: de *divertere*, apartarse." ¹

Por su parte, Sara Montero nos dice al respecto que -- "La palabra divorcio deriva de la voz latina *divortium* que significa separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes." ²

Por lo tanto "divorcio es rompimiento del vínculo, de la unión, seguir sendas diferentes las que antes marchaban por el mismo camino." ³

En cuanto a la doctrina, Eduardo Pelliáres manifiesta --

1.-Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, pág. 1153, tomo 4, 2ªava. ed., México, Reader's Digest S. A. de C. V., 1986, 151 p.

2.-Montero Dubelt, Sara, Concepto de familia, pág. 196, 1a. ed., México, Porrúa, 1987, 429 p.

3.-Idem.

que: "El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el -- contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros." ⁴

También Sara Montero nos ilustra con su concepto jurídico de divorcio al decir:

"divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido." ⁵

Finalmente, el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 188 nos dice lo siguiente: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Como hemos visto, en los anteriores conceptos, cada uno da su propia idea, pero en lo que sí concuerdan es en el rompimiento de ese vínculo que los tenía unidos; más adelante en el subcapítulo II del capítulo segundo, veremos el -- concepto que se tiene sobre el divorcio no vincular.

II. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN OTROS SISTEMAS JURIDICOS.

4.- Fallares, Eduardo. El divorcio en México, pág. 26. 2a. ed., México, Porrúa, 1987, 258 p.

5.- Montero Dehail, Sara. Op. Cit., pág. 196-197.

A. El divorcio en la Biblia.

En el antiguo testamento, en el libro de Deuteronomio se lee lo siguiente:

"Si un hombre se casa con una mujer y después resulta que no le agrada por algún defecto visible que descubre en ella, hará un certificado de divorcio, se lo dará a la mujer, y la despedirá de su casa."

"Si ella después pasa a ser la mujer de otro y éste también ya no la quiere y la despide con un certificado de divorcio; o bien si llega a morir este otro hombre que se casó con ella, el primer marido que la repudió no podrá volver a tomarla por esposa, ya que pasó a ser para él como impura."⁶

Por otra parte, en el libro de Jeremías en el capítulo 3:8 se lee también lo siguiente:

"Todo esto lo vio Judá, su hermana hermana; vio cómo yo me separaba de la infiel Israel, dándole el certificado de divorcio por todas sus traiciones; pero ni siquiera se ha acostado, y ha salido también a ejercer la prostitución."⁷

Como hemos visto en estos dos pasajes bíblicos, en la Ley de Moisés se autorizó y reglamentó lo que ahora cono-

6.- BIBLIA LATINOAMERICANA, Dt. Cap. 24:1-4. 2a. ed., España, Ediciones Paulinas Verbo divino, 1986, 1419 p.

7.- Ibídem., Jer. Cap. 3:8.

mos como divorcio vincular.

El procedimiento que estableció la Ley Mexicana consistía en entregar a la esposa el libelo de repudio, y hacerlo saber a la familia de la mujer.

Por su parte, Sara Montero sostiene que:

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

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

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

"Tiempo después la legislación hebrea concedió a la mujer el derecho de repudiar, basado en el adulterio de su marido, por ser maltratada, porque el marido fuera pródigo o parsioso, o no diera cumplimiento a los deberes conyugales."⁸

⁸-Montero Punat, Sara. Op. Cit., pág. 202.

Por otra parte, Manuel F. Chávez nos comenta lo siguiente:

"Al igual que en otras épocas, 'en la de Moisés muchos judíos trataban con crueldad a sus esposas, y teniendo en cuenta su crueldad y su corazón, Dios permitió el divorcio. Se divorciaban por cualquier causa (Mat. 19.3)'. "

"Todo lo que tenía que hacer un judío para divorciarse de su mujer era otorgarle el acta de divorcio en presencia de dos testigos, y éste se permitía por cualquier causa." ⁹

En otro pasaje bíblico, pero ya en el Nuevo Testamento Mateo hace referencia al divorcio que existía en tiempos de María y José al decir:

"El nacimiento de Jesucristo fue así. Su madre María - estaba comprometida con José. Pero, antes de que vivieran - juntos, quedó separando por obra del Espíritu Santo."

"José, su esposo, era un hombre excelente, y no quería ende desacreditarla, pensó firmarle en secreto un acta de - divorcio." ¹⁰

La Biblia nos dice que lo haría conforme a la ley ---- (Dt. 24-1) para no desacreditarla, pero no aclara las razones por las cuales quería separarse de ella. Tal vez porque, al verla embarazada, sospecha algo misterioso y, porque Ma-

9.-Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas-Conyugales, páq. 414, 1a. Ed. México, - Porrúa, 1985, 387 p.

10.-Biblia Latinoamericana, Mat. Cap. 1:18-19.

ría no se lo comulcó, se tiene otra solución que renunciar a ella.

Respecto de lo que nos dice Mateo vale el siguiente -- comentario:

"En el pueblo Judío esta situación daba prácticamente los derechos del matrimonio, especialmente los de la vida - conyugal, solamente que la mujer seguía viviendo en casa de su padre y bajo su autoridad. La sociedad judía era tremendamente machista. Una mujer debía pertenecer a un hombre, - ya fuera su padre, su esposo o su hijo. María ya se esposa de José, pero él no dispone totalmente de ella hasta que la recibe en su casa."¹¹

Hétese la gran diferencia que existía entre el hombre y la mujer, ya que sólo el hombre se le daba el derecho de repudiar a su mujer.

En el nuevo testamento, el divorcio fue condenado, Jesucristo condenó el divorcio, según podemos leer en los textos de los Evangelios de San Mateo, San Lucas y San Marcos.

En efecto en San Marcos se lee:

"En ese caso fariseos vinieron a él con ánimo de probarlo y le preguntaron: «¿Puede el marido despedir a su esposa?» El les respondió: «¿Qué les ha ordenado Moisés?» Ellos contestaron: «Moisés ha permitido firmar el acta de -- separación y después divorciarse.»"

¹¹ - Ibidem., pág. 9 segunda parte.

"Jesús les dijo: «Moisés escribió esta ley porque ustedes son duros de corazón. Pero la Biblia dice que al principio, Dios los hizo hombre y mujer. Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre para unirse con su esposa y serán los dos uno solo. De manera que ya no son dos, sino uno solo. Pues bien, lo que Dios unió, que no lo separe el hombre.»"

"Y, cuando estaban en casa, los discípulos le volvieron a preguntar lo mismo, y él les dijo: «El que se separe de su esposa y se case con otra, comete adulterio contra la primera, y si ésta deja a su marido y se casa con otro, también comete adulterio.» 12

En el mismo sentido, en el Evangelio de San Lucas se lee:

"Todo hombre que se divorcia de su esposa y se casa con otra comete adulterio. Y el que se case con una mujer divorciada de su marido, comete adulterio." 13

En el texto de San Mateo es diferente a los anteriores porque autoriza el divorcio en el caso de infidelidad.

"Se dijo también: «El que despidiera a su mujer le dará un certificado de divorcio.» Pero yo les digo, que el que despidiera a su mujer, fuera del caso de infidelidad, la re-

12.-Ibidem., Mc. Cap. 10:2-12.

13.-Ibidem., Lc. Cap. 16:16.

ja el adulterio. Y que el que se case con esa mujer divorciada, comete adulterio." 14

En otro capítulo Mateo sigue diciendo:

"Se le acercaron unos fariseos, con ánimo de probarlo y le preguntaron: ¿Está permitido al hombre despedir a su esposa por cualquier motivo.?"

"Jesús respondió: ¿No han leído que el Creador es el principio, los hizo hombre y mujer y dijo: El hombre dejará a su padre y a su madre, y se unirá con su mujer, y serán una sola. De manera que ya no son dos, sino uno solo. Pues bien, lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre.?"

"Pero ellos preguntaron: ¿Entonces, ¿por qué Moisés ordenó que se firme un certificado cuando haya divorcio? Jesús contestó: ¿Porque ustedes son duros de corazón, Moisés les permitió despedir a sus esposas, pero no es esa la ley del comienzo."

"Por tanto, yo les digo que el que despide a su mujer fuera del caso de infidelidad, y se casa con otra comete adulterio." 15

El caso de infidelidad tal vez se refería a las uniones ilegítimas. Mateo se refería al problema de numerosas -

14.-Evangelio, Mt. Cap. 5:31-32.

15.-Evangelio, Cap. 19:3-9.

seguidores de las ideas de Jesús de su tiempo, que salían del paganismo, y que al entrar a esta nueva doctrina rompían uniones ilegítimas.

San Pablo confirma lo anterior en la 1a. Epístola a los Corintios, pues nos dice que cuando un hombre o una mujer se casa con otro que no es creyente se puede separar del no creyente.

En efecto nos dice:

"Pero si el esposo o la esposa que no cree se quiere apartar, que se aparte. En tales casos no hay obligación para el esposo o la esposa creyente." 16

El mismo San Pablo condena al divorcio que se venía practicando al amparo de la Ley de Moisés al decir:

"A los casados les ordeno, no yo sino el Señor, que la mujer no se separe de su marido. Y si está separada, que no vuelva a casarse, o que haga las paces con su marido. Lo mismo, que el marido no despidá a su mujer." 17

Como hemos visto en los anteriores pasajes bíblicos -- del nuevo testamento, se condena al divorcio que se venía practicando al amparo de la Ley de Moisés, es decir el divorcio vincular.

El divorcio que se permite en el nuevo testamento, es

16.-Ibidem., 1 Co. Cap. 7:15.

17.-Ibidem., 1Co. Cap. 7:10-11.

el no vincular o el de separación de cuerpos, ya que no podían casarse nuevamente, porque si la esposa separada se casaba nuevamente, cometía adulterio en contra de su primer esposo, lo mismo el esposo divorciado, si se casaba cometía adulterio en contra de su primera esposa.

B. El divorcio en el Derecho Romano.

El divorcio fue conocido y regulado jurídicamente desde los orígenes de Roma.

Tomando en consideración que la mujer casi siempre estaba sometida a la manus del marido, es decir bajo la autoridad paterna, el divorcio se reducía a un derecho de repudio por parte del marido. Según Cicerón, este tipo de divorcio fue admitido desde la Ley de las XII tablas.

En los matrimonios celebrados *sine manus*, era en donde tenían los dos esposos el derecho recíproco de disolver el vínculo matrimonial.

Así generalizando, el divorcio podía efectuarse de -- dos maneras: a) *Bona gratia*, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; b) por repudiación, es decir por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea *sine causa*. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer

manuscrita y casada con su patrono (L. II, pr., de divorc., XXIV, 2). Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley Julia de adulterio, exige que el que intenta divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que le será entregada por un manuscrito (Poulo, L. 9, -- D., cod.)."

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

"Por otra parte, se publicaron en numerosas Constituciones, para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima." 18

Independientemente de la forma en que se efectuara el divorcio (bona gratia o por repudiación), si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por la confarreatio, se disolvía por la disfarreatio; si el matrimonio había sido celebrado por la comptio (compra de la mujer) se disolvía por la remanipatio.

"Bajo el Imperio de Justiniano, se reconocían cuatro tipos de divorcio: 1) el mutuo consentimiento, suprimido posteriormente; 2) a petición de un cónyuge invocando una "

18.-Petit, op. cit., Treatado Elemental de Derecho Romano, pág. 118. México, Ed. Espasa S. A., 1980, 717 p.

causa legal; b) la voluntad unilateral y sin causa legal -- con sanción para el cónyuge demandante, y c) el *bona gratia* que se fundaba en la impotencia, la esterilidad procreada o el voto de castidad."

"Las causas de divorcio eran para el hombre las siguientes: a) que la mujer hubiera cometido algún crimen contra la seguridad del estado; b) Adulterio probado de la mujer; c) Atentado contra la vida del marido; d) Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse hallado con ellos; e) Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo, y f) Asistencia de la mujer a espectáculos públicos (banquetes o circo) sin permiso del marido."

"Las causas para la mujer: a) La alta traición oculta del marido; b) Atentado contra la vida de la mujer; c) Tentativa de prostitución; d) Falsa acusación de adulterio; e) Que el marido tuviera un amante en la propia casa conyugal o fuera de ella en el mismo pueblo." 18

C. El divorcio en el Derecho Canónico.

En el derecho Canónico no se admite el divorcio, por considerar al matrimonio como un sacramento perpetuo, según se desprende del canon 1118 del Código Canónico que a la le-

tra dice:

"El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte."

Lo que permite el Derecho Canónico es el divorcio no vincular "...el Derecho Canónico regula el llamado divorcio separación. Consiste el mismo en la separación de lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo. Las causas para pedir la separación son varias, entre ellas el adulterio (canon 1129), el separarse un cónyuge de los principios católicos, llevar vida de vituperio o ignominia, y la sevicia (canon 1131)."²⁰

Establece solamente ciertas formas de disolución para los matrimonios no consumados entre bautizados y no bautizados "...es decir, aquellos matrimonios denominados ratos, - en los que no llegó a existir la cópula carnal, se distingue el matrimonio entre bautizados y no bautizados. Es decir, cuando uno de los consortes era bautizado y el otro no, cabía entonces la posibilidad de disolver el matrimonio, -- bien por profesión de fe religiosa, bien por autorización de la sede apostólica."²¹

Al respecto el canon 1119 expresa lo siguiente:

20.-*Ibidem.*, pág. 207-208.

21.-Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, tomo II, pág. 417; 5a. ed. México, Porrúa, 1980, 483 p.

"El matrimonio se consuma entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por la disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga."

La segunda forma de disolver el matrimonio es por el llamado privilegio paulino (llamado paulino porque fue anunciado por San Pablo en la epístola I. a los Corintios) y este se daba en los matrimonios entre no bautizados (fuera consumado o no consumado) "...se autorizaba la disolución del matrimonio en los casos en que uno de los consortes se convirtiese al catolicismo y el otro continuara como infiel, y siempre cuando hubiera peligro de que éste pudiera pervertir al otro. Entonces, se permitía al consorte católico que por la celebración de un matrimonio nuevo, quedase de pleno derecho disuelto el anterior, y siempre que fuese con persona bautizada y para poder mantener a los hijos dentro de la religión católica. Si no había ese nuevo matrimonio para -- realizar esos fines, el matrimonio anterior no quedaba disuelto." ²² Lo anterior queda confirmado por el canon 1120 que a la letra dice:

"1. El matrimonio legítimo entre bautizado, aunque --

22.-Ibid.

esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio paulino."

"2. Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cultos entre una parte bautizada y otra que no lo está."

En estas dos formas de disolver el matrimonio, los cónyuges pueden contraer nuevo matrimonio, más que hablar de disolución viene siendo una nulidad, ya que no se cumplieron ciertos requisitos, porque el matrimonio válido y consumado no puede ser disuelto, solamente puede haber una separación sin disolver el vínculo y lógicamente los cónyuges no pueden contraer un nuevo matrimonio.

Esseguide transcribo unas líneas publicadas por el Dr. José González Torres relativas al Derecho Canónico y, que a mi juicio resultan interesantes: "...y por lo que a este derecho toca, aparte de que es un conjunto de normas que -- regula la vida religiosa de cerca del 90% de la población mexicana -- por lo que ya merece respeto--, el derecho Canónico fue un elemento humanizador del derecho Civil en general y un vehículo por el que llegó el derecho Romano --'la razón escrita"--, ya humanizado, al derecho español y al mexicano. Las Siete Partidas, monumento legislativo, también influido por el derecho Canónico, que, si a causa de los fueros, en España fue sólo supletorio en Nueva España, México, en su--

encia de fueros. Las Siete Partidas fueron el derecho vigente durante los tres siglos de dominación española y hasta 1870 en que se promulgó el primer Código Civil mexicano."

"No es pues el derecho Canónico un elemento extraño en la cultura mexicana, sino algo medular que, pese a los esfuerzos laicizadores del Gobierno y de grupos fanáticos, -- inspira todavía en muchos aspectos al derecho mexicano, por lo que debe ser conocido, estudiado y apreciado en los centros de investigación y de enseñanza que merezcan el nombre de tales, especialmente en las universidades."

"Desdeñar al derecho Canónico por obsoleto, desfasado o anacrónico es ignorar la importancia de las fuentes del derecho para valorarlo en plenitud; e ignorar igualmente, -- por simple provocada, la presencia de él en muchas instituciones jurídicas vigentes." 23

D. El divorcio en el Derecho Francés.

La legislación actual de divorcio en Francia, tiene su origen moderno en la revolución (Francesa), ley del 20 de septiembre de 1792, decretos del 8 nivoso y del 4 floréal -- año II.

23.-González Torres, José. "El Derecho canónico", El Universal (México, S.F.), 3 de mayo de 1969, pág. 7-8, sección editorial.

El Código Civil (Código Napoleón) admitió el divorcio por mutuo consentimiento, pero fue suprimido por la ley del 8 de mayo de 1886. Los redactores de esta ley colocándose en el terreno religioso, invocaban razones extrarreligiosas y así se sostuvo la necesidad de la indisolubilidad del matrimonio, en virtud de la obligación de los esposos de educar a los hijos.

A raíz de la revolución de julio de 1899 y la concepción del matrimonio como un contrato, influyó para el restablecimiento del divorcio y es así como la ley del 27 de julio de 1894 restableció nuevamente el divorcio, habiendo sido reforzada por la ley del 18 de abril de 1896.

Las causas de divorcio son: el adulterio, las injurias graves, la sevicia y las condenas infamantes.

"...el marido puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer. La mujer puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido. Los esposos podrán recíprocamente pedir el divorcio por excesos, servicios o injurias graves, cometidas por uno de ellos respecto del otro. La sentencia que impone a uno de los cónyuges una pena infamante, será para el otro motivo de divorcio."²⁴

Gabriel García Costero nos dice lo siguiente:

24.-Boutricq, Julien. Elementos de Derecho Civil, tomo I, pág. 324, Tijuana S.C., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, 700 pp.

"El régimen vigente del divorcio en Francia, puede describirse así:

"a) Se mantiene el divorcio como sanción suprimiéndose las causas anteriores y se formula una causa general así concebida 'hechos imputables a la otra parte, cuando constituyen una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio que hacen intolerable el mantenimiento de la vida común' (Art. 243). No obstante, el legislador ha conservado la condena a una pena aflictiva e infamante (Art. 243) como una causa específica de divorcio."

"b) Se restablece el divorcio por mutuo consentimiento, que existió de 1894 a 1918, bajo dos formas: la normal como petición conjunta de ambos cónyuges (Art. 21-233) que debía ir acompañada de un proyecto de convenio en orden a las consecuencias del divorcio sobre los hijos y los bienes (exige seis meses de matrimonio y que sea renovada la petición a los tres meses de presentada); y la excepcional, consistente en que uno de los cónyuges se adhiere a la solicitud del otro, reconociendo la certeza de los hechos que hacen intolerable la vida en común (Art. 236-233)."

"c) Se introduce el divorcio por ruptura de la vida en común, basado en causas objetivas (Art. 237-241), bien en base a la alteración profunda de las facultades mentales de uno de los cónyuges que conduce a una separación efectiva por el mismo período. El carácter restrictivo de esta forma de divorcio resulta de la obligación de quien lo solicita -

de asumir el cumplimiento de todas las cargas pecuniarias - derivadas de aquél y de la existencia de una cláusula de -- duración (si el otro cónyuge establece que el divorcio tendría, ya para él, teniendo en cuenta su edad y la duración del matrimonio, ya para los hijos consecuencias materiales o morales de excepcional dureza, el juez rechaza la demanda, según artículo 240) la cual puede ser estimada de oficio en caso de divorcio por enajenación mental." 25

Aparte del divorcio vincular, en el Derecho Francés se regula el divorcio no vincular o separación de cuerpos, que Bonnacase lo define de la siguiente manera:

"Se designa por separación de cuerpos el derecho reconocido a los dos esposos, por sentencia judicial, para no hacer vida común." 26

El matrimonio no se disuelve, es un derecho de los esposos de vivir separado del otro.

Las causas de la separación, son las mismas que las -- del divorcio, por lo tanto los interesados pueden optar por el divorcio vincular o la simple separación de cuerpos.

La separación de cuerpos viene a ser la preparación -- del divorcio, según el artículo 318, cuando la separación -- ha durado tres años, cada uno de los esposos puede pedir --

25.-Citado por Chéves Associo, Manuel F. Op. Cit., pág. --- 418-420.

26.-Bonnacase, Julien. Op. Cit., pág. 560.

que se convierta la separación de cuerpos en divorcio, siendo de derecho tal transformación, es decir obligatorio -- para el Juez a quien se pida.

E. El divorcio en el Derecho Alemán.

En el derecho Alemán antiguo, se reconocía, el divorcio por contrato, al principio se otorgaba entre el marido y los parientes de la mujer y después entre los propios cónyuges, y luego por declaración unilateral del marido. El divorcio unilateral (repudió) era lícito en ciertos casos, -- por ejemplo por adulterio o esterilidad de la mujer. ²⁷

A partir de que la Iglesia se arroja la jurisdicción matrimonial impuso el derecho eclesiástico en materia de divorcio.

La ley del estado civil del 6 de febrero de 1875, no modificó el anterior derecho en materia de divorcio.

*El B. G. B. de 1900, aprobó la ordenación uniforme -- del Derecho sustantivo de divorcio, reconociendo como causas de ruptura del vínculo: a) El adulterio; b) El atentado contra la vida; c) El abandono malicioso y; d) La perturbación culpable del matrimonio como consecuencia de la infracción

²⁷--Consultarse a Enneccerus Ripp y Wolff, Tratado de derecho civil - Derecho de familia, tomo IV, Vol. I El Matrimonio, pág. 217-220, 2a. ed., Barcelona España, Bosch casa editorial, 1931.

grave de los deberes matrimoniales en virtud de conducta -- deshonrosa e inmoral. Junto a estos casos de divorcio sanción, se incluyó la enfermedad mental incurable. Bajo el régimen nacional-socialista, por ley de 1938 se ampliaron los casos de disolución del matrimonio por causas objetivas, introduciendo criterios racistas."

"Según el nuevo párrafo 1563 del E. G. N., el matrimonio puede disolverse por divorcio, cuando ha fracasado y se entiende que ha fracasado cuando ha finalizado la comunidad de vida de los cónyuges y no puede separarse que se resta--blezca. Según el párrafo 1564 se presume que el matrimonio ha fracasado cuando los cónyuges viven separados desde hace tres años." 28

F. El divorcio en el Derecho Español.

El divorcio ha sido la "institución desconocida" en el ordenamiento familiar Español hasta 1981, con excepción del breve período de 1932 a 1938 en que estuvo vigente la legislación familiar de la segunda República, en este período sí se permitía el divorcio, de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución de 1931 el matrimonio podía disolverse por mutuo consentimiento o a petición de cualquier cónyuge con

28.-Cáñez Asencio, Manuel F. Op. Cit., pág. 428.

alegación de justa causa.

Fuera de este período (1902-1938) el divorcio era desconocido en España, la razón es que este pueblo es enteramente católico, y de acuerdo con el Derecho Canónico el matrimonio es indisoluble, con razón Don Joaquín Escrivé escribía "...pero entre nosotros, como el matrimonio legítimamente contraído no puede disolverse, por razón de haber sido elevado a sacramento, no se entiende por divorcio la entera disolución del vínculo matrimonial, sino solamente la separación de bienes y habitación entre el marido y la mujer, quienes no por eso adquieren la libertad de pasar a otras nupcias mientras viviere el uno de los dos." 19

La reintroducción del divorcio en España como consecuencia de la Ley de 7 de julio de 1981 ha traído numerosos comentarios entre ellos el que aparece en el libro de José Castán Tobeñas al decir:

"En conclusión: la vigente ley de divorcio bien puede calificarse de atípica por no encajar en nuestro tradicional Derecho de Familia; de atípica, por haber pretendido establecer un divorcio indoloro para los sujetos afectados; de no responder a las necesidades del bien común de la sociedad española hic et nunc; de carecer de toda justificación ética al imponer de modo absoluto un sistema de divor-

19.-Escribá Joaquín, Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, tomo I pág. 645, 2a. ed., Tijuana B.C. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983.

elo objetivo con total abandono de la acción de culpa, y de ser, por último, difícilmente compatible con varios preceptos de la Constitución vigente." 30

Las causas para poder pedir el divorcio las enumera el artículo 81 de la citada ley y son las siguientes:

a) Mutuo acuerdo. Se desarrolla en dos fases: Primero se deben separar por mutuo acuerdo por lo menos un año. Para poder pedir la separación debe haber transcurrido por lo menos un año a partir de la celebración del matrimonio, por lo que prácticamente deben transcurrir por lo menos dos años para pedir el divorcio vincular.

La separación cesa a partir de la interposición de la demanda

b) La segunda causa también es compleja y se desarrolla en dos fases: primero se exige la presentación de una demanda de separación personal basada en cualquiera de las causas del artículo 82, es necesario que recaiga sentencia firme y que transcurra un año a partir de la presentación de la demanda. Una vez que transcurra este término se puede demandar el divorcio vincular.

c) La separación ininterrumpida de por lo menos dos a-

30.-Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, común y foral. Derecho de familia, tomo V, vol. I, Relaciones conyugales, pág. 838-840, 10ª edición, Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid, 1981, 1038 p.

ños. Si los dos cónyuges consintieron en la separación, --- cualquiera de los dos cónyuges puede pedir el divorcio, pero si al contrario el cónyuge abandonado no estuvo de acuerdo, sólo él (cónyuge abandonado) podrá pedir el divorcio.

d) La separación ininterrumpida de por lo menos dos años en la que no hay consentimiento del otro cónyuge, ni -- tampoco hay sentencia firme de separación, ni por supuesto declaración de ausencia.

El cónyuge que abandona debe probar que al iniciarse -- la separación de hecho el otro estaba incurso en causa de -- separación, si prueba este hecho, tendrá derecho al divorcio.

e) La separación ininterrumpida de cinco años. "Es la consagración legal, lísa y llana, del moderno repudio que -- puede instarse por cualquiera de los cónyuges. El principio de igualdad ha obligado a autorizar también al abandonado a solicitar el divorcio."

"Es el divorcio *ad libitum* sin invocación de causa ni necesidad de interponer siquiera una demanda pro-forma de -- separación." 31

f) El atentado contra la vida del otro. Esta causa se aplica a los atentados contra la vida cometidos contra los ascendientes o descendientes del cónyuge, sin límite de gra-

31.-Ídem, pág. 161.

dos de parentescos.

III. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MEXICO.

A. El divorcio en la Epoca Colonial.

Durante la colonia, en materia de divorcio y en toda la materia de derecho privado, rigió la legislación española, que como hemos dejado plasmado anteriormente, no conoció el divorcio vincular en el pasado. Es hasta la reciente Ley de 7 de Julio de 1981, con excepción del breve periodo durante la República (1932-1938) que España ha establecido esta forma de divorcio.

En la Nueva España en materia de divorcio rigió el derecho Canónico, mismo que se aplicaba en la España Peninsular. Como ya hemos apuntado anteriormente, el único divorcio que admite esta legislación es el llamado divorcio separación que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.

B. El divorcio en el México Independiente.

Una vez consumada la independencia en 1821, el país -- requería de una organización política propia. Por lo que los esfuerzos legislativos tendieron a la creación de las normas jurídicas básicas que dieron como resultado la primera

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

En materia privada, siguió siendo regulada por el viejo Derecho Español, y es hasta 1870 en que se promulga el primer Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, sin embargo antes de que esto sucediera, surgieron intentos legislativos a nivel de entidades federativas que dieron como resultados la creación de códigos civiles o de proyectos de los mismos a nivel local.

Para poder estudiar estas legislaciones que se dieron en el México Independiente, es necesario que lo hagamos por separado.

1. Antes de promulgarse los Códigos de 1870 y 1884.

"A nivel de provincia surgieron las siguientes legislaciones: Código Civil del estado de Guanajuato de 1823, Proyecto de Código Civil del Estado de Jalisco de 1833, Código Civil Corona del estado de Veracruz de 1868, Código Civil del Estado de México de 1870."

"Entre las legislaciones del siglo XIX hay que mencionar también, en relación con nuestro tema, la ley de Matrimonio Civil de 1819, expedida por Benito Juárez, en la cual se desconocía el carácter sacramental del matrimonio para convertirlo en un acto regido por las leyes civiles, y el Código Civil del Imperio Mexicano de 1884, expedido por Ma-

similiano de Habsburgo."

"Todas las legislaciones o proyectos legislativos del siglo XIX, en materia de divorcio tienen como semejanza un solo tipo de divorcio: el divorcio separación. Con ligeras variantes en cuanto a las causas, requisitos formales y consecuencias jurídicas, son fundamentalmente semejantes."²²

2. El divorcio en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

El Código Civil de 1870 parte de la noción del matrimonio como una unión indisoluble, todavía esta influenciado por el Derecho Canónico y, como consecuencia lógica, no se admite el divorcio vincular. Solamente reguló el divorcio no vincular o de separación de cuerpos. El artículo 239 del Código Civil de 1870 prevenía que "el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos a este Código."

Este ordenamiento fue inspirado con un profundo proteccionismo al matrimonio, como una institución indisoluble -- debido a esta idea se interpuso a la realización del divorcio separación una serie de trabas y formalidades. Al efecto a parte de las formalidades que se requerían deberían --

²²-Montero Dubaut, Sera. Op. Cit., pág. 219.

transcurrir dos plazos de tres meses cada uno para poder -- dictar sentencia, siempre y cuando los cónyuges insistieran en la separación, aparte de que al finalizar cada plazo el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto a que diesen por terminado el juicio de divorcio (artículo 250 y 251). También se requería que transcurriera como mínimo dos años después de haberse celebrado el matrimonio, para poderse intentar el divorcio separación (artículo 250). Así mismo se -- prohibía el divorcio para los matrimonios que llevaban más de veinte años de constituidos y también se prohibía cuando la mujer tenía más de cuarenta y cinco años de vida (artículo 247).

Las causas por las cuales se podía pedir el divorcio - separación las enumera el artículo 246 que expresaba:

"Son causas legítimas de divorcio: 1. El adulterio de uno de los cónyuges; 2. La propuesta del marido para procretar a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; - 4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o a la concubina en su corrección; 5. El abandono - sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más

de dos años; 6. La evasión del marido con su mujer o la de ésta con aquél; 7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro."

En el Código Civil de 1884 se vuelve a reglamentar solamente el divorcio separación, por lo tanto subsistía el vínculo matrimonial, suspendiéndose solamente algunas de las obligaciones civiles que imponía el matrimonio.

Este Código reprodujo en forma general los preceptos del Código anterior (1878) en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y sus formalidades. Sin embargo se redujeron los trámites para la consecución del divorcio, se redujeron a dos juntas o audiencias con un plazo de un mes entre la primera y la segunda.

Los preceptos que hacían referencia al procedimiento eran los artículos 233 y 234 que decían:

Artículo 233: "La separación no puede pedirse sino pasados dos años después de la celebración del matrimonio. -- Presentada la solicitud, el juez citará a los cónyuges a una junta, en que procurará restablecer entre ellos la concordia; y si no, lo lograre, aprobará el arreglo provisional con las modificaciones que crea oportunas, con audiencias del ministerio público y cuidando de que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero."

Artículo 234: "Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a peti-

ción de cualquiera de los cónyuges, el juez citará a otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si ésta no se logrará, decretará la separación, siempre que le conste que los cónyuges quisieren separarse libremente, y mandará reducir a escritura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior"

Las causas por las cuales se podía intentar el divorcio separación, eran las mismas que establecía el código de 1870, con la salvedad de que se le añadieron seis más:

"1) El que la mujer diera a luz un hijo concebido antes del matrimonio y fuere declarado ilegítimo; 2) La negativa a ministrarse alimentos; 3) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez; 4) Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y no confesadas al cónyuge; 5) La infracción a las capitulaciones matrimoniales y 6) El mutuo consentimiento."³³

3. El divorcio en la Ley Sobre Relaciones Familiares.

La Ley Sobre Relaciones Familiares fue expedida el 9 de abril de 1917 por Don Venustiano Carranza, pero antes de esta ley hubo dos decretos divorcistas en los cuales ya se aceptaba el divorcio vincular y podríamos decir que fueron

³³-Ibidem., pág. 211.

los antecedentes inmediatos de la Ley sobre Relaciones Familiares. Estos decretos fueron: uno del 29 de diciembre de 1914 y el otro del 29 de enero de 1915.

La ley sobre relaciones familiares regula el divorcio vincular y el divorcio no vincular, el artículo 75 decía: -

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

Para el divorcio vincular se tomaron en cuenta las mismas causas que enumeraba el código civil de 1884, pero se imprimió la infracción a las capitulaciones matrimoniales, -- que ha sido ese código el único que la admitió, pues ni antes ni después se ha admitido como causa de divorcio. A las causas que enumeraba el código de 1884, la ley sobre relaciones familiares en su artículo 76 sólo aumentó las siguientes: "haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años," y "cometer un ultraje contra la persona o los bienes del otro, en acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho cónyuge, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que se baje de un año de prisión."

El divorcio no vincular o de separación de cuerpos se relegó a segundo término, quedando exclusivamente como excepción relativa a la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refería a enfermedades crónicas e inco-

rabias, contagiosas o hereditarias, dejando a la voluntad - del cónyuge sano pedir el divorcio vincular o la simple separación del lecho y habitación.

C A P I T U L O S E C U N D O

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

I. DE LOS DIFERENTES TIPOS DE DIVORCIO PREVISTOS EN EL CO-- DIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A. Divorcio vincular.

1. Divorcio voluntario.

a. Judicial.

b. Administrativo.

2. Divorcio necesario.

a. Divorcio sanción.

b. Divorcio remedio.

B. Divorcio no vincular.

II. CONCEPTO DE DIVORCIO NO VINCULAR.

III. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL DIVORCIO NO VINCULAR.

IV. EFECTOS Y OBLIGACIONES DEL DIVORCIO NO VINCULAR.

A. Efectos en relación a los cónyuges.

B. Efectos en relación a los bienes.

C. Efectos en relación a los hijos.

CAPITULO SEGUNDO

EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
DISTRITO FEDERALI. DE LOS DIFERENTES TIPOS DE DIVORCIO PREVISTOS EN EL CO-
DIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, regula el divorcio en los artículos 264 al 281. Este código - permite tanto el divorcio vincular como la simple separación de cuerpos. Dentro del divorcio vincular encontramos que -- existe el divorcio necesario y el divorcio voluntario; y -- atendiendo a las causales específicas (esto dentro del di-
 vorcio necesario) que se invocan, el divorcio puede ser co-
 mo un remedio o como una sanción; en el primer caso se ins-
 tituye el divorcio como una protección en favor del cónyuge
 sano o de los hijos contra enfermedades crónicas e incurra-
 bles que sean además contagiosas o hereditarias; en el se-
 cundo caso se da cuando se invocan aquellas causales que se-
 ñalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la natu-
 raleza misma del matrimonio.

El divorcio voluntario dependiendo ante qué autoridad se tramite, y en base a ciertos requisitos que establece el mismo código civil puede ser de tipo administrativo o de --

tipo judicial

Podemos representar la anterior clasificación en el --
siguiente cuadro sinóptico, y posteriormente pasaremos a --
explicar cada una de ellas



A. Divorcio Vincular

Como ya hemos anotado anteriormente, en el divorcio --
vincular su principal característica es la disolución del --
vínculo matrimonial, otorgando a los cónyuges capacidad pa-
ra contraer nuevas nupcias.

Sara Masero nos da una excelente definición de lo que
es el divorcio vincular al decir que:

"Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de --
los cónyuges, decretada por autoridad competente por causas
posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas

expresamente en la ley.¹

Atendiendo a las voluntades que intervienen en la solicitud del divorcio, éste puede ser: Voluntario, si ambos cónyuges lo piden; necesario, si sólo uno lo pide fundando su petición en cualquiera de las causas de divorcio que enumera el código civil vigente para el Distrito Federal. - Analicemos cada uno de ellos por separado.

1. Divorcio Voluntario.

El divorcio voluntario es aquel que disuelve el vínculo matrimonial y que, decreta la autoridad competente en virtud del acuerdo mutuo de ambos cónyuges.

Este tipo de divorcio tiene su fundamento legal en la fracción XVII del artículo 263 del código civil vigente,

XVI. Son causas de divorcio:

III. El mutuo consentimiento.

Este divorcio puede ser administrativo o judicial, dependiendo de las circunstancias que imperan al momento de pedirse.

a. Judicial.

1.-Montero Duhalde, Sara. Op. cit., pág. 121

El divorcio por mutuo consentimiento de tipo judicial tiene su fundamento legal en el último párrafo del artículo 272 y el artículo 273 del Código Civil vigente.

Art.-272. Los casamientos que se se celebrasen en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo el Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

Este divorcio es aquel que se pide ante un juez civil o familiar, cuando los cónyuges quieren divorciarse por mutuo acuerdo, pero tienen hijos o son menores de edad o bien si se casaron por el régimen de sociedad conyugal y no la hubiesen liquidado de común acuerdo.

Para que pueda pedirse el divorcio por esta vía es necesario que haya transcurrido por lo menos un año a partir de la celebración del matrimonio. También es necesario que al presentarse la solicitud de divorcio, presenten el convenio a que se refiere el artículo 273.

Art.-273. Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijan las siguientes partes:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutarse el divorcio;

II. El modo de subsistir a las necesidades de los hijos.

tante 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, 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 conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad.

El convenio y la solicitud de divorcio se presentan ante el juez del domicilio conyugal.

Intervienen en el proceso como partes del mismo, los cónyuges y el Ministerio Público que participa para velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores e interdictos, y también para que se cumplan debidamente las leyes relativas al matrimonio y al divorcio.

El procedimiento está regulado por los artículos 674 a 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Vigente.

El licenciado Víctor Manuel de la Paz y Fuentes nos -- resume el procedimiento para el divorcio voluntario judicial de la siguiente manera:

"Lleados los requisitos que establece el artículo 173 del Código Civil y una vez admitida la demanda, el Juez citará a los cónyuges y al ministerio público a la primera -- justa de averencia en la que procurará que los cónyuges se reconcilien, pero si a pesar de ello no logra su objetivo, el Juez los citará nuevamente para la segunda justa en la -- que volverá a exhortarlos a su reconciliación y una vez que tiempo logre que se reconcilien, el Juez dictará sentencia disolviendo el vínculo matrimonial, decidiendo sobre el convenio presentado. Es conveniente hacer notar que en este -- juicio judicial, a diferencia del que se tramita ante el -- Juez del Registro Civil, si interviene el Ministerio Público para vigilar los derechos de los hijos y que éstos queden -- bien garantizados. Una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, el Tribunal ordenará remitir copia de ella al Juez -- del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar en que el matrimonio se efectuó y al del lugar del nacimiento de -- los divorciados." 2

Las consecuencias jurídicas del divorcio voluntario --

1.-De la Paz y Fuentes, Víctor Manuel. Teoría y Práctica -- del Juicio de Divorcio, pág. 55, 2a. ed., México, Editor: Fernando Lequizaño Corles, 1984, 481 p.

judicial son las siguientes:

a) En cuanto a los cónyuges.

Quedan en libertad de contraer nuevas nupcias. Podrán volver a casarse dejando transcurrir un año a partir de la fecha en que cesa ejecutoria la sentencia de divorcio.

La mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio siempre y cuando no tenga ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Este mismo derecho tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

b) En cuanto a los bienes.

En el propio convenio a que se refiere el artículo 273, los cónyuges señalaron lo relativo a los bienes, por lo que se estará a los acuerdos aprobados.

B) Administrativo.

Este divorcio se encuentra regulado en el artículo 273 del Código Civil vigente.

Para que proceda este tipo de divorcio es necesario: - que ambos cónyuges convengan en divorciarse; que sean mayores de edad; que no tengan hijos; que de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen

se casaron; y que haya transcurrido un año a partir de la -
celebración del matrimonio.

Dice el artículo 272 del Código Civil en sus dos pri-
meros párrafos:

Art. 272.- Cuando ambos cónyuges convengan en diver-
ciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común -
acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo -
ese régimen se casaron, se presentará personalmente ante -
el juez del registro civil del lugar de su domicilio con-
probarlo con las copias certificadas respectivas que son ce-
sadas y registros de edad y manifestarán de una manera termi-
nante y explícita su voluntad de divorciarse.

El juez del registro civil, previa identificación de -
los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la vo-
luntad de divorcio y citará a los cónyuges para que se pre-
sentes a ratificarlo a los quince días. Si los cónyuges --
hacen la ratificación, el juez del registro civil los declara
divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo
la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Rafael Mojina Villegas nos comenta este tipo de divor-
cio en las siguientes palabras:

"La introducción de este tipo de divorcio voluntario -
en el Código Civil vigente, facilita en forma indebida la -
disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que
llevándose ciertas formalidades que menciona el artículo --

272. los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyectado Código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que se de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean forma de -- continuos disgustos y desavenencias, y si se están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna -- se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad -- no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario será en interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruentes con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial."

"Este tipo de divorcio, marca la cúspide en donde las facilidades para la obtención del mismo se han disminuido -- a tal grado, que la sola voluntad de las partes es suficiente para disolver el vínculo matrimonial, sin necesidad de -- la intervención de la autoridad judicial, sino simplemente el Oficial del Registro Civil, consignará la voluntad de -- los consortes, y mediante esa constancia hecha en el acta -- que levantará, después de haber sido ratificada a los quince días, será suficiente para considerarse como disuelto el

.....

matrimonio." 3

Por otra parte Eduardo Fallares nos dice al respecto - lo siguiente:

"El papel pasivo del oficial civil en esta clase de -- divorcios, se explica porque, no habiendo hijos de por medio, el conflicto de intereses pecuniarios procedentes del matrimonio, tanto la sociedad como el Estado carecen de interés en que el vínculo conyugal subsista, y consideran el divorcio como la rescisión de un contrato." 4

En contravención de lo anterior Chávez Asencio nos dice lo siguiente:

"No estamos plenamente de acuerdo, pues por la permanencia del matrimonio deben esforzarse, no sólo los cónyuges, sino también el Estado, independientemente de la presencia de los hijos. El Juez debería exhortar a los consortes a dialogar y buscar la forma y manera de resolver sus - problemas procurando que la comunidad conyugal continúe." 5

Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas, - éstas son las mismas que en el divorcio voluntario judicial, excepto en lo que se refiere a los hijos, ya que aquí no -- los hay.

3. Divorcio necesario.

3.-Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit., pág. 396-397.

4.-Fallares, Eduardo. Op. Cit., pág. 40.

5.-Chávez Asencio, Manuel F., Op. Cit., pág. 453.

El divorcio necesario es aquel que se pide por uno de los cónyuges, en base a una causal establecida por la ley.

De la Paz y Fuentes nos dice que el divorcio necesario es: "Aquel que se reclama por uno de los cónyuges en contra del otro, por existir e invocarse una de las causas establecidas por la ley." ⁶

Por otra parte Sara Montero nos dice que divorcio necesario o contencioso: "Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley." ⁷

Este divorcio tiene su origen en las causales que se señalan en las fracciones I a XVI y la fracción XVIII del artículo 267, así como la causal señalada en el artículo 268 del Código Civil vigente.

Dichas causales son las siguientes:

Art. 267.-Las causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

6.-De la Paz y Fuentes, Víctor M., Op. Cit., pág. 50.

7.-Montero Duehalé, Sara. Op. Cit., pág. 221.

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

102. La inclinación a la infidelidad hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque se sea de poca importancia carnal;

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

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

105. Padecer enfermedad mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demandado;

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

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

108. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la

de presunción de muerte, en los casos de excepción en que se se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

II. La seducción, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

III. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 144, 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 de restitución en el caso del artículo 144;

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

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

VI. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y perjudicial de drogas psicoactivas, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;

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

28111. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

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

El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él (inocente), y dentro de los seis meses siguientes al día en que tuvo conocimiento de los hechos que fundan la demanda (artículo 278). Para que la acción de divorcio pueda ser intentada se requiere que no haya mediado perdón expreso o tácito, por parte del cónyuge inocente (artículo 279).

Los artículos que han sido citados arriba, dicen lo siguiente:

Art. 278.-El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos en que se funda la demanda.

Art. 138.-Algunas de las causas enumeradas en el artículo 137 pueden alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdon expreso o tácito; no se considera perdon tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores.

Ahora bien, dentro del divorcio vincular necesario o contencioso, encontramos que éste se puede dar como una sanción o como un remedio, dependiendo de las causales específicas que se invoquen.

a. Divorcio sanción.

"Se llama divorcio sanción a aquel que se establece por causas graves, como delitos, hechos inmorales, actos que impliquen el incumplimiento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio, o que sean contrarios al estado matrimonial, por cuanto que destruyen la vida en común, así como los vicios; abuso de drogas nocivas, embriaguez consuetudinaria, o el juego, cuando constituya un motivo constante de desavenencia conyugal." ⁸

Existe el divorcio sanción para todas aquellas causas que no sean enfermedades, impotencia o locura, por lo que encuadrarían dentro de esta subdivisión del divorcio neces-

⁸-Kojima Villegas, Rafael. Op. Cit., pág. 433.

sario, las causales que se mencionan en las fracciones I, - II, III, IV, V, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI y XVIII del artículo 267 y la causal señalada en el artículo 268 del Código Civil vigente.

b. Divorcio remedio.

El divorcio remedio se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro cónyuge -- padece una enfermedad crónica e incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria.

Queda comprendido también dentro del divorcio remedio, el divorcio por mutuo consentimiento, pues a través de él - se separan los cónyuges que no han podido conservar la comunidad conyugal.

"El divorcio remedio ya no supone una culpa, sino que se decreta la disolución del vínculo para proteger al cónyuge sano o a los hijos cuando existan enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias. - Si la enfermedad incurable es contagiosa, no hereditaria, - se protege a los hijos y al cónyuge sano quien tiene, bien la posibilidad de obtener el divorcio vincular, o el divorcio por separación de cuerpos. Si la enfermedad crónica e - incurable es hereditaria, aun cuando no sea contagiosa, se protege a la prole y se concede al cónyuge sano también la

facultad de pedir su divorcio vincular o la separación de cuerpos, en cuyo caso los hijos continuarán viviendo con él, y se evitará que continúen sufriendose enfermos. También, dentro del divorcio remedio, se comprende la impotencia incurable para la cópula, como enfermedad que, aun cuando no reúna los caracteres antes mencionados, si impide dentro de los fines normales del matrimonio y siempre y cuando existan determinadas condiciones de edad, el cumplimiento del débito carnal, pero, naturalmente, la impotencia incurable, para la cópula debe considerarse como causa de divorcio sólo en aquellos casos en que sea el resultado de una determinada enfermedad, y no de la edad.*⁹

En resumen, sólo existirá el divorcio remedio ante las enfermedades crónicas o incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias; quedan incluidas aquí, la impotencia y la letura, y el divorcio voluntario.

Por lo tanto se estará ante este tipo de divorcio cuando se invoquen las causales de las fracciones VI, VII y XVII del artículo 167 del Código Civil vigente.

Estas fracciones dicen lo siguientes:

Art. 167.-Las causales de divorcio:

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa

a hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrada el matrimonio:

III. Padecer enfermedad mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente:

IIII. En estas circunstancias.

B. Divorcio no vincular.

El divorcio no vincular es aquel en el cual, el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistente las obligaciones de fidelidad, de administración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias.

"El divorcio no vincular se refiere a la separación de cuerpos, que encontramos en el Derecho Canónico y en forma limitada también en el Derecho Civil mexicano..."¹⁰

Este tipo de divorcio fue el único que regularon los Códigos mexicanos del siglo pasado, perdurando en nuestro Código Civil vigente como una opción, ya que, tratándose de las causas señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 167, el cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o la simple separación de cuerpos.

Este divorcio tiene su fundamento legal en el artículo 177 del Código Civil vigente que a la letra dice:

10.-Chávez Ascencio, Manuel F. Op. Cit., pág. 429.

El cónyuge que se quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones si y ii) del artículo 187 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda la obligación de cohabitación con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistente las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

"En estos casos se requiere la intervención del juez de lo familiar, para que, mediante sentencia judicial, se decrete la separación de cuerpos, autorizándose a los cónyuges a una vida separada, no tratándose como consecuencia sanción en contra del cónyuge enfermo, impotente o enajenado."

"Los cónyuges separados deben seguir comportándose de tal forma que cumplan con todos los otros deberes y obligaciones que no se excluyan por razón de la enfermedad, impotencia o enajenación, y cualquier violación a ellos, si se incurra en alguna de las causas de divorcio, podría originar un juicio de divorcio con el cual quedaría terminado el vínculo conyugal." ¹¹

II. CONCEPTO DE DIVORCIO NO VINCULAR.

En el subcapítulo I del capítulo primero viene el con-

¹¹.-Ídem, pág. 457-458.

cepto del divorcio en general, es decir del divorcio vincular, por lo que en este punto sólo veremos el concepto del divorcio no vincular o de separación de cuerpos.

Bonnescase¹² manifiesta que la separación de cuerpos es un derecho reconocido a los dos esposos, por sentencia judicial para no hacer vida común. Lógicamente que Bonnescase se refiere al Derecho Francés y aquí vemos una gran diferencia con el Derecho Mexicano, pues mientras en el Derecho -- Francés se puede pedir la separación de cuerpos en todos -- los casos en que puede tener lugar el divorcio vincular en el Derecho Mexicano sólo se ofrece como una medida optativa, sólo en los casos mencionados en las fracciones VI y VII -- del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Pianol nos dice que:

"La separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir juntos."

"La separación de cuerpos difiere del divorcio en que no disuelve el matrimonio; sólo afloja su vínculo. Ambos -- esposos permanecen casados; pero viven separadamente. Subsisten todas las obligaciones nacidas del matrimonio, excep-

12.-Bonnescase, Julien, Op. Cit., pág. 560.

to las que se refieren a la vida conda." 13

Francisco Ferrari Ceretti le llama divorcio relativo - al manifestar que: "Los que admiten únicamente la separación personal, separación de habitación o de cuerpos, que deja subsistente el vínculo matrimonial, denominado divorcio relativo." 14

Por otra parte Sara Montero sostiene que el divorcio - no vincular: "Consiste en el derecho de los cónyuges de condicionar la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial." 15

Finalmente De la Paz y Fuentes nos dice que:

"El divorcio-separación está regulado por el artículo 277 del Código Civil y consiste en que el cónyuge puede optar por año la separación de cuerpos, sin verse forzado a tener que reclamar la disolución del vínculo matrimonial, - siempre y cuando no quiera pedirlo fundado en las causales VI y VII del artículo 267 del Código Civil." 16

III. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL DIVORCIO NO VINCULAR.

Para que proceda este divorcio, se tienen que cumplir

13.-Citado por Højina Villegas, Rafael. Op. Cit., pág. 24-25

14.-Ferrari Ceretti, Francisco. El divorcio, pág. 10. Buenos Aires Argentina, Ediciones de páisa, 1976.

15.-Montero Dubelt, Sara. Op. Cit., pág. 218.

16.-De la Paz y Fuentes, Víctor M. Op. Cit., pág. 30.

ciertos requisitos, y que son los mismos que se necesitan para que proceda el divorcio vincular con algunas variantes.

De la Paz y Fuentes¹⁷ y Pallares¹⁸ en sus respectivas obras nos señalan que los presupuestos jurídicos que se necesitan para divorciarse son los siguientes:

1.- La existencia de un matrimonio civil válido. Este requisito es indispensable, pues de no existir un matrimonio civil que además sea válido no tendría ninguna razón jurídica pedir la separación, ya que no hay obligación legal de cohabitar.

2.- La existencia de una o varias causas establecidas por el Código Civil. Tratándose del divorcio no vincular solamente procede por las causas que menciona las fracciones VI y VII del artículo 367 del Código Civil, y que en resumen serían, cualquier enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, la impotencia incurable sobrevinida después del matrimonio y la locura incurable.

3.- Que la acción de divorcio se ejercite dentro del término legal que es de seis meses (artículo 378). En el divorcio que analizamos creo que no opera la caducidad de la acción, pues al proceder por las causas previstas en las

17.-Idem.

18.-Pallares, Eduardo. Op. Cit., pág. 91-99.

fracciones VI y VII del artículo 263, no sería posible que deduciera la acción para pedir la separación, ya que se trata de situaciones permanentes y se van renovando a cada instante.

Rejina Villegas nos dice al respecto: "En el caso de que la enfermedad sea posterior a la celebración del matrimonio, tanto la crónica e incurable, que además sea contagiosa o hereditaria, como la locura incurable y la impotencia, podrán ser invocadas como causas de divorcio, sin que haya en realidad un límite de tiempo, porque el plazo de la caducidad de seis meses sólo existe en aquellas causas instantáneas y no en las de tracto sucesivo, como las enfermedades." 19

También la Suprema Corte ha sostenido lo siguiente:

"La ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio cuando la causal es un hecho, pero no cuando -- se trata de una causal que implica una situación permanente, porque en este último caso la causal, por su propia naturaleza, es de tracto sucesivo y de realización continua, y -- puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita....!" 20

19.-Rejina Villegas, Safael, Op. Cit., pág. 474-475.

20.-Citado por Aréllano García, Carlos, Práctica Procesal -- Civil y Familiar, pág. 396, 6a. edición, México, Editorial Porrúa, 1984, 496 pp.

4.- Que se promueva ante el juez competente. En este caso será juez competente, el juez de lo familiar del domicilio conyugal, pues así lo previenen el artículo 58 fracción II de la Ley Orgánica de los tribunales de justicia del fuero común del Distrito Federal, y el artículo 156 fracción III del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Estas fracciones de dichos artículos dicen lo siguiente.

Art. 58.-Los jueces de lo familiar conocerán:

II. De las juicias conyugales relativas al matrimonio, a la nulidad o validez del matrimonio y al divorcio, incluyendo las que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; de las que tengan por objeto modificaciones o rectificación en los actas del Registro Civil de las que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación legítima, natural o adoptiva; de las que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela y las cuestiones de sucesión y de prescripción de herencia; de las que se refieren a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, como su constitución, extinción, sucesión o afectación en cualquier forma.

Art. 156.-Es juez competente:

III. En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.

3.- Probar las causas invocadas, sin que haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito -

(artículo 379). Para estas causas (Ítem. VI y VII) no opera el perdón ya que en primer lugar no hay cónyuge culpable y en segundo lugar se trata de situaciones que afectan la salud, y los de la protección de la especie.

4.- Finalmente, el último requisito que se necesita para que proceda este divorcio es que la parte que lo promueve tenga capacidad procesal para hacerlo.

IV. EFECTOS Y OBLIGACIONES DEL DIVORCIO NO VINCULAR.

La sentencia que decreta el divorcio no vincular o de separación de cuerpos produce efectos y obligaciones en relación a los cónyuges, con los bienes y con los hijos.

A. Efectos en relación a los cónyuges.

En relación a los cónyuges la sentencia judicial que decreta la separación de cuerpos, autoriza a los cónyuges a una vida separada, ya no están obligados a vivir juntos en el domicilio conyugal, y como consecuencia de esta separación se extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal. Como efecto de esta separación, desaparece el domi-

cilio conyugal, ya que el concepto de domicilio conyugal -- implica dos elementos: "a) la residencia común de los cónyuges, y b) el deber de vivir juntos (Artículo 163 del Código Civil)." 21

Persisten los demás derechos y deberes que nacen del matrimonio como son: fidelidad, ayuda mutua (art. 331), patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal e imposibilidad de nuevas nupcias.

"La violación del deber de fidelidad en que incurra cualquiera de los cónyuges autorizados judicialmente para vivir separados, constituye adulterio y es causa de divorcio de acuerdo con la fracción I del artículo 267 del Código Civil, pero no configura el tipo de delito penal, es aquellos códigos penales que como el del Distrito, en virtud de que faltaría el elemento 'domicilio conyugal' para tipificar la conducta delictuosa de acuerdo con el artículo 273 del Código Penal." 22

B. Efectos en relación a los bienes.

En relación a los bienes, si están casados por el régimen de sociedad conyugal, ésta no se disuelve y el cónyuge

21.-Gallardo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, pág. 585, 4a. edición, México, Editorial Porrúa, 1980, 754 pp.

22.-Idem.

enfermo podrá seguir administrando la misma, si es que antes de la separación tenía la administración de los bienes; excepto que la separación se funde en que uno de los cónyuges padezca enajenación mental, en cuyo caso deberá ser declarado judicialmente el estado de interdicción, de tal forma que el cónyuge sano debe administrar los bienes de la sociedad conyugal.

C. Efectos en relación a los hijos.

La causa que da lugar al divorcio no vincular, no entraña en ningún caso la aplicación de sanciones en contra del cónyuge enfermo, ya que a diferencia de otras causas -- que enumera el artículo 167 del Código Civil, no hay culpa por parte del cónyuge enfermo. Por consecuencia, ambos cónyuges conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de ambos.

Por razones de salud, la custodia de los hijos estará a cargo del cónyuge sano (antes de que se reformara el artículo 163, así lo prevaleía).

En relación a la paternidad, se presume que son hijos de matrimonio y por consecuencia con certeza legal del padre, respecto del hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial (artículo 114 fracción II).

CAPITULO TERCERO

VALORACION CRITICA DEL DIVORCIO NO VINCULAR

I. ASPECTOS SOCIALES QUE TOMARON EN CUENTA LOS LEGISLADORES PARA INCLUIR ESTE DIVORCIO.

II. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL DIVORCIO NO VINCULAR.

- A. La separación de cuerpos como divorcio.
- B. El divorcio no vincular y su relación con el divorcio vincular.
- C. Los fines y deberes del matrimonio y la separación de cuerpos.
- D. Obligatoriedad de vivir separados. Incumplimiento de uno de los cónyuges.
- E. Causas y motivos por los cuales debe desaparecer este divorcio del Código Civil vigente.

CAPÍTULO TERCERO

VALORACION CRITICA DEL DIVORCIO NO VINCULAR

I. ASPECTOS SOCIALES QUE TOMARON EN CUENTA LOS LEGISLADORES PARA INCLUIR ESTE DIVORCIO.

La comisión redactora del Código Civil vigente, conservó limitativamente el divorcio no vincular o de separación de cuerpos, quizá respetando todavía las ideas que se tenían sobre la indisolubilidad del matrimonio y la influencia del Derecho Canónico.

"El Código de 1928, cuidó de la respetabilidad del matrimonio como vínculo indisoluble ideal, pero acogió la iniciativa de divorcio de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917: permitiendo la conclusión del vínculo marital cuando era ya imposible cumplir sus altas finalidades biológicas, morales y sociales..."¹ "Sin embargo, el código de 1928, descendía todavía en la tradición milenaria del poder familiar, en la rígida dominación de la mujer, en las desigualdades de los hijos naturales, en la indisolubilidad del

1.-García Trilles, Ignacio. Matrimonios, colaboración y concurrencias del nuevo código civil mexicano, pág. 16, 1ª edición, México, Porrúa, 1967, 186 pp.

matrimonio." 2

La comisión redactora tuvo que tomar en cuenta las condiciones sociales que imperaban en ese momento en el país. "Si bien en la elaboración del Código Civil se tomaron en cuenta las reformas introducidas en los Códigos más modernos, se procuró adaptarlas a las normas constitucionales, a las tendencias del movimiento social mexicano, a las costumbres y condiciones del país..." 3

En la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, ya se aceptaba el divorcio vincular y se justificaba de la siguiente manera.

"Que las legislaciones posteriores, aunque reconocieron al matrimonio como contrato, no llegaron a modificar las antiguas relaciones que producía por los aspectos político y religioso con que fué considerado, sino antes bien, al aceptar la idea canónica de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, llegaron a darle, con relación a los bienes de los cónyuges el carácter de una sociedad universal, duradera por tiempo indefinido, que sólo dejaba de subsistir por voluntad expresa de los cónyuges y previa autorización judicial que no debía otorgarse sino por causa grave, idea que no se compece con el objeto actual del matrimonio, ya que, siendo sus objetos esenciales la perpetuación de la,

1. Ibidem., pág. 35.

2. Ibidem., pág. 13.

especie y la ayuda mutua, no es de ninguna manera indispensable una indivisibilidad que, en muchos casos, puede ser - contraria a los fines de las leyes." ⁴

En la exposición de motivos del actual Código Civil se señala que era necesario transformar el anterior Código Civil donde predominaba el interés individual "en un Código - privado social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo - nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de -- solidaridad." ⁵

También se decía que la legislación debe ser un reflejo de las costumbres y necesidades del país y no una adaptación de leyes extranjeras.

"Se ha dicho que la legislación no debe ser más que un trasunto de las costumbres, una cristalización de las necesidades de una sociedad, y por eso se condena enérgicamente la adaptación de leyes e instituciones existentes en otros países." ⁶

Igualmente se decía que la tradición y las costumbres son irresistibles al legislador.

4.-Ley Sobre Relaciones Familiares, pág. 3, 2ª edición, México, Ediciones Andrade, S.A., 1964.

5.-Código Civil para el D.F., pág. 8, 5ª edición, México, Porrúa, 1985.

6.-Ibidem, pág. 9.

"La fuerza de la tradición, la obra de las costumbres, sin duda que son irresistibles." ³

Finalmente en la exposición de motivos se sostenía la idea de que, las leyes expresan las condiciones del mundo social.

"Se ha dicho, no sin cierta razón, que las leyes no -- crean las condiciones del mundo social y que no hacen más -- que expresadas. Pero la legislación no se limita a este -- papel pasivo: es en gran parte el coo de las condiciones -- sociales nuevas, de los sentimientos y de las necesidades -- nuevas; y las sanciones del legislador ejercen a su vez una acción propulsiva y estimulan a reivindicaciones."

"Por otra parte, la legislación no puede considerarse como un conjunto de principios teóricos que se desarrollan con el rigor de un razonamiento lógico. No debe olvidarse -- que es un conjunto de reglas de conducta y que la vida no -- tiene la inflexibilidad de la línea recta."

"Las anteriores consideraciones normaron la conducta -- de la comisión y por eso fué que no tuvo reparo en inspirarse en legislaciones extranjeras en aquellos puntos en que -- era deficiente la legislación patria, y en tomar en cuenta las teorías de reputados tratadistas europeos para proponer algunas reformas. Esto, sin descuidar nuestros propios pro-

biemas y necesidades..."⁸

Al aceptar el Código Civil vigente el divorcio vincular se pensó en que muchos matrimonios aunque tuvieran una causa suficiente para pedir el divorcio, bastantes no lo pedirían, por la influencia que ejercía en ellos, el Derecho -- Canónico; y en estas circunstancias se pensó en aquellas -- causas que no sólo afectaba a la pareja, sino a los hijos y a la sociedad, como son las enfermedades que enumeran las -- fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente. Es por eso que a las parejas que se encontraran ante -- estas circunstancias y que no quisieran terminar con su matrimonio se les dió la opción del divorcio no vincular o de separación de cuerpos.

Las causas establecidas en las fracciones VI y VII -- del artículo 267 del Código Civil vigente, conocidas como -- causas venenéticas "las estableció el legislador en razón -- del interés privado del cónyuge sano, y en vista del interés superior de la salud pública en cuanto a procurar una des-- cendencia sana y sin taras."⁹

"El legislador estableció estas causas con sus con-- secuencias disyuntivas de divorcio o simple separación to-- mando en cuenta dos factores primordiales: 1º que la convi-

8.-Idem.

9.-Montero Cabalt, Base. Extracto de Familia, pág. 128.

veencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad descritas puede ser nociva y hasta peligrosa para el esposo sano y para los hijos, y 2º los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el que da la causa." 10

Ta en la Ley sobre relaciones familiares había preocupación por estas enfermedades, "...para todos los que se -- encuentran en los casos mencionados dejan a sus descendientes herencias patológicas que los hacen débiles e incapaces de un trabajo eficiente tanto en el orden físico como en el intelectual y transmiten a su vez a las generaciones posteriores su misma debilidad, redundando todo ello en perjuicio de la patria, cuyo vigor depende de la fuerza de sus -- hijos y en perjuicio también de la misma especie, que, para perfeccionarse, necesita que a la selección natural se añada una cuerda y prudente selección artificial encaminada a orientar y mitigar los rigores de aquélla."¹¹

II. PROBLEMÁTICA EN TORNO AL DIVORCIO NO VINCULAR.

A. La separación de cuerpos como divorcio.

El problema fundamental radica en que, si la separación

10.-Ibidem., pág. 719.

11.-Ley Sobre Relaciones Familiares, pág. 4.

de cuerpos es o no un divorcio.

Desde el punto de vista legal, la separación de cuerpos no es un divorcio; si tomamos en cuenta lo que nos dice el artículo 156 del Código Civil vigente, el cual establece -- que por virtud del divorcio se disuelve el vínculo conyugal y deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. Igualmente el artículo 189 en su primer párrafo nos dice -- que: la virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

La separación de cuerpos prevista en el artículo 217 - deja subsistente el vínculo conyugal pues éste establece -- que:

Art. 217.-El cónyuge que no quiera pedir el divorcio - fundado en las causas enumeradas en las fracciones 81 y 81B del artículo 157 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

En un sentido amplio, sí podemos considerar a la separación de cuerpos como un divorcio, tomando en consideración que uno de los deberes conyugales es la vida en común, así como el débito conyugal, y al no poderse cumplir con estos deberes se considera roto a este matrimonio; también, tomando en cuenta la raíz etimológica de la palabra divorcio, que

viene del latín *divortium* y que significa separarse lo que estaba unido o tomar líneas divergentes, podemos reforzar la idea anterior con lo que quedó asentado en el capítulo primero.¹² En la separación de cuerpos que prevé el artículo 277, eso es precisamente lo que sucede, es decir que los cónyuges que antes estaban unidos se separan y toman líneas divergentes.

También desde el punto de vista histórico, la separación de cuerpos, siempre ha sido considerada como un divorcio, recordemos nuestros ordenamientos legales del siglo -- pasado y hasta antes de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1913, en donde la separación de cuerpos era la única que se reconocía como divorcio.

Hay autores que no señalan específicamente si la separación de cuerpos es un divorcio o no, sin embargo, utilizan la palabra divorcio para referirse a esta figura, por ejemplo:

Enjina Villegas se expresa de la siguiente forma: "Este tipo de divorcio (separación de cuerpos) fue el único -- que regularon las codificaciones anteriores, perdurando en nuestro Código Civil Vigente como una opción que se origina en el texto mismo del artículo 277, ya que tratándose de Las

¹²-Vid Supra, pág. 5

causales de divorcio señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, el cónyuge sano puede optar entre el divorcio vincular o la simple separación.¹³

Chávez Asencio también nos comenta: "El divorcio no vincular se refiere a la separación de cuerpos, que encontramos en el Derecho Canónico y en forma limitada también en el Derecho Civil mexicano..."¹⁴

Galiado Garfias, igualmente nos dice: "El divorcio no vincular que por medio de la separación de cuerpos, ha sido adoptado en nuestro Código Civil del Distrito Federal..."¹⁵

De la Paz y Fuentes, también se promueve en el mismo sentido al decir: "El divorcio-separación está regulado por el artículo 277 del Código Civil..."¹⁶

B. El divorcio no vincular y su relación con el divorcio vincular.

Estos dos tipos de divorcio guardan una estrecha relación, tomados en consideración que las mismas causas previstas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente, pueden servir para fundamentar cualquiera de

13.-Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit., pág. 384.

14.-Chávez Asencio, Manuel P. Op. Cit., pág. 419.

15.-Galiado Garfias, Ignacio. Op. Cit., pág. 545.

16.-De la Paz y Fuentes, Víctor M. Op. Cit., pág. 50.

los dos tipos de divorcio que hubiese elegido el cónyuge varón y, en este sentido se tienen que cumplir todos y cada uno de los elementos que se exigen en dichas causales para que proceda cualquiera de los dos divorcios.

C. Los fines y deberes del matrimonio y la separación de cuerpos.

Hay que distinguir entre fines y deberes del matrimonio; pues los fines son lo que se pretende, lo que se quiere a través del matrimonio y para que se puedan cumplir se imponen ciertos deberes que nacen con el matrimonio. Así, podemos decir que una de las finalidades del matrimonio es "establecer una comunidad de vida total y permanente entre dos personas de distinto sexo."¹⁷

El artículo 147 del Código Civil vigente nos habla en forma indirecta sobre los fines del matrimonio, los cuales son: La perpetuación de la especie y la ayuda mutua; por su parte el artículo 148 nos agrega otra más que es el auxilio mutuo.

Art. 148. "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deban los cónyuges, se tendrá por no puesta.

17.-Monteiro Duhalit, Sara. Op. Cit., pág. 122.

Art. 142.-Las cónyuges están obligadas a contribuir -- cada una por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

El artículo 142 nos dice que son estas las partes que los esposos hicieron contra las leyes e los naturales fines del matrimonio.

César Asencio, dice que:

"En el Código Civil actual no están precisados todos los fines del matrimonio. Se hacen alusión a ellos y se destaca su importancia al prevenir que, 'son nulos los pactos que los esposos hicieron contra las leyes y los naturales fines del matrimonio' (Art. 142 C.C.), y como fines se destacan: la perpetuación de la especie, ayuda mutua, (Art. 143 C.C.) y el socorro mutuo (Art. 142 C.C.), pero no se hace definición de estos fines que se enumeran."

"Entonces que los fines del matrimonio, son: el amor conyugal que comprende la relación sexual y la comunicación -- espiritual; la promoción integral de los cónyuges, que significa algo más que la ayuda y socorro mutuos, pues a través de la promoción se busca la plena realización de los -- cónyuges; también, sin que signifique último, sino simple relación de fines, está la procreación responsable, pues no solamente se trata de la procreación, sino de ser padres -- responsables en la decisión libre y consciente del número de hijos, y también en el saber ser padres en su educación y -

formación humana. Para lograr los fines objetivos, existe - una serie de deberes conyugales recíprocos entre la pareja, y un conjunto de derechos y obligaciones entre los cónyuges de carácter económico que son también recíprocos. Los deberes y obligaciones los mismo necesarios para el logro de los fines objetivos consignados.¹⁸

Luego nos da una explicación amplia de cada uno de esos fines que el matrimo:

al amor conyugal.- "El matrimonio es la unión de dos -- personas (unión tu y yo) por el amor. En tal sentido, el - pacto conyugal es el único modo por el que el amor conyugal puede desarrollarse en toda su potencia de alcanzar su plenitud. Sólo cuando el varón y la mujer entregan su amor total y plenamente, en un acto que compromete su total capacidad de amar ante el otro, el amor conyugal se realiza en su plenitud. Pero esto sólo ocurre en el aspecto conyugal."

"El amor debe ser esencialmente un acto de voluntad - debe ser la decisión de dedicar toda una vida a la de otra persona. Es es, sin duda, el razonamiento que sustenta la idea de la indisolubilidad del matrimonio."

"El Código Civil orienta las relaciones sexuales a la procreación de la especie, y previene que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie se tendrá --

18.-Chávez Arancibia, Manuel F. Op. Cit., pág. 163, 164.

por no puesta (Art. 147). La legislación se refiere, fundamentalmente, a la parte del amor conyugal que se expresa en la relación sexual.¹⁹

b) Promoción humana.- "La promoción humana es más que la ayuda o socorro mutuo que se consigna en la legislación como fin del matrimonio. El matrimonio es una comunidad activa que debe satisfacer las aspiraciones de la persona para ser mejor y más feliz. Varido y mujer se deben ayudar y socorrer mutuamente; en otras palabras, se han comprometido a la promoción humana integral en el matrimonio, distinta a la que recibieren en el hogar paterno y a la educación dada por la escuela. La promoción humana integral se da y se recibe gratuitamente, no es algo que se valora en dinero o -- pueda cobrar un obsequio al otro. 'ni el marido podrá cobrar a la mujer ni ésta a aquel retribución u honorario alguno -- por los servicios personales que le presta, o por los consejos y asistencia que le da...' (Art. 214 C.C.)."²⁰

c) Procreación responsable.- "Este fin está orientado a la perpetuación de la especie y es tan importante, que, a semejanza de los anteriores, cualquier condición, contraria se tendrá por no puesta (Art. 147 C.C.). Este deber conyugal de procreación debe ejercerse de manera libre, responsable

19.-Idem., pág. 167, 168, 172.

20.-Idem., pág. 172.

e informado sobre el número y espaciamiento de los hijos -- (Art. 162 C.C.). Esta materia se convierte en un derecho de toda persona que consagra el artículo 4 Constitucional, que en el matrimonio se ejerce por la pareja, quienes deberán actuar de común acuerdo. Se recalca la importancia de esta materia, al expresar que serán nulos los pactos que los esposos hicieren en contra de las leyes y naturales fines del matrimonio (Art. 162 C.C.).²¹

Para que puedan lograrse los fines del matrimonio, --- existen deberes recíprocos entre los cónyuges y que son: --- cohabitación, débito conyugal, fidelidad, socorro y ayuda mutua.

a) Cohabitación. Es el deber de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal.

"La convivencia de los cónyuges, o el deber de cohabitación, o la residencia conjunta, como también se le llama, es la vida en común y habitual en la misma casa."²²

Este es el supuesto para lograr la más avanzada y completa comunión, que hace posible el cumplimiento de los -- vastos fines del matrimonio.

"El deber de la vida en común es uno de los principales, dado que a través de él puede existir la posibilidad,

21.- Ibidem., pág. 173.

22.- Fuente Leneri, Fernando. Derecho Civil, tomo VI, Derecho de familia, volumen 1, pág. 341, Valparaíso-Chile, Imp. y Lito. V. Nivez S.A., 1959, 348 pp.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

física y espiritual, de cumplir los fines objetivos del matrimonio.²³

El artículo 163 hace referencia a este deber, al decir que los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal.

El incumplimiento del deber de cohabitación por uno de los cónyuges da lugar a la disolución del vínculo matrimonial, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada (Art. 267 fracs. VIII C.C.).

b) **Débito conyugal.** - Es el derecho-deber de cada uno de los cónyuges de tener relaciones sexuales. El deber de vivir juntos de que habla la ley, lleva incluida la obligación de prestarse los cónyuges el débito conyugal.

"Este derecho y deber correlativo, se establece por el ordenamiento, en atención al fin primordial del matrimonio, consistente en la procreación."²⁴

El incumplimiento del débito conyugal puede acarrear - como sanción al divorcio, al configurarse una injuria grave, considerada como causa de divorcio en la fracción XI del artículo 267.

c) **Fidelidad.** - Significa la fidelidad, la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí y la violación a la misma - implica un ataque a la lealtad, que puede ser muy grave -

23.-Cabrera Arensio, Manuel F. Op. Cit., pág. 143.

24.-De la Paz y Fuentes, Víctor M. Op. Cit., pág. 31.

mente los sentimientos del cónyuge ofendido, hasta el grado de terminar con la relación conyugal por divorcio.²⁵

En nuestra ley no se establece en forma expresa este deber, más sin embargo el incumplimiento a este deber, es causa de divorcio según lo establece la fracción I del artículo 167 del Código Civil, además el Código penal considera al adulterio como un delito.

"Guarda relación estrecha con el amor conyugal y la paternidad responsable. Es un valor que en el matrimonio debe celosamente promoverse. Muchos problemas de paternidad irresponsable derivan de la infidelidad del matrimonio, que trae como consecuencia tantos hijos sin padre."²⁶

diAyuda y socorro mutuo.- Los artículos 147 y 162 del Código Civil establecen estos deberes de ayudarse y socorrerse mutuamente.

Estos deberes no sólo se refieren a situaciones de emergencia o asistidas, sino a todo momento y durante toda la vida del matrimonio.

Lo son similares los términos de ayuda y socorro mutuo, cada uno tiene su propia significación. Entiendo que la ayuda mutua hace referencia más al aspecto económico, lo relativo a los alimentos, administración de bienes, etc., y "

25.-Montero Dahalt, Sara. Op. Cit., pág. 143.

26.-Chávez Asencio, Manuel F. Op. Cit., pág. 146.

el socorro hace referencia a la asistencia recíproca en casos de enfermedad, auxilio espiritual que deben dispensarse los cónyuges, ayuda en la vejez, etc. Combinados ambos se logra la promoción integral de cada uno de los cónyuges y de la comunidad conyugal.²⁷

"Esta ayuda o auxilio mutuo consiste en la asistencia a que están obligados ambos cónyuges entre sí, de manera completa y perfecta, en todas las esferas de la vida."²⁸

Una vez que hemos analizado los fines y deberes del matrimonio, veamos si la separación de cuerpos es compatible con estos fines y deberes.

La separación de cuerpos implica que ya no habrá cohabitación y débito conyugal, y al no vivir juntos, tampoco podrán prestarse auxilio mutuo.

En cuanto a los fines del matrimonio, si éste es el de establecer una comunidad de vida total y permanente, la procreación de la especie y la ayuda y socorro mutuo, al estar los cónyuges separados difícilmente si no es que imposible, se podrían cumplir con estos fines y deberes del matrimonio. De lo anterior, surge la siguiente interrogante: ¿si ya no se pueden cumplir con los fines y deberes del matrimonio, podría llamarse todavía a esta unión, matrimo-

27.-Ibidem., pág. 146-147.

28.-Fuenyo Laneri, Fernando. Op. Cit., pág. 254.

alo? Indudablemente que no, entonces porqué permitir que --
 todavía sigan unidas por el vínculo jurídico. Lo más respo--
 nsable para estas parejas que se encuentran en estos su--
 puestos, que prevé el artículo 177, es que se divorcien van--
 cularmente. Si los cónyuges que se encuentran en estos su--
 puestos, se quedan entre sí mucho afecto y no quieren di--
 solver su matrimonio, es muy seguro que ni siquiera acudir--
 rán ante la autoridad judicial para pedir la separación.

B. Obligatoriedad de vivir separados. Incumplimiento de uso de los cónyuges.

Al decretar el juez la separación, va a existir una ob--
 ligación de parte de los cónyuges de vivir separados, pero
 surge la interrogante. ¿Que pasaría si uno de los cónyuges
 no cumple? Si el que incumple es el cónyuge sano, se puede
 pensar que está perdonando a su cónyuge (aunque en estricto
 sentido no hay culpa por parte del cónyuge enfermo), pero -
 si el que incumple es el cónyuge enfermo, y lo obliga a te--
 ner relaciones sexuales, el cónyuge sano podría acudir ante
 la autoridad correspondiente y, denunciarlo por el delito -
 de violación o por el de contagio venéreo, según sea el ca--
 so. En el caso de violación, únicamente podría suceder en -
 el supuesto de que el cónyuge enfermo fuese el marido, y --
 también que la causa no sea la de impotencia. Para el caso

del delito de contagio venéreo, pueden ser sujetos activos cualquiera de los dos cónyuges, dependiendo de quien sea el enfermo.

E. Causas y motivos por los cuales debe desaparecer esta divorcio del Código Civil Vigente.

Considero que esta figura jurídica que prevé el artículo 177 del Código Civil, debe desaparecer por las siguientes razones:

Es contradictorio el divorcio no vincular con los fines y deberes del matrimonio, por la incertidumbre de que no se sabe si la separación es por tiempo limitado o por tiempo ilimitado (al proceder por enfermedades incurables, debe ser por tiempo indefinido); además por las nuevas condiciones sociales que se viven, el divorcio no vincular es una institución jurídica que se encuentra totalmente obsoleta, por consiguiente carece de importancia, eficacia y utilidad práctica, además de que quizás actualmente se contrapona a los usos y costumbres del país.

El divorcio no vincular o de separación de cuerpos es una figura jurídica cruel, porque deja subsistir casi todas las obligaciones que nacen del matrimonio y, sin embargo, suprime las ventajas que puede ofrecer la vida de familia.

Considero que en la actualidad esta figura jurídica ya

no se usa, porque quien tenga estas causas a su favor, no solamente va a pedir la separación, sino lo más seguro es - que se divorcie vincularmente; en el caso que los cónyuges no quieran acabar con su matrimonio, es porque están unidos, hay comprensión y simplemente van a llegar a un acuerdo personal de no prestarse el débito carnal, y este caso ni siquiera llegará al conocimiento de las autoridades competentes. Pero en el caso que no puedan ponerse de acuerdo en la continencia carnal, lo más seguro (y lo más recomendable) - es que el cónyuge más pida el divorcio vincular, porque -- qué caso tiene conservar un matrimonio en donde van a vivir separados y los cónyuges se van a enfrentar con una disyuntiva omnicursa: la castidad forzada o la comisión de un delito. "Por el contrario, inmoral e injusta puede clasificarse la obligatoriedad legal de seguir unidos los que ya no son matrimonio. Inmoral porque propicia las uniones clandestinas y el adulterio, e injusta, porque priva a los sujetos - de un bien personalísimo, cual es la libertad de unirse igualmente con quien se desea."²⁹

Si presaga que alguien pide la separación, con la esperanza de que su cónyuge sane o como una medida preventiva en base a este artículo (277) mientras tramita posteriormente su divorcio, también lo puede hacer con base a los artí-

29.-Montero Duhalit, Sara. Op. Cit., pág. 201.

culos 275 y 282 fracción II del Código Civil.

Art. 275.-Bienes que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional...

Art. 282.-Si admitiere la demanda de divorcio, a antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

También este artículo, más bien dicho, esta figura jurídica (separación de cuerpos), que hemos analizado debe desaparecer, porque se puede prestar para cometer injusticias; pensamos que la causa sea la de enajenación mental incurable, si el cónyuge sano sólo pide la separación de cuerpos, él va a ser su tutor legítimo y por consecuencia éste va a tener la administración de los bienes ya sea de la sociedad conyugal o los bienes del cónyuge demente. Si es que se casaron por el régimen de separación de bienes, y en esas circunstancias el cónyuge sano pudiera ser que dispusiera de los bienes en su beneficio y en detrimento de su cónyuge enajenado. Al contrario, si pide el divorcio vincular ya no tendría la tutela legítima de su cónyuge, pues ésta será ejercida por los hijos mayores, los padres o los hermanos del cónyuge demente.

También, en cualquiera de las causas a que se refieren

Las fracciones VI y VII del artículo 267, se pueden cometer injusticias, por ejemplo si el cónyuge enfermo tiene bastante solvencia económica, el cónyuge sano va a pedir únicamente la separación para poder seguir disfrutando de las prerrogativas que le puede ofrecer su cónyuge, sin pedir el divorcio vincular.

Aunado a todo lo anterior prestigiados tratadistas han condenado esta forma de divorcio. Así, tomemos a Ricardo -- Cosco que lo condena de la siguiente manera:

"Puesta la disolución en sus verdaderos términos, no -- puede menos de sostenerse que si la separación es una necesidad de todo matrimonio es que la vida común se ha hecho -- imposible, preferible es por allí conceptos que se haga radicalmente, como lo hace el divorcio; no caben términos medios en el asunto: o hay matrimonio o no lo hay, y si la -- vida común, que es la base del matrimonio, se ha roto, es -- absurdo sostener que haya matrimonio; pretender que éste -- subsista a pesar de la separación de los esposos, no es más que una ficción: en efecto, ¿qué queda del matrimonio, una vez rota la comunidad de existencia? ¿puede uno llamar matrimonio ese estado de cosas en que el hombre y la mujer -- viven, cada quien, por su lado, comprometidos quizás en -- ilegítimas uniones? ¿puede suponerse vivo, valiéndose de -- una ficción jurídica, lo que ha dejado de existir? ¿y cuáles son los beneficios que acarrea esta ficción?"

"Impedidos los esposos separados de contraer un nuevo matrimonio, no les queda más que dos caminos: o condenarse a un celibato forzado o buscar la satisfacción de sus pasiones en uniones reprobadas por la sociedad: lo primero es -- contrario a la naturaleza; lo segundo es contrario a la moral; ahora bien, un sistema de legislación que no se comparece con los principios naturales y morales, no podrá menos de producir funestas consecuencias para el individuo y para la sociedad."¹⁰

Igualmente Fallaces nos dice que la separación de cuerpos "Es contrario a la institución del matrimonio, que ésta subsista sin que los consortes hagan vida en común, sea por toda la vida o por tiempo indefinido."¹¹

Mareaud, lo condena y nos dice: "Hay que dispensar a los cónyuges no sólo de la vida en común, sino romper su unión, devolverles la libertad, permitirles, por medio de -- nuevos matrimonios, fundar nuevos hogares."¹²

Final por su parte nos dice:

"De esto resulta que no siendo los esposos libres, no pueden contraer nuevas nupcias y crearse otra familia. Su "

10.-Citado por Rojas Villegas, Rafael. Op. Cit., pág. 385.

11.-Fallaces, Eduardo. Op. Cit., pág. 59.

12.-Mareaud, Henri León y Mareaud, Jean. Lecciones de Derecho Civil, la familia, Organización de la Familia, Su solución y disgregación de la familia, Volumen IV, parte primera, pág. 193, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, 572 pp.

existencia es sacrificada sin esperanzas. Están condenados, por tanto, al celibato forzoso. El divorcio tiene la ventaja de permitir a los esposos desunidos otro matrimonio.³³

También Magallón Ibarra³⁴ se pronuncia en idénticas -- palabras a las expresadas por Flancci.

Finalmente, Enssccerus Kipp y Wolff,³⁵ se pronuncia en el sentido de que la separación de cuerpos es una institución poco afortunada y una concesión que se le hace a la -- Iglesia católica.

33.-Flancci, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción, Familia, Matrimonio, tomo I, 2, pág. 10. Puebla, Mex., Editorial Cajica, S.A., -- 1964, 456 pp.

34.-Magallón Ibarra, Jorge Mario. Investigaciones de Derecho Civil, Derecho de Familia, tomo III, pág. 422, 1ª edición, México, Porrúa, 1958, 586 pp.

35.-Enssccerus Kipp y Wolff. Dz. Cit., pág. 248.

CONCLUSIONES

Por el contenido y desarrollo de la investigación efectuada y por la lógica y orientación seguida en la misma, he llegado a las conclusiones siguientes:

PRIMERA.- El divorcio como institución es paralelo en antigüedad al matrimonio. Desde que los pueblos se organizaron jurídicamente crearon la figura jurídica del matrimonio, como la forma legal de fundar una familia y, paralelamente se instituyó la figura jurídica del divorcio como la forma legal de extinguir el mismo.

SEGUNDA.- El divorcio que fue aceptado universalmente en todos los tiempos fue el no vincular o de separación de cuerpos, el que no rompe el vínculo jurídico, que únicamente extingue la obligación de convivencia entre los casados. El cónyuge separado legalmente y, que estable relaciones -- con otra persona cometía adulterio, y el adulterio fue en el pasado uno de los delitos que se castigaba terriblemente.

En la actualidad el divorcio que predomina en casi todos los sistemas jurídicos es el vincular. Aunque en algunas legislaciones se acepta tanto el vincular como el no vincular.

TERCERA.- En nuestro país el divorcio que fue conocido en el siglo pasado y hasta antes de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1913, fue el divorcio no vincular o de separa-

ción de cuerpos. Aunque en la Ley Sobre Relaciones Familiares ya se aceptaba el divorcio vincular, se conservó literalmente el divorcio no vincular en su artículo 87.

El Código Civil actual regula el divorcio vincular y en forma limitativa conserva el divorcio no vincular en su artículo 177.

CRISTINA.- Los aspectos sociales que tomaron en cuenta los legisladores para conservar el divorcio no vincular, ya no son válidos en la actualidad, en consecuencia el divorcio no vincular debe derogarse del articulado del Código Civil.

El divorcio no vincular no es compatible con los fines y deberes del matrimonio, pues la separación de cuerpos, implica que ya no habrá cohabitación y débito conyugal y, al no haber cohabitación, difícilmente podría prestarse auxilio mutuo.

El divorcio no vincular o de separación de cuerpos también debe derogarse porque es una figura jurídica que en la actualidad ha caído en desuso, por lo tanto carece de importancia, eficacia y utilidad práctica. Además, porque se puede prestar para que se cometan injusticias de un cónyuge contra el otro.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.-Arrellano García, Carlos. Práctica Forense Civil y Familiar, 5ª edición, México, Porrúa, 1986, 781 pp.
- 2.-Biblia Latinoamericana, 3ª edición, Española, Ediciones Paulinas Verbo divino, 1986, 1419 pp., y 593 pp.
- 3.-Bonnesame, Jules. Elementos de Derecho Civil, tomo I, Tijuana B.C., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, 700 pp.
- 4.-Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Familia, tomo V vol. I, Relaciones Conyugales, 10ª edición, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1983, 1038 pp.
- 5.-Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales, 1ª edición, México, Porrúa, 1985, 387 pp.
- 6.-De la Paz y Fuentes, Víctor Manuel. Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio, 3ª edición, México, Editor: Fernando Leguizamo Cortez, 1984, 481 pp.
- 7.-Eneccerus Kipp y Wolff. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, tomo IV, Vol. I, El Matrimonio, - 3ª edición, Barcelona España, Bosch casa editorial, 1953, 565 pp.
- 8.-Escriche, Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y -- Jurisprudencia, tomo I, 3ª edición, Tijuana -

- S.C., Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985. - 1943 pp.
- 9.-Ferrari Casetti, Francisco. El divorcio, 1ª edición, Buenos Aires Argentina, Ediciones de Palma, 1975. -- 248 pp.
- 10.-Fueyo Lanari, Fernando. Derecho Civil, tomo VI, Derecho de Familia, Volumen I, Santiago de Chile, Imp. y Lito. Universa S.A., 1959, 344 pp.
- 11.-Galindo Gaffas, Ignacio. Derecho Civil, 3ª edición, Porrúa, México, Porrúa, 1978, 752 pp.
- 12.-García Tejada, Ignacio. Motivos, colaboración y concordancias del nuevo código civil mexicano, 2ª edición, México, Porrúa, 1985, 188 pp.
- 13.-González Torres, José. El divorcio casístico, El Universal, - (México, N.F.), 9 de mayo de 1989, páq. 7-8, sección editorial.
- 14.-Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, tomo 4, 2ª ed. -- edición, México, Reader's Digest S.A. de C.V., 1986, 351 pp.
- 15.-Hagallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, tomo III, Derecho de Familia, 1ª edición, México, Porrúa, 1988, 588 pp.
- 16.-Mazzeaud, Henri León y Mazzeaud, Jean. Leciones de Derecho Civil, volumen IV, parte primera, Organización de la Familia, Disolución y disgregación de -

la Familia, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, 572 pp.

17.-Montero Cuhalt, Sara. Derecho de Familia, 3ª edición, México, Porrúa, 1987, 429 pp.

18.-Pallares, Eduardo. El Fideicomiso en México, 5ª edición, México, Porrúa, 1987, 250 pp.

19.-Pérez, Eugenio. Tratado Elemental de Derecho Romano, México, Editorial Epoca S.A., 1980, 717 pp.

20.-Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción. Familia. Matrimonio, tomo I, 2, Puebla Méx., Editorial Cajica, S.A., 1984, 450 pp.

21.-Sajina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, tomo II, 5ª edición, México, Porrúa, 1980, 801 pp.