



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

E.N.E.P. - "ARAGON"

EL DIVORCIO EN MEXICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

GERARDO LOPEZ HERNANDEZ

MEXICO, D. F.

1982



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 .

CAPITULO PRIMERO.

1. EL MATRIMONIO COMO PRESUPUESTO DEL DIVORCIO.

| | |
|--|----|
| A) Perspectiva histórica del matrimonio. | 1 |
| B) Concepto de matrimonio. | 12 |
| C) La crisis de la institución del matrimonio en la sociedad actual. | 13 |

CAPITULO SEGUNDO.

| | |
|---|----|
| 2. CONCEPTO DE DIVORCIO | 16 |
| A) Divorcio por separación de cuerpos | 17 |
| B) Divorcio vincular | 19 |

CAPITULO TERCERO.

3. EL DIVORCIO EN LA HISTORIA.

| | |
|---|----|
| A) El divorcio en el derecho hebreico. | 20 |
| B) El divorcio en el derecho romano | 24 |
| C) El divorcio en el derecho canónico | 26 |
| D) El divorcio en el derecho islámico | 30 |
| E) El divorcio en el derecho frances | 33 |
| F) El divorcio en el derecho mexicano | 34 |

CAPITULO CUARTO.

| | |
|---|----|
| 4. EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO. | 46 |
| A) Concepto. | 47 |
| B) Requisitos de procedibilidad | 47 |
| C) Procedimiento | 48 |
| D) Crítica | 49 |

CAPITULO QUINTO.

| | |
|--|----|
| 5. DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL. | 50 |
| A) Concepto. | 52 |
| B) Requisitos de procedibilidad. | 52 |
| C) Procedimiento. | 55 |
| D) Crítica. | 58 |

CAPITULO SEXTO.

| | |
|--|----|
| 6. DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO. | 60 |
| A) LAS CAUSAS de divorcio en particular | 62 |
| B) LA acción de divorcio necesario o contencioso | 88 |
| C) Efectos del divorcio necesario o contencioso | 90 |

CAPITULO SEPTIMO.

7. DIVORCIO DE EXTRANJEROS EN MEXICO.

A) Los antiguos "divorcios al vapor" 95
B) Disposiciones relativas de la Ley General de Población 99

CONCLUSIONES 104

BIBLIOGRAFIA. 107

CAPITULO PRIMERO.

EL MATRIMONIO COMO PRESUPUESTO DEL DIVORCIO.

Es necesario hablar previamente sobre el matrimonio para poder - hacerlo sobre el divorcio, ya que aquél es el presupuesto lógico de éste. - Por tal motivo, en el presente capítulo hablaremos del matrimonio; su perspectiva histórica, su concepto y la crisis por la que esta pasando en la sociedad actual.

A) PERSPECTIVA HISTORICA DEL MATRIMONIO.

El estudio de la evolución de la familia se inició en el año de 1861. Los precursores de este estudio fueron, en su orden, los siguientes:

1.- Bachofen. Con su obra "Derecho Materno", demostró que en la época primitiva la humanidad vivió en un período llamado de promiscuidad sexual, y lo llamó heterismo. En éste, una mujer tenía relaciones sexuales — con todos los hombres y un hombre con todas las mujeres, por lo que la filiación por línea paterna era difícil de determinar, haciéndose sólo por — línea femenina. Esa situación de las madres les aseguró una posición social preponderante que hasta la fecha no ha tenido

Según Bachofen, el paso del heterismo a la monogamia y del derecho materno al paterno se produjo por el advenimiento de nuevos dioses religiosos, que fueron relegando a las divinidades antiguas a un segundo plano, y no fue debido a las condiciones sociales y reales de existencia de los —

hombres.

Bachofen fundamentó su posición en citas extraídas de la literatura clásica antigua, principalmente griega, y nos señala los pueblos en los que existió dicha promiscuidad sexual, siendo éstos el pueblo griego y los pueblos asiáticos.

2.- MacLennan. Hizó su aparición en el año de 1865 y fue el inmediato sucesor de Bachofen.

Basó su teoría en las tribus endógamas y exógamas que consistían, la primera de ellas, en que los hombres tomaban a las mujeres en el seno de su propia tribu; en la segunda, las tomaban fuera de ella.

MacLennan encuentra en pueblos salvajes, bárbaros y algunos hasta civilizados una forma de matrimonio llamado "matrimonio por raptó", que consistía en lo siguiente: el raptor (novio de la raptada), solo o asociado — con varios compañeros, raptaba a su futura mujer, que pertenecía a otra tribu.

MacLennan introduce el término "poliandria", término que indica que varios hombres tenían en común una misma mujer. De esto se desprende — que se sabía quien era la madre de un niño, pero no quien era el padre. Por eso la ascendencia no se contaba por línea paterna, sino materna (derecho — materno).

3.- Morgan. Aparece en el año de 1871 y con su obra principal — "Sociedad antigua" hecha por tierra la tesis de MacLennan, aduciendo: "La — endogamia y exogamia no forman ninguna antítesis; la existencia de "tribus" exógamas no está demostrada hasta ahora en ninguna parte. Pero, en la época en que aún dominaba el matrimonio el matrimonio por grupos — que ha existido en tiempos en todas partes—, la tribu se escindió en cierto número de grupos, de gens consanguíneas por línea materna, en el seno de las cuales estaba rigurosamente prohibido el matrimonio, de tal suerte que los hombres de una gens, si bien es verdad que podían tomar mujeres de la tribu, y las tomaban efectivamente en ella, venían obligados a tomarlas fuera de su propia

gens. De esta forma, si la gens era estrictamente exógama, la tribu que comprendía la totalidad de la gens era endógama en la misma medida". (1) Esta circunstancia terminó con los restos de la teoría de MacLennan.

Morgan descubrió en la gens de los indios americanos, que estaba organizada según el derecho materno, la forma primitiva de donde saldría la gens ulterior, basada en el derecho paterno.

Este descubrimiento es el más importante de los que hasta la fecha se había logrado descubrir, ya que permitió a Morgan elaborar una historia de la familia, en donde quedaron asentados los estadios clásicos de la evolución, los que dan la pauta para la mejor comprensión de la evolución de la familia.

Así, Morgan dividió a la prehistoria en estadios para tratar de darle un orden. De las tres épocas principales -salvajismo, barbarie y civilización- sólo se ocupa de las dos primeras y del paso a la tercera. Subdivide cada una de estas dos épocas en los estadios inferior, medio y superior, según los progresos obtenidos en la producción de los medios de existencia.

En cuanto a la familia, esta se desarrolla paralelamente a los mencionados estadios, pero no ofrece indicios tan marcados para delimitar los periodos.

Así tenemos:

1) SALVAJISMO:

I. Estadio inferior.- Los hombres vivían parcialmente en los árboles y permanecían en los bosques tropicales y subtropicales. Su principal alimento consistía en frutos, nueces y raíces. El progreso principal en este periodo fue la formación del lenguaje articulado.

II. Estadio medio.- Comienza con la utilización del pescado como alimento y, aunado a ésto, con el uso del fuego. Gracias al empleo del pescado como alimento, los hombres se independizaron de los bosques, del clima y de los lugares; siguiendo el curso de los ríos y de las costas, así como-

(1) F. Engels. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Ed. Progreso, Moscú. pp. 15 y 16.

de los mares, se extendieron por todo el mundo, siendo testigos mudos de esto, los instrumentos de piedra aún sin pulimentar encontrados extendidos por todo el mundo.

Posteriormente se llegó al empleo de nuevos alimentos, tales como las raíces y los tubérculos farináceos que eran cocidos en ceniza caliente o en hornos excavados en el suelo; la caza llegó a ser un alimento ocasional, gracias a la invención de la maza y la lanza, primeras armas.

En este período, debido a la incertidumbre para la obtención de alimentos, nace la antropofagia.

Un ejemplo de pueblos que aún en la actualidad se encuentran en el estadio medio salvaje lo constituyen los australianos y polinesios.

III. Estadio superior.- Se inicia con la invención del arco y la flecha, lo que tuvo como consecuencia que la caza llegara a ser un alimento regular y una ocupación normal. Con la invención del arco, la cuerda y, por consiguiente, la flecha, se supone el desarrollo de facultades mentales y el conocimiento de otros inventos. El fuego y el hacha, en conjunto, dieron forma a la piragua, que está formada por un solo tronco de árbol; en algunos lugares se idearon las tablas para la construcción de viviendas.

Estos progresos los encontramos entre los indios del noroeste de América.

2) LA BARBARIE.

I. Estadio inferior.- Inicia con la introducción de la alfarería.

Hasta aquí ha sido posible considerar el curso del desarrollo como un fenómeno general, válido en un período determinado para todos los pueblos sin distinción de lugar. Con la llegada de la barbarie empieza a palparse la diferencia de condiciones naturales entre los dos continentes más importantes: Americano y Oriental.

La característica del presente período es la domesticación y orfía de animales así como el cultivo de plantas. Pues bien, el continente oriental, llamado mundo antiguo, poseía la mayoría de los animales domesticables y todos los cereales cultivables con excepción de uno; el continente

occidental, América, no tenía más que a un solo animal mamífero domesticable, la llama, y un solo cereal cultivable, pero el mejor, el maíz. Debido a estas condiciones naturales, diferentes para cada hemisferio, la población perteneciente a cada uno de ellos se desarrolla en forma particular y los límites de los estadios particulares serán señalados por mojones diferentes para cada hemisferio.

II. Estadio medio.- En el Oeste se inicia con el cultivo de las hortalizas por medio del riego y con el empleo de adobes y de la piedra para construcción; en el Este, comienza con la domesticación de animales.

III. Estadio superior.- Comienza con la fundición del mineral de hierro, y pasa al estadio de la civilización con el invento de la escritura alfabética y el empleo de ésta para la notación literaria.

Los griegos de la época histórica pertenecen a este estadio.

Lo fundamental en este período es la aparición del arado de hierro tirado por animales domésticos, produciendo, al roturar la tierra en gran escala, un aumento casi ilimitado de los medios de existencia; se observa también la tala de los bosques, convirtiéndolos en tierra de tala y en praderas, haciéndose esto en gran escala gracias al hacha y a la pala de hierro.

Finalmente entramos al período de la civilización. En éste el hombre aún aprende a elaborar los productos naturales, período de la industria y del arte.

A partir de este momento, y al haber dividido a la prehistoria en estadios para la mejor comprensión de la evolución de la familia, no realizándose en igual forma en todo el mundo, ya que en unas partes del mismo se hallaba en una etapa más primitiva que en otras por lo que no puede ordenarse cronológicamente, estamos en aptitud de entrar al análisis de la materia principal del presente capítulo.

LA FAMILIA.

Morgan, al reconstruir retrospectivamente la historia de la familia, llega a la conclusión de que existió un estadio primitivo en el que imperaba, en el seno de la tribu, el comercio sexual promiscuo, entendiéndose por esto que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y, a su vez, cada hombre a todas las mujeres, quedando demostrado a través del matrimonio por grupos, que constituye la forma más primitiva de la familia.

El matrimonio por grupos es la forma de matrimonio en que grupos enteros de hombres y grupos enteros de mujeres se pertenecen recíprocamente, no dando lugar a los celos ni a la idea del incesto, ya que bien podían ser marido y mujer la hermana y el hermano. Siendo el incesto una restricción impuesta más tarde por la costumbre.

Según Morgan, de este estadio primitivo salieron los siguientes tipos de familia:

A) La familia consanguínea.- Constituye la primera etapa de la familia. Los grupos conyugales se cuentan por generaciones: todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, es decir, con los padres y las madres; los hijos de éstos forman, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir, los bisnietos de los primeros, el cuarto. En este tipo de familia, los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes del matrimonio son los ascendientes (padres) y los descendientes (hijos). Así tenemos que los hermanos y hermanas, los primos y primas - en primero, segundo y demás grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas, y por ello todos maridos y mujeres unos de otros. Por sí mismo, en ese período, el vínculo de hermano y hermana presupone el comercio carnal recíproco.

Un ejemplo de tipo de familia consanguínea serían los descendientes de una pareja en cada una de cuyas generaciones sucesivas todos fueran entre sí hermanos y hermanas y, por esa razón, maridos y mujeres unos de otros.

Este tipo de familia ha desaparecido. No se encuentra ningún indicio de ella, ni en el pueblo más salvaje de que hable la historia.

B) La familia punalúa. Como vimos, en la familia consanguínea se excluyó a los padres y a los hijos del comercio sexual recíproco. Este tipo de familia (consanguínea) aportó ese primer progreso en la formación de la misma. El segundo progreso lo fue la exclusión de los hermanos y no se realizó en forma brusca, sino en forma lenta. Probablemente se inició con la exclusión de los hermanos uterinos (por parte de madre), siendo al principio en forma aislada y, posteriormente, se aceptó como regla general, hasta llegar a la prohibición del matrimonio entre hermanos colaterales, (es decir, según nuestros actuales nombres de parentesco, los primos carnales, primos segundos y primos terceros).

Este segundo progreso tuvo repercusión en las tribus que lo experimentaron ya que se desarrollaron de una manera más rápida y más completa que aquellas donde siguió existiendo el matrimonio entre hermanos y hermanas, impuesto como una obligación.

Dicho progreso llegó a su punto culminante en la aparición de la institución de la gens, nacida directamente de él.

Después de algunas generaciones cada familia primitiva tuvo que escindirse, por lo que uno o más grupos de hermanas convertíanse en el núcleo de una comunidad, y sus hermanos carnales, en el núcleo de otra. De la familia consanguínea salió, así, la forma de familia a la que Morgan da el nombre de familia punalúa. Este nombre se lo da porque, según la costumbre hawaiana, cierto número de hermanas carnales o más lejanas (es decir, primas en primero, segundo y otros grados), eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos sus propios hermanos. Esos maridos se llamaban entre sí "punalúa", es decir, compañero íntimo, o asocié (socio). Del mismo modo, un grupo de hermanos uterinos o más lejanos tenían en matrimonio común cierto número de mujeres, excluyendo a sus hermanas, y esas mujeres se llamaban entre sí "punalúa".

Lo anterior es el tipo clásico de una formación de la familia -

(familien formation) que sufrió más tarde una serie de transformaciones y - su rasgo característico era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en el seno de un determinado círculo familiar, del cual fueron excluidos, sin embargo, al principio los hermanos carnales y, más tarde, también los hermanos lejanos de las mujeres, ocurriendo lo mismo con las hermanas de los maridos. Esta forma de la familia nos indica ahora los grados de parentesco, como lo expresa el sistema americano.

Parece que la institución de la gens surgió de la familia puna - lfa.

En las diversas formas de la familia por grupos no puede saberse con certeza quien es el padre de una criatura, pero si quien es la madre. - Por tanto, en donde existe el matrimonio por grupos, la descendencia solo - se establece por línea materna, y por consiguiente, sólo se reconoce la línea femenina. En este caso se hallan todos los pueblos salvajes y aún los - que se hallen en el estadio medio inferior de la barbarie.

La gens aparece cuando queda prohibido el comercio sexual entre todos los hermanos y hermanas por línea materna. De esta forma se constituye un círculo de parientes consanguíneos por línea femenina, los que no pueden casarse unos con otros.

C) La familia sindiásmica.- En el régimen de matrimonios por grupos, o tal vez antes, se formaban parejas conyugales para un período largo; el hombre tenía una mujer principal (no podemos llamarla favorita) entre todas sus esposas, y para ella el esposo principal entre todos los demás. Así, conforme se desarrollaba la gens y se hacían más numerosas las clases de "hermanos" y de "hermanas", entre quienes era imposible el matrimonio, esta unión por parejas se fue consolidando. De esta forma las cosas llegaron - más lejos debido al impulso que la gens le dió al haber prohibido el matrimonio entre parientes consanguíneos.

Con las crecientes prohibiciones del matrimonio se hicieron imposibles las uniones por grupos, siendo substituidos por la familia sindiásmica. En esta etapa un hombre vive con una mujer, pero no en forma definitiva

ya que la poligamia y la infidelidad conyugal sigue siendo un derecho del hombre; al mismo tiempo, a la mujer se le exige la más severa fidelidad mientras dure la vida en común, y su adulterio se castiga cruelmente. A pesar de eso, el vínculo conyugal puede ser disuelto por cualquiera de los dos sortes, y después los hijos solo pertenecen a la madre.

Según Morgan, "el matrimonio entre gens no consanguineas engendra una raza más fuerte tanto en el aspecto físico como en el mental; mezclaban se dos tribus avanzadas y los nuevos órganos, y cerebros, crecían naturalmente hasta que comprendían las capacidades de ambas tribus". (2)

Así pues, las tribus que adoptaron el régimen de la gens, parece ser que predominarían sobre las atrasadas.

La creciente exclusión, primero de los parientes cercanos, después de los lejanos y, finalmente de las personas, hizo imposible que se celebraran matrimonios por grupos; lo último que quedaba era la pareja, que estaba unida por vínculos frágiles aún, y cuya aparición da término al matrimonio en general.

Con el matrimonio sindiásmico se inicia el rapto y la compra de mujeres, debido a la escasez de las mismas. Este sistema de rapto y compra MacLennan lo explica como métodos simplistas de adquirir mujeres en distintas clases de familia, bajo la forma de "matrimonio por rapto" y "matrimonio por compra". Entre los indios de América, el convenir en un matrimonio no incumbe a los interesados, a quienes en ocasiones ni se les consulta, sino a sus madres. El matrimonio puede disolverse a voluntad de cualquiera de los cónyuges; la mujer se queda con los hijos y cada una de las partes puede casarse de nuevo.

La familia sindiásmica es característica de la barbarie, así como el matrimonio por grupos lo es del salvajismo, y la monogamia de la civilización.

En la familia sindiásmica el grupo quedó reducido a su molécula

(2) L. H. Morgan. Ancient Society. London, 1877. p. 459.

biatómica: un hombre y una mujer.

D) La familia monogámica.- Es consecuencia de la familia sindiá-
mica. Se funda en el predominio del hombre; su principal fin es la procrea-
ción de hijos cuya paternidad sea indiscutible; la indiscutibilidad de la -
paternidad se exige porque los hijos entraran un día en posesión de los bie-
nes de su padre.

La familia monogámica se diferencia de la sindiámica en que los-
lazos conyugales son más sólidos y no pueden disolverse por deseo de cual --
quiera de las partes. Sólo el hombre puede romper estos lazos y repudiar a--
su mujer. Se le otorgó el derecho de infidelidad conyugal (3), este derecho,
a medida que pasa el tiempo y la sociedad evoluciona, se ejerce cada vez --
más. Si la mujer se atreve a practicar las antiguas costumbres sexuales, es
castigada con mayor dureza que en cualquier otra época anterior.

Entre los griegos de la Grecia antigua se encuentra manifestada--
en toda su severidad la nueva forma de la familia. La mitología nos habla -
de un período en el que las mujeres ocupaban una posición libre y estimada.
Ese período fue anterior al heroico. En éste la mujer es humillada por el -
hombre y la competencia de las esclavas.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la Odisea, obra en la
que se puede apreciar, en uno de sus pasajes, como Telemaco interrumpe a su
madre y le impone silencio. (4)

También se aprecia esta situación en la Ilíada, obra que gira, -
en su totalidad, en torno a la disputa sostenida entre Aquiles y Agamenón a
causa de una esclava.

El carácter específico de la monogamia es que solo es tal para -
la mujer, mientras que el hombre vive rodeado de jóvenes y bellas cautivas--
que le pertenecen en cuerpo y alma. Aún en el presente conserva este carác-

(3) Se refiere al artículo 230 del Código Civil adoptado en 1804, en la época
de Napoleón.

(4) Homero, La Odisea. Canto Primero.

ter, no realizado con esclavas, sino con amantes, mientras que la mujere vi ve reclusa en su hogar.

Tal fue el origen de la monogamia en el pueblo más culto y más desarrollado de la antigüedad. No fue fruto del amor sexual individual, sino el cálculo el móvil de los matrimonios. Fue la primera forma de la familia que se basó en condiciones económicas, concretamente de la propiedad privada, y no en condiciones naturales como las anteriores. La monogamia nació de la preponderancia del hombre en la familia y procreación de hijos que solo fueran de él para poder destinarlos a heredar; lo anterior fue proclamado abiertamente, sin preámbulos, por los griegos. De esta forma que dieron fincados los únicos objetivos de la monogamia.

La monogamia no fue de ningún modo, obra del amor mutuo de los cónyuges. La naturaleza de la monogamia excluye ese principio, ya que se basa en la supremacía del hombre. La primera forma del amor sexual no fue amor conyugal. Al contrario, en su forma clásica, entre los provenzales, marchaba hacia el adulterio, que es cantado por los poetas. Estos pintan con encendidos colores como el caballero comparte el lecho de su amada, la mujer de otro, mientras que en la calle está apostado un vigilante que lo llama apenas amanece, para que escape sin ser visto. El punto culminante del poema lo constituye la escena de la separación.

En resumen, existen tres tipos de matrimonios que corresponden a los tres estadios salvajes de la evolución humana. Al salvajismo corresponde el matrimonio por grupos; a la barbarie, el matrimonio sindiásmico; a la civilización, la monogamia con sus complementos, el adulterio y la prostitución. Entre el matrimonio sindiásmico y la monogamia se intercalan en el estadio superior de la barbarie, la sujeción de las mujeres esclavas a los hombres y la poligamia.

B) CONCEPTO DE MATRIMONIO.

Entre las definiciones del concepto de matrimonio que diversos autores han aportado, reproducidos las siguientes:

El maestro Rafael de Pina lo define como "un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo, una comunidad distinta al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el hombre y la mujer" (5)

En su obra, Luis Fernández Clérigo afirma que, el matrimonio -- constituye un acto solemne, en el que interviene el Estado de un modo más o menos directo, para dar valor a la unión del hombre y la mujer que se proponen crear un vínculo de perpetua cooperación para los fines esenciales de la vida". (6)

Por su parte, Antonio Cicu afirma que "el matrimonio es una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola. El matrimonio como institución natural, se basa en el instinto sexual, pero al pasar el hombre del estado de la animalidad, de sociabilidad y, por tanto, de espiritualidad se ha sublimado convirtiéndose en una unión de almas". (7)

Nuestra Constitución Política, en su artículo 130 dice, por lo que toca al matrimonio: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia-

(5) Derecho Civil Mexicano. V.I. p. 316. Edit. Porrúa. 2a. Ed. México 1960.

(6) Cit. por Rafael de Pina. Ibidem. p. 316

(7) El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. p. 59. Unión Tipográfica. Edit. Hispano Americano. México, 1947.

de los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen..." De este modo se aprecia como el constituyente de 1917 siguió la tendencia de codificación napoleónica y consideró al matrimonio como un contrato. A su vez, el Código Civil vigente sigue la misma tendencia al establecer en el artículo 178: "El contrato del matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo la separación de bienes".

Por último, analizaremos la crisis por la que está pasando actualmente el matrimonio en nuestra sociedad.

C) LA CRISIS DE LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO EN LA SOCIEDAD ACTUAL.

Es innegable que el matrimonio ha perdido un gran número de partidarios. En parte se debe al movimiento para la liberación femenina, que ha repercutido en todas las áreas de trabajo, desde el intelectual hasta el manual. Esto es importante porque debido a ello la mujer obtiene los medios para subsistir y no depende en su totalidad del hombre. Así, si el hombre trata de humillar desde cualquier ángulo a la mujer —malos tratos, golpes, no dar lo suficiente para el gasto familiar, etc.—, ésta tiene la facilidad de valerse por sí misma y puede solicitar el divorcio. De esta manera solemos ver a la mujer, en la actualidad, en puestos laborales que solo eran del dominio del hombre.

Otro punto que inquestionablemente ha tenido que ver con la impopularidad del matrimonio, es la planificación familiar. Esta ha sido una medida correcta para combatir la sobrepoblación y no solo esto, sino que facilita la disolución del matrimonio en casos de desavenencias conyugales, ya que, como veremos en el transcurso del presente trabajo, es más fácil disolver un matrimonio sin hijos, que cuando éstos existen.

En épocas anteriores una familia se mantenía unida no porque los padres se tuvieran amor, sino por la existencia de los hijos, quienes constituían el lazo de unión de dicha familia. Con lo anterior no queremos decir que en todas las familias suceda. Actualmente se dan casos en donde

los hijos constituyen la cadena que impide el rompimiento de un matrimonio - en el que se ha extinguido la llama del amor entre los cónyuges.

Las siguientes manifestaciones fueron extraídas del libro titulado Divorce Law, fue escrito por Howard L. Bass y M.L.Rein, fue editado por Prentice-Hall, inc., y es edición del año de 1976. Este libro nos muestra - lo que esta sucediendo en el país de Estados Unidos de América.

"Recientes evaluaciones estadísticas nos muestran que más del - 35% de los matrimonios terminan en divorcio antes de los primeros 10 años - de su existencia. En 1975 hubo más divorcios que nuevos matrimonios. En eva - luaciones recientes de asociaciones estatales involucradas en el Derecho Fa - miliar, se ha proyectado que la proporción de los divorcios será de un 50%. Además, nadie puede negar la triste verdad que muchos de los matrimonios - que todavía se sostienen juntos, están muy lejos de ser lo que eran y a me - nudo tienen expectativas irreales de la pareja. Pero aún, después de todo, el matrimonio sigue siendo popular. En nuestra sociedad es un método motiva - do y escogido libremente por la persona para tratar de lograr su realización humana y seguridad en medio de su residencia en el siglo XX. La mayoría de - los primeros matrimonios ocurren entre los dieciocho y veinticinco años. - Factores estadísticos, así como el sentido común, nos dicen que la selección de pareja hecha en este punto de nuestro proceso de maduración, está motiva - da en gran parte por fuerzas inconcientes que están bajo nuestro nivel con - oiente. Selecciones hechas a este tiempo usualmente no estan basadas en la - relación que se experimenta más tarde. Esas fuerzas inconcientes son, aparte de la tendencia natural de imitar lo que hemos visto en nuestra familia de - de niños, la necesidad de procrear".

Analizando lo aquí expuesto, y aplicándolo en nuestro país, no - estamos lejos de la situación que vive el país vecino.

Por otra parte, para poder adaptarnos a la vida en matrimonio, - es necesario comprender que este nos provee, de un vehículo para llenar las necesidades biológicas de reproducción. Nos brinda también una estructura - espiritual y económica por la cual podemos funcionar en el mundo de hoy. Así mismo, es el medio en el que nos podemos acoplar en la vida compartiendo --

con otros sus bendiciones y sus problemas. Puede hacer significativo nuestro amor, nuestra pasión, nuestro dolor, nuestras metas, nuestra necesidad de ser individuales y parte de la comunidad al mismo tiempo.

El matrimonio es una etapa para hacer realidad lo que consciente o inconscientemente necesitamos hacer: compartir con otro el seguir la finalidad de uno mismo y de la vida.

CAPITULO SEGUNDO.
CONCEPTO DE DIVORCIO.

Para poder entender que es el divorcio, así como las clases que hay, de las que hablaremos más adelante, es necesario definir al mismo. Por tal motivo, en el presente capítulo analizaremos dicho término.

La palabra divorcio proviene del latín DIVORTIUM, que significa separar legalmente a dos casados. (8)

Etimológicamente, el divorcio significa "dos sendas que se apartan del camino".

En un sentido metafórico, más amplio y moderno, divorcio es la separación de cualesquiera cosas que estaban unidas.

"El sentido jurídico abarca dos posibilidades: la disolución del vínculo matrimonial y mera separación de cuerpos que deja subsistente el -- vínculo. En ambos casos en virtud de sentencia judicial fundada en causa legal". (9)

(8) Ramón Garfía Pelayo y Gross. Pequeño Larousse Ilustrado. Ed. Larousse. 1977. p. 369.

(9) Fernando Fueyo Laneri, Derecho Civil, T. VI., V. I. Imp. y Lito Universo, S.A., Santiago de Chile, 1959. pp. 183 y 184.

Según el maestro Eduardo Pallares: "el divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato del matrimonio concluye, tanto en relación con los cónyuges como con respecto a terceros".

Por su parte, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales enuncia en su artículo 266: "el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Por tal motivo, y de acuerdo con el artículo citado, produce dos efectos, a saber: la disolución del vínculo conyugal y el otorgamiento a los cónyuges de la facultad de contraer nuevo matrimonio.

A) DIVORCIO POR SEPARACION DE CUERPOS.

Consideramos impropio llamarle divorcio a esta figura jurídica - debido a que en ella no se dan ninguno de los dos efectos de que habla el artículo de referencia, es decir, no disuelve el vínculo conyugal, e imposibilita a los cónyuges para contraer nuevas nupcias; sus efectos son: separación material de los cónyuges, quienes ya no están obligados a vivir juntos y, por consiguiente, ha hacer vida marital.

Al respecto, diversos autores han emitido su opinión:

"La separación de cuerpos es una situación cruel, que deja subsistir todas las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos y demás, y que al mismo tiempo suprime todas las ventajas que puede ofrecer la vida de familia. Cuando se ha perdido toda esperanza de arreglo, esta situación llegaría a ser intolerable de no tener fin. Por ello, se ha dejado a los esposos un medio para librarse de él, convirtiendo su separación al fin de tres años". (10)

"La simple separación sin el divorcio, tiene una inmensa ventaja; y es que abre la puerta de la reconciliación a los dos esposos: en un momen

(10) Elanilo, Tratado elemental de Derecho Civil, tomo relativo al divorcio, filiación e incapacidades, de la traducción de José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1946, p. 106.

to dado se sienten vivamente ofendidos por la injuria más grave que pueda haber, por la infidelidad. Pues bien, dejad que pase algún tiempo, dejad que los niños derramen sus primeras lágrimas al ver que el padre y la madre desunidos, dejad que venga la religión, poniendo sobre aquella herida su bálsamo incomparable; dejad que las almas buenas hablen ese lenguaje de resignación y de la dulzura que es tan convincente. Y tal vez, aquél matrimonio tan desgraciado vuelva a contemplar otra vez que se levanta la aurora de la alegría y felicidad; tal vez aquél hogar vuelva a reconstruirse; tal vez con los restos de aquella pobre mansión se pueda levantar otra vez un nido de amor y de cariño. Pero el divorcio viene a impedir esa obra santa; el divorcio, en el momento del acaloramiento de las pasiones, del rencor, de la ofensa, toma al marido y le dice: ve a buscar otra esposa, y toma a la esposa y le dice: ve a buscar otro hombre en cualquier camino, donde lo encuentres, de cualquier modo, yo te autorizo. El divorcio levanta entonces un abismo de odio en donde la religión cristiana, en donde la piedad social, en donde las lágrimas de los hijos querían construir la cadena de la reconciliación y del amor". (11)

Cabe mencionar que este tipo de divorcio fue el único que regula con 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 causas 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 de cuerpos.

Reiteramos que consideramos impropia la denominación de divorcio para esta figura jurídica, sin embargo, debemos aclarar, que sí debe existir por las razones a que alude Ramos Pedruesa, a la cual nos adherimos.

(11) Ramos Pedruesa, Conferencias, México, 1922, pp. 14 y 15.

B) DIVORCIO VINCULAR.

Con solo escuchar este término nos viene a la mente la idea de - que se trata de la disolución del vínculo matrimonial y así es. La característica principal de este divorcio es precisamente la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias.

Ahora bien, en cuanto a la disolución del vínculo conyugal, podemos dividir al divorcio en tres clases, a saber:

- I. Divorcio Voluntario Administrativo;
- II. Divorcio Voluntario Judicial; y
- III. Divorcio Necesario o Contencioso.

Divorcios a los que nos referiremos en forma particular en el transcurso del presente trabajo.

CAPITULO TERCERO.

EL DIVORCIO EN LA HISTORIA.

El divorcio es una figura jurídica que data de tiempos remotos, casi podemos asegurar que apareció, en su forma más primitiva, casi simultáneamente con el matrimonio.

En el presente capítulo haremos un breve esbozo de lo que ha sido el divorcio, en las que consideramos las legislaciones jurídicas más importantes.

A) EL DIVORCIO EN EL DERECHO HEBRAICO.

Hacemos especial mención de la legislación hebráica debido a que consideramos que esta cultura es uno de los pilares sobre los que descansa la moral y culturas occidentales. De igual forma, y como lo mencionamos anteriormente, trataremos con especial interés otras legislaciones antiguas que consideramos han sido fundamentales en la cimentación de nuestras instituciones.

El divorcio, tal y como lo encontramos en el Antiguo Testamento, era, básicamente, un renudio del cual tenía el monopolio el varón. La base bíblica la encontramos en la siguiente cita:

"Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado alguna cosa indocente, le escribirá carta de divorcio y se la entregará en su mano, y le despedirá de su casa. Y salida de su casa podrá ir a casarse con otro hombre.

Pero si la aborreciera este último y le escribiere carta de divorcio, y se le entregare en su mano, y la despidiera de su casa; si hubiere muerto el postrer hombre que la tomó por mujer; no podrá su primer marido, que la despidió, volverla a tomar para que sea su mujer, después que fue envilecida; porque es abominación delante de Jehová, y no han de pervertir la tierra que Jehová tu dios te da por heredad". (12)

De lo anterior se desprende que entre los antiguos hebreos solo se conocía el divorcio respecto de la mujer. Esta no tenía el medio de pedir el divorcio. Por otro lado, la misma Biblia establece restricciones, aunque mínimas, a la facultad del marido de divorciarse. El marido no podrá divorciarse nunca si ha calumniado a su mujer de haber faltado a la castidad antes del matrimonio y si la había violado o estuprado siendo una doncella soltera. (13)

Conforme transcurría el tiempo, se le iban imponiendo nuevas restricciones a las prerrogativas del hombre. Malaquías (II, 13-16) reconvino a los que abandonan a la mujer de su juventud. En el período de la Mishna, corriente que se impuso en el cristianismo primitivo, la escuela de Shamai opinaba que el hombre no podía divorciarse de su esposa excepto en caso de inmoralidad sexual. La escuela de Hilel permitía el divorcio por cualquier motivo, incluso porque la mujer hubiera hechado a perder una comida.

Hacia el año 1,000 D.C., Rabeno Guersnom, abolió el divorcio sin el consentimiento de la mujer. Sin embargo, el divorcio siguió estando permitido incondicionalmente cuando ambos cónyuges lo solicitaban. Las autoridades rabínicas reconocían el divorcio otorgado por el esposo aún contra la voluntad de la esposa, cuando ésta era sospechosa de adulterio o llevaba vida inmoral; cuando la esposa reusaba a tener relaciones sexuales con su esposo; cuando se negaba a seguir habitando en el domicilio del mismo y cuando violaba los preceptos religiosos en el hogar. (14)

(12) Deuteronomio XXIV, 1-4.

(13) Deuteronomio XXII, 28-29.

(14) D. W. Amram, *Jegine Law of divorce*. Was ington Square Press, Inc. New York 1949. pp. 117 y 118.

Puede afirmarse que la mujer jamás obtuvo el derecho al divorcio en la legislación judaica; el único medio que tenía para obtener el divorcio del marido, era el que se intentaba a base de amenazas de excomunión. Los tribunales rabínicos se prestaban a ejercer presión sobre el marido en los siguientes casos: a) Impotencia, b) Lepra o enfermedad asquerosa del marido o una ocupación maloliente, c) Negación de sus derechos conyugales, — d) Crueldad y limitación de su libertad personal, e) No sostener a la mujer, y f) Malos tratos y golpes. (15)

El tratado talmúdico de Guetín y los códigos posteriores dan instrucciones detalladas sobre el modo de otorgar un Guet, la cual es un acta de repudio o divorcio. El origen del Guet está en Deuteronomio XXIV, 1, donde se dice que el divorcio se ejecuta escribiendo una carta de repudio que se entregará en manos de la esposa. La Mishna indica una fórmula para la carta de repudio. El texto de un Guet dice así:

"El día ... de la semana..., el día..., del mes..., del año..., de la creación del mundo..., según cronología que acostumbramos a usar aquí, en la ciudad..., situada a orillas del río..., fuiste mi mujer pero ahora — estás apartada y liberada y eres tu propia señora en el futuro y puedes contraer matrimonio con el que quisieres. Nada podrá impedirtelo y, desde este día puedes casarte con cualquier hombre. En fé de lo cual recibes de mí esta acta de divorcio, documento de liberación según las leyes de Moisés e Israel". (16)

El documento variaba cuando el divorcio estaba extendido por poder. Junto con el otorgamiento del divorcio se acostumbraba arreglar la parte económica del contrato matrimonial. El hombre que se divorciara de su mujer, debía devolverle su dote y pagar la suma establecida en la Ketubá (una especie de pena convencional o base pactada para los casos de divorcio), a menos que la mujer se hubiere hecho culpable. En épocas antiguas, los hijos

(15) La femme Juive, E. Weill. Librairie Galimard, 1953. p. 128.

(16) P. Buchholz. Die Familie. T.W. Walther, Hamburgo, 1963. p. 221.

quedaban con la madre, pero el padre podía reclamar a sus hijos varones - cuando hubiesen la edad de seis años. En épocas posteriores, el tribunal - rabínico determinaba el custodio de los hijos. Un Cohen (integrante de la - casta sacerdotal), no puede contraer matrimonio con una mujer divorciada. - (17).

Al pasar el tiempo, el divorcio se llevó a cabo a través de un - ceremonial y múltiples reglas. El divorcio se otorgaba ante un tribunal com - puesto de tres deyanim (jurisconsultos), un rabino y dos testigos. Ninguna de estas personas podía tener relaciones de parentesco con los divorciantes, ni entre ellos mismos. El pergamino en el que se iba a extender el Guet debía de ser entero y limpio, sin borraduras ni agujeros, más largo que ancho. La tinta debía ser negra y limpia, y la pluma de ganso. No podían usarse - forma preparadas; el acta debía confeccionarse en presencia del tribunal. - Debía estar escrita en hebreo en caracteres cuadrados y debía contener los - nombres exactos de los esposos, su ciudad de origen y su residencia, así co - mo la mención del río que pasaba junto a la ciudad o del mar a cuya costa - se hallaba. Se escribía en doce líneas previamente trazadas sobre el papel - (doce es el valor numérico de la palabra Guet en hebreo) sin dejar espacios en blanco. No podía pronunciarse el divorcio de noche, ni en víspera de día de fiesta, del novilunio o del sábado. Una vez reunido el tribunal se pre - guntaba al esposo si estaba dispuesto a pronunciar el divorcio por voluntad - libre y propia, si contestaba positivamente, alzaba los materiales de la es - critura en señal de adquisición consumada y los entregaba al escribiente, - ordenándole que extendiera el acta de divorcio, tras lo cual firmaban los - testigos, previa lectura. Luego entregaban el Guet al esposo, quien lo al - zaba por encima de la cabeza de su mujer. Ella extendía las manos a la altu - ra de su cabeza y el esposo dejaba caer el Guet en sus manos, diciendo: -- "aquí está tu acta de divorcio. Tómala y quedas divorciada de mí y libre de casarte con cualquier hombre". (18)

(17) Amram, D.W. Ob. Cit. p. 122.

(18) " " " " " " " " .

Actualmente, la legislación sobre el divorcio se observa, guardando aún las características que hemos descrito, entre los judíos conservadores, en adición a las leyes civiles del país de su residencia.

B) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.

La primera ley que reglamenta el divorcio o, más bien el repudio del hombre hacia la mujer es atribuida a Rómulo, primer rey de Roma, descendiente de Enéas y hermano de Romo, ambos fueron, según la historia, fundadores de Roma. Según esta ley, el hombre estaba facultado para repudiar a su esposa, exponiéndose a sanciones pecuniarias si no lo hacía por las siguientes causas: a) Adulterio, b) Empleo de llaves falsas para entrar a la bodega, o) Envenenamiento y d) Sustitución de los hijos. Cuando las anteriores causas se producían, el marido podía repudiar a la esposa.

Respecto al divorcio durante la época clásica del Derecho Romano, el maestro Eduardo Pallares nos dice: "Explican los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal. Por tanto, cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio. Así se infiere del Código de Justiniano en el texto relativo a las estipulaciones inútiles.

"Por lo tanto, en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dió nacimiento: si él contraído por medio de la *confarratio* el divorcio se lleva a cabo por la *diffarratio*; si contraído por medio de la *comptio*, entonces procedía la *remancipatio*.

"Hubo, sin embargo, una excepción a la regla general de que hablamos, y es la contenida en la Ley Julia de *Maritandis Ordinibus*, que prohibía a la liberta casada con su patrón divorciarse sin su consentimiento.

"La facilidad de obtener el divorcio produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusan de dicha institución, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder la estabilidad al matrimonio y la dignidad moral y religiosa que antes tenía.

La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el filósofo Séneca pudo decir: "que mujer se sonroja actualmente al divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos".

"se divorcian para volverse acasar, se casan para divorciarse".

(19).

La Ley Julia de Adulteris disponía que era menester se notificara al cónyuge inocente, ante siete testigos, verbalmente o por escrito, en este último caso, el acta respectiva debía ser entregada por un liberto.

Los efectos del divorcio que se pueden señalar son: la restitución de la dote y la aptitud de los cónyuges de contraer nuevo matrimonio, sin embargo, la manus mariti no cesaba automáticamente.

Durante el Imperio, el divorcio en Roma revestía dos formas: en primer término el divorcio Bona Gratia que constituye una figura similar a nuestro divorcio voluntario. En este tipo de divorcio no se requería formalidad alguna pues, se consideraba, que el mutuo disenso disolvía aquello que el consentimiento había unido.

Existía también la figura del repudio, que se daba cuando uno de los cónyuges, unilateralmente, intentaba el divorcio. No se requería en tal caso, en la época clásica, causa alguna que fundamentara dicho repudio. La figura jurídica del repudio en la Roma clásica, puede considerarse muy singular, ya que tanto el hombre, como la mujer, podían intentarlo. Para ello la mujer no debía encontrarse bajo la manus del marido y, nunca podía intentarlo la mujer manumitida o liberta que se casaba con su patrón.

Justiniano estableció causas legales en las que debía fundarse la acción de divorcio. Dichas causas eran:

A) Para fundar la acción del marido: Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado; el adulterio probado de la mujer; el atentado contra la vida del marido; los tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos; el alejamiento de la ca-

sa marital sin voluntad del esposo y la asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

B) A su vez la mujer podía pedir el divorcio en los siguientes casos: la alta traición oculta del marido; el atentado contra la vida de la mujer; el intento de prostituirla; la falsa acusación de adulterio y el que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible, con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer o sus parientes.

En el año 532, el emperador Justiniano prohíbe el divorcio por mutuo consentimiento tratando de poner coto a la relajación y desmoronamiento de las estructuras familiares del Imperio; no obstante, la institución del divorcio estaba de tal modo integrada a la vida romana que su sucesor, Justino, obligado por la opinión pública, tuvo que restituirlo.

Finalmente, en cuanto a lo que respecta al Derecho romano, reproducimos las palabras del tratadista Fritz Schulz: "El Derecho romano sobre el divorcio es, en realidad, la piedra angular, en la cual descansa la construcción jurídica de Roma, y este derecho fue abrogado por el Derecho Canónico y después de la Reforma, por el Derecho Municipal Protestante". (20)

C) EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO.

De acuerdo con la cita de Fritz Schulz, reproducida anteriormente, el Derecho romano fue abrogado por el Derecho canónico. Podemos decir que esta aseveración es cierta, pero la aceptamos con ciertas reservas. El Derecho canónico, en la época presente, ejerce una influencia preponderante en la cultura y en la moral y, por lo tanto, en el derecho, del cual son estos factores fuentes indirectas, especialmente en los países de ascendencia latina ya que en los sajones esta influencia es menor.

La religión católica no acepta la disolución del matrimonio. El Derecho canónico, que es el único por el que se rige la Iglesia, afirma, como lo veremos más adelante, que el matrimonio tiene dos propiedades esenciales: la unidad y la indisolubilidad.

(20) Derecho Romano Clásico. Edit. Bosch. Barcelona. 1960. pp. 99.

La unidad del matrimonio consiste en que únicamente pueden unirse simultáneamente un hombre y una mujer en una relación estrictamente monogámica. Esta unión se opone a la poligamia. Cabe afirmar aquí, que el matrimonio, en el Derecho romano, era también monogámico, por más que el adulterio del marido, siempre que éste no fuera en el domicilio conyugal o con escándalo, era jurídica y moralmente lícito.

La segunda propiedad esencial del matrimonio, según el Derecho canónico, es la indisolubilidad que podemos definir como la propiedad del matrimonio por la cual el vínculo conyugal permanece hasta la muerte de uno o de otro cónyuge, o también, es una propiedad por virtud de la cual el matrimonio, una vez iniciado, no puede romperse, en otras palabras, es la perpetuidad del vínculo conyugal.

En las diversas clasificaciones que la Teología dogmática utiliza al tratar cada uno de los institutos objetos de su estudio, se entiende por "de fé definida" todo aquello que se encuentra fundamentado en el texto expreso de la Sagrada Biblia; se entiende como "derecho positivo" la legislación que emana de la Iglesia Católica Apostólica y Romana, como consecuencia de la potestad vicaria y se considera de "doctrina común" el conjunto de opiniones unánimes y autorizadas de los diversos expositores, de la dogmática de la Iglesia.

De acuerdo con lo anterior, la indisolubilidad del matrimonio es un principio de fé definida, ya que la Iglesia deriva este principio de los textos de las Sagradas Escrituras, como veremos más adelante, pero, también es de derecho positivo y de doctrina común ya que los cánones jurídicos-ecclesiásticos la reglamentan y, los expositores autorizados de la dogmática católica, desde Santo Tomás de Aquino, San Agustín, etc., hasta los romanos pontífices de la era moderna han elaborado abundante doctrina al respecto. En relación con las Sagradas Escrituras, la Iglesia pretende fundar la indisolubilidad del matrimonio en diversos textos, incluidos algunos del Antiguo Testamento, como: "Por cuya causa dejará el hombre a su padre y a su ma-

dre y estará unido a su mujer. Y los dos vendrán a ser una sola carne". (21)

Felix Torres Amat, señala que Jesucristo se sirvió de la frase "una sola carne" para probar a los fariseos y que según San Pablo la unión íntima y estrecha de Adán y Eva, era como dos almas en un solo cuerpo significando la unión entre Cristo y la Iglesia. (22). Sin embargo, debemos aceptar con ciertas reservas esta pretendida fundamentación en el Antiguo Testamento, no olvidemos que los hebreos, cuya cultura y modus vivendi se encuentran vaciados en él, han admitido siempre el divorcio.

Otras bases, éstas sí de validez absoluta, de acuerdo con el punto de vista canónico, las encontramos en el Nuevo Testamento, para mencionar algunas, reproducimos las siguientes de entre las más importantes:

"Yo os digo que cualquiera que repudia a su mujer, salvo por casos de fornicación, y se casa con otra, adultera; y el que se casa con la repudiada, adultera". (23)

En casa volvieron los discípulos a preguntarle de lo mismo y les dijo: "Cualquiera que repudie a su mujer y se casa con otra, comete adulterio contra ella, y si la mujer repudia a su marido y se casa con otro, comete adulterio". (24)

"Todo el que repudie a su mujer, y se case con otra, adultera". (25)

"A las personas casadas, que la mujer no se separe del marido; - que si acaso llega a separarse no pase a otras nupcias o que se reconcilie con el marido". (26)

(21) Génesis II. 24.

(22) La Sagrada Biblia. Ed. Sopena. Argentina, S.A. Buenos Aires. 1958. 2da. Edición. Nota al pie n.º 34.

(23) San Mateo XIX, 9.

(24) San Marcos X, 9-12

(25) San Lucas XI, 18.

(26) I Epistola a los Corintios. VII, 10-11.

En cuanto a la indisolubilidad del matrimonio en relación al Derecho Positivo canónico, es decir, el emanado de la potestad vicaria, queda establecido: "las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, las cuales en el matrimonio cristiano adquieren una peculiar firmeza en razón del sacramento". (27)

El matrimonio legítimo es indisoluble pero, extrínsecamente puede ser disuelto bajo algunas excepciones extraordinarias y especiales por las autoridades eclesíásticas en razón de su potestad vicaria. Sin embargo, se afirma enfáticamente en los cánones eclesíásticos que ningún matrimonio verdadero puede ser disuelto por la autoridad civil.

La doctrina eclesíástica estudia dos clases de disolubilidad: perfecta e imperfecta.

La perfecta se da cuando se disuelve el vínculo, de modo que es posible otro matrimonio.

Dentro de la disolubilidad perfecta, encontramos los casos previstos por el canon.

1120,1.- "El matrimonio legítimo entre no bautizados aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio paulino... (28). El privilegio paulino se da cuando existe el matrimonio entre dos infieles, y uno de ellos bautiza mientras que el otro permanece en la infidelidad, rehusándose a ser bautizado o a cohabitar sin contumelia del Creador, con la parte infiel, entonces, la parte fiel puede contraer nuevas nupcias con un creyente, disolviéndose así el matrimonio anterior contraído con el infiel.

Otro caso de disolubilidad perfecta es el previsto por el canon 1119 que establece: "El matrimonio consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, en virtud de la profesión religiosa solemne, se considera como justa, a ruego de ambas partes o de una de ellas

(27) Código de Derecho Canónico. Miguez Alonso Cabrero. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1969. p. 212. Canon 1013. párrafo 2do.

(28) Miguez Alonso Cabrero. Ob. cit. 435.

aunque la otra se ponga". (29)

La otra forma de disolubilidad, la Imperfecta, constituye tan solo una separación que puede ser *quoad torum* (de hecho, es decir, cuando los cónyuges quedan exentos del débito conyugal), o separación *quoad habitatio nem* (de habitación o techo), esto es, cuando los cónyuges se liberan de la obligación de cohabitar simultáneamente; en cualquier caso los cónyuges no pueden contraer un nuevo matrimonio.

Al respecto el Concilio Florentino dice en su *decretum pro-armenis*: "D: 702 ...aunque por causa de fornicación sea lícito hacer la separación del lecho, (es decir, el divorcio imperfecto) sin embargo, no es lícito contraer un matrimonio nuevo, en virtud de que el vehículo del matrimonio legítimamente contraído es perfecto". (30)

Cabe señalar que el matrimonio que admite la disolubilidad perfecta se le conoce con el nombre de matrimonio rato, que es el celebrado en la Iglesia Católica, ante el representante de Dios, y que carnalmente no se ha consumado.

El matrimonio que admite la disolubilidad imperfecta es al que se le conoce con el nombre de matrimonio consumado, que a diferencia del primero, es el consumado carnalmente.

Concluyendo, el Derecho Canónico, en general, no admite el divorcio, salvo casos excepcionales, a los que ya nos referimos.

D) EL DIVORCIO EN EL DERECHO ISLAMICO.

Para poder apreciar a la institución del divorcio en su más amplia expresión en el Derecho Musulmán, haremos una breve referencia de aquél, en cuanto a su evolución, en este sistema jurídico.

Para tal efecto, reproducimos la siguiente cita de la obra de José López Ortiz:

(29) *Ibidem*. p. 424.

(30) Deminguer Enrique. *Exposition Symbolorum*. Cit. por Esperanza Hernández. *Conflicto de Leyes en Materia de Divorcio*. Tesis Profesional. U.N.A.M. 1970. p. 16.

"Lo que podríamos llamar dentro del fic. pleto de divorcio, - puede documentarse en las siguientes causas: impotencia de uno de los cónyuges o enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación si el conocimiento previo de estos defectos, no obstante ellos, la continuación de la vida conyugal no ha hecho prescribir el derecho a reclamar. Estos defectos o enfermedades pueden ser incurables, caso en el cual el Cadí, sin más, disuelve el matrimonio; si en cambio los refuta curables, concede un plazo prudencial, pasado el cual, si no han desaparecido, disuelve el matrimonio.

El adulterio tiene una consideración especial; ya se ha hablado de él en su aspecto de delito penado por la ley. Pero hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados de Fic, bajo el título de Lean-juramento imprecatorio-, con el cual el marido acusa a su mujer. Directamente - tiene el procedimiento ha hacer constar la causa del marido por lo que no reconoce como suyo un hijo de su mujer. Directamente tiene el procedimiento ha hacer constar la causa del marido por lo que no reconoce como suyo un hijo de su mujer. El marido que tiene pruebas directas del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse padre de un hijo de ésta, acude al Cadí, con la acusación; ante él hace el juez comparecer a ambos, a poder ser en la mezquita en horas de gran concurrencia; el marido formula solemnemente su acusación apoyándola con tres juramentos a los que añade el cuarto que contiene la imprecación ritual, de la maldición divina, si no dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, en el cuarto de los cuales se impreca también sobre sí la cólera divina -como las del marido, son palabras sacramentales-, evaden la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto".(31)

Debemos tomar en cuenta, que la figura del matrimonio entre los musulmanes es diferente a todo lo que hasta ahora hemos estudiado en el presente trabajo. El derecho y la tradición musulmana admiten poligamia, el -

(31) López Ortiz José. Derecho Musulmán. Colección Labor, Barcelona. 1937. pp. 163 y 164.

hombre musulmán puede tener hasta cuatro esposas legítimas y un número indeterminado de concubinas. Es evidente que la cultura islámica, en la mejor tradición oriental, es fundamentalmente patriarcal, por lo que, nuevamente, el divorcio está al alcance del hombre, pero no de la mujer. Para divorciarse el hombre no tiene más que jurar por tres veces que se divorcia. Es interesante hacer notar que la facilidad para divorciarse ha producido, no pocas veces, situaciones tragicomicas que han dado muchas bases a la literatura clásica; resulta que en un momento de ira ha habido quien ha pronunciado los tres juramentos rituales del divorcio, lamentándolo después, sin embargo, para poder volver a contraer matrimonio con la esposa repudiada es menester que esta contraiga matrimonio con otro hombre, y que éste a su vez la repudie. Se daban casos en el que el marido arrepentido tuviera que contratar los servicios de otro hombre para que se casara con la mujer repudiada y la repudiase, a su vez, tras haber pasado una noche con ella; a esta figura se le daba el nombre de desligador y no se requiere de mucha imaginación para darse cuenta del por qué ha constituido uno de los temas favoritos de los escritores musulmanes. Además, cabe considerar que una vez casada nada obligaba al desligador a divorciarse de la mujer, devolviéndola al marido original. Bastaba con que éste ante el Cadí devolviese al esposo original la cantidad que se le había pagado para servir de desligador; el contrato mediante el cual se estipulaban las obligaciones del desligador se hacía también ante el Cadí.

Mahoma, en un fútil y hasta ridículo intento de dificultar el divorcio establecido, en el Corán estableció que el juramento debía expresar una determinada causa, pero resultaba obioso ya que dicha causa tenía que fundamentarse o probarse. Estableció también un período de espera de tres meses, durante los cuales se debían hacer los juramentos rituales; esto último con el fin de facilitar la reflexión de un acto tan serio y de permitir la reconciliación; pero, también resultaba ocioso ya que nada impedía al marido una repudiación triple simultánea, que haría al divorcio automático e inmediato.

E) EL DIVORCIO EN EL DERECHO FRANCÉS.

El derecho canónico en Francia y su actitud respecto a la indisolubilidad del matrimonio empieza a perder vigencia con la tendencia de la Ilustración en dicho país; la ideología positivista de los gigantes del Racionalismo francés, Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Diderot, etc., inician una revolución cultural y filosófica que cambia la faz no solo de Francia, sino del mundo occidental; esta revolución alcanza soberbiamente el ámbito jurídico-político al estallar la Revolución francesa. No obstante lo anterior, en la primera Constitución Jacobina, que emana de la Revolución de 1791, no se estatuye el divorcio vincular, sin embargo, un año después, esto es, en 1792 se promulga la primera ley en Francia que reglamenta y reconoce el divorcio. Respecto de esta ley, nos dice el maestro Rojas Villegas:

"Esta ley se caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de caracteres y, además por adulterio, por injurias graves, por sevicia, por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen causas que en realidad no implican una culpa, como la locura y la ausencia no imputable. También la emigración por más de cinco años fue causa de divorcio". (32)

Esta ley tuvo vigencia en Francia hasta la promulgación del Código de Napoleón, el cual reviste gran importancia porque posteriormente sirve de base a la mayoría de los Códigos europeos. El Código Napoleónico reglamenta tanto el divorcio voluntario como el necesario; si bien respecto de éste último sólo subsisten como causales legales de divorcio el adulterio, las injurias graves, las condenas por delitos y la sevicia; pierden el carácter de causales de divorcio la emigración, la incompatibilidad de caracteres, la locura y la ausencia.

(32) Rojas Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción persona y familia. Edit. Porrúa, S.A. México 1970. p. 361.

En 1814, al restaurarse el trono borbón, una carta constitucional estatuye al catolicismo como religión oficial del Estado, como consecuencia de ello, dada la actitud permanente de la Iglesia atólica hacia el divorcio, en 1816 se promulga una ley que suprime el divorcio en Francia. No es sino hasta 1884 que se reimplanta el divorcio en Francia, siguiendo los lineamientos que habia establecido el Código Napoleónico.

F) EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

Entre las culturas indígenas o precortesianas, especialmente entre los aztecas, el divorcio estaba reconocido y reglamentado, aunque era difícil de obtenerlo.

La Ley XVII de Netzahualcōyotl, recogida por Ixtlixōchitl establece: "Que si alguna persona fuese casada y la mujer se quejase del marido y quisiese descasarse, que en tal caso los hijos que tuviese en ella el marido, los tomase y los bienes fuesen perdidos por iguales partes, tanto el uno como el otro; entiéndase, siendo culpable el marido". (33)

El divorcio se entendía como separación de cuerpos; se aceptaba por la ley a pesar de que no estuviera declarado judicialmente. El marido estaba facultado para pedir a los tribunales la declaración judicial del divorcio cuando la mujer observaba mala conducta, era pendenciera, impaciente, descuidada, perezosa o estéril. Cuando el marido, fundándose en una de las causales ya invocadas, pedía la declaración judicial del divorcio, los magistrados procuraban la reconciliación, si no la conseguían, declaraban el divorcio, mejor dicho, concedían al marido la autorización para repudiar a la esposa. El repudio sin la autorización judicial era castigado con la pena infamante de chamuscar los cabellos del marido.

Bjart dice al respecto: "Un hombre no podía repudiar a su mujer sin la autorización de los magistrados. Se debía presentar delante de ellos y exponer sus motivos. Los jueces lo exhortaban a la concordia y trataban de disuadirlo; si persistía en su intención y sus motivos eran suficientes,

(33) Zurita. Cit. por Salvador Toscano. Derecho y organización social de los aztecas. México 1937. p. 47.

se le permitía separarse de su mujer, pero no se sancionaba su divorcio. - Una vez separado no podía volver a tomar a la mujer repudiada". (34)

Existía, además, lo que se denominaba matrimonio temporal, que - en caso de no haber descendencia, podía ser fácilmente disuelto por el marido. En el caso del nacimiento de un hijo, los parientes de la mujer podían exigir que el matrimonio se constituyera en permanente. Una vez hecho lo - cual, la esposa recibía el nombre de Temecaut o Tlacallalcahuilli.

El régimen patrimonial del matrimonio era de separación de los - bienes y tenía su origen en las dotes que cada uno de los cónyuges aportaba al matrimonio.

La situación de los hijos después del divorcio era la siguiente: Los hijos varones eran atribuidos al padre y las hijas quedaban con la madre.

Durante la colonia, estaban vigentes en México las legislaciones relativas a matrimonio y divorcio vigentes en España. Puede decirse que esta reglamentación derivaba directamente del Derecho Canónico, el cual ya hemos tratado. Las Siete Partidas se ocupan del divorcio en el título noveno, se autoriza el divorcio por causa de adulterio, la nulación cuando al matrimonio se hubiese celebrado no obstante existir un impedimento dirimente, y, no se reconoce en ninguno de los casos mencionados la disolución del vínculo. A pesar de no hacerse mención de ello en las Siete Partidas, se admitía la disolución del vínculo en los casos que se admiten en el Derecho Canónico, ya mencionados.

Al iniciarse la vida de México Independiente, la religión católica sigue siendo, por ley, la religión oficial del Estado, por lo que el Derecho Canónico sigue estando vigente en todo lo que se refiere a matrimonio y divorcio.

(34) Cit. por Régulo Hernando Rodríguez. Organización Política, Social, Económica y Jurídica de los Aztecas. México 1958. p. 111.

Durante la Reforma, se establece la independencia de los negocios del Estado respecto de los eclesiásticos, convirtiendo al matrimonio en un contrato civil. El 23 de julio de 1859 se publica un decreto que establece el carácter civil, no eclesiástico, del matrimonio. Dicho decreto establece en su artículo primero: "El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez basta que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquellas y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio". (35)

Sin embargo, el mencionado decreto mantiene la actitud clerical de indisolubilidad del matrimonio estableciendo en su artículo cuarto: "El matrimonio civil es indispensable, por consiguiente, solo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo; pero podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo veinte de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otra persona". (36)

Durante el segundo Imperio mexicano, Maximiliano sigue los mismos criterios respecto del carácter civil del vínculo conyugal, en el decreto número 180, artículo 186 establece:

"Se prohíbe expresamente a todos los eclesiásticos, que celebren ningún matrimonio religioso, sin que antes se les haya presentado un certificado del oficial del Registro en que conste que se ha verificado el contrato civil.

La infracción de este artículo será sancionada con una multa de \$100.00 M.N., a \$ 1,000.00 M.N., en que incurran cada uno de los cónyuges, el sacerdote que autorice el matrimonio, los testigos y todos los que hayan contribuido a la celebración del acto.

(35) Ibidem.

(36) Magallón Ibarra, Jorge Mario. El Matrimonio. Prólogo de Luis Recasens-Siches. Tipografía Editorial.

"El Estado considera como uniones concubinarias los matrimonios - que no se celebren con arreglo a las prevenciones de esta ley y no reconoce en ellos la patria potestad, la legitimación de los hijos, ni ningún otro - de los efectos civiles del matrimonio". (37)

Durante la Reforma, Don Benito Juárez, en su carácter de Presi - dente de la República, encargó a Don Justo Sierra O. la elaboración de un - proyecto de Código Civil para el Distrito Federal; el Dr. Sierra se inspiró - para la redacción del mismo en el proyecto que para el Código Civil Español formulara Don Florencio García Goyena, quien se basó en el Código Napoleóni - co. Dicho proyecto fue publicado bajo el Imperio de Maximiliano, pero no - fue sino hasta el 8 de diciembre de 1870, cuando se promulgó el primer Cód - igo Civil para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California, en -- trando en vigor el 10. de marzo de 1871.

Por lo que se refiere al tópico objeto del presente estudio, de - bemos apuntar que el Código Civil de 1870 no admite el divorcio vincular, - sino solo la separación de cuerpos entre los cónyuges, permaneciendo incól - me el vínculo conyugal y todas las obligaciones derivadas del mismo y, de - jando a los cónyuges sin posibilidad de contraer un nuevo matrimonio. Al - respecto, el artículo 239 del mencionado Código, establece: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende solo algunas de las obligacio - nes de este Código".

El artículo 240 del multicitado Código exponía las causales con - base en las cuales podía obtenerse la separación. Estas eran:

"1a.- El adulterio de uno de los cónyuges;

2a.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no só - lo cuando el marido lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que - ha recibido dinero o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones con su mujer;

(37) Ibidem. p. 45.

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

4a.- El connato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción;

5a.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años;

6a.- La acusación falsa de un cónyuge al otro".

A las causales ya anotadas debemos agregarle la que el legislador del '70 estableció en el artículo 244:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio, o la nulidad del matrimonio, por causas que no haya justificado, o haya acusado judicialmente a su cónyuge; el demandado tiene derecho para pedir el divorcio, pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de notificación de la última sentencia. Durante esos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido".

En el Código de 1870, se introduce una modalidad a la vida jurídica de México; el divorcio voluntario. En la expresión de motivos de este Código, los autores explican la novedosa figura jurídica en los siguientes términos:

"Al examinar esta delicada materia, surgió una cuestión grave en su esencia y grave en sus resultados; el divorcio voluntario. La primera impresión que deja en el alma este pensamiento, lo es totalmente desfavorable, porque no solo parece poco moral, sino contrario a los fines del matrimonio y perjudicial para los hijos y para los mismos cónyuges. Pero si penetramos al hogar doméstico, se examinará concienzudamente la horrible situación de dos personas que ya no pueden vivir juntos; si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal; si se atiende a la educación de los hijos y se calculan los amargos frutos que respecto a ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá la triste verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo. Por otra parte, cuando ese desacuerdo llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado -

en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario; pero la experiencia nos prueba que solo el desamor, aunque terrible por sí mismo, casi nunca inspira a los consortes la idea de separarse. Lomás probable es que no queriendo revelar por vergonzosas quizá las causas de su determinación, apelan al divorcio voluntario, que poniendo algún remedio a los males que sufren, les evita la vergüenza o tal vez la afrenta, en vuelve en el misterio los secretos de la familia y no deja en el corazón de los hijos la negra huella del crimen de alguno de sus padres o tal vez entre ambos^m.

La cuestión examinada prácticamente cambia de aspecto y el divorcio es, ya no un bien, un mal mucho menor porque corta la deshonra de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de los padres deja a los hijos en triste legado y como no es perpetuo, como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término a cualquiera hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleran el momento de la reconciliación^m. -

(38)

El legislador trató de restringir el uso abusivo del divorcio voluntario, disponiendo en el artículo 247 del Código al que nos hemos estado refiriendo y que a la letra dice:

"El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio ni cuando la mujer tenga mas de cuarenta y cinco años de edad^m.

El 25 de septiembre de 1873, durante el Gobierno de Don Sebastián Lerdo de Tejada, el carácter civil del matrimonio se eleva a norma constitucional. Con esta base, el 14 de diciembre de 1874, se publica la Ley Orgánica del Matrimonio Civil, que establece en su artículo 25:

"Corresponde a los Estados legislar sobre el estado civil de las personas y reglamentar con que los actos relativos deben celebrarse y regir

(38) Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Librería de J. Valdés y Cuevar. México, 1885, p. 125.

-- trarse, pero sus disposiciones deberán sujetarse a las siguientes bases:

...IX el matrimonio civil no se disolverá mas que por la muerte de uno de los cónyuges, pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que serán determinadas por el legislador sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona". (39)

En 1884 se realiza una nueva codificación civil que, en materia de divorcio, sigue muy de cerca los lineamientos trazados por el Código Civil de 1870. Como su predecesor, rechaza el divorcio vincular; su artículo 226 es una transcripción del artículo 239 del Código Civil de 1870, que ya reproducimos en páginas anteriores y que establece que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, sino tan solo suspende algunas de las obligaciones civiles que reglamenta el propio Código.

En su artículo 227 establece las causales de divorcio necesario, aceptando las fijadas por el Código de 1870 y agregando las siguientes:

"2a.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que jurídicamente sea declarado ilegítimo;

6a.- El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o cuando sea con justa causa, siendo ésta bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio;

7a.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro;

8a.- La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro;

9a.- La negativa de uno de los cónyuges a administrar a el otro alimentos conforme a la ley;

10a.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez;

11a.- Una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no ha-

(39) Magallon I. J. M. Ob. cit. p. 174.

ya te ido conocimiento el otro cónyuge;

12a.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales;

13a.- El mutuo consentimiento".

Para el caso de que los cónyuges desearan disolver el matrimonio voluntariamente, deberían acudir ante el juez competente, para que mediante procedimiento seguido ante el mismo, pudiera ser declarado legalmente el divorcio.

El Código de 1884, facilita el procedimiento tendiente a lograr la separación de cuerpos; se limitan en el mismo los obstáculos que establecía el Código de 1870, se aumentan las causales de siete que eran en el ordenamiento de 1870 a las trece que acabamos de mencionar; además, el mutuo consentimiento para la dicha separación de cuerpos. Sin embargo, como ya hemos dicho, hasta este ordenamiento no existía en nuestra vida jurídica el divorcio vincular, sino tan solo una separación de cuerpos reglamentada por la ley civil.

El 9 de abril de 1917, Don Venustiano Carranza en su carácter de primer jefe del Ejército Constitucionalista, expidió la Ley Sobre Relaciones familiares en el Puerto de Veracruz. Esta ley marca el principio de un nuevo capítulo en la vida jurídica mexicana en materia de divorcio. A partir de este ordenamiento, empieza a contemplarse el matrimonio como un acto jurídico de carácter disoluble aceptando así, una postura opuesta a la que tradicionalmente se había sostenido.

Así, la Ley Sobre Relaciones Familiares establece en su artículo trece un nuevo concepto de la vida jurídica del matrimonio en los siguientes términos: "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Como consecuencia del cambio de actitud en cuanto a la disolubilidad del matrimonio, se produce lógicamente un cambio en cuanto a la figura jurídica del divorcio; hace su aparición en el derecho mexicano el divorcio vincular. Así, en el artículo 75 del ordenamiento de referencia dispone:

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

El artículo 76 de la propia Ley de Relaciones Familiares dispone:

"Son causas de divorcio:

1a.- El adulterio de uno de los cónyuges;

2a.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente fuese declarado ilegítimo;

3a.- La perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada - por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; por el connato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;

4a.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria;

5a.- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;

6a.- La ausencia del marido por más de un año, con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;

7a.- La sevicia, las amenazas, injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para con el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza que hagan la vida imposible en común;

8a.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por el delito que merezca pena mayor de dos años;

9a.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro de dos a más años;

10a.- El vicio incorregible de la embriaguez.

lla-Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión;

12a.- El mutuo consentimiento".

El artículo 79 de la ley en cuestión, reproduce lo preceptuado por los Códigos Civiles de 1870 y 1884 en sus artículos 244 y 230 respectivamente. El mencionado artículo 79 dice a la letra: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido". Como puede observarse en la reproducción del texto legal al que acabamos de referirnos, el término que debe dejarse transcurrir para ejercitar la acción de divorcio derivada de esta causal es de tres meses (igual que en el Código Vigente), es decir, que se reduce dicho término con relación a los Códigos de 1870 y 1884.

El artículo 88 de la Ley de Relaciones Familiares establece que la acción de divorcio deberá ejercitarse dentro de los seis meses después de que hayan llegado al conocimiento del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda. En esto también la ley de referencia presenta una innovación con respecto a las codificaciones anteriores que establecían un término de un año.

Se observa la figura del divorcio voluntario, sólo que, siguiendo la tendencia de la ley, éste es vincular. Se dispone, para poderlo interpretar un término mínimo de un año después de celebrado el matrimonio.

Consideremos que la Ley de Relaciones Familiares es, en cuanto a sus tendencias y los criterios que contiene, el antecedente directo de nuestra legislación vigente; no sólo porque haya precedido cronológicamente, sino porque rompe con las tendencias anteriores, estableciendo nuevos crite -

rios que se conservan hasta nuestros días. Frecuentemente al sobrevenir una innovación e tal magnitud se produce posteriormente una reacción que tiende a proyectar a las instituciones a su estado anterior; no así en este caso en el que nuestra legislación vigente tiende a reafirmar los criterios de la Ley de Relaciones Familiares, quizá, por ser esta ley, al igual que nuestra Constitución vigente, fruto de nuestra revolución social y, por lo consiguiente, plenamente concordante con las nuevas tendencias ideológicas que han imperado en nuestro país desde entonces.

El maestro Eduardo Fallares, comentado la Ley Sobre Relaciones Familiares, escribió:

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

"Sólo son comparables a esta ley, por su importancia política y social, los artículos 30., 123 y 130 de la flamante Constitución; pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos, conferencias y críticas de todo género, la Ley sobre Relaciones Familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente; algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que llega un virus destructor de primer orden". (40)

El 30 de agosto de 1928 fue promulgado, por el entonces presidente de la República Don Plutarco Elías Calles, el Código Civil vigente. De conformidad con su artículo 10. transitorio, el Presidente de la República, Pascual Ortiz Rubio, dispuso por decreto del 29 de agosto de 1932, que entrara en vigor el primero de octubre de dicho año. La Comisión Redactora de dicho Código estuvo integrada por Francisco H. Ruiz, Ignacio García Téllez,

(40) Ob. cit. pp. 25 y 26.

Rafael García Peña y Fernando Moreno.

El Código Civil de 1928 deroga, en los términos de su artículo 90. transitorio, la Ley sobre Relaciones Familiares.

CAPITULO CUARTO.

EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal regula, en su artículo 272, la forma de divorcio más sencilla para obtener la disolución del vínculo conyugal, se trata del divorcio voluntario administrativo. En el presente capítulo lo analizaremos y daremos un concepto del mismo; estudiaremos los requisitos para que proceda, el procedimiento por el que se obtiene y, por último, le haremos una crítica.

Tomaremos como punto de partida el contenido del mencionado artículo 272 del Código Civil vigente, que a la letra dice: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud del divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

"El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se oom - prueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que esta - blezca el código de la materia.

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

De lo anterior se desprende el siguiente...

A) CONCEPTO.

DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.- Es aquel que, mediante un - acuerdo de voluntades, puede ser invocado por los cónyuges ante el Juez del Registro Civil, si son mayores de edad, si no existen hijos en el matrimo - nio, si han disuelto la sociedad conyugal, si bajo ese régimen contrajeron - el matrimonio, y si ha transcurrido un año, por lo menos, contado a partir - de la celebración del matrimonio, para disolver el vínculo matrimonial que - los une.

Del concepto anterior podemos extraer los requisitos necesarios - para que los cónyuges que convengan disolver el vínculo matrimonial que los - une, puedan hacerlo por medio de esta clase de divorcio. Así tenemos que - los requisitos son:

B) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

1.- **SER MAYORES DE EDAD.**- Con este requisito lo que se pretende - es que los divorciantes tengan plena conciencia de la trascendencia del ac - to que van a realizar. Este requisito nos parece ridículo, haciendo referen - cia de ello en el inciso referente a la crítica.

2.- **NO HABER PROCREADO HIJOS.**- Siendo los hijos los más afecta - dos con las decisiones de los padres, así como con sus actos, con este re - quisito lo que se pretende es no dañarlos moral y económicamente.

3.- **LIQUIDAR LA SOCIEDAD CONYUGAL.**- Si los cónyuges contrajeron -

nupcias bajo el régimen de bienes mancomunados, es decir, sociedad conyugal, deben liquidarla para que puedan acudir ante el juez del Registro Civil a manifestar su voluntad de divorciarse.

4.- QUE HAYA TRANSCURRIDO UN AÑO, POR LO MENOS, CONTADO A PARTIR DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.- Lo que el legislador buscó con este requisito es que, durante el año a transcurrir, los cónyuges alcancen un grado de madurez determinado, para que comprendan el alcance del acto de divorciarse y no lo tomen como un simple capricho.

Finalmente, y al reunir los requisitos mencionados, los cónyuges deben realizar el siguiente:

c) PROCEDIMIENTO. (art. 272 del C.C. vigente)

PRIMERO.- Se presentaran ante el juez del Registro Civil del lugar donde habiten;

SEGUNDO.- Comprobarán con las copias certificadas respectivas que son mayores de edad y que son casados;

TERCERO.- Le manifestarán al juez, de manera terminante y explícita, su voluntad de divorciarse.

A su vez, el juez del Registro Civil realizará los siguientes actos:

PRIMERO.- Identificará a los consortes;

SEGUNDO.- Levantará un acta en la que hará constar la solicitud de divorcio; y,

TERCERO.- Citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días.

Por último, si los consortes hacen la ratificación, el juez los declarará divorciados, levantará el acta respectiva y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio.

D) CRITICA.

- Referente a la facilidad con que los cónyuges pueden disolver el vínculo matrimonial con este sistema de divorcio, consideramos importante que así sea, ya que obligar a los cónyuges a vivir respetando la forma de un vínculo que no desean es orillarlos al odio mutuo y, porque no, al suicidio o al crimen. Por tal razón, y al no afectar intereses de terceros, no haber hijos y no existir controversia económica entre los cónyuges, repetimos, es un acierto la existencia del divorcio voluntario administrativo.

- Respecto a la mayoría de edad, nos parece ridículo que el legislador permita que el menor de 18 años contraiga matrimonio y que al mismo tiempo lo emancipe de la patria potestad al realizar ese acto (art. 641 del C.C. vigente), y no permita el divorcio a dicho menor -nos estamos refiriendo al divorcio voluntario administrativo-, teniendo que recurrir al divorcio voluntario judicial, al que haremos referencia más adelante.

- Sobre la no existencia de hijos, nos parece acertado lo estipulado por el legislador ya que de esa forma no serán afectados por los actos de los padres, en este caso el de divorciarse.

- Por último, en cuanto a la liquidación de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se contrajo matrimonio, es lógico suponer que los cónyuges, al convenir en divorciarse, también convinieron en la partición de los bienes aportados al matrimonio.

Si los cónyuges divorciantes, al momento de contraer matrimonio, lo hicieron bajo el régimen de separación de bienes, no habrá problema alguno.

CAPITULO QUINTO.

DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Si los cónyuges que convienen en divorciarse no reúnen los requisitos que menciona el artículo 272, en su primer párrafo, del Código Civil vigente y, por lo tanto, no pueden acudir ante el juez del Registro Civil a solicitar su divorcio por la vía administrativa, pueden ocurrir ante el juez competente de Primera Instancia a solicitarlo a través de la vía judicial. Así lo establece el mencionado artículo 272 en su último párrafo al estipular que: "...Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

El artículo 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, nos señala ante quien debe tramitarse el divorcio voluntario judicial, siendo ante los jueces de lo familiar.

Con la demanda que presenten los cónyuges ante el juez de lo Familiar, en la que solicitan su divorcio, deben presentar un convenio, en el que estipulen las cláusulas que erige el artículo 273 del Código Civil vigente, artículo que enseguida transcribimos:

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 fijen los siguientes puntos:

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

"II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

"III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

"IV. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse 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 o inmuebles de la sociedad".

Es de destacar que no obstante el mencionado artículo no estipula expresamente la forma de ejercer la patria potestad sobre los hijos, en la práctica suele estipularse en el convenio los derechos que ambos cónyuges tienen sobre ellos, tanto para visitarlos como para dirigir su educación, etc.

Otro requisito importante, aparte de la celebración del convenio mencionado, es el aludido por el artículo 274 del Código en cita, que a la letra dice: "El divorcio por mutuo consentimiento no puede pedirse sino pasado un año de la celebración del matrimonio".

Si los cónyuges no reúnen los requisitos mencionados, es decir, no han celebrado el convenio y no ha transcurrido un año contado a partir de la celebración del matrimonio, y no obstante acuden ante el juez a solicitar su divorcio, éste no dará entrada a la demanda respectiva hasta que no se cumplan dichos requisitos.

Manifestado lo anterior, estamos en posibilidad de dar un concep-

to del divorcio voluntario judicial; de determinar los requisitos que se necesitan para acudir ante el juez de lo familiar a solicitarlo; de señalar el procedimiento a seguir para obtenerlo; y, por último, de realizar una crítica constructiva.

A) CONCEPTO.

Divorcio Voluntario Judicial.- Es aquel que mediante un acuerdo de voluntades, puede ser invocado por los cónyuges ante el juez de lo familiar, si son menores de edad, si tienen hijos, o bien, si no han liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen celebraron el matrimonio, siempre que celebren el convenio a que alude el artículo 273 del Código Civil vigente y que haya transcurrido por lo menos un año contado a partir de la celebración del matrimonio, para disolver el vínculo conyugal.

B) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

No es necesario que los cónyuges reúnan todos los requisitos que a continuación mencionaremos, basta con que cuenten con uno solo de ellos para que no tengan facultad de acudir ante el juez del Registro Civil a solicitar la disolución de su matrimonio por la vía administrativa, debiéndolo hacer por la vía judicial ante el juez de lo familiar.

Los requisitos de procedibilidad son:

I. SER MENOR DE EDAD. Cuando los cónyuges divorciantes son mayores de edad, no hay problema alguno ya que tienen en el divorcio la libre disposición de su persona y de sus bienes, esto se desprende de lo estipulado por el artículo 247 del Código Civil que concuerda con el 643. El problema se suscita cuando en el procedimiento de divorcio voluntario comparezca un cónyuge menor de edad, en cuyo caso, debe asignarsele un tutor especial, aunque el matrimonio haya producido de pleno derecho la emancipación del menor de edad. Al respecto, el maestro Rafael Rojina Villegas señala: "Para comparecer en juicio, el menor emancipado necesita de un tutor especial. Es por esta razón que el juicio de divorcio voluntario, como también en su caso, el juicio de divorcio necesario, e en general, en cualquier juicio, el emancipado por razón de su matrimonio, o por virtud de no haber cumplido 18

años de edad y habersele concedido la emancipación, deberá estar asistido - de un tutor en los negocios judiciales. Al efecto es aplicable el artículo 641 del Código Civil vigente que dice: "El matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación . Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor, no recaera en la patria potestad"; y el artículo 643, fracción II del mismo Código Civil, dispone: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad de un tutor para negocios judiciales". En relación con estos preceptos, el artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles, a su vez estatuye: "El cónyuge menor de edad necesita de un tutor especial, para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento" y, además, como consecuencia necesaria, no solo el tutor especial deberá firmar la solicitud de divorcio, sino comparecer a las dos juntas en las que el menor manifestará su voluntad de divorciarse, con la aprobación del tutor". (41)

Una peculiaridad en el divorcio voluntario consiste en que los cónyuges no pueden hacerse representar por un apoderado, tomando en cuenta la finalidad que persigue la ley, de que el juez exhorte directamente a los consortes para procurar avenirlos. Si interviniese el apoderado es evidente que esa finalidad podría ser nugatoria, ya que el apoderado juzgaría el asunto de una manera impersonal, fría, y no se lograría el efecto que la ley persigue de procurar por el juez la reconciliación. Por tal razón, la presencia de los cónyuges ante el juez en la junta de avenencia es un acto personalísimo, y si se otorgase poder para comparecer ante dicha junta de avenencia, sería inexistente, ya que el objeto directo de ese acto jurídico, resultaría imposible. El artículo 678 del Código Procesal, impide de plano que se conceda representación para los consortes a un apoderado en el divorcio voluntario. Dice así este precepto: "Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refieren los artículos 675 y 676, sino que deben comparecer personalmente y en su caso acompañados del tutor especial".

(41) Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. T. II. 1975. p. 398.

II. LA EXISTENCIA DE HIJOS.- El artículo 273 del Código Civil estipula la forma en que se deben de proteger a los hijos cuando existen. Al efecto, el mencionado artículo, en sus fracciones I y II, estipula lo siguiente: "Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. ...".

En cuanto a la estipulación que indica en poder de quien van a quedar los hijos, anteriormente mencionamos que en el convenio suele estipularse si los dos cónyuges van a ejercer mancomunadamente la patria potestad o si solo uno de ellos, y en poder de quien van a quedar los hijos.

En lo relativo al modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio, la ley no estipula como deben garantizarse los alimentos. Algunos autores estiman que debe aplicarse supletoriamente el artículo 317 del Código Civil que establece: "El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos". Nosotros no estamos de acuerdo con tal estimación ya que afectaría a las personas de escasos recursos. La mayoría de la población no cuenta con inmuebles para hipotecar, ni con prendas valiosas para pignorar, ni tiene la solvencia suficiente para constituirse en fiado y, mucho menos, cantidades líquidas de dinero para hacer depósitos en efectivo. Suponemos que la garantía establecida en la fracción cuarta del artículo 273 del Código Civil queda al arbitrio del juez que deberá considerar las condiciones especiales de cada caso en particular y, tras oír las manifestaciones del representante social (Ministerio Público) y estudiar las peculiaridades del caso, éste podrá incluso, aceptar en ciertas ocasiones una garantía de naturaleza moral, o cualquiera de otra índole como lo es la que se ha convertido tradicional en nuestros medios judiciales, consistente en girar oficio al lugar en el que el deudor alimenticio presta sus servicios, para que se descuenta de su sueldo la cantidad que se destine a cubrir los alimentos.

III. LA NO LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.- Aún cuando los cónyuges sean mayores de edad y no tuvieren hijos, pero no han liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen contrajeron matrimonio, por ese solo hecho no pueden acudir ante el juez del Registro Civil a solicitar el divorcio por la vía administrativa, debiendo hacerlo por la vía judicial ante el juez de lo Familiar.

El artículo 273, en su fracción V, estipula la forma de convenir respecto de los bienes aportados al matrimonio. La fracción mencionada dice: "La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad".

C) PROCEDIMIENTO.

Los artículos 674 al 682 del Título Décimo primero del Código de Procedimientos Civiles, regulan el procedimiento a seguir para obtener el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario. A continuación transcribimos dichos artículos:

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

Artículo 275.- "Hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta en la que se identificarán plenamente, que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días siguientes, y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. Si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente, oyendo al representante del Ministerio Público, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, a la reparación de los cónyuges y a los alimentos de aquéllos y de los que un cónyuge deba dar a otro mientras dure el procedimiento, dictando las medidas necesarias de aseguramiento".

Artículo 676.- "Si insistieren los cónyuges en su propósito de divorciarse, citará el tribunal a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada; y en ella volverá a exhortar a aquéllos con el propio fin que en el anterior. Si tampoco se lograre la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del representante del Ministerio Público sobre este punto dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado".

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

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

Artículo 679.- "En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente".

Artículo 680.- "En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que dentro de los tres días manifiesten si aceptan las modificaciones.

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

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

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

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

A su vez, los artículos arriba mencionados estipulan:

Artículo 114.- "La sentencia ejecutoria que decreta un divorcio se remitirá en copia al juez del registro civil para que levante el acta correspondiente".

Artículo 116.- "Extendida el acta se mandará anotar la de matrimonio de los divorciados y la copia de la declaración administrativa de divorcio se archivará con el mismo número del acta".

Artículo 291.- "Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al juez del registro civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto".

¿QUE PAPEL DESEMPEÑA EL MINISTERIO PUBLICO EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO?

El Ministerio Público está para hacer cumplir los preceptos legales relativos al convenio, de tal manera que si éste no está integrado debidamente en la forma prescrita por la ley, y el juez admite la demanda de divorcio, el Ministerio Público deberá apelar del auto que admitió la demanda y ordenó la tramitación del procedimiento.

Asimismo, si existe sentencia que declara el divorcio y aprueba un convenio irregular, no es válida y por lo mismo debe ser apelada por el Ministerio Público, se entiende que debe hacerlo antes de que dicha sentencia alcance la autoridad de cosa juzgada, ya que si es así será inatacable.

Se hace evidente que no todas las mencionadas estipulaciones del convenio son esenciales para la validez de éste. Por ejemplo, la relativa al nombramiento de liquidadores, así como a la designación de la persona -

- - - - - que ha de continuar administrando la sociedad legal. Lo importante en el convenio, que no debe omitirse, es lo relativo a los hijos, así como a los alimentos, que tanto ellos como uno de los cónyuges deberán percibir, y las garantías concernientes a su pago.

De lo prevenido por el artículo 680 del Código Adjetivo, se infiere que el Ministerio Público sólo puede oponerse a la aprobación del convenio, cuando éste contenga estipulaciones contrarias a los derechos, necesidades y bienestar de los hijos menores de edad e interdictos.

A la oposición del Ministerio Público deberá recaer un decreto - del cual se dará vista a los cónyuges para que modifiquen el convenio de acuerdo con lo solicitado por esos funcionarios. Si no lo hacen, el juez resolverá en justicia, pero siempre teniendo en cuenta que los derechos de los hijos no sean violados.

Debe aclararse que el juez no está obligado a someterse a las exigencias del Ministerio Público, relativas al convenio, pero debe cuidar de que éste no viole ninguna de las leyes de orden público concernientes a la familia.

D) CRITICA.

El divorcio voluntario judicial o divorcio por mutuo consentimiento no es admitido en algunas legislaciones porque facilita la disolución del vínculo conyugal y pone en peligro la estabilidad de la familia. Y no sólo eso, sino que es causa y permite que personas que no tienen el propósito de permanecer en el matrimonio por toda la vida, lo contraigan. Esa unión, hay veces, no dura mucho tiempo y termina cuando la voluntad caprichosa de los cónyuges así lo exija, porque hayan desaparecido los impulsos eróticos sexuales que lo provocaron, convirtiendo el acto de matrimonio en una farsa o en un instrumento de moralidad y legalidad a uniones libres y pasajeras. A esas cuestiones se les ha dado respuesta diciendo que si no existiera el divorcio voluntario judicial o si se le suprimiera, se obligaría a los cónyuges a realizar actos de simulación por medio de los cuales -

pudieran acudir al juicio de divorcio necesario, declarándose uno de ellos culpable por incurrir en una causa que la ley considera bastante para que el otro cónyuge pueda demandar el divorcio.

Por otro lado, es innegable el gran servicio que presta el divorcio voluntario a la sociedad en que vivimos. Si no existiera aquel, entonces ya no se pensaría en su consecuencia: la disolución de la familia; se pensaría en otros problemas tales como traumas, violencia, etc., consecuencias que surgirían por la imposibilidad de romper una unión, un vínculo que ya no se desea.

Hay que tomar en cuenta que cuando la pareja desea disolver el vínculo conyugal, es una decisión que la mayoría de las veces no se ha tomado a la ligera, sino porque una o muchas causas hacen imposible e insostenible la vida en común.

Ahora bien, al tutelar el divorcio voluntario los derechos de terceros inocentes y proteger los intereses de la sociedad, cuya representación recae en el Ministerio Público, y por lo tanto se trata de causar el daño menor posible, no hay razón suficiente para que el divorcio voluntario deje de tener vigencia.

Consideramos al divorcio voluntario judicial como institución conservadora de la sociedad; institución que conserva y protege los intereses de los cónyuges, así como los de los hijos de éstos. Por esto calificamos a dicha institución como progresista, ya que muestra la imagen madura de nuestra ley y de las instituciones por las que está rodeada.

CAPITULO SEXTO.

DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

En los divorcios anteriormente analizados, el juez deja al criterio de los cónyuges el considerar si las razones por las que acuden a él, a solicitar su divorcio, son lo suficientemente razonables como para disolver el vínculo que los une.

En el divorcio necesario o contencioso sucede lo contrario, el juez es quien decide si las causas señaladas por el cónyuge, porque uno solo de ellos es el facultado para solicitar la disolución del vínculo conyugal por medio del divorcio necesario, encuadran dentro de las señaladas por los artículos 267 y 268 del Código Civil, artículos que nos señalan las causas por las que procede el mencionado divorcio.

En el transcurso del presente capítulo analizaremos, en forma particular, los artículos señalados, o sea, a las causales de divorcio; la acción por medio de la cual se ejercita el juicio de divorcio necesario o contencioso y, por último, los efectos de éste.

Antes de entrar en materia, analizaremos a los PRINCIPIOS APLICABLES A LAS CAUSAS DE DIVORCIO.

La ley contempla dos únicos principios:

a) Principio de la limitación de las causas. Por medio de este principio, y dada la gravedad de la disolución del vínculo conyugal, el le-

gislador señaló como únicas causas de divorcio necesario las señaladas por los artículos 267 y 268 del Código Civil. No otorgó a los tribunales la facultad de establecer causas diferentes a las señaladas por él.

b) Principio de la aplicación restrictiva de las causas de divorcio. Al respecto, el maestro Eduardo Pallares menciona: "La H. Suprema Corte de Justicia ha establecido la jurisprudencia de que las causas de divorcio son autónomas, en el sentido de que es ilegal vincularlas entre sí, completando o combinando lo que unas dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma". (42)

Por último, antes de pasar al estudio de las causales de divorcio, conviene que señalemos la clasificación que de ellas hace el maestro Pallares:

Las divide en los siguientes grupos:

a) "Causas en las que los tribunales gozan de cierta facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causas. Por ejemplo, cuando se trata de injurias graves, sevicia, calumnias, abandono del hogar sin haber causa justificada, etc.

b) "Las contrarias a las anteriores en las que los tribunales no tienen esa facultad discrecional. Ejemplo, el adulterio, el abandono de hogar por más de un año, la falta de pago de los alimentos, la promoción de un juicio improcedente, etc.

c) "Un tercer grupo está formado por las causas que implican un hecho culpable, e incluso la comisión de un delito, por parte del cónyuge demandado; tales como el adulterio, la incitación a cometer un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio conyugal, etc. En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza jurídica. Así, por ejemplo, padecer algunas de las enfermedades que especifican las fracciones VI

(42) Ob. cit. p. (1).

VII del artículo 267;

a) "El cuarto grupo comprende el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, de modo especial las relativas a suministrar alimentos - al otro cónyuge y a sus hijos, y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a estas causas pueden señalarse aquéllas que sin constituir el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, revelan una condición de inmoralidad tal del cónyuge culpable, que es del todo necesario disolver el matrimonio para evitar su influencia perniciosa en la vida de los hijos o del otro consorte;

e) "Finalmente, hay otras causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo sus obligaciones familiares. Así son las que consignan las fracciones XIV y XV". — (43).

A) LAS CAUSALES DE DIVORCIO EN PARTICULAR.

Las señaladas por el artículo 267 del Código Civil son:

PRIMERA CAUSA: "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges".

De esta causa cabe señalar lo siguiente:

a) Tanto el Código Penal vigente como el Código Civil no definen lo que es adulterio, el primero de ellos solo lo sanciona. Esta omisión se suple con el concepto gramatical y tradicional que se tiene de ese acto, - siendo el siguiente: es la unión sexual que no sea contra natura de dos personas que no estén unidas por el matrimonio civil, y de las cuales una de ellas o las dos, estén casados civilmente con un tercero. De esta definición se desprende que aunque actos contra natura y también los demás elementos de la definición no hay adulterio; tampoco habrá adulterio entre personas que se unen sexualmente y que sólo estén casados por vínculo religioso.

con un tercero.

El Código Penal no castiga la tentativa ni los actos preparatorios del delito en estudio, castigándolo solo como acto consumado. Siendo también válido en lo relativo al divorcio, porque es de la esencia del adulterio el que se consume.

b) De lo anterior se desprende que las relaciones amorosas que sostenga uno de los esposos con tercera persona, aún siendo públicamente y con notorio deshonor del otro cónyuge, no son causas de divorcio fundadas en la fracción primera del mencionado artículo 267. En algunos Estados no se exige que el adulterio se halla consumado.

c) El artículo 269 nos señala el término en el que el cónyuge ofendido por el adulterio debe demandar el divorcio, y nos lo señala en los siguientes términos: "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio".

d) Esta causa de divorcio es muy difícil de probar directamente, lográndose probar, en muchos casos, por presunciones graves, quedando al arbitrio del juez la calificación de dichas presunciones. Debido a esto, en la práctica la demanda de divorcio se obtiene con éxito cuando se funda por injurias graves y no por adulterio o por ambas cosas a la vez, considerándose como injurias la conducta seguida por el adúltero con su cómplice.

e) Si el adúltero vive en concubinato, la prueba del mismo es más fácil y el término para promover la acción de divorcio comienza a correr cuando éste concluye, ya que el concubinato es un acto de tracto sucesivo, por lo que la ofensa se repite en un período de tiempo más o menos largo. Así lo han resuelto tanto los tribunales del orden común como la Suprema Corte. De lo anterior podemos observar cómo en el adulterio el término para promover la acción de divorcio corre a partir del día en que el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del mismo, y en el concubinato corre a partir del momento en que concluye el mismo.

f) Cuando el adulterio es condenado por sentencia penal debe considerarse como cosa juzgada en el juicio civil de divorcio, en lo referente a la comisión del adulterio.

SEGUNDA CAUSA: "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".

De esta segunda causa de divorcio, cabe decir lo siguiente:

a) Para que el hijo pueda ser declarado ilegítimo debe nacer antes de que se cumplan ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, ya que si el nacimiento se efectúa después del término indicado, el hijo se presume legítimo, y, por lo tanto, del marido. (art. - 324, fracción primera del Código Civil).

La presunción anterior es *juris tantum*, es decir, que puede desvirtuarse por cualquier otro medio probatorio, y en las circunstancias que mencionan las siguientes disposiciones legales: Artículo 326, que menciona: "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

Artículo 328.- "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere de un principio de prueba por escrito;

II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III. Si ha reconocido expresamente por ayo al hijo de su mujer;

IV. Si el hijo no nació capaz de vivir".

b) El marido puede intentar la acción de desconocimiento de la -

paternidad dentro de los sesenta días contados a partir del nacimiento, si esta presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento. Lo anterior se desprende del artículo 330 del Código Civil.

c) Para que el marido pueda intentar la acción de divorcio, fundándose en este caso, debe obtener primero sentencia ejecutoria que declare la ilegitimidad del hijo. La razón para que la acción de divorcio no se acumule a la de ilegitimidad del hijo, la encontramos en el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles, que nos dice que, no deben acumularse dos acciones de las cuales el éxito de una de ellas dependa del resultado que se obtenga de la otra que ha de iniciarse en primer término, de tal manera que el marido no pueda promover el divorcio sino después de que con la autoridad de la cosa juzgada se declare que el hijo no es suyo. Entre tanto, el vínculo matrimonial sigue subsistente así como las obligaciones que se derivan del mismo, tales como la de alimentar a su esposa, e incluso la de vivir con ella, pero ésta última obligación puede eludirse pidiendo el depósito de la mujer como acto preparatorio, ya sea del juicio de desconocimiento de la paternidad, y con mayor razón, el del divorcio. Respecto a las obligaciones para con los hijos, seguirán subsistentes, inclusive comprenderán también las que se tienen con el hijo ilegítimo.

d) El término de seis meses dentro del cual debe intentarse la acción de divorcio para evitar su caducidad, tratándose de ésta causal, comienza a contar a partir de la fecha en que cause ejecutoria la sentencia que declare al hijo ilegítimo.

TERCERA CAUSA: "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 otro tenga relaciones carnales con su mujer".

a) Esta causa se refiere a los maridos que explotan especialmente

a su cónyuge, obligándola a tener relaciones sexuales con otras personas. A este tipo de maridos se les llama lenones.

El Código Penal para el Distrito Federal tipifica y castiga el delito de lenocinio en la siguiente forma:

Artículo 206.- "El lenocinio se sancionará con prisión de seis meses a ocho años y multa de cincuenta a mil pesos".

Artículo 207.- "Comete el delito de lenocinio:

I.- Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;

II. Al que induzca o solicite una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución;

III. Al que regente, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos; casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos".

b) Debe aclararse que el lenocinio considerado en esta causal de divorcio, puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando el marido realiza actos positivos para promover prostitución, un ejemplo sería la propuesta; es tácito, cuando permanece en actitud pasiva, sin haberlo propuesto.

c) Es necesario que el marido reciba en cambio de la prostitución de su esposa una recompensa que no necesita traducirse en dinero, para que el lenocinio sea considerado como causal de divorcio. Esta recompensa podría ser, por ejemplo, la obtención de un cargo público, la concesión de la explotación de un servicio público, o bien cualquier otra forma de retribución.

d) Puede darse el caso de que el marido obligue a su mujer a prostituirse, ya sea por medio de la fuerza física o moral. En este caso la mujer puede solicitar el divorcio, ya que ejerce la prostitución bajo la pre-

ción y no por voluntad propia.

e) En el estudio de la presente causal, se hace patente una cuestión de suma relevancia que consiste en considerar si la prostitución de la mujer realizada por mutuo acuerdo de los esposos es o no causa de divorcio. Se presume que la mujer es titular de la acción de divorcio, basándose no en principios jurídicos, sino en la preservación de la sociedad y que por lo mismo no debe permitir que la unión conyugal se corrompa y subsista corrompida de tal manera. Sin embargo, la respuesta no ha satisfecho a los juristas, subsistiendo, en parte, la duda.

f) Es menester aclarar que el delito de lenocinio puede ser cometido entre no esposos, es decir, por personas no unidas por el vínculo del matrimonio. Esto se da comunmente en nuestra sociedad, con las mujeres que tienen como oficio el de ejercer la prostitución. Asimismo, no es necesario que se declare penalmente la existencia del delito de lenocinio para que se pueda acudir a demandar el divorcio.

CUARTA CAUSA: "La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal".

a) Incitar significa "insinuarse tan adentro en la voluntad de alguno y solicitarle con tanta vehemencia y fuerza, que le determine a hacer lo que él le solicita". (44)

b) No es necesario, a nuestro juicio, que el delito se cometa con violencia, aunque así se desprenda de la causa en estudio. Basta que la inducción motive a la realización de cualquier delito, no importando de que naturaleza sea.

c) Por otro lado, la incitación puede ser manifestada de diversas maneras: por escrito, de palabra; o bien, por medio de determinados actos, tales como el desprecio, una sonrisa burlona, etc.

d) Por supuesto que la responsabilidad penal en que incurra el -

(44) Barcia. Gran Diccionario de Sinonimos Castellanos. Edit. Joaquin Gil. Buenos Aires, Argentina. 1958. p. 679.

cónyuge incitador es independiente de la causa de divorcio que se origine - por ese hecho.

e) En nuestra opinión, hubiera bastado que el legislador sólo hubiera mencionado, "La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito", para que se hubiera configurado esta causal en forma precisa.

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

a) El artículo 270 del Código Civil nos señala con precisión en que consiste esta causal. Dice: "Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean estos de ambos, ya de uno sólo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones".

b) La corrupción puede consistir en la embriaguez, en la mendicidad, en la prostitución, en el uso de drogas, en la práctica del robo, etc., existiendo y manifestándose.

c) Los actos inmorales pueden consistir en actos positivos o actos negativos. Los positivos son los realizados por los padres y que tienden a corromper a los hijos; los negativos implican la tolerancia de los progenitores respecto del estado de inmoralidad y corrupción en que viven los hijos. Un ejemplo de éste último sería la conducta que adoptan los padres al permitir que una de sus hijas ejerzan la prostitución para que, con las ganancias que obtiene les ayude en los gastos de la casa.

d) En cuanto a la facultad de que goza el juzgador para considerar si los actos realizados por los padres son o no medios para corromper a los hijos, cabe decir que queda a su libre arbitrio.

e) La ley no exige, para que proceda la acción de divorcio, que-

la tolerancia de los padres sea interesada o que produzca la explotación de las malas costumbres de sus hijos, basta que exista para que sea procedente dicha acción.

f) Esta causal tiene relación con el artículo 201 del Código Penal, artículo que se refiere al delito de corrupción de menores, pero no tiene identificación plena con él, ya que puede ser cometido por personas ajenas a los padres de familia.

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

a) Esta causal tiene relación con el artículo 199 bis del Código Penal, que nos dice: "El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio".

"Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido".

Consideramos que el anterior artículo se entiende por sí solo, sobre todo el último párrafo, por lo que no es necesario se dé explicación alguna.

b) El cónyuge sano tiene la opción de decidirse entre el divorcio vincular o la mera separación de cuerpos.

SEPTIMA CAUSA: "Padecer enajenación mental incurable".

a) En esta causal, el cónyuge sano tiene la misma opción que en la anterior, o sea, elegir entre el divorcio vincular o la mera separación de cuerpos.

b) El artículo 271 del mismo Código Civil nos señala el tiempo -

que debe transcurrir para solicitar el divorcio. El mencionado artículo estipula: "Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable es necesario que hayan transcurrido dos años de que comenzó a padecerse la enfermedad".

c) Se considera que el término de dos años es más que suficiente para saber con certeza si la enfermedad es incurable. Si pasan los dos años y el cónyuge enfermo no muestra mejoría, entonces el cónyuge sano adquirirá la facultad de solicitar el divorcio, si así lo desea.

OCTAVA CAUSA: "La separación de la casa conyugal por más de seis meses, sin causa justificada".

a) Para que pueda invocarse esta causa como causal de divorcio - no sólo es menester que se haya abandonado la casa conyugal, sino que es preciso también que dicha separación traiga aparejada el rompimiento de las relaciones conyugales. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el siguiente criterio:

"Lo que la ley civil señala como causa de divorcio no es el hecho de que los cónyuges vivan en lugares distintos, más aún cuando no es con la intención de apartarse para siempre, sino la situación de verdadero abandono, que consisten en que dejen de ministrarse recíprocamente las ayudas y atenciones que correspondan a los esposos. Sólo puede darse el abandono o ausencia del hogar conyugal cuando el cónyuge rompe totalmente con los lazos matrimoniales y se despreocupa por completo de su cónyuge. No hay abandono por la simple terminación de las relaciones sexuales que, en todo caso, podría dar lugar a una causal distinta; y mucho menos puede hablarse de abandono cuando media una situación pacífica que permite a los esposos visitarse frecuentemente y cumplir con los deberes, inclusive el de la educación de los hijos". (45)

b) Es importante, para que pueda tener efectos jurídicos la cau-

(45) Tercera Sala, Sexta Época. Vol. XXXVIII. Cuarta parte. p. 137.

sal en estudio, que exista el domicilio conyugal. Esto es, si los cónyuges viven en la casa de los padres de uno de ellos, o de algún otro tercero, no existirá la casa conyugal y, por lo tanto, será improcedente la presente causal.

c) Al cónyuge abandonado compete el ejercicio de la acción de divorcio necesario basado en esta causal.

d) Por último, esta causal tiene relación con los artículos 336 y 337 del Código Penal, los cuales estipulan:

Artículo 336.- "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, le aplicarándole un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado".

Artículo 337.- "El delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio y, cuando proceda, el Ministerio Público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del juez para la subsistencia de los hijos".

Debe suponerse que, si al momento de que uno de los cónyuges abandona el domicilio conyugal, si el cónyuge abandonado trabaja y obtiene lo suficiente como para sufragar los gastos indispensables tales como alimentos, vestido, habitación, etc., entonces el cónyuge que abandono el hogar conyugal no incurrirá en el supuesto del artículo 336 del Código en cita.

NOVENA CAUSA: "La separación del hogar conyugal originada por -

una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio".

a) De lo anterior se deduce que, en principio, quien tiene derecho a pedir el divorcio es el cónyuge que abandonó el hogar, ya que de la causa en estudio se desprende que se separó por haber causa bastante.

b) Por causa justificada debe entenderse como: Los hechos que originan la acción de divorcio, las causas que sean bastantes para pedirlo. Al contrario sensum, los hechos que no sirvan como base para abordar el procedimiento de divorcio, deben ser considerados como causas injustificadas.

c) Asimismo, es aplicable en la presente causa de divorcio, lo mencionado en la anterior, relativo a que si los cónyuges no tienen morada conyugal, no puede tener efectos esta causal. Por lo tanto, los cónyuges debieron de haberse establecido en determinada casa, atribuyéndole el carácter de morada conyugal, no importando que sea una residencia lujosa, una vivienda pequeña o un departamento, para que esta causal surta efectos.

d) Por otro lado, el legislador otorgó al cónyuge abandonado la oportunidad de pedir el divorcio, siempre y cuando haya pasado un año, contado a partir del momento en que su cónyuge se separó del hogar. Esta decisión tomada por el legislador es plausible, ya que no es justo que el cónyuge abandonado permanezca en la incertidumbre respecto del vínculo matrimonial.

e) El término de un año, concedido al cónyuge que abandono el hogar, para que ejercite la acción de divorcio, consideramos es más que suficiente para determinar si lo solicita o decide volver al hogar conyugal. Esto, indudablemente, favorece a dicho cónyuge ya que le da la oportunidad de reflexionar. Hay que tomar en cuenta que la naturaleza humana es muy compleja y que, por lo mismo, no está exenta de errores.

f) No debe confundirse la causal prevista en la fracción XII del artículo en estudio, con la presente causal, ya que son supuestos diferen-

tes. Esto lo veremos al analizar la fracción mencionada.

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

a) Lo anterior nos demuestra que la sola declaración de ausencia, aunque no sea imputable esa ausencia al cónyuge ausente, dá margen a que el otro cónyuge tenga causa para solicitar el divorcio.

b) La base de esta causa se haya en el hecho de que los fines naturales del matrimonio ya no pueden realizarse, debido al rompimiento de la vida en común, y también porque la ley no permite que exista un matrimonio en tal situación.

c) Cuando el ausente no haya dejado representante, deben pasar dos años contados a partir del momento en que se nombró para que pueda pedirse la declaración de ausencia. Así lo señala el artículo 669 del Código Civil, al decir que: "Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia".

d) Al contrario sensum, o sea, cuando el ausente dejó apoderado, la declaración no puede pedirse sino pasados tres años, contados a partir de la desaparición del ausente, siempre y cuando durante ese lapso no se tuvieren noticias suyas, pero si no fuera así, y se llegarán a tener noticias de él, el término mencionado empezará a contar desde el momento en que se tuvieron las últimas noticias. Lo anterior está dispuesto por el artículo 670 del Código en cita, al estipular que: "En caso de que el ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, si en este período no se tuvieren ningunas noticias suyas, o desde la fecha en que se hayan tenido las últimas".

e) El artículo 705, del mismo Código Civil, nos señala el término

e) El artículo 705, del mismo Código Civil, nos señala el término que debe de transcurrir para que un ausente sea declarado legalmente muerto. Al efecto, el mencionado artículo estipula: "Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte".

Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante, bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero si se tomarán las medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de este título".

f) El Código mencionado no nos señala qué personas son las facultadas para solicitar la declaración de muerte de un ausente, pero sí nos señala en su artículo 673, que personas pueden pedir la declaración de ausencia, por lo que no hay razón para que dicho artículo no pueda ser aplicado supletoriamente en cuanto a la presunción de muerte. El artículo 673, a la letra dice: "Pueden pedir la declaración de ausencia:

- I.- Los presuntos herederos legítimos del ausente;
- II.- Los herederos instituidos en testamento abierto;
- III.- Los que tengan algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente, y
- IV.- El Ministerio Público.

g) Cuando la ausencia se deba a circunstancias especiales, tales como la inundación, el naufragio, el incendio, no se requiere que se lleve a cabo la declaración de ausencia, basta que sólo transcurran dos años, contados a partir de la desaparición, para que sea declarada la presunción de muerte del ausente. Pero si la ausencia no se debe a esas causas, es necesario que previamente a la declaración de presunción de muerte, se declare la ausencia.

h) No hay que olvidar que a partir del momento en que se declare la ausencia, existe la causa de divorcio, conforme a la fracción X, que es la que está en estudio.

i) En el supuesto de que se presente el cónyuge declarado ausente o presumido muerto, ya habiendo sentencia ejecutoriada que declara el divorcio, pueden suceder dos cosas:

1.- Si la sentencia de divorcio ha tomado el carácter de cosa juzgada no debe desconocerse su obligatoriedad en el supuesto caso, ya que tanto la declaración de ausencia como la presunción de muerte son consideradas como causas suficientes para demandar el divorcio, y si la sola declaración es presumida como presunción de muerte, el Código Civil dá a dicha presunción el carácter de absoluta y, por lo tanto, no admite prueba en contrario.

2.- Si el cónyuge declarado ausente o presumido muerto se presenta cuando el juicio de divorcio se está tramitando, sin haberse todavía pronunciado sentencia irrevocable que declare disuelto el matrimonio, tendrá y podrá hacer valer los mismos derechos que la ley atribuye al declarado rebelde en litigio.

Por último, el maestro Pallares nos señala que "en caso de que la persona a quien se supone muerta, demuestre que no lo está con su sola presencia, lo cierto es que en el Código no existe ningún precepto por virtud del cual pueda pedir el supuesto muerto la nulidad o revocación de la presunción de que se trata, ni tampoco que las cosas vuelvan al estado jurídico anterior a su declaración de muerte". Y termina diciendo que, "Una vez más, predomina el principio de la seguridad jurídica sobre los derechos del resucitado". (46)

DECIMA PRIMERA CAUSA: "La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro".

a) Las presentes causas son las que se invocan con mayor frecuencia

(46) Ob. cit. p. 82.

cia ante los tribunales. Las estudiaremos por separado:

I. LA SEVICIA. Es definida como: crueldad excesiva, malos tratos, golpes.

b) Se discute si los malos tratos deben de ser continuos, o si basta un sólo acto de sevicia para que se produzca la causal de divorcio en estudio. Al respecto el maestro Pallares ha dicho que: "Si se tiene en cuenta lo que tradicionalmente se ha considerado como tal, la sevicia existe cuando haya malos tratos o diferentes actos de crueldad, pero bastará uno sólo, si es de tal gravedad que revele en la persona que lo ejecute una perversión moral indudable". (47)

Por su parte, el maestro Rafael Rojina Villegas nos dice al respecto: "Propiamente debemos entender la sevicia en función de su finalidad: que haga imposible la vida conyugal; que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen, den como resultado que se rompa definitivamente la armonía entre los cónyuges. Claro está que esto podrá realizarse cuando los malos tratos, sin ser graves, son continuos, revelan lo que en el derecho norteamericano se denomina crueldad y, especialmente, cierto tipo de crueldad mental, para llegar a formar complejos en el cónyuge inocente hasta llevarlo a la desesperación, a un estado insoportable cuando sean habilmente ejecutados. Puede el maltrato ser tan grave, tan intenso, que una vez ejecutado, aún cuando jamás se repita, constituya la sevicia como causa de divorcio. Por ejemplo: golpes de gran intensidad, que generalmente implicarán además, injuria grave". (48)

c) La sevicia puede llegar a constituir un delito, en casos determinados, tales como los previstos en el artículo 344 del Código Penal, pero, al igual que en el delito de amenazas o de injurias, no es necesario que se establezca por sentencia la existencia o comisión del delito, para poder acudir a solicitar el divorcio basado en estas causas.

(47) Ob. cit. p. 86.

(48) Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. T. II. Ed. Porrúa, S.A. México. p. 449.

d) La acción de divorcio debe ejercitarse dentro de los seis meses siguientes al último acto de sevicia para evitar la caducidad.

II. LAS AMENAZAS. Los diccionarios la definen como: "la intimidación de un mal futuro que depende de la voluntad que amenaza y para producir temor en la persona a quien intimida". Intimidar significa causar o producir miedo.

a) El artículo 282 del Código Penal tipifica el delito de amenazas en los términos siguientes: "Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos:

1o. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y

2o. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer".

b) No es necesario que la amenaza constituya delito para poder invocarla como causal de divorcio.

c) Generalmente no basta la realización de un sólo acto de amenaza para que se produzca la acción de divorcio, siendo necesario que se repita ese acto.

d) El juzgador tiene amplias facultades para determinar si las amenazas alegadas por la actora son de tal naturaleza, que ameriten la disolución del vínculo conyugal.

e) Para que sean causa de divorcio las amenazas, deben proferirse contra el otro cónyuge y no a sus parientes, pero es posible que el mal que se anuncia con ellas recaiga tanto sobre la persona y el patrimonio del otro cónyuge como sobre las personas y el patrimonio de sus parientes o sobre terceros que estén vinculados con él por amistad, amor u otros sentimientos análogos.

III. LAS INJURIAS. Son definidas por el artículo 348 del Código Penal como "toda expresión proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa".

a) De lo anterior se desprende que la esencia del delito de injurias es que con ellas se ataque el honor, prestigio, o buen nombre de la persona a quien van dirigidas.

b) Al igual que las dos causas anteriormente señaladas -sevicia y amenazas-, no es necesario que se declare el delito de injurias para obtener la facultad de solicitar el divorcio por esta causa. Al respecto dice el maestro Pallares: "La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha orientado en el sentido de que la injuria que es causa de divorcio no se identifica como el delito que castiga el Código Penal, de tal manera que no es necesario para que proceda la acción de divorcio, que previamente a ella se realice la averiguación penal correspondiente, y en el debido proceso se declare responsable de ese delito al cónyuge que va a ser demandado en el juicio de divorcio. Por tanto, pueden constituir causas de divorcio actos que no sean propiamente el delito de que se trata". (49)

c) Para que las injurias adquieran el carácter de causa de divorcio deben ser graves, y por tal motivo, los tribunales, al igual que las causales en estudio, tienen un amplio criterio para apreciar respecto de la gravedad del hecho alegado por la actora como injurioso.

d) La injuria puede consistir tanto en palabras como en hechos. Si la injuria es verbal, el juzgador debe tomar en cuenta para determinar la gravedad de la misma, así como su existencia, la clase social de las personas de que se trate, así como sus costumbres y el lenguaje habitual que usen, ya que el lenguaje cambia mucho de acuerdo con la educación y el medio en que se vive. Así tenemos, por ejemplo, que determinadas palabras en personas de refinada educación pueden constituir una injuria, pero en medios sociales inferiores, donde el lenguaje se caracteriza por su proca-

(49) Ob. cit. pp. 83 y 84.

dad, dichas palabras no serán tomadas como injurias.

e) El maestro Pallares, en su libro tantas veces citado en el presente trabajo, se hace una pregunta que consideramos es de suma importancia, y por tal motivo la transcribimos: "¿Deberá considerarse como injuria-grave, la negativa de uno de los cónyuges a prestar el débito conyugal?". El mismo maestro opina al respecto que: "Tiene carácter y conviene admitirla como causa de divorcio, porque el Código no considera dicha negativa como incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, resultando de ello que no se cumple uno de los fines esenciales del matrimonio, al dejar sin sanción esa omisión tan importante. Solamente en el caso de que se niegue el débito por razones de higiene o enfermedad, no será causa de divorcio". (50)

Nosotros nos adherimos a la tesis del maestro Pallares, en razón de que como él lo anuncia, es uno de los fines esenciales del matrimonio y no solo eso, sino que también es uno de los placeres, a nuestro modo de ver, el más placentero, que nos brinda el mismo matrimonio.

DECIMA SEGUNDA CAUSA. Esta señalada por la fracción XII y dice así: "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168".

a) A su vez, el artículo 164 nos dice que: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento de hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no es tá obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos puntos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siem-

(50) Ibidem.

pre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica - al sostenimiento del hogar".

b) El artículo 168 nos señala que: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente".

c) En tiempo pasado, no se le otorgaba a la mujer derecho alguno para sostener al hogar, ya que sólo se dedicaba a él, es decir, a los quehaceres de la casa conyugal. Actualmente, con el movimiento de la liberación femenina, la mujer ha dejado de ser pasiva en lo que se refiere al aspecto económico, debido a que ha demostrado ser capaz de realizar tareas que antes sólo hacían los hombres. Ahora es común ver en un hogar como el hombre y la mujer trabajan y aportan parte de su salario al costo del hogar.

d) Debe tomarse en cuenta que para que esta causal sea causa de divorcio, el cónyuge que se niega a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar debe estar sano, capacitado para trabajar y tener medios de donde obtener dineros, ya que si no fuera así, el que se encuentre sano, deberá aportar todo lo necesario para los gastos del hogar.

e) ¿Tendrá efectos penales el hecho de que uno de los cónyuges se niegue a aportar lo suficiente para el sostenimiento del hogar, estando sano, y contando con los medios necesarios para allegarse dineros?

Si tiene efectos penales, ya que puede cometer el delito de abandono de cónyuge, y en su caso abandono de hijos menores, por dejarlos en circunstancias tales que peligre su vida, careciendo absolutamente de alimentos para vivir.

f) Cabe señalar que esta causal es totalmente diferente a la enunciada en la fracción VIII, ya que en esta basta que uno de los cónyuges se negare injustificadamente de la casa conyugal, sin que exista el incumplimiento de las obligaciones de los alimentos, para que tenga realidad jurídica.

oa la causal de divorcio. Por lo tanto se trata de obligaciones conyugales diferentes, cuyo incumplimiento en las condiciones ya explicadas, tipificarán causas de divorcio también autónomas.

g) La obligación de dar alimentos supone siempre la posibilidad económica del cónyuge deudor y la necesidad del cónyuge acreedor; debiendo los alimentos estar proporcionados a esa posibilidad económica del que deba darlos. El artículo 311 del Código Civil dispone: "Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que deba darlos y a la necesidad del que debe recibirlos". A su vez, el artículo 320 del mismo Código dice:

"Cesa la obligación de dar alimentos:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas;
- V. Si el alimentista, sin el consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables".

Entonces tenemos que, para que se justifique la causa de divorcio, debe haber la posibilidad de que un cónyuge, por tener bienes, esté en condiciones económicas de dar alimentos al otro que los necesita.

h) Por último, si los cónyuges no se ponen de acuerdo en la forma de manejar el hogar, pueden acudir ante el juez de lo familiar competente a solicitar que resuelva al respecto, y habiéndolo hecho, si no respeta algunos de los cónyuges la resolución dictada por el citado juez, el cónyuge que no ocurrió en desobediencia tendrá la facultad de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, fundándose en lo dispuesto por el último párrafo de la fracción XII del artículo 267 del Código citado.

DECIMA TERCERA CAUSA: "La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión".

a) La palabra calumnia es definida por el diccionario como "Acusación falsa contra la reputación de uno". (51)

b) A su vez, el Código Penal para el Distrito Federal tipifica el delito de calumnia en el artículo 356, en la siguiente forma:

"El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones a juicio del juez:

I. Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

II. Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

III. Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

En los casos de las dos últimas fracciones, si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable se impondrá al calumniador la misma sanción que aquél".

c) El delito de calumnia solo se persigue por querrela de parte, así lo previene el artículo 360 del Código en cita, y sólo en casos especiales se procede de oficio.

d) El hecho de que el cónyuge calumniado se desista de la querrela, hace suponer, y puede alegarse, que dicho desistimiento constituye un acto de perdón tácito de la calumnia y, por lo tanto, siendo esta la causal de divorcio, produce la extinción de la acción de divorcio en los términos del artículo 279 del Código Civil.

(51) Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse. México. 1977.

DECIMA CUARTA CAUSA: "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".

a) De acuerdo con los diccionarios, la palabra infamia significa: descrédito, deshonra, vileza en cualquier línea; acción de infamante, palabra sumamente injuriosa.

b) Las penas infamantes están prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que no puede aplicarse pena alguna que tenga tal calificativo al condenado a purgar una pena.

c) En el Código Penal no hay forma alguna en la que se pueda basar para la calificación de delito infamante.

d) Pero, afortunadamente, la misma Constitución Política nos señala en su artículo 95, fracción IV, los delitos que son considerados como infamantes, estos son: "Robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público." ...

e) Es un acierto la prohibición, hecha por el artículo 22 de la misma Constitución Política, de las penas infamantes, ya que no solo afectan al condenado a sufrirlas, sino que también trascienden a los miembros de la familia.

f) Cabe hacer mención que en la legislación mexicana, concretamente en el Código Penal, y en el de Procedimientos Penales, no hay norma alguna de la que pueda inferirse que existen los llamados delitos infamantes, a excepción hecha de la mención que hace el artículo 267, en su fracción XIV, del Código Civil, excepción que no tiene más razón de ser que lo prevenido por el artículo 95 de la Constitución.

g) Por último, no obstante que no están permitidas las penas infamantes, todavía en la conciencia social los sentimientos y la idea de que determinados delitos y acciones producen la deshonra de quien los ejecuta.

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

a) Para que los hábitos de juego constituyan causa de divorcio es necesario que sean motivo constante de desavenencia conyugal o amenacen causar la ruina de la familia.

b) Por otra parte, también debe suceder lo mismo con la embriaguez consuetudinaria o el uso persistente de drogas enervantes, es decir, deben traer consigo la desavenencia conyugal o la amenaza de ruina por el descuido que necesariamente tendrá que haber en el patrimonio del cónyuge vicioso.

c) Por lo tanto, si los hábitos de juego, la embriaguez consuetudinaria, o el uso de drogas enervantes son tolerados y no constituyen motivo de desavenencia conyugal, ya no serán causa de divorcio.

d) No obstante lo anterior, puede intentarse la acción de divorcio, aunque dichos actos sean tolerados, siempre y cuando los vicios consentidos amenacen causar la ruina de la familia.

e) Si el vicio es tolerado y no amenaza causar la ruina de la familia, entonces no es causa de divorcio.

f) Respecto a los vicios del juego o embriaguez, Couto nos dice: "Los vicios incorregibles de juego o embriaguez son causa de divorcio, según la fracción XIV del artículo que estudiamos.

"De tal modo dominan al individuo la ebriedad y el juego, que le hace perder toda consideración y respeto para la esposa y para los hijos. - El ebrio consuetudinario y el jugador de profesión son seres degenerados, - incapaces de todo sentimiento de honradez y de virtud, que con su vicio no solamente causan su propio deshonor, sino que arrastran a él a los seres que lo rodean. La ley, al considerar como motivos de separación aquellos vicios, no hace más que proteger la santidad del matrimonio, de los peligrosos

a que estaría expuesta por la conducta inmoral del cónyuge vicioso.

"Para que la embriaguez y el juego sean causas de divorcio deben constituir un vicio, inoportunable, esto es, deben revelar en el individuo tal obstinación que ni las advertencias mejor aconsejadas, ni las funestas consecuencias a que sus malas inclinaciones puedan conducirle, sean bastantes ha hacerlo cambiar de conducta". (52)

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

a) Esta causa se refiere a cierta clase de delitos que penalmente no son punibles cuando los comete un cónyuge en contra del otro. Un ejemplo sería el llamado "robo de infante", que no es castigado cuando lo comete la persona que ejerza la patria potestad sobre el infante, como lo previene la fracción V del artículo 366 del Código Penal, que dice:

"Se impondrá pena de cinco a cuarenta años de prisión y multa de mil a veinte mil pesos, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

... Fracción VI. Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor" ...

Cabe destacar que gracias a esta impunidad de que gozan los ascendientes, es frecuente que personas desnaturalizadas roben a sus esposas y los hijos, y no permitan que los vean durante largo tiempo.

b) El juzgador debe apreciar, solo para los efectos del divorcio, el acto cometido por el cónyuge, ya que dicho acto no es punible penalmente.

c) En los demás casos, por ejemplo, lesiones entre los cónyuges, si es punible penalmente e implica un delito, por lo que ya no estará regulada por la fracción XVI, sino por la XIV.

d) En la actualidad, prácticamente ha dejado de tener aplicabilidad la fracción XVI, ya que se ha dejado de hablar de "acto" para referirse al delito cometido por un cónyuge en contra del otro, en los términos de la fracción XIV, para el caso de que éste delito tenga una pena superior a los dos años de prisión.

DECIMA SEPTIMA CAUSA: "El mutuo consentimiento".

Esta causa tiene lugar cuando los esposos han decidido de común acuerdo disolver el vínculo conyugal que los une, de tal forma que acuden - ya sea con el juez del Registro Civil, o con el de primera instancia, dependiendo de las circunstancias en que se hallen. Dichas circunstancias ya fueron estudiadas en el presente trabajo, al hablar sobre las dos únicas clases de divorcio que pueden tener efecto cuando los cónyuges, de común acuerdo, deciden poner fin a la vida conyugal; nos referimos al divorcio administrativo y al divorcio voluntario judicial.

DECIMA OCTAVA CAUSA.- Esta ya no se haya comprendida en el artículo 267, sino en el 268, que dice:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el cónyuge demandado tiene a su vez el derecho de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación de la sentencia".

a) Esta limitación se explica porque el consorte que lo inicia manifiesta claramente sus deseos de no seguir unido por el vínculo conyugal por lo cual se produce entre ellos una situación del todo contraria a la vida familiar.

b) En lo que respecta a si se llega a perder la patria potestad por demandar el divorcio basado en esta causa, cabe decir que no se pierde, no importando si se obtuvo sentencia favorable o desfavorable.

c) ¿A partir de que momento empieza a correr el plazo de tres meses que la ley señala, para que pueda iniciarse la demanda de divorcio?

Para contestar a esta pregunta, analizamos las cuestiones siguientes:

I. Si el cónyuge culpable no interpone el recurso de amparo contra el fallo que declara improcedente la acción de divorcio, el plazo de tres meses empieza a contar a partir del vencimiento del término para interponer el juicio de garantías;

II. Si interpone dicho recurso, pero no logra un fallo favorable que lo ampare, el plazo empezará a contar a partir del momento en que el juicio promovido cause ejecutoria;

III. Si por el contrario, es amparado, el juicio terminará en el momento en que la autoridad responsable dicte lo ordenado por la Suprema Corte o, en su caso, el Tribunal Colegiado de Circuito.

d) El lapso de tres meses que la ley otorga al cónyuge ganancioso, es para que medite si rompe el vínculo conyugal y demanda al que no obtuvo sentencia favorable, o le otorga el perdón, perdón que puede emanar del autor que aún le profesa.

e) Algunos autores opinan que el artículo 268 consagra una forma de la injuria grave, y que es en función de la misma que se infiere al cónyuge demandado, como el legislador le otorga la acción de divorcio. Dicha acción le es otorgada porque fue debidamente enjuiciado, ya que se le imputó en juicio una causa de divorcio o de nulidad de matrimonio que no se comprobó o que resultó insuficiente.

f) Nosotros creemos que la razón de esta causal en prueba indubitante del distanciamiento de los cónyuges, haya o no propósito de ofender. El maestro Rojina Villegas dice al respecto: "Cuando se llega al grado de que uno de los cónyuges formule demanda ante los tribunales sosteniendo que su matrimonio es nulo, o bien considerando que hay una causa de divorcio imputable al otro cónyuge, después de este distanciamiento, a pesar de que el

juicio se siguió por todos sus trámites, se llegó a sentencia absoluta, - y no hubo reconciliación, no hubo perdón, no se reanudó la vida en común, - que sería una forma de reconciliación tácita, evidentemente que la ley tiene que aceptar que ya se llegó a una situación en que se impide normalmente realizar los fines del matrimonio". (53)

Pensamos que no es en función de una injuria, que no necesariamente se presentará, según los ejemplos citados, sino exclusivamente del distanciamiento tan serio, tan grave, tan profundo, como la ley autoriza el divorcio, ya que el divorcio o la nulidad del matrimonio pueden partir de un hecho que no necesariamente implique una ofensa, un ejemplo sería el que se pidiera la nulidad del matrimonio porque no se observó una forma legal para la celebración del mismo.

LA ACCION DE DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

A continuación trataremos un tema que está fuera del capitulado, pero al considerar que es un tópico importante lo incluimos dentro del presente trabajo.

La fracción XII del artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles nos dice ante que juez debe ejercitarse la acción de divorcio. Dicha fracción, a la letra, dice: "En los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado".

En cuanto a los presupuestos (requisitos) de la acción de divorcio necesario o contencioso, el maestro Eduardo Pallares nos señala los siguientes:

- 1.- "El primero de ellos es la existencia de un matrimonio válido;
- 2.- "El segundo consiste en que exista una de las causas legales o varias de ellas que produzcan a favor del cónyuge inocente la acción de divorcio;

3.- "Que dicha acción se ejerza en tiempo hábil, o sea, dentro de los seis meses siguientes a aquel en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento del hecho culposo del otro cónyuge generador de la acción;

4.- "Que no haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito;

5.- "Que promueva ante el juez competente;

6.- "Que la parte que lo promueva tenga capacidad procesal para hacerlo;

7.- "Que el escrito de demanda se ajuste a los preceptos legales".

(54)

Referente a las características de la acción de divorcio, el mismo maestro Pallares nos señala las siguientes:

a) "Es una acción al mismo tiempo declarativa, de condena y constitutiva, según se demostrará al analizar los efectos que se persiguen mediante ella en el juicio de divorcio;

b) "Es ordinaria civil porque da lugar a un juicio de esta naturaleza;

c) "El artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles, la incluye entre las acciones del estado civil, porque mediante ella se disuelve el matrimonio y los cónyuges divorciados quedan en aptitud de contraer uno nuevo en los plazos que fija la ley;

d) "Debe intentarse ante los jueces de primera instancia;

e) "Por su propia naturaleza pertenece al derecho público, pero esto no obstante, los interesados pueden, llegado el caso, renunciar a ella mediante el desistimiento de la misma en el juicio de divorcio. No les es lícito renunciar anticipadamente a su ejercicio cuando éste proceda;

f) "El fin de la acción de divorcio es obtener la disolución del vínculo conyugal, o la simple separación del lecho y de habitación, cuando-

(54) Ob. cit. pp. 98 y 99.

esta proceda. También se obtiene mediante ella, que se imponga al cónyuge -
culpable las sanciones que la ley ordena;

g) "Solo puede ser ejercitada por el cónyuge inocente". (55)

EFFECTOS DEL DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

Los efectos del divorcio necesario o contencioso son importantes porque hacen referencia a la situación en que quedan los divorciados, así como la de sus hijos y sus bienes, después de ejecutoriada la sentencia de divorcio.

Nosotros nos referiremos a esos efectos, tomando en cuenta la clasificación que de ellos hace el maestro Rojina Villegas, que los divide en: "1.- Efectos en relación a la persona de los cónyuges; 2.- Efectos en relación a los hijos; y 3.- Efectos en relación a los bienes de los consortes". (56)

1.- EFECTOS EN RELACION A LA PERSONA DE LOS CONYUGES.

a) Referente a la capacidad para contraer nuevas nupcias.

A diferencia del divorcio voluntario, en el que los cónyuges no pueden contraer nuevas nupcias, sino pasados 365 días (un año), en el divorcio necesario el cónyuge culpable no puede contraer legalmente nuevo matrimonio, sino hasta que transcurran dos años de declarado el divorcio. Esto se estableció como sanción para el cónyuge culpable.

Ahora bien, si el cónyuge inocente es el hombre, este puede contraer nuevo matrimonio una vez que cause ejecutoria la sentencia de divorcio. Tratándose de la mujer, si esta es inocente, no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta después de que hayan transcurrido 300 días, que empiezan a contar, no a partir de la sentencia que decreta el divorcio, sino a partir de la separación judicial que se decreta cuando se presenta la demanda de divorcio. Este tiempo se fija en razón de que la mujer pudiera estar embarazada.

(55) Ob. cit. p. 520

(56) Ibidem.

Lo que se trata de evitar con ese término -trecientos días- es - que haya confusión en la paternidad. Por tanto, si la mujer llegara a dar - a luz a un hijo durante ese término, podrá contraer nuevo matrimonio, aún - cuando no hubiese transcurrido ese plazo, ya que la paternidad de dicho hi- jo estará determinada, de acuerdo con el artículo 334 del Código Civil.

b) Referente al cambio de estado civil.

Al obtenerse la disolución del vínculo conyugal, los cónyuges - cambian su estado civil de casados a divorciados, quedando ambos cónyuges - con plena capacidad de goce y de ejercicio, por lo que pueden disponer de - sus bienes libremente, siempre y cuando estén cumplidas y garantizadas sus- obligaciones alimentarias. Como lo mencionamos en el inciso anterior, tambi - én pueden contraer nuevas nupcias con las limitaciones señaladas en el inci- so mencionado.

2.- EFECTOS RELATIVOS A LOS HIJOS.

Anteriormente vimos que si los cónyuges acuden al divorcio volun- tario, ambos conservan la patria potestad de sus menores hijos.

En la causal contemplada en el artículo 268 sucede lo mismo, es- decir, ambos cónyuges conservan la patria potestad de sus menores hijos.

Para establecer a quien corresponde la patria potestad cuando se acude al divorcio necesario, recurrimos al artículo 283 del Código en cita, que nos señala a quien corresponderá la patria potestad cuando se presente algunas de las causales de divorcio anteriormente estudiadas. Así tenemos - que en los casos de divorcio obtenido con base en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV, del artículo 267 del Código Civil, el cónyuge culpa- ble pierde definitivamente la patria potestad sobre sus menores hijos, esto es debido a que dichas causales revisten tal gravedad y revelan una pobreza moral tan latente en el cónyuge culpable que el legislador consideró, con - razón, que este sería inepto para ejercer la patria potestad. Si ambos cón- yuges resultan culpables, los menores quedan bajo la patria potestad del -

ascendiente que corresponda, y si faltare éste, se le nombra tutor.

Cuando el divorcio se obtiene con base en las causales contenidas en las fracciones IX, X, XI, XII, y XVI del artículo enunciado, los hijos quedan bajo la patria potestad del cónyuge inocente perdiendo el ejercicio de la misma el culpable; pero éste la recuperará en caso de que muera aquél. Como se desprende de lo anterior, y sin lugar a dudas, al otorgarle el derecho de recuperar la patria potestad al cónyuge culpable, el legislador consideró menos graves estas causales que las anteriores. Estas causales coinciden con las anteriores en que si ambos cónyuges resultan culpables, ambos perderán la patria potestad, recayendo ésta al ascendiente que corresponda, en caso de que no lo hubiera, se nombra un tutor. La diferencia única entre las causales anteriores y las presentes es que si en estas alguno de los cónyuges muere, la patria potestad recaerá en quien sobreviva. En aquellas, la patria potestad no la recupera el culpable ni muriendo el cónyuge inocente.

Finalmente, en los casos previstos por las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código en cita, los hijos quedan en poder del cónyuge sano, pero el cónyuge enfermo conserva todos los derechos sobre los bienes y las personas de sus hijos.

Es plausible la decisión del legislador en cuanto a que no le privó al cónyuge enfermo de la patria potestad que tiene sobre sus hijos, esto lo hizo en razón de que consideró que el cónyuge enfermo no tenía la culpa de sufrir tal enfermedad, ya que la misma puede adquirirse por factores distintos a los sexuales, por ejemplo, en baños públicos, pero, referente a los menores consideró que es conveniente que queden en poder del cónyuge sano.

3.- EFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS BIENES DE LOS CONYUGES.

- A) Disolución de la sociedad conyugal.
- B) Reversión de los bienes donados por el cónyuge inocente.
- C) Obligación de indemnizar de un cónyuge respecto del otro.
- D) Obligación de dar alimentos.

Los anteriores efectos los analizaremos auxiliándonos de los artículos respectivos del Código Civil.

A) Disolución de la sociedad conyugal.

Esta se realizará de acuerdo a lo estipulado por los artículos - 203 y 204.

ARTICULO 203.-"Disuelta la sociedad se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, que serán de éstos o de sus herederos".

ARTICULO 204.-"Terminado el inventario se pagarán los créditos - que hubiere contra el fondo social, se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio, y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los dos - consortes en la forma convenida. En caso de que hubiere pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno sólo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida total".

B) REVERSION DE LOS BIENES DONADOS POR EL CONYUGE INOCENTE.

El artículo aplicable, es el artículo 286 del Código en cita, que ordena:

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

C) OBLIGACION DE INDEMNIZAR DE UN CONYUGE RESPECTO DEL OTRO.

El artículo 288 dice:

"... Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

D) OBLIGACION DE DAR ALIMENTOS.

Respecto a la obligación de dar alimentos de parte de los cónyuges

ges a los hijos, esta carga no recae solamente en el cónyuge culpable, sino que ambos cónyuges tienen que proveer de alimentos en proporción a sus bienes.

El artículo 287 establece:

"Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de estos hasta que lleguen a la mayoría de edad".

El artículo siguiente, o sea el 288, nos dice cuando un cónyuge pagará alimentos al otro. Dicho artículo indica:

"En los casos de divorcio, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias..."

En la parte última del mismo artículo, nos indica que "En el divorcio por mutuo consentimiento, salvo pacto en contrario, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimenticia, ni a la indemnización que concede este artículo".

La mencionada indemnización se refiere a la que estudiamos en el inciso o) del punto 3 del presente capítulo.

CAPITULO SEPTIMO.

DIVORCIOS DE EXTRANJEROS EN MEXICO.

Siendo el divorcio un tema importante, y al haber tratado la disolución del vínculo conyugal entre nacionales, no podemos dejar de analizar un capítulo todavía más importante como lo es el divorcio de los extranjeros dentro de la República Mexicana.

Antes de entrar en materia veremos en forma breve una clase de divorcio que estuvo en vigor en algunos Estados de la República Mexicana, se trata de los "divorcios al vapor".

A. LOS ANTIGUOS "DIVORCIOS AL VAPOR".

Estos tuvieron como antecedente a los llamados "divorcios por correo", llamados así porque ciertos Estados de la República Mexicana, entre ellos el de Morelos, concedían el divorcio tan sólo conque la demanda les fuera enviada por correo o telegrama. Surgieron a raíz de que dichos Estados establecieron normas contrarias al concepto clásico del domicilio, reduciendo a la nada el plazo de residencia exigido para llenar la condición del mismo, indispensable para la obtención del divorcio en su territorio.

Al respecto, manifiesta el maestro Ricardo Gallardo lo siguiente:

"Las leyes particulares de los Estados mexicanos que permitieron estos tipos de divorcio estaban de acuerdo en no exigir a los esposos extranjeros que se querían divorciar, dentro de la esfera de su jurisdicción,

que estuvieran realmente domiciliados en ella. Se tomaba en cuenta la simple residencia para esto, incluso si se demostraba que sólo había sido efectiva durante un período breve. Incluso el requisito de poseer un domicilio o una residencia llegó a desaparecer en algunas de las legislaciones de los Estados, por tal motivo permitían la obtención del divorcio gracias a una simple demanda enviada por correo o telegrama." (57)

El criterio jurídico que dominó cuando tuvieron vida estas clases de divorcio se inspiró en normas norteamericanas, aplicadas por ciertos Estados de la Unión, que fueron cábales por el trato de favor de que en ellos—gozaba el divorcio. Citemos entre los que ejercieron esta influencia sobre la legislación mexicana a Arizona, Florida, Idaho, Nevada y Wyoming, cuyas legislaciones permitían —actualmente no tengo la certeza de que aún lo permitan— con toda clase de facilidades y por la vía de medios rápidos, la obtención del divorcio sin la molestia de tener que cumplir con numerosas formalidades.

"De lo anterior surgieron los "divorcios al vapor", llamados así por la rapidez en el trámite para obtenerlos. El primer Estado de la República Mexicana que lo permitió fue Sonora, situado en la frontera con Estados Unidos. En este Estado se obtenía el divorcio seis meses después de presentada la demanda y no exigía que los cónyuges hubieran estado domiciliados alguna vez en el territorio perteneciente a su jurisdicción (Ley de 28 de septiembre de 1915). El Estado que le siguió y que incorporó una disposición semejante en 1918 fue el de Yucatán, misma que fue modificada en 1923. Por su parte, el Estado de Coahuila promulgó una ley permitiendo obtener el divorcio en cuatro horas solamente. Para acelerar el procedimiento, que puede decirse se hizo casi instantáneo, el Estado de Chihuahua dictó una disposición semejante el 10. de enero de 1932. En esa misma dirección debían examinarse seguidamente los Estados de Chiapas, Coahuila, Morelos, Sinaloa y Tamaulipas". (58)

(57) Divorcio, Separación de Cuerpos y Validad del Matrimonio en las Naciones Latinoamericanas. Ricardo Gallardo. Madrid 1957. pp. 415 y 416.

(58) Ibidem.

"Estas fueron las legislaciones locales que condujeron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a declarar inconstitucionales tales leyes, por infracción a la ley constitucional de la República". (59)

JURISPRUDENCIA EMITIDA AL RESPECTO.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por sentencia de 20 de julio de 1931, resolvieron en favor del quejoso el amparo, declarando inconstitucional el artículo 50. de la ley de divorcio de Yucatán, que permitía obtener el divorcio por la simple declaración de uno de los cónyuges. (60)

"Por sentencia de 5 de octubre de 1931, rechazó por inconstitucional la ley de divorcio del Estado de Morelos, fundándose en el hecho de que ésta permitía el emplazamiento del demandado por correo. En el caso concreto que la motivó, esta última parte no residía efectivamente en la jurisdicción de Morelos, y estaba domiciliado en el Distrito Federal. Ahora bien, la ley de este último Estado exigía que el demandado en un proceso fuera citado en forma diferente y, digámoslo, normal. La Corte se fundó para eso rechazó en la regla Locus Regis Actum. (61) En un caso semejante y siempre refiriéndose a la ley del Estado de Morelos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no dudó en ir más lejos por el camino de rechazar esa ley. Manteniendo por completo la firmeza del principio locus regis actum, la sentencia de amparo dictada por la Suprema Corte pudo sostener que las leyes de un Estado solo tienen efecto sobre el territorio del mismo. Lo contrario, y siempre la opinión ilustrada de esta Corte, significaría que se quiere conceder efectos extraterritoriales a las disposiciones particulares de cada Estado, con detrimento del artículo 121 de la Constitución Federal. Poco importa, además, que el demandado haya sido emplazado mediante el Boletín Oficial de dicho Estado. Esa parte no puede ser considerada como citada le-

(59) Ibidem.

(60) "Semanao Judicial de la Federación", 22-IV-1933, T. XXXII. p. 1,556
Cita por Ricardo Gallardo.

(61) "Semanao Judicial de la Federación", 22-VIII-1933, T. XXXIII. p. 277. Idem 3-7 feb. 1936. T. XLVII, p. 1, 821.

galmente, y por consecuencia la Corte debe conceder amparo contra la sentencia de divorcio dictada contra ella, puesto que esta ha sido privada de los medios legales de defensa, por falta de citación". (62)

"En 29 de noviembre de 1933 fue declarada inconstitucional la ley de divorcio de Campeche, porque contenía una disposición que permitía a los funcionarios del Registro Civil que acordarán el divorcio. Esta misma ley de Campeche debía dar lugar después a una decisión concediendo el amparo a uno de los cónyuges que había sido víctima de ella. Pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación se aprovechó de la ocasión para sacar conclusiones de carácter general, que nos creemos obligados a mencionar. Admitiendo la intervención de un funcionario dependiente del Poder Ejecutivo, concediéndole al mismo la disolución del matrimonio, la ley de divorcio de este Estado ha creado cierta confusión entre las atribuciones confiadas al Poder Ejecutivo y las que le son propias al Poder Judicial. En ninguna circunstancia -afirmó la Suprema Corte de Justicia de la Nación- conviene perder de vista que, cuando se procede a la disolución del vínculo matrimonial se trata de rescindir un contrato civil. Una disposición a la que se encuentra en la ley de Campeche permitiendo el divorcio por la simple ratificación del deseo de divorciarse proveniente del actor es inconstitucional. Sostener lo contrario equivaldría, en suma, a permitir la rescisión de los contratos por la sola voluntad de una de las partes contratantes. El principio por el cual el divorcio no puede dar lugar a un acto de jurisdicción graciosa, sino que debe consistir en un juicio contencioso, constituyó una razón suficiente para que la ley de divorcio de Tabasco fuera declarada inconstitucional por sentencia de 9 de mayo de 1934". (63)

PUNTO DE VISTA DE LA DOCTRINA.

"Solo diremos al respecto que la doctrina calificó de inmoral el "marathon" a que se lanzaron, con una tenacidad digna y deseable en otras empresas, los legisladores de ciertos Estados mexicanos. Asimismo, los auto

(62) Arce Alberto J. : Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano, - Guadalajara, 1942, pp. 253-255. Ob. cit. por Ricardo Gallardo.

(63) Ricardo Gallardo. Ob. cit. pp. 429 y 430.

res no dejaron de señalar los ingresos que conseguían esos Estados gracias, bien a los gastos realizados por los extranjeros atraídos por la posibilidad de obtener un divorcio rápido, bien por la percepción de ingresos fiscales y por los gastos del procedimiento. Pero esas ventajas materiales no compensaban, a los ojos de la doctrina, los inconvenientes que resultaban de la prisa con que esas leyes fueron redactadas y promulgadas. Con el fin de llegar cuanto antes al divorcio se llegó a falsear una gran parte del procedimiento judicial, particularmente en materia de prueba, y sobre todo cuando ésta era simplemente literal. Esto constituyó el más grande atentado al crédito jurídico y procesal del Estado mexicano en el extranjero, puesto que muy a menudo las autoridades federales y locales de otros países se negaban a admitir la validez de las certificaciones libradas por las autoridades mexicanas, porque no ofrecían las garantías de autenticidad necesarias. Este temor que sentían las autoridades de algunos Estados extranjeros, y sobre todo el Tribunal Supremo norteamericano, respecto a los documentos y las sentencias expedidas por ciertos Estados mexicanos, no ha podido menos que verse forzada por la desconfianza que esos mismos documentos inspiraban incluso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación". (64)

B. DISPOSICIONES RELATIVAS DE LA LEY GENERAL DE POBLACION.

Para que los extranjeros puedan disolver el vínculo matrimonial dentro de la República Mexicana, deben de poseer cualquiera de las siguientes calidades migratorias: visitantes, asilados políticos, estudiantes, visitantes distinguidos, inmigrantes e inmigrados. Además de esto, deben solicitar a la Secretaría de Gobernación que les expida una certificación que demuestre su estancia legal en el país y la calidad migratoria que poseen. Si no tienen alguna de las calidades migratorias mencionadas, o el documento en que conste la certificación expedida por la Secretaría de Gobernación, no se dará entrada al juicio de divorcio. Así lo establece la Guía del Ex -

(64) Ricardo Gallardo. Ob. cit. pp. 424 y 425.

tranjero en el capítulo correspondiente a internación y estancia en el país, página 23, al estipular:

"Divorcio. Pueden tramitar su divorcio en México únicamente los extranjeros que tengan las siguientes calidades migratorias: visitantes, - asilados políticos, estudiantes, visitantes distinguidos, inmigrantes e inmigrados. Para ello deben solicitar a la Secretaría de Gobernación que les expida una certificación de su legal residencia en el país y de que posean la calidad migratoria que les permita realizar ese acto. Sin la presentación de tal documento, ninguna autoridad judicial dará entrada al juicio. - (Arts. 69 de la Ley General de Población y 133 de su Reglamento).

A su vez, el artículo 69 de la Ley General de Población establece: "Ninguna autoridad judicial o administrativa dará trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros, si no se acompaña la certificación que expida la Secretaría de Gobernación de su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratoria les permite realizar tal acto".

Y el artículo 133 del Reglamento de dicha Ley manifiesta:

"La certificación para tramitar ante una autoridad judicial o administrativa el divorcio o nulidad de matrimonio a que alude el artículo 69 de la Ley y el 35 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, estará sujeta a las siguientes prevenciones:

I. Deberán solicitarla a las autoridades de Población por escrito, con arreglo a las bases siguientes:

a) El cónyuge extranjero cuando sea el actor en caso de juicio de divorcio necesario o de nulidad de matrimonio.

b) Los cónyuges que sean extranjeros en juicio voluntario o divorcio administrativo.

II. Sólo se expedirá a los extranjeros cuando el domicilio conyugal se hubiere constituido en el territorio nacional y posean la calidad y características migratorias siguientes:

1. No inmigrantes:
 - a) visitante;
 - b) asilado político;
 - c) estudiante;
 - d) visitante distinguido.

2. Inmigrante; y

3. Inmigrado.

III. El solicitante acompañará su documentación migratoria y los timbres fiscales necesarios.

IV. La certificación se expedirá con validez de noventa días a partir de su fecha.

Referente al punto tercero, concretamente a los timbres fiscales, debe aclararse que, al haber sido derogada la Ley del Timbre en el año de 1979, éstos ya no son necesarios.

Por último, el artículo 42 de la misma Ley General de Población nos señala las características de las calidades migratorias mencionadas, entre otras. Para efectos de nuestro estudio, solo veremos las referentes al divorcio de extranjeros en el país mexicano. El artículo aludido dice:

"No inmigrante es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna en el país temporalmente, dentro de algunas de las siguientes características:

I. ...

II. ...

III. Visitantes. Para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa o no, siempre que sea lícita y honesta, con autorización para permanecer en el país hasta por seis meses, prorrogables por una sola vez por igual temporalidad, excepto si durante su estancia vive de sus recursos — traídos del extranjero, de las rentas que estos produzcan o de cualquier ingreso proveniente del exterior, o para actividades científicas, técnicas, —

artísticas, deportivas o similares, en que podrán concederse dos prórrogas más.

IV. ...

V. Asilado político. Para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas en su país de origen, autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a la circunstancia que en cada caso concurren. Si el asilado político viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su característica migratoria, y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue conveniente para continuar su legal estancia en el país.

Asimismo, si el asilado político se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia dependencia.

VI. Estudiante. Para iniciar, completar o perfeccionar estudios en planteles educativos o instituciones oficiales o particulares incorporadas o con autorización oficial, con prórrogas anuales y con autorización para permanecer en el país sólo el tiempo que duren sus estudios y el que sea necesario para obtener la documentación final escolar respectiva, pudiendo ausentarse del país, cada año, hasta por 120 días en total.

VII. Visitante distinguido. En casos especiales, de manera excepcional, podrán otorgarse permisos de cortesía para internarse y residir en el país, hasta por seis meses, a investigadores, científicos o humanistas de prestigio internacional, periodistas o a otras personas prominentes. La Secretaría de Gobernación podrá renovar estos permisos cuando lo estime pertinente.

VIII. ...

IX. ...".

Inmigrante, según el artículo 44 de la Ley en cita, "es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicar en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado".

Finalmente, para dar término, en cuanto a su contenido de fondo, al presente trabajo, el artículo 52 de la misma Ley dice que "inmigrado es-

el extranjero que adquiere derechos de residencia definitiva en el país".

CONCLUSIONES.

1.- Consideramos que el matrimonio es un contrato civil, ya que reúne los mismos elementos esenciales y de validez de un contrato.

2.- Consideramos al divorcio como un acto jurisdiccional o administrativo, por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Por tal motivo, consideramos impropio denominar divorcio a la separación de cuerpos, toda vez que éste deja subsistente al matrimonio.

3.- Estamos de acuerdo en la regulación de la separación de cuerpos por nuestro Código Civil, ya que da margen a los cónyuges para reconciliarse.

4.- La forma primitiva del divorcio fue el repudio, del cual el hombre tenía el monopolio.

5.- Criticamos el hecho de que los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no hayan regulado el divorcio vincular, pero estamos conscientes de las costumbres imperantes en esas fechas.

6.- Procesalmente podemos dividir al divorcio en la legislación-

mexicana en Divorcio Necesario y Divorcio Voluntario, subdividiendo a este último en Divorcio Administrativo y Divorcio Voluntario Judicial.

7.- Concluimos que la primera ley que reguló el divorcio vincular en el derecho mexicano fue la Ley Sobre Relaciones Familiares, expedida por Don Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917, siendo, asimismo, el antecedente directo de nuestra legislación vigente.

8.- Consideramos al Divorcio Voluntario Administrativo como un acierto del legislador al introducirlo en nuestra legislación, ya que facilita a los cónyuges la disolución del vínculo conyugal que los une, sin perjuicio de terceros, siendo éstos los hijos, ya que no existen, y quienes la mayoría de las veces son los más afectados.

9.- Asimismo, consideramos al Divorcio Voluntario Judicial como otro gran acierto al introducirlo en nuestra legislación, ya que lleva implícita la tutela de los terceros inocentes, así como la presencia del Ministerio Público, representante social, quien vela por los intereses de la sociedad, causando de este modo, dadas las circunstancias, un daño mínimo.

10.- Siendo los hijos los más afectados por la separación de los padres, separación que se afirma al declararse judicialmente la disolución del vínculo matrimonial que los une, consideramos la presencia del Ministerio Público, en el Divorcio Voluntario Judicial, como un acto de justicia y humanidad, ya que el deber de éste es cuidar, sobre todo, que las estipulaciones pactadas en el convenio a que alude el artículo 273 del Código Civil, no sean contrarias a los derechos, necesidades y bienestar de aquellos.

11.- Al igual que a los anteriores divorcios, considero al Divorcio Necesario o Contencioso como otro gran acierto de los legisladores, en mayor que los anteriores, al permitir la vigencia y regulación de éste en -

nuestro Código Civil. Así lo afirmamos pensando no en la disolución del vínculo conyugal, sino en la salida que le otorga a uno de los cónyuges, por su puesto al inocente, de la vida marital que, por el trato que le da el cónyuge culpable, puede ser un infierno.

12.- Acertadamente, a diferencia del divorcio voluntario, el juez en el divorcio necesario o contencioso, es quien decide si las causas invocadas por el cónyuge inocente son lo suficientemente graves como para disolver el vínculo conyugal, aclarando que el juez no puede disolverlo por la invocación de alguna causal diferente a las previstas por la ley.

13.- Consideramos que no es necesario que las causales de divorcio, que tengan relación con el Derecho Penal, sean condenadas penalmente para que puedan ser invocadas como tales.

14.- Por último, consideramos que cualquier clase de divorcio vincular en lugar de ser un vicio, llamémosle así, es un beneficio para cualquier sociedad, siempre y cuando se cuiden los intereses de terceros, ya que con él se evitan males mayores, por ejemplo traumas, vicios e, inclusive, suicidios y asesinatos.

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

- Barcia. Gran Diccionario de Sinonimos Castellanos. Edit. Joaquín Gil. Buenos Aires, Argentina. 1958.
- Derecho Civil Mexicano. V.I. Edit. Porrúa. 2a. Edic. México 1960.
- Derecho Civil Mexicano. T.I. Librería de J. Valdez y Cuevas. México, 1885.
- Derecho Romano Clásico. Edit. Bosch, Barcelona, 1960.
- D. W. Amram, Jegise Law of Divorce. Washington Square Press, Inc., New York. 1949.
- El Antiguo Testamento.
- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica. Edit. Hispano Americano. México 1947.
- F. Engels. El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y El Estado. Edit. Progreso, Moscú.
- Fernando Fueyo Laneri. Derecho Civil, tomo relativo al divorcio, filiación e incapacidades. de la traducc. de José M. Cajica Jr. Puebla, México. 1946.
- L. H. Morgan, Ancient Society. London, 1877.
- La Sagrada Familia. Edit. Sopena. Argentina, S.A. Buenos Aires, 1958.
- López Ortiz José. Derecho Musulmán, Colección Labor, Barcelona, 1932.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario. El Matrimonio. Prologo de Luis Recasens Siches Tipografía Editorial.
- P. Buchholz. Die Familie. T. W. Waltheer, Hamburgo, 1963.
- Pallares. El Divorcio en México. Edit. Porrúa, S.A. 1979.
- Planol, Tratado Elemental de Derecho Civil. T. relativo al Divorcio, Filiación e Incapacidades, de la traducc. de José M. Cajica Jr. Puebla, México. 1946.
- Rafael Rojas Villegas. Compendio de Derecho Civil. "Introducción Personas y Familia". Edit. Porrúa, S.A., México. 1970.

Rafael Rojas Villegas. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. T. II., 1975.

Ramón Garfía-Pelayo y Gross. Pequeño Larousse Ilustrado. Edit. Larousse - 1977.

Ramos Pedrueza, Conferencias, México, 1922.

Ricardo Gallardo. Divorcio, Separación de Cuerpos y Validad del Matrimonio en las Naciones Latinoamericanas. Madrid, 1957.

LEGISLACION CONSULTADA.

Código Civil para el Distrito Federal. 1980.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 1981.

Código Penal para el Distrito Federal. 1981.

Cufo del Extranjero. 1982.

Código de Derecho Canónico. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid.