

387  
29



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

LA NEGATIVA DE UN CONYUGE DE INCORPORARSE AL  
DOMICILIO CONSTITUIDO POR EL OTRO COMO  
CAUSAL DE DIVORCIO



FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA AUXILIAR DE  
EXAMENES PROFESIONALES

T E S I S

Que para optar al Título de:  
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

*Ismael Faustino Jaimes Sánchez*

México, D. F.

1988



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## INDICE

### CAPITULO PRIMERO

#### DEL MATRIMONIO

I. CONCEPTO DE MATRIMONIO	1
II. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	9
III. EFECTOS DEL MATRIMONIO	14

### CAPITULO SEGUNDO

#### GENERALIDADES DEL DIVORCIO

I. CONCEPTOS DE DIVORCIO	27
II. ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DEL DIVORCIO	28
III. PROGRESION HISTORICA DEL DIVORCIO	36
IV. DIFERENCIAS ENTRE EL DIVORCIO Y OTRAS FORMAS DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO	47

### CAPITULO TERCERO

#### EL DIVORCIO EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE

I. DIFERENTES ESPECIES DE DIVORCIO	57
II. BREVE ESTUDIO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO	60
III. EL DIVORCIO NECESARIO, CAUSAS, SANCION Y CAUSAS REMEDIO	69
IV. ESTUDIO PARTICULARIZADO DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO CONTEMPLADAS EN EL CODIGO CIVIL ¿ES EJEMPLIFICATIVA O LIMITATIVA LA ENUMERACION?	74

## CAPITULO CUARTO

### UNA NUEVA CAUSAL DE DIVORCIO

I. LA NEGATIVA DE INCORPORARSE AL DOMICILIO CONSTITUIDO POR EL OTRO	77
II. PRESUPUESTO PARA LA PROCEDENCIA DE LA NUEVA CAUSAL	80
III. OBLIGACION DE LOS CONYUGES PARA PROPORCIONARSE ALIMENTO	80
IV. RESPONSABILIDAD ANTE TERCEROS	82
CONCLUSIONES	85
BIBLIOGRAFIA	87

## CAPITULO I

## C A P I T U L O I

### Del Matrimonio

#### I. Concepto de Matrimonio

Para el estudio jurídico del matrimonio, es conveniente alguna referencia, aun cuando en forma somera de la evolución de este en sus diversas etapas.

Así, pues, tenemos en el supuesto régimen de la promiscuidad, la unión de los sexos y su descendencia, se sostiene sólo por unión poliándrica y dentro de la forma histórica del matriarcado. Pero el matrimonio propiamente surge como forma jurídica definida del régimen patriarcal, no sólo en su aspecto monogámico, sino en el poligámico. (1)

En pueblos que conocieron la poligamia, existió éste, regulado en forma jurídica, en razón de la unión de los sexos y la descendencia, conforme al Código Manu (2), aquí se regularon diversas formas poligámicas.

En Roma el matrimonio fue una forma de constitución familiar y admitía tres formas de constitución, la "Confarreatio", la "Coemptio" y el "Usus". Dado el régimen patriarcal de la familia romana, el matrimonio celebrado con "Manus", hacía comprender a la mujer bajo la potestad patriarcal, siendo considerada "loco filiae" y era considerado como la unión del hombre y de la mujer, con la finalidad de establecer entre ellos una comunidad indivisible de existencia y en donde la mujer pasaba a quedar bajo la tutela del marido, así como la administración de los bienes que aportaba por concepto de dote. (Capitis deiminutio). (3)

(1) Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. pag. 310.

(2) Citado por Flores Barroeta Benjamín. Ob. men. pag. 310.

(3) Flores Barroeta, Benjamín. Ob. menc. pag. 311.

El Cristianismo, transformó las diversas formas de matrimonio, como la imagen de la perfecta unidad entre Cristo y su Iglesia, atribuyéndole la procreación de los hijos y como fines secundarios, el mutuo auxilio y el remedio de la concupiscencia. San Mateo (4) entiende que el matrimonio constituye un vínculo entre el hombre y la mujer, de la misma manera que vienen a ser una misma persona de carne y un mismo hueso, ya que al ser unidos por Dios, no podrán separarse nunca.

El matrimonio fue regulado ampliamente en el Concilio de Trento (5) y la Iglesia Católica lo ha hecho objeto de minuciosas formalidades, ya que lo eleva al rango de Sacramento, siendo esto un medio de salvación ante Cristo. Aun en la Edad Media tuvo preponderancia la Iglesia Católica en todos los órdenes, siendo que en materia de matrimonio prevalecieron los dictados, de considerar al matrimonio como un Sacramento y como un vínculo indisoluble, hasta que en virtud de la rebelión protestante, se dejó de considerar al matrimonio como tal, haciéndolo salir de la potestad normativa de la Iglesia Católica, hasta entonces se entendió como contrato cuya regulación era exclusiva de la sociedad civil.

Pero aun así, la influencia católica, se dejó sentir en los diferentes sistemas jurídicos que significaron más o menos con fidelidad las prescripciones canónicas al respecto.

La secularización plena del matrimonio se logró con la Revolución Francesa pudiéndose distinguir en la actualidad sistemas jurídicos diversos, según la consideración que hagan respecto al matrimonio canónico, unos que consideran al matrimonio puramente religioso y aquellos

(4) Citado por Flores Barroeta, Benjamín op. men. pag. 311.

(5) Galindo Garfias, Ignacio. Primer Curso de Derecho Civil. pag. 474.

que reconocen al matrimonio religioso, preferentemente admiten al matrimonio civil como subsidiario que se le reconozca eficacia alguna al matrimonio religioso.

También se puede distinguir aquellos sistemas en que el matrimonio civil es solemne y el que es puramente concensual.

Haciendo hecho una breve reseña de la evolución del matrimonio dentro de sus diferentes etapas en la historia, podremos empezar el estudio jurídico del matrimonio, iniciando con Radbruch, quien al respecto del matrimonio dice: "es el hecho natural y social de la relación de los sexos y la descendencia" (6). Al decir Radbruch que el matrimonio es un hecho natural y social, nos encontramos con que el matrimonio es un hecho natural entre un hombre y una mujer, en el cual se entregan al derecho exclusivo y perpetuo sobre sus cuerpos, ya que de su relación y en orden a sus actos y por su naturaleza son aptos para engendrar hijos.

Ahora bien, de acuerdo a este, el matrimonio tiene su origen en la propia naturaleza y deriva del consentimiento de quienes están por celebrarlo, dado uno de los fines del matrimonio de procrear la descendencia, debe ser perpetua sin admitir su extinción por la simple voluntad de los cónyuges.

Al hablar de un contrato natural, debemos pensar que el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento por Cristo, ya que este se realiza frente de un sacerdote quien es representante de la iglesia. Se puede distinguir la concepción canónica del matrimonio siendo un fin primario que es la procreación y la descendencia de la prole y se advierten dos fines secundarios, que consiste en la ayuda mutua y la concupiscencia, entonces el matrimonio es indisoluble, como lo es la unión de -

(6) Citado por Flores Barroeta Benjamín, ob. menc. pag. 310.

Cristo con la Iglesia.

Nos hemos referido anteriormente a la secularización del matrimonio, que persiguió como idea fundamental la asunción que parte de la autoridad civil de todo lo relativo a no normación del matrimonio, sustrayendo del poder de la iglesia la regulación del mismo y que debido a ello, partiendo de la tesis canónica de que el matrimonio es un contrato natural, elevado a la calidad de Sacramento por Cristo, la legislación laica la reputa exclusivamente como contrato civil.

La evolución del concepto jurídico del matrimonio y su regulación se determina por el cambio de idealidades colectivas habida con respecto a este dato inmutable en sí y eterno, de la unión de los sexos y de la descendencia.

Con motivo de las Leyes de Reforma en nuestro país, se definió el matrimonio como un contrato civil y el actual Artículo 130 de nuestra Constitución Política de 1917, en su tercer párrafo lo define: "El matrimonio es un contrato civil, éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan". Al respecto el legislador al señalar como un contrato civil al matrimonio, debió señalar que este era una institución en razón de que la finalidad del mismo es una organización social y moral de la familia que se somete a un conjunto de reglas imperativas a diferencia de los contratos, los cuales tienen un régimen especial en nuestro derecho.

Pero este propósito motivó en la doctrina civil mexicana la tendencia a considerar al matrimonio como un contrato, equiparándolo con cualquier otro contrato civil de la misma naturaleza que uno de compra-venta o de arrendamiento. Con estos argumentos surgió la Tesis Contrac

tualista del matrimonio, ya que considera a éste como obra del exclusivo consentimiento de los consortes, por lo siguiente pueden igual que - con respecto a cualquier otro contrato rescindirlo libremente.

Existen diversos criterios que no consideran al matrimonio como - un contrato ordinario y hacen distinciones particulares para llamarlo - contrato de adhesión, contrato de orden público, contrato "sui-géneris" así tenemos entre otros:

a) Boneccase refuta la tesis contractualista del matrimonio, ob - serva que el contrato está regulado por el Derecho con motivo del patri - monio y la regulación respectiva, se halla denominada por el principio - de la autonomía de la voluntad evidentemente, no juega un papel en abso - luto en el matrimonio, ya que los consortes se encuentran vedados de - pactar libremente lo que les parezca con respecto del matrimonio. A es - te respecto se puede decir que, el contrato es el medio jurídico puesto a la disposición por el ordenamiento en factor de los particulares, para que estos en el ejercicio de su autónoma voluntad, regulen libremente - sus intereses, sólo con las restricciones que el derecho impone y el ma - trimonio no se pueda concebir de esta manera. (7)

El matrimonio que se ha considerado como institución, como un con - junto de normas jurídicas, de igual naturaleza, que regulan un todo org -ánico y persiguen una finalidad que es de interés público. Al respec - to Boneccase expresa: "El matrimonio es una institución constituida por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los seres y por tanto a la familia, una organiza - ción social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todo momento irradian de la noción de Derecho". (8)

(7) Citado por Flores Barroeta, Benjamín, ob. men. pag. 314.

(8) Boneccase, Julián. La Filosofía del Código de Napoleón aplicable al Derecho de Familia, pag. 204.

Se advierte en la tesis de Boneccase la idea de que en el matrimonio predomina un acto natural por el hecho de la unión de los sexos y la descendencia y de acuerdo a las mutaciones que las distintas idealidades colectivas determinan en el orden físico, esto siempre y cuando - el propio derecho pueda encauzar.

b) La Tesis de Cicu, considera al matrimonio como un acto de poder del Estado, según Cicu, en el Derecho de la Familia predomina el interés público, de manera que los vínculos familiares y todas las relaciones, poderes y formas relativas, constituyen actos públicos. El matrimonio, si bien partiendo del consentimiento de quienes lo celebran, no es obra de voluntad de los contrayentes, que sólo se manifiestan en cuanto al querer contraerlo. Para Cicu, es el Estado el que une ese matrimonio, por lo que manifiesta en la consideración de que no existe el matrimonio si no hay intervención oficial del estado civil. (9)

c) Se pueden apreciar en el matrimonio dos formas diferentes como acto y como institución. El matrimonio como acto; consiste en el acto mismo de su celebración en este sentido el matrimonio es un acto porque requiere, desde luego, la manifestación de la voluntad de quienes lo realizan en este orden es obra del consentimiento de los esposos. Pero tal consentimiento no es determinante ni de la celebración del matrimonio ni de que funcione la institución relativa, deriva de la declaración solemne del funcionario público correspondiente, por lo cual, puede concluirse que el matrimonio considerado como acto, es verdaderamente como lo sostiene Cicu, que es un acto de poder del Estado; en el su puesto del consentimiento de los contrayentes. Se puede apoyar esta tesis en nuestro derecho con las dos posiciones legales relativas al matrimonio y de las cuales resulta que su celebración proviene de la declaración que hace el Oficial del Registro Civil. (10)

(9) Citado por Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, pag. 227.

(10) Flores Barroeta, Benjamín, ob. men. pag. 314.

Para que funcione la Institución Jurídica, se deberá tener por - realizado el acto jurídico del matrimonio de acuerdo con Boneccase, como el conjunto de reglas imperativas cuyo objeto es dar a la unión de - los sexos y por tanto a la familia, una organización social y moral que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que imponga el derecho. (11)

d) En nuestro sistema jurídico se recoge otra tesis en el sentido que contienen los artículos 102 y 147 del Código Civil, el que dispone que el Oficial del Registro Civil interrogará a los pretendientes "...si es voluntad de unirse en matrimonio y si están conformes, los declara unidos en nombre de la Ley y de la Sociedad..." El artículo 147 señala: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la - ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesto", con la exposición de la Tesis de Cicu, se elimina por completo la tesis de los contractualistas del matrimonio sin que baste que éste pueda disolverse por medio del divorcio, esta forma de disolución se puede entender como el remedio físico para las situaciones que amenazan la constitución de la familia, de acuerdo con nuestro Código el matrimonio es evidentemente un acto jurídico solemne, entonces el matrimonio sí es un acto jurídico solemne, pero no es un contrato.

En cuanto al matrimonio, este como un acto jurídico solemne, como institución, sólo podemos distinguir aspectos contractuales por cuanto hacen a los pactos celebrados entre los esposos con relación a sus bienes, al contraerse matrimonio o durante él y que se denominan capitulaciones matrimoniales.

Desde el punto de vista del suscrito, las teorías expuestas no es tán de acorde con la realidad, esto es: que la institución del matrimo nio es una institución caduca en razón de la problemática social actual

(11) Citado por Flores Barroeta, Benjamín, ob. men. pag. 314.

y la idiosincracia del pueblo mexicano, que al contraerse el matrimonio se van a vivir a la casa de sus padres sin que se establezca un domicilio conyugal, lo que deberá tener en cuenta el legislador y realizar un estudio más profundo respecto del mismo como el medio de perpetuar la especie.

Tan altas finalidades exigen que la celebración conyugal sea permanente, mientras subsiste el lazo conyugal tal celebración y coordinación encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones físicas, la validez y permanencia de la unión entre consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer es un hecho natural que se impone al derecho y que este eleva a la categoría de institución jurídica para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado. La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para "compartir su común destino", no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio, la ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para su celebración pero todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio, situación esta, - que debe evitarse ya que esto traería como consecuencia la destrucción de la Institución del matrimonio, tocando al Estado la protección y cuidado de la misma.

Lo esencial en el matrimonio desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él la familia como grupo social, encuentra ordenada organización jurídica, la seguridad y la certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales, éticas y aun económicas que le competen dentro de la comunidad.

En resumen: se puede decir que el concepto de matrimonio es: la - forma jurídica relativa al hecho natural de la unión sexual y la descen- dencia.

## II. Naturaleza jurídica del matrimonio

En torno a la naturaleza jurídica del matrimonio existen diferentes posiciones doctrinales, según los distintos criterios en la forma - siguiente:

a) Sacramento.- Tal como se comentó anteriormente el matrimonio - ha sufrido a través del tiempo, numerosas influencias que han modifica - do sus características, particularmente el cristianismo, como vemos, ha demostrado un papel de suma importancia en la historia del desenvolvi - miento del matrimonio (12).

En la época actual pueden distinguirse dos tipos de matrimonio: el acto civil que produce efectos civiles y el Sacramento que conserva el - carácter de acto religioso, mas que nada las costumbres del pueblo mexi - cano.

El matrimonio como Sacramento tiene a su favor la fe del pueblo - que tradicionalmente ha considerado que en la unión del hombre y la mu - jer se necesita la intervención de una sanción más alta que la sanción - del hombre y esta sólo puede ser dada por Dios.

El jurista mexicano Agustín Verdugo, ha sido uno de los autores - que combate con mayor ahínco la intervención del estado en la formación del vínculo matrimonial, y afirma con la Iglesia Católica: "que todo en

(12) Flores Barroeto, Benjamín, Ob. men. pag. 311.

lace de varón y mujer fuera del Sacramento aunque sea celebrado en virtud de una Ley Civil es un funesto y torpe concubinato, tantas veces -- condenado por la Iglesia". (13) Considera el autor de referencia que la rebelión contra el cristianismo obedece al propósito del protestantismo de invadir un campo reservado a la Iglesia Católica por la voluntad superior de Jesucristo, así pues, la invasión del poder civil respecto al matrimonio.

Melchor Cano, citado por el mismo Verdugo, afirma que el Sacramento y el Contrato son cosas distintas y separables, y que puede existir el contrato independiente del Sacramento. El Jurisconsulto Pothier, es el que ha expresado de una manera más clara este dualismo del contrato y del Sacramento en el matrimonio.

b) Contrato.- El Dr. Rafael de Pina en su libro "Elementos de Derecho Civil Mexicano", nos indica que la concepción del matrimonio como contrato, pinta al matrimonio como Sacramento, nace debido al auge que adquirió el estado con el transcurso del tiempo, lo que lo llevó a sentir celos de su soberanía e independencia. (14)

Sin embargo como veremos más adelante, el matrimonio como contrato no responde ni a la verdadera naturaleza, ni a la finalidad auténtica de esta institución.

La razón de que en nuestro derecho se considera al matrimonio como contrato, lo encontramos en el artículo 130 Constitucional que establece expresamente que el matrimonio es un contrato civil.

c) Institución.- La tesis que considera al matrimonio como Institución Jurídica, ha sido sostenida y defendida con mayor ahínco por Julián Boneccase en Francia, D'Aguanno en Italia y por Sánchez Román en -

(13) Verdugo, Agustín. Principios de Derecho Civ. Mex. Tomo II. pag. 26.

(14) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civ. Mexicano. Vol. I pag. 315.

España. (15)

Boneccase (16) toma como punto de partida el concepto de Institución formulado por Hauriou el cual en lugar de considerar la institución Jurídica externamente desde el punto de vista de la técnica jurídica, lo examina por lo menos perfectamente desde el punto de vista moral social, pero sin situarse en el centro de éste y describir la vida que circula en él una vez terminada su organización jurídica, de manera que en estas condiciones debe considerarse al matrimonio como una "Institución formada por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas cuyo objeto es dar a la unión de sexos y por ende a la familia - una organización moral y social, que permita su estabilidad" (17) Esta tesis institucional, tiene gran aceptación entre los filósofos de derecho.

Como hemos visto, la clasificación contractual del matrimonio obedece históricamente al propósito de diferenciarlo del matrimonio religioso; sin embargo, el matrimonio como Sacramento está bien adentrado en las costumbres mexicanas que ven en este lo fundamental del acto matrimonial.

Ahora bien, no es cierto que al secularizar el matrimonio se le haya envilecido como sostiene el Lic. Agustín Verdugo (18), si así fuera habría que renegar de la Ley que lo secularizó; la Ley Civil no ha usurpado a la iglesia sus poderes de legislar sobre ese Sacramento, lo que pasa es que al lado del Sacramento, la ley ha establecido al contrato civil, que de alguna manera se confunde con el Sacramento y la ley deja en libertad a los contrayentes para santificar su unión con la ceremonia religiosa, lo que la ley no ataca de ninguna manera.

(15) De Pina, Rafael, Ob. menc. Vol. I pag. 321.

(16) Citado por De Pina, Rafael. Ob. menc. Vol. I. pag. 321.

(17) De Pina, Rafael. Ob. menc. Vol. I. pag. 322.

(18) Verdugo, Agustín. Ob. menc. Tomo II. pag. 23.

La secularización del matrimonio no es más que la consecuencia ló-  
gica y razonable de la separación existente entre la iglesia y el esta-  
do.

Por lo anterior he de concluir afirmando que la unión católica es  
un matrimonio religioso y la unión ante el estado es un matrimonio cí-  
vil. Por lo tanto existe unualismo perfectamente definido entre el ma-  
trimonio sacramento y el matrimonio civil.

Ahora bien, por lo que respecta al matrimonio como contrato, éste  
se funda históricamente en el propósito de diferenciarlo radicalmente -  
del matrimonio canónico; sin embargo, la tesis contractual ha sido criti-  
cada seriamente por diversos juristas.

El autor español Clemente de Diego (19) nos indica que en el fon-  
do no tiene sino la forma del contrato dada por la expresión del con-  
sentimiento, la razón agrega el citado autor, es muy fácil, todo contra-  
to necesita de elementos esenciales para su existencia, a saber: objeto  
causa y consentimiento y en el matrimonio faltan los 2 primeros.

En efecto falta el objeto o materia que en el contrato es una pres-  
tación que recae sobre cosas materiales o servicios, pero nunca sobre las  
personas y en el matrimonio tiene lugar la entrega de una persona a otra  
y de ésta a aquélla con toda su integridad; falta la causa porque ésta en  
los contratos es liberalidad e interés y en el matrimonio no puede admi-  
tirse en el terreno de los principios que haya otro interés del amor mu-  
tuo.

Apoyando esta tesis el maestro Rojina Villegas (20) dice: que debe  
desecharse la tesis contractual, ya que ésta obedece al deseo de separar

(19) De Diego, Clemente. Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II.  
pags. 246 y 247.

(20) Rojina Villegas, Rafael. Ob. menc. Tomo I. pag. 284 y 285.

definitivamente el matrimonio civil del religioso y esto se desprende - del artículo 130 Constitucional en el que se afirma que el matrimonio - como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios- y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el - legislador mexicano, al afirmar que el matrimonio es un contrato, haya- querido equipararlo en sus efectos y condiciones al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la iglesia- toda ingerencia en la regulación jurídica del mismo, en las consecuen - cias para el divorcio y en los impedimentos para este acto.

A favor de la tesis contractual, los autores italianos Rotondi y Degni (21), sostienen que el matrimonio es un contrato con naturaleza - especial, diverso de las generalidades de los contratos, por sus fines- íntimamente ligados al orden moral que persiguen, pero conservando la - característica esencial de los contratos, o sea el acuerdo de voluntades de los contrayentes, relegando a segundo término la voluntad de casa - mentero, que se limita a sancionar con su intervención la voluntad de - las personas que contraen el vínculo.

Esta tesis en torno de la naturaleza del matrimonio fue defendida por el Lic. Agustín Verdugo, (22) para el cual el matrimonio tiene de - particular y característico, que si bien a primera vista y en sus ele - mentos y condiciones sustanciales parece ser uno de tantos contratos for- mado por el consentimiento de los contrayentes, examinando a conciencia se ve que es distinto de los contratos, pues por un lado la voluntad - que lo forma no se limita al orden físico a que pertenecen los bienes - materiales, objeto de la generalidad de los pactos humanos sino que se extienden al orden moral, en el cual caben las varias obligaciones que- el matrimonio impone, y por el otro, su cumplimiento o no cumplimiento, jamás es un hecho que se reduzca a la individualidad de los cónyuges y sea susceptible de ser apreciado tan concreta y exactamente como la en-

(21) Citado por De Pina, Rafael. Ob. menc. Vol. I. pags. 318 y 319.

(22) Verdugo, Agustín. Ob. menc. Tomo II. pags. 6 y 7.

trega de la cosa en el contrato de compra venta, por ejemplo.

Consecuentemente, el Lic. Verdugo admite que el matrimonio es un contrato, pero apreciado sólo bajo uno de sus puntos de vista, o sea el consentimiento de los contrayentes.

Por último, en cuanto a la tesis institucional, que es más conforme con la significación jurídica del matrimonio, se sostiene que éste posee del contrato, sólo la apariencia o sea el acuerdo de voluntades - que constituye la super estructura del contrato; pero le falta la infra estructura al mismo, aquel cómputo utilitario, referido a cosas y prestaciones valorables económicamente que son incompatibles con la esencia - misma de la institución matrimonial, pues como lo sostiene Haurion "el matrimonio como la institución jurídica, persigue la organización moral y social que corresponde a las aspiraciones y naturaleza del hombre, y así también a las directrices, en todos los dominios proporcionan la noción del derecho". (23)

### III. Efectos del matrimonio

Los efectos producidos por el matrimonio son numerosos y complejos, esta institución central a la cual conduce todo el derecho de familia, crea relaciones de parentesco y afinidad. En este apartado sólo trataremos de las relaciones establecidas entre los esposos. Estas relaciones tienen en su mayor parte, carácter de reciprocidad, se traducen también en deberes recíprocos, el matrimonio que es una sociedad, una mutualidad, pone a cargo de los contrayentes obligaciones comunes para ambos. Sin embargo, había antes la existencia de una potestad, que presentaba un carácter unilateral, era este la potestad marital que hoy se

(23) Citado por De Pina, Rafael, ob. cit. Vol. I. pag. 322.

encuentra suprimida como lo señala el artículo 168 del Código Civil que indica: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente del manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la adquisición de los bienes que a estos pertenezcan. En casos de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente".

Esto es acertadamente, nuestra legislación no concedió prerrogativas para ninguno de los cónyuges; el artículo 2o. del Código Civil señala: "La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

Del precepto transcrito se colige la equiparación legal del hombre y la mujer, lo cual se hacía necesario. Ya que en la actualidad la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; con la acertada decisión del Legislador Mexicano le dio un campo más amplio para que se dedique a todas las actividades sociales, en tales condiciones, era en contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil, sustentado por el Código anterior.

Podemos anotar que el artículo 2o. del Código Civil, hace una sustancial reforma al Código de 1884, el cual era en exceso individualista concediendo todas las prerrogativas al hombre, excluyendo sistemáticamente a la mujer, lo que pretende el precepto citado es armonizar los intereses individuales con los sociales dicho de otra manera, equiparar la capacidad jurídica del hombre y la mujer.

Como es de verse, el señalamiento que hace el legislador mexicano, en cuanto a la potestad marital quedó suprimida, otorgándole igualdad a la mujer con el marido ya que la actualidad, y como lo indica el precepto antes mencionado, la dirección del hogar, de los hijos y la educación corresponde a los cónyuges, según se pongan de acuerdo, para el me

por manejo del hogar.

Esto quiere decir, que la mujer se ha convertido oficialmente en-  
te igual al marido, en dignidad y autoridad, pero si la potestad mar-  
tal ha desaparecido de acuerdo con el artículo 168, es de hacerse notar  
que los cambios en las costumbres no han sido tan profundas, ya que la-  
familia es una realidad humana y social, y no puede acomodarse a una in-  
dependencia absoluta de los esposos.

Es preciso que uno de ellos haga sacrificios en interés común y -  
sufrir la autoridad de un jefe que conserve la dirección del hogar. Pero  
siendo más concientes, nuestro Código Civil ha aumentado las garantías-  
concedidas a la mujer contra el ejercicio arbitrario del marido.

Tales prerrogativas o garantías consisten en: se dio a la mujer -  
domicilio propio; se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y  
consideraciones legales iguales al marido y que por lo mismo, de común-  
acuerdo arreglaran todo lo de la educación y establecimiento de los hi-  
jos y a la administración de los bienes de éstos.

Se estableció que la mujer pudiera sin necesidad de autorización-  
marital, servir un empleo, ejercer una profesión o industria o dedica-  
se al comercio, con tal que no descuidara la dirección y trabajo del ho-  
gar.

La mujer casada tiene derecho de pedir que se le de por concluida  
la sociedad conyugal, cuando teniendo el marido la administración de los  
bienes comunes se revela un administrador torpe o negligente.

Se hizo desaparecer la incapacidad legal, para que la mujer pudie-  
ra ser tutriz, fiadora (dispensa judicial), testigo en testamento, alba-  
cea y para que ejerciera el mandato.

Al llegar a la mayor edad tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, estando legalmente capacitada para celebrar toda clase de contratos.

No pierde la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores (siempre y cuando no resulte culpable), aun cuando contraiga segundas o ulteriores nupcias.

A este respecto el artículo 172 del Código Civil, a la letra señala: "El marido y la mujer mayores de edad tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni esta de la autorización de aquél, salvo en lo relativo a los actos de administración y de domicilio de los bienes comunes".

Por otro lado el artículo 169 señala: "Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de esta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición".

Consecuentemente en razón de la celebración del matrimonio se deriva para los cónyuges la suma de derechos y facultades establecidas que integran la institución. En ese orden, deja de contar en absoluto la voluntad de los esposos que solo fue eficaz para la celebración. Todas las facultades y derechos que la ley determina integrando la institución matrimonial, se producen en forma totalmente ajena a la voluntad de los cónyuges que por ningún motivo pueden pactar en contra, salvo en lo relativo al régimen económico, esto es, en cuanto

a lo que se refiere a las capitulaciones matrimoniales, las cuales de  
berán de ser ante Notario Público y registrarse en el Registro Públi-  
co de la Propiedad y del Comercio, a este respecto el artículo 179 se-  
ñala: "Las capitulaciones matrimoniales son los pactos que los espo-  
sos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de  
bienes y reglamentar la administración de estos en uno y en otro caso".

Asimismo el diverso 180 señala: "Las capitulaciones matrimonia-  
les pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante  
él, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños -  
los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que ad-  
quieran después".

Dicho de otra manera, pertenece en cierta forma a la autonomía-  
de los esposos, aunque en muchos aspectos regulados imperativamente,  
también por la ley.

Significa lo anterior, que el acto produce realmente un solo -  
efecto, hacer funcionar con respecto a los esposos la institución del  
matrimonio, pero el estudio minucioso de tal efecto, nos lleva a exa-  
minar en forma particular la suma de facultades y derechos que la ley  
determina por dicha institución; de manera que las facultades y dere-  
chos que como consecuencia de la celebración del matrimonio instituye  
la ley, vienen a ser los efectos del propio matrimonio.

En este orden, veamos los efectos del matrimonio, al análisis -  
de las facultades y derechos que la ley instituye a cargo y en favor  
de los cónyuges.

1.- Con relación a la persona de los cónyuges.

Por datos naturales que el derecho recoge para la regularización del matrimonio, este constituye la forma jurídica que da respuesta o que realiza la materia real de la unión de los sexos y la procreación. Además esta unión engendra una comunidad de vida plena, dentro de la cual hombre y mujer se auxilian mutuamente. Por tanto, son propiamente la unión sexual, la procreación y la ayuda mutua, los fines que el derecho ha de pretender realizar en el matrimonio, a través de su regulación. Ya vimos cómo el Derecho Canónico, considera como fines del matrimonio, la procreación y educación de la prole, la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia. A su vez, el Código de 1884, igual que la Ley de Relaciones Familiares, definieron al matrimonio como la sociedad o el contrato de un solo hombre y una sola mujer, para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

El Código vigente, por su parte, se abstiene de dar una definición del matrimonio, así como de precisar expresamente sus fines; pero en diversos artículos se indican estas. Así en el 147 se hace referencia a la perpetuación de la especie y a la ayuda mutua. De acuerdo con los fines propios del matrimonio, los deberes y derechos que surgen del matrimonio como efectos en las personas de los cónyuges, son los siguientes:

a) Deber de cohabitar.- La cohabitación es el derecho, al mismo tiempo que el deber que ambos cónyuges tienen de vivir bajo el mismo techo. Consiste este efecto en la vida necesaria para satisfacer to dos los fines del matrimonio.

A este deber se refiere nuestro Código Civil en el artículo 163, que señala: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, los tribunales con conocimiento de causa podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social,

o se establezca en lugar insalubre o indecoroso".

Este precepto se expresa antes de la reforma de 31 de diciembre de 1953 que lo dejó en los términos transcritos, en estos otros "la mujer debe vivir al lado de su marido...", admitiéndose en favor de la propia mujer, las excepciones que el texto actual indica para ambos esposos.

Consecuencia de la Reforma, es que el domicilio conyugal debe fijarse de común acuerdo por ambos cónyuges, sin que corresponda determinar lo únicamente al marido.

La violación al deber de cohabitación, es sancionada estableciéndose como causa de divorcio, en la fracción III del artículo 267- "... la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada"

b) Deber de fidelidad.- El matrimonio que nuestro derecho constituye es monogámico, ya hemos dicho que nuestras legislaciones anteriores lo definían como la unión de un solo hombre y una sola mujer - en orden a la procreación de la especie y a la ayuda mutua. Es evidente, por tanto, que el derecho imponga al deber de fidelidad a cargo de los cónyuges, al mismo tiempo que lo establece como derecho canónico indica la fidelidad en forma expresa, el considerar la mutua entrega de los cuerpos de los esposos, en forma no solo perpetua, sino exclusiva. En nuestra ley no se establece tampoco en forma expresa este deber y derecho, pero el artículo 267, fracción I establece - como causa de divorcio "el adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges...", además nuestra Ley Penal considera como delito el adulterio.

El adulterio es susceptible de dos connotaciones, con efectos diferentes, civilmente, es la cópula con persona extraña al cónyuge y produce como efecto la causa del divorcio que hemos indicado. Pero penalmente, es adulterio, si se comete en el domicilio conyugal o con escándalo y engendra responsabilidad a cargo de los autores.

Algunas legislaciones solamente consideran adulterio como violación al deber de fidelidad, para efectos civiles o penales o para ambos, solamente el cometido por la mujer, pero en nuestro derecho, - lo es tanto el cometido por la mujer como por el varón.

c) Deber de relación sexual.- El derecho y el deber correlativo a la relación sexual, se establece por el ordenamiento, en atención al fin primordial del matrimonio, consiste en la procreación. La Iglesia Católica expresa en términos precisos estos derechos y deberes correlativos diciendo que mediante el matrimonio el hombre y la mujer se entregan mutuamente al derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos, en orden a los actos que por naturaleza son aptos para engendrar hijos. En nuestro derecho, no se establece en forma expresa el delito carnal; pero en el artículo 162, el Código indica que: "los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio...", de donde, si uno de los fines primordiales del matrimonio es la procreación, se impone el delito carnal como derecho y deber recíproco para los cónyuges, debe estimarse además, que la negativa de uno de los cónyuges a la relación sexual, constituye una forma de injuria, considerada como causa de divorcio en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil.

d) Deber de ayuda mutua.- Por último, en cuanto a los deberes y derechos que derivan del matrimonio con relación a la persona de los cónyuges; hemos de referirnos a la ayuda mutua. A ella se refieren nuestras legislaciones anteriores en sus definiciones sobre el matrimonio, indicando que por él, el hombre y la mujer se unían no so

lo para la procreación, sino para ayudarse a llevar el peso de la vida y el derecho Canónico establece la ayuda mutua como fin del matrimonio. Al respecto, nuestro código dispone en el artículo 162 que: "los cónyuges están obligados... a socorrerse mutuamente..."

Esta ayuda mutua no admite un contenido determinado. En verdad, comprende todo lo que la solidaridad conyugal puede suponer, - tanto en el orden material como en el orden moral. En el primero, - alimentos con todo lo que ellos suponen: comida, vestido, habitación, asistencia en casos de enfermedad. En el orden moral, todo lo que - determine el amor y la comprensión que deben prevalecer en el matrimonio.

En cuanto a la ayuda material, el código dispone, genéricamente en el artículo 302, que los cónyuges deben darse alimentos...", - además en el artículo 164 está dispuesto que "el marido debe dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, pero si la mujer tuviese bienes propios o desempeñare algún trabajo, o ejerciere alguna profesión, oficio o comercio, deberá también contribuir para los gastos de la familia, siempre que la parte que le corresponda, no exceda de la mitad de dichos gastos, a no ser que el marido estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, pues entonces todos los gastos serán de cuenta de la mujer y se cubrirán con bienes de ella".

## 2.- Con relación a la situación de los cónyuges en el hogar.

Estos efectos consisten, no propiamente en la suma de deberes y derechos de que ya nos hemos ocupado en párrafos anteriores; sino en los que determinen la situación jurídica que cada uno de los cónyuges tiene en razón del matrimonio.

La situación de los cónyuges en el matrimonio y en la familia, ha sido distinta, en las diferentes legislaciones. Conocida es la si

tuación de la mujer casada en Roma, que por virtud de la "manus", que daba sujeta a la potestad del marido. Esta potestad recogida por las legislaciones posteriores y conocida como potestad marital, ha sido reconocida por todas ellas y lo es aún en la actualidad, en algunas. Por virtud de la potestad marital, la mujer se considera sujeta, en razón del matrimonio, a la autoridad del marido. Así el Código Civil de 1884 lo estableció en el artículo 192. El marido debe proteger a la mujer, esta debe obedecer a aquél, así en lo doméstico como en la educación de los hijos y en la adición de bienes. De esta manera, el marido constituía la autoridad en el matrimonio y la mujer quedaba -- por completo sujeta a su potestad. Pero además, la mujer casada sufre por virtud del matrimonio una incapacidad específica que le vedaba administrar y manejar por sí misma sus intereses, siendo su representante legal, su marido.

El mismo Código de 1884 disponía en el artículo 197 que: "El marido es el representante legítimo de su mujer, ésta no puede, sin licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por representantes, ni aun para la prosecución de los pleitos comenzados antes del matrimonio..."

La mujer no podía tampoco, sin consentimiento de su marido, adquirir bienes ni enajenar los suyos, ni obligarse. (24)

La potestad marital en nuestro derecho, sufrió la primera derogación por la Ley de Relaciones Familiares, como lo es el artículo 43. "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo mismo, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos; y a la adición de los bienes que a estos pertenezcan. En caso de que el marido y la mujer

(24) Flores Berroeta, Benjamín, ob. cit. pag. 344.

no estuvieren de acuerdo sobre alguno de los puntos indicados, el Juez de Primera Instancia del lugar, sin forma ni formalidad alguna - procurará ponerlos de acuerdo, y en caso de que no lo logre, resolverá lo que fuera más conveniente al interés de los hijos".

### 3.- Con relación a los hijos.

El matrimonio produce también efectos con respecto a los hijos de los cónyuges.

Siendo el caso que nuestro derecho, por virtud de la exacta situación que guardan frente a la ley los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, el único efecto que produce respecto a estos es la certeza de la afiliación a los mismos.

A este respecto, el artículo 324 dispone que: "Se presume hijos de cónyuges: I.- Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio. II.- Los hijos nacidos dentro de los 330 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta nulidad del contrato, de muerte o nulidad, desde que de hecho -- quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

### 4.- Con relación a los bienes.

Es de advertirse que si bien los efectos que ahora analizaremos tienden a relaciones patrimoniales entre los cónyuges y en este sentido son a propósito del matrimonio, sin embargo, tiene su fuente en un acto que aunque realizado con motivo del matrimonio, no se integra al acto del matrimonio mismo.

Las relaciones en cuanto a los bienes, entre los cónyuges, son objeto de un acto especial celebrado por los cónyuges, pero distinto del acto del matrimonio y es un verdadero contrato, denominado capitulaciones matrimoniales, en este aspecto señala el artículo 172: "Las capitulaciones matrimoniales son las partes que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal a la separación de bienes y reglamentar la administración de estos en uno y otro caso".

Así en nuestro derecho, siempre el régimen patrimonial de los cónyuges, deriva del convenio que para tal efecto celebran éstos, por lo tanto, nuestro Código Civil vigente regula al matrimonio con relación a los bienes indicando dos maneras a celebrar dicho acto a saber:

a) Régimen de Sociedad Conyugal.- Entendiéndose como el pacto celebrado por los esposos en las capitulaciones matrimoniales, y por virtud del cual, se establece el común dominio de ambos cónyuges, respecto de los bienes que integran la sociedad, mientras esta subsista; así como la administración de dichos bienes. Artículo 124 del Código Civil vigente dice: "La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes.

b) Régimen de separación de bienes.- Siendo éste, aquél que pactan los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales o que se resuelve por sentencia judicial, y en virtud del cual los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen y, por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes, no serán comunes sino del dominio exclusivo del dueño de ellos.

"Artículo 207 del Código Civil vigente dice: Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones anteriores al matrimonio, o durante éste, por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial. La separación puede comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al celebrar el matrimonio, sino también los que adquieran después".

En este orden, hago una mención somera de los efectos de los bienes entre los cónyuges, siendo éstos, los más comunes en nuestro derecho, existiendo otros tipos de regimenes respecto de los bienes, de los cuales serfan motivo de un análisis más profundo, no siendo el objeto del presente trabajo.

## CAPITULO II

## CAPITULO II

### Generalidades de Divorcio

#### I. Concepto de Divorcio

A efecto de estar en posibilidad de dar una definición de lo que entendemos por divorcio es necesario hacer un estudio de la acepción de la palabra divorcio, sin que con esto se pretenda agotar de manera sustancial el contenido de tal concepto.

Ahora bien, es necesario para el efecto de establecer la definición en mérito, recordar que la palabra divorcio proviene del latín "divortium", que significa la disolución del vínculo matrimonial y que ésta a su vez es la forma sustantiva de la antigua palabra "divertere" cuyo significado era "separarse". (25)

Una vez conocida su acepción etimológica, se buscará en este estudio señalar los diversos conceptos de la palabra divorcio y así tenemos que:

a) En sentido metafórico su significado es: apartar, separar personas que vivan en estrecha relación o cosas que estaban o debían estar juntas. (26)

b) Sara Montero Duhalt, nos indica el sentido etimológico de divorcio que significa: dos sendas que se apartan del camino. (27)

c) También significa: disolver la autoridad pública del matrimonio (28).

(25) Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, pag. 575.

(26) Galindo Garfias, Ignacio, ob. men. pag. 575.

(27) Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, pag. 196.

(28) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pag. 493.

d) En su acepción común, la palabra divorcio conlleva la idea de separación de los cónyuges. (29)

A este respecto el maestro Rafael de Pina nos da el concepto jurídico de divorcio que significa: "La extinción de la vida conyugal declarada por autoridad competente; en un procedimiento señalado al efecto y por una causa de terminación de modo expreso". (30)

Asimismo el maestro Benjamín Flores Barroeta nos da su concepto de divorcio, que es la siguiente: "es la disolución del vínculo del matrimonio en vida de los cónyuges; por una causa posterior a su celebración y que deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio. (31)

En este orden de ideas y partiendo de los anteriores conceptos; considero que podemos definir el divorcio en su aspecto jurídico como: la disolución del vínculo matrimonial que une a los cónyuges, definición que queda plasmada en nuestro Derecho Positivo, conforme al contenido del artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal.

También podemos decir que es el medio por el cual se extingue el vínculo matrimonial que une a la pareja, con las consecuencias legales inherentes al mismo, quedando ésta en posibilidades de contraer un nuevo matrimonio en los términos de ley.

## II. Argumentos en pro y en contra del divorcio

Esta figura jurídica ha producido grandes polémicas, ya que se -

(29) Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, pag. 471.

(30) De Pina, Rafael, ob. men. Vol. I pag. 340.

(31) Flores Barroeta, Benjamín, ob. men. pag. 382.

se esgrimen en contra de él razones de carácter religioso, ético, político y psicológico, tales como:

a) Razones de orden religioso: es sabido que el catolicismo prohíbe el divorcio, aunque sí regula la anulación del matrimonio siempre y cuando se surtan en la especie los impedimentos o causas previstas y establecidas en el Código Canónico. (32)

La Iglesia Católica considera al matrimonio como un lazo indisoluble en vida de los cónyuges; en este orden, el rompimiento del vínculo civil no surte efecto alguno para los católicos, impidiéndoles con traer un nuevo matrimonio religioso.

Independientemente del dogma religioso, de igual manera la iglesia aduce argumentos morales en contra del divorcio, en el sentido de que el mismo implica una solución contraria a los principios morales - que deben regir la constitución de la familia, como son la estabilidad y la permanencia de la misma, basada en una unidad espiritual de los cónyuges.

En consecuencia, desde el enfoque católico, se considera al divorcio como la causa de la disgregación familiar, tomando en consideración que los que se casan saben de antemano que si la unión que inician no da resultado, pueden darla por terminada mediante el divorcio, lo que les permite experimentar nuevamente con otra persona cuantas veces sea necesario y obtener los resultados deseados.

Asimismo, trae aparejada la frivolidad de una decisión tan trascendental como debe ser el fundar una familia, a esto contribuye que - los cónyuges no realicen esfuerzos para evitar o ajustar sus diferencias o impedir que éstas sean mayores, por lo tanto, de no existir el-

(32) Montero Duhalt, Sara, Ob. menc. pag. 199.

divorcio, lo más seguro es que intentarían arreglar sus desavenencias, evitándose así, el rompimiento del vínculo por algo que de momento les incomoda, acarreado con ello la búsqueda de un nuevo compañero idóneo.

b) Razones de orden ético: Moralmente se considera como argumento bastante serio, ya que lesiona gravemente a los hijos, resultando éstos las auténticas víctimas del divorcio. (33)

A este respecto el maestro Antonio de Ibarrola acertadamente sustenta: Los divorciantes pierden de vista "el malestar tan hondamente re sentido por el niño, engendran en él perturbaciones físicas, nerviosas, psicológicas; por otra parte, tendencia al robo, a la mentira y la fuga falsa, además obtiene un resentimiento de agresividad contra todo cuanto lo rodea.

"Claro es que los efectos del divorcio sobre el comportamiento del joven variarán la naturaleza y la intensidad con el carácter del ni ño o adolescente, además el número de hermanos y hermanas y su edad en el momento de la separación, la cual es determinante ante la situación propiciada por los propios padres.

"Pero no debemos de olvidar que nuestra sociedad occidental se ba sa sobre la pareja y no sobre la persona, si uno de los cónyuges aun di diendo inocente abriga un sentimiento de culpabilidad, ello puede serle altamente nocivo ante la sociedad, cuando hay casos en que sólo la sepa ración puede permitir a los niños crecer en un lugar sano, y no en un clima de tensión, de mentiras y disputas que habrían sufrido si la ma- dre o el padre hubieran rehusado tal separación.

"Por lo tanto, el niño no entiende cuanto está pasando y tiene de recho a saberlo, en varias ocasiones, noble es hacerle notar que el cón

yuge separado se acuerda de ellos; los hijos lejos de ser sujetos pasivos son compañeros que también tienen su palabra y cuya personalidad debe ser respetada por los padres.

"Corresponde a los padres reconocer y aceptar el estado presente y asumirlo con valor y dignidad a fin de asegurar el clima en que el niño ha de desarrollarse; este necesita apoyarse en imágenes dignas de sus padres, sin fijarse en el fracaso de la pareja, niños educados sin su padre o sin su madre, necesitan una presencia viril o femenina; de un tfo, padrino, amigo de la familia, para aportar al hogar el complemento humano que evite el repliegue excesivo sobre la madre o el padre". (34)

Por lo tanto, los hijos obtendrán tan solo una derivación de las experiencias vividas por sus padres, de aquí parte lo nocivo del divorcio para con los hijos, ya que tendrán arraigada la nefasta experiencia de la separación de sus progenitores aunado a esto serán producto del divorcio de los mismos, con consecuencias morales y sociales para ellos, lo que acarrea traumas de difícil o imposible reparación para los hijos.

c) Razones de orden político: (35) al respecto cabe hacer notar que es de gran importancia, ya que se plantea la cuestión relativa a la de mantener la unidad matrimonial, a fin de lograr una solidaridad estrecha en las cuestiones familiares de acuerdo a las costumbres, ideas morales y religiosas de cada pueblo, puesto que al Estado le interesa el matrimonio como base esencial de la familia y de la propia sociedad, toda vez que como es sabido, de esta es la cédula de aquella y origen de integración social, por lo que un Estado con bajo índice de divorcios, será una organización social, política, moral, etc. fuerte y con una conciencia de solidaridad y nacionalismo.

(34) De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, pags. 298 y 299.

(35) Montero Duhal, Sara. Ob. menc. pag. 199.

El Estado como representante máximo del poder social debe tener marcado interés en el mantenimiento y salud de la cédula social que es la familia, deduciéndose que el divorcio se contrapone a estas finalidades, pues en lugar de ser una institución de solidaridad, es un medio de disgregación, desunión; además contribuye a la destrucción del núcleo familiar.

Si el Estado a través de sus leyes facilita el divorcio, contribuye con ello a la disgregación familiar, lo cual es contrario al propio Estado, porque propicia la descomposición paulativa del núcleo social, siendo obligación del Estado fomentar la estabilidad familiar -- creando todos los medios institucionales y legales para lograr tal propósito, entre estos, restringiendo lo más posible las causales de divorcio y los medios para obtenerlo.

d) Razones de orden psicológico: (36) este es uno de los argumentos más serios en contra del divorcio, ya que constituye un hecho totalmente comprobado que la separación de los cónyuges afecta casi siempre la psique de los divorciados.

En forma general hiere profundamente a ambos cónyuges, o en -- ciertos casos a uno más que al otro, pero siempre resulta uno de los divorciados lesionado. y ni qué decir respecto de los hijos, ya que -- las consecuencias negativas del divorcio se agudizan en ellos.

Los hijos víctimas impotentes de los actos de sus padres, que -- ven dividido su mundo afectivo en dos fracciones irreconciliables, por lo tanto, cualquiera que sea su edad y condición, sufren irremisiblemente la desunión de los padres, que en algunas ocasiones producirá daños irreversibles, creando seres inmaduros para su desarrollo social y frustrados en relación al propio matrimonio.

(36) Montero Duhalt, Sara. Ob. menc. pag. 200.

Vistos los enfoques en contra del divorcio en este orden, podemos señalar que es una de las figuras jurídicas que dan objeto a las más ardientes controversias, como hemos dicho anteriormente. Los argumentos en pro del divorcio son:

1) El divorcio como un mal necesario: (37) se puede decir que - todos los argumentos en contra del divorcio se resumen en la siguiente manera: el divorcio es una necesidad. Conceptuándolo en sí como un - factor de disolución y disgregación familiar, pero esto partiendo del principio de que es preferible la disolución de un matrimonio mal avenido, creador de malos ejemplos que a la larga producirá mayores males y efectos negativos tanto a los cónyuges como a los hijos.

Podemos decir que el divorcio es un mal y lo cual es indiscutible porque, en el mejor de los casos, cuando no hay hijos y los que se divorcian lo efectúan de común acuerdo, éstos pueden rehacer su vida matrimonial con persona diferente; el divorcio es la expresión de un fra caso, porque los que se casaron no encontraron en el matrimonio lo - que en realidad esperaban de él.

A este respecto se colige que los cónyuges dejaron de entenderse, amarse y respetarse; dando inicio a las desavenencias, terminando por separarse. El divorcio no es más que la expresión final y legal - de una realidad, como el resultado del fracaso de la unión conyugal.

Ahora bien, en un sinnúmero de casos, el divorcio constituye la única salida para eliminar males mayores, como son la expresión constante de las bajas pasiones de los cónyuges frente a sí mismos, actos estos que redundan en perjuicio de los hijos.

Los moralistas argumentan que el divorcio va en contra de la - ética, lo cual resulta falso, ya que el divorcio en sí no es inmoral.

(37) Montero Duhalt, Sara. Ob. menc. pag. 200.

Es más bien la solución a la convivencia inmoral de los cónyuges que no tienen nada común entre sí, en tal virtud, al existir entre ellos - indiferencia, desprecio, rencor, agresión, cuando materialmente ya no son matrimonio y sólo los une el vínculo legal, éste debe romperse. -- Dando la ley el instrumento necesario: el divorcio.

En todo caso podemos decir que, por el contrario, resulta del - todo inmoral e injusta la obligación legal de continuar unidos cuando - ya no hay entendimiento y amor entre los cónyuges, acto éste que produce y propicia la inmoralidad de los consortes originando uniones clan-destinas e injustas porque priva a los sujetos o cónyuges de un acto - personalísimo, como es la libertad de unirse legalmente con otra persona.

El verdadero mal del divorcio lo experimentan los hijos, punto - de vista este muy acertado; pero el divorcio como forma legal del rom - pimiento del vínculo matrimonial no es este el que lesiona tan grave - mente. Sino es el desamor de los padres, la permanente situación de ma - lestar en el seno familiar, entendiéndose las discusiones, riñas, inju - rias y constantes escenas de disgusto y tensión, además las agresiones mutuas, malos ejemplos, todo lo que significa la ruptura definitiva - del lazo conyugal existente.

El divorcio en este caso viene a ser la solución a las lamenta - bles condiciones de la vida familiar, las que a la postre resultan no - civas para la formación y equilibrio espiritual de los hijos.

Mediante el divorcio los hijos sufrirán la separación de los pa - dres, pero no serán testigos impotentes de sus pasiones negativas, con - cluyendo al respecto: que el divorcio es un mal menor porque evita ma - les mayores. Por lo que podemos colegir que el divorcio es un mal ne - cesario.

Muchos y muy numerosos argumentos han sido expresados en todos los órdenes del pensamiento y la cultura, en contra y en favor del divorcio. Fundamentalmente, aparte de las creencias religiosas, en el caso a estudio cabe citar como tesis encontradas, la que estima que el divorcio es nocivo y destructor de la familia y otra diversa que considera al divorcio como un mal necesario, que redundaría en beneficio de la propia familia.

Efectivamente, hemos de ver en el divorcio no una causa sino un efecto y así, no atribuirle el cargo de que a él se debe la destrucción de la familia, sino hay que considerarlo como la consecuencia legal de lo que de facto ya existe, por el que el Estado previene mayores males, causales tendientes a evitar su propia desintegración o crisis.

Por lo tanto, no es de atacarse al divorcio en sí, sino a las causas que verdaderamente lo originan y a las cuales ha de atribuirse la desintegración de la familia, el divorcio, en el último de los casos, puede ser entendido como bienhechor para evitar dichas causas que en sí son las nocivas y destructoras para la propia familia.

Es de señalar que esta materia es tan amplia y compleja que su agotamiento escapa a los propósitos de este trabajo, solo cabe la reflexión de que debemos atacar los males que en realidad engendran el divorcio y no combatir al divorcio mismo.

Resumiendo todo lo anterior, cuando entre los consortes desaparece la convicción de que el matrimonio es el medio natural de integración del individuo y la sociedad, las causas de la disolución de la familia no se encuentran en el divorcio, ni en el desajuste de los elementos del grupo familiar, sino que el germen destructivo se encuentra en factores de otra índole, de carácter social, político y económico, que han trastocado los valores éticos en la formación del individuo.

### III. Progresión Histórica del divorcio

a) Derecho Israelita.- El divorcio era admitido como deber para el marido aun contra la voluntad del mismo en caso de adulterio, a la mujer adúltera se le castigaba con pena de muerte, y al marido únicamente si era sorprendido con mujer casada, en todos los demás casos quedaba impune dicho acto. (38)

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

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

Por otro lado tenemos que las causales que la mujer podía hacer valer son: si el marido no cumplía con sus deberes conyugales; si llevaba vida desarreglada y si maltrataba a la mujer.

b) Derecho Romano.- Desde el origen de Roma el divorcio fue admitido y reglamentado legalmente, a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto. (39)

Señalan los romanistas que no era necesaria una causa determina

(38) Montero Duhalit Sara. Ob. menc. pag. 203.

(39) Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. pag. 11.

da para legitimar el divorcio, porque la institución del matrimonio romano se funda no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal, por tanto, cuando éste desaparecía, era procedente el divorcio.

En este orden, en el Derecho clásico se deshacía el matrimonio - mediante un procedimiento contrario al que le dio nacimiento; si se contrajo por medio de la *confarratio* el divorcio se llevaba a cabo por la *diffarratio*; si era por medio de la *coemptio*, entonces procedía la *remancipatio*.

Por lo tanto, el divorcio en Roma puede considerarse de dos formas distintas. (40)

a) *Bona gratia*.- El mutuo disenso disuelve lo que el consentimiento había unido, para este tipo de divorcio no se requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el solo acto de voluntad. En - - nuestros días es el llamado divorcio voluntario. (41)

b) *Repudiación*.- Este divorcio puede ser intentado por uno solo de los cónyuges, aun sin expresión de causa. Para que la mujer pueda intentar este divorcio se requiere que no se encuentre bajo la *manus* del marido. (42)

Es de observarse, sin embargo, una excepción a la regla general de que hablamos, y es la contenida en la *Lex Julia de Maritandis Ordinibus*, que prohibía a la liberta casada con su patrón divorciarse sin su consentimiento. (43)

(40) De la Paz y F. Víctor M. Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio. pag. 45.

(41) De la Paz y F. Víctor M. Ob. menc. pag. 45.

(42) De la Paz y F. Víctor M. Ob. menc. pag. 45.

(43) Citado por Pallares, Eduardo. Ob. menc. pag. 12.

Consecuentemente, la facilidad de obtener el divorcio, produjo - la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha institución, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenfa. La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el filósofo Séneca pudo decir: "Que hoy nadie ignora los - años por el número de sus maridos y no por el número de los cónsules, - según la cronología corriente". (44)

O sea que se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse.

Constantino únicamente permitió el divorcio cuando existiera una causa justa para obtenerlo. En caso contrario, se castigaba al infractor de esta norma, pero no se nulificaba el divorcio.

Justiniano estableció como causas legales para que el matrimonio pudiera disolverse, las siguientes:

- 1.- Que la mujer le hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado.
- 2.- Adulterio probado de la mujer.
- 3.- Atentado contra la vida del marido.
- 4.- Tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos.
- 5.- Alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo.
- 6.- Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

A su vez la mujer podía pedir el divorcio en los siguientes casos:

(44) Citado por Arias José. Derecho de Familia. pag. 241.

- 1.- La alta traición oculta del marido.
- 2.- Atentado contra la vida de la mujer.
- 3.- Intento de prostitución.
- 4.- Falsa acusación de adulterio.
- 5.- 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 de sus parientes.

Conviene resaltar que el propio Emperador prohibió el divorcio - por mutuo consentimiento, pero su sucesor Justiniano hubo de restablecerlo porque la opinión pública se lo exigió.

Asimismo, de las doctrinas del Corpus Juris de Justiniano, resalta que el matrimonio entre los ciudadanos romanos se llamaba *justae nuptiae*, por lo tanto, de esta especie de matrimonio derivaban los derechos familiares que entonces se reconocía, tales como la patria potestad y el parentesco civil. La esposa tomaba el nombre de *uxor* y el esposo - *vir*, al lado de las justas nupcias la ley romana reconocía el concubinato y se le prohibía, aunque lo reglamentaba debidamente, reconociendo también la unión de los esclavos, misma que llevaba el nombre de *contubernium*.

En la legislación romana el matrimonio fue considerado solamente como un contrato civil, no obstante que al celebrarse se llevasen a cabo determinados actos religiosos, fue necesario que pasaran muchos años después del triunfo del cristianismo para que la Iglesia Católica lo convirtiera en Sacramento y dejara de ser un contrato civil en los lugares donde ella gobernaba espiritualmente.

Para comprender bien lo que era el matrimonio en el Derecho Romano, debe advertirse que las ceremonias y actos en cierto modo rituales que acompañaban a su celebración, no eran necesarios para su validez. -

Ortalán dice a este respecto "así el fianeneum, que cubría a la desposada, la rueca, el huso y el hilo que llevaba su marcha hacia la casa nupcial, las colgaduras y ramas que decoraban esta casa, las llaves que se le entregaban, las palabras consagradas, el recibimiento que se hacía por el agua y el fuego y todas aquellas alusiones mitológicas.". (45)

Resumiendo Podemos decir que la *justae nuptiae* en el Derecho Romano se perfeccionaba por el consentimiento para celebrarla y la tradición o entrega de la mujer realizada en alguna de las formas que el propio derecho autorizaba, respecto de la tradición de los bienes.

El Corpus Juris de Justiniano distinguía a los matrimonios celebrados por personas de grandes dignidades, de los que efectuaban los soldados, los labradores y las personas pobres. Respecto de los primeros se exigía para su validez que se acompañara al matrimonio un contrato dotal; en cuanto a los segundos, era obligatorio manifestarlos ante el defensor de alguna iglesia para su transcripción en una acta levantada ante tres o cuatro testigos.

c) Derecho Canónico: En este Derecho se afianza la indisolubilidad del matrimonio, consagrada como regla bajo el precepto del Evangelio, "quod Deus junxit, homo non separet". (46) En otras palabras se puede decir que se niega el divorcio.

Ahora bien, el matrimonio no consumado, según el Derecho Canónico, puede ser disuelto en dos casos: por profesión solemne en una orden religiosa reconocida por la iglesia y por dispensa pontificia. (47)

El Derecho Canónico precepta sin embargo, en ciertos casos, la su-

(45) Citado por Pallares Eduardo. ob. men. pag. 14.

(46) Arias José, ob. men. pag. 241.

(47) Citado por Galindo Garfias Ignacio. ob. menc. pag. 578.

presión de la comunidad conyugal (separación de cuerpos). La separación puede ser perpetua o temporal; la primera sólo tiene lugar en caso de adulterio, la segunda cuando uno de los cónyuges padece una enfermedad contagiosa. La separación de cuerpos siempre ha de ser decretada por la autoridad eclesíastica competente y nunca por la simple voluntad de los cónyuges. (48)

A este respecto podemos señalar que los textos sagrados no eran concordantes pudiendo indicar lo siguiente:

1.- Según San Mateo: "Y yo os digo que cualquiera que despidiere a su mujer, si no fuere por fornicación, y se casara con otra comete adulterio".

2.- Según San Lucas: "Cualquiera que despidiera a su mujer y se casare con otra, comete adulterio".

3.- Según San Marcos: "Cualquiera que despidiese a su mujer, y se casare con otra, comete adulterio". (49)

Asimismo, los primeros concilios insistieron en el carácter indisoluble del matrimonio. Graciano y Pedro Lombardo afirman categóricamente, en su época, que el adulterio no era causa de divorcio; doctrina que había sido la de San Agustín.

El Concilio Católico de Trento decidió definitivamente la cuestión en ese sentido disponiendo: "Si alguien dijera que la iglesia yerra, cuando enseñó y enseña que, de acuerdo a la doctrina evangélica y apostólica, el inocente, el que no cometió el adulterio, puede contraer un nuevo matrimonio mientras viva uno de ellos, y que comete adulterio el hombre -

(48) Citado por Galindo Garfias, Ignacio. Ob. menc. pag. 578.

(49) Arias, José, Ob. menc. pags. 241 y 242.

que después de abandonar a la adúltera se casa nuevamente, lo mismo que la mujer que se casa con otro hombre, luego de abandonar a su esposo - adúltero, "anathema sit". (50)

Por otra parte, la Reforma Protestante (Siglo XIV) admitía el di vorcio, fundándose originalmente en el texto de San Mateo: sólo en el - caso de adulterio. Después el protestantismo agregó el abandono y la - simple declaración unilateral de voluntad; originalmente no se requería la intervención de autoridad alguna que pronunciara el divorcio, más - tarse se reconoció la necesidad de hacer intervenir a la autoridad ecle si ástica.

d) Derecho Francés: Como la teoría francesa sustentaba el princi p io de que el matrimonio es una concepción contractual y no un sacramen t o, debía llevar necesariamente el divorcio. El principio de la autono m ía de la voluntad, como base fundamental de los actos jurídicos y las ideas del individualismo, llevaron a la promulgación de la Ley sobre di vorcio de 20 de septiembre de 1792, en la que se reconoció la posibili d ad de disolver el vínculo matrimonial por numerosas causas, entre las cuales aceptaba la incompatibilidad de caracteres. (51)

El Código de Napoleón de 1804 redujo las causas de divorcio a so l o tres: el adulterio, la sevicia y las injurias graves. Sólo acepta - el divorcio por actos culposos de uno de los cónyuges y lo rechaza en - aquellos casos en que alguno de ellos padece enfermedad mental, en los cuales no puede imputarse culpa alguna a los consortes, en este orden, - es cierto que las causales se redujeron a tres y se excluyó el divorcio por incompatibilidad de caracteres.

Los principios sustentados por el Código Civil Francés de 1804, -

(50) Citado por Arias, José. ob. menc. pag. 242.

(51) Galindo Garfias, Ignacio. Ob. menc. pags. 578 y 579.

en materia de divorcio, incluyen en las legislaciones modernas de algunos países; admiten el divorcio por culpa grave de uno de los esposos: Francia, Inglaterra y los Países Bajos.

Suiza, Portugal y Turquía permiten la disolución del vínculo, aun que no medie culpa de los consortes. (52)

La Unión Soviética acepta la disolución del vínculo, por el solo deseo de uno de los cónyuges.

En la Asamblea plenaria del Tribunal Supremo de la U.R.S.S. tuvo amplia discusión la ley de 8 de julio de 1944, promulgada en 1947, con estas palabras: "cuando se encuentra en presencia de un caso de divorcio, el Tribunal deberá partir del principio base, que es la consolidación de la familia soviética y, por tanto del matrimonio; los Tribunales deberán pues, poner el mayor cuidado en establecer las razones por las que se plantea una demanda de divorcio. Importa mucho comprender que una discordia pasajera en el seno de la familia y conflictos entre consortes, suscitados por causas accidentales y transitorias o bien, -- por un deseo sin fundamento serio por parte de uno u otro cónyuge y que puedan poner fin al matrimonio, no podrán ser considerados como razones suficientes para la disolución del mismo" (53)

En la actualidad se admite el divorcio en la U.P.S.S. por el Decreto del Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S. de fecha 9 de octubre de 1979. (54)

En España, Irlanda, Austria, no aceptan el divorcio para los cónyuges católicos: Colombia, Carolina del Sur, Québec en Canadá, no acep-

(52) Citado por Galindo Garfias, Ignacio. Ob. menc. pag. 579.

(53) Galindo Garfias, Ignacio. Ob. menc. pag. 579.

(54) Leyes y Reglamentos Fundamentales de la U.R.S.S. pag. 217.

tan la disolución del vínculo por medio del divorcio.

En Italia, se estableció el divorcio vincular por la ley número-898 del primero de diciembre de 1970, misma que entró en vigor en aquel país.

e) Derecho Mexicano: en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptan el divorcio vincular y sólo permiten la separación de cuerpos, como una dispensa de la obligación de cohabitación con suspensión de obligaciones civiles para alguno de los cónyuges. (55)

Iniciaremos primeramente con el Código Civil de 1870 que señaló siete fracciones como causas de divorcio en su artículo 240:

- 1.- El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2.- La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no solo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- 3.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.
- 4.- El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción.
- 5.- El abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años.
- 6.- La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél.
- 7.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

En segundo término tenemos el Código Civil de 1884, el cual reproduce las siete fracciones de divorcio anteriormente citadas, pero -

(55) Galindo Garffas, Ignacio, ob. menc. pag. 579.

además agrega las siguientes:

8.- El hecho de que la mujer de a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

9.- La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la ley.

10.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

11.- Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.

12.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

Además este Código reglamentó el divorcio por separación de cuerpos a través del mutuo consentimiento de los consortes.

El sistema de divorcio por separación de cuerpos fue por primera vez derogado por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo y además, Jefe de la Revolución Mexicana, por Ley del 29 de diciembre de 1914. (56)

La Ley de 1914 ya no hace una enumeración de causas, y de acuerdo con su exposición de motivos, se ve el propósito evidente de terminar con los matrimonios desavenidos. Al efecto, su artículo 10. estableció: "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges -

(56) Rojina Villegas, Rafael, ob. menc. Tomo I. pag. 365.

pueden contraer una nueva unión legítima". (57)

En esta forma tan amplia en que la Ley de 1914 reconoció el divorcio vincular necesario, se comprendían dentro de la primera serie de causas, es decir, las que hacían imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, las siguientes:

a) Impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie.

b) Enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias.

c) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común ya no podían cumplir los fines matrimoniales.

En la segunda serie de causas podían considerarse a su vez faltas de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal en el sentido de que:

a) Los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas, que arrojaran un delito infamante con carácter irreparable.

b) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos.

c) El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos.

(57) Rojina Villegas, Rafael. ob. menc. pag. 366.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES: continuando con la evolución histórica, la citada ley tomó en cuenta las causas de divorcio que reguló el Código de 1884, pero suprimió la de infracción a las capitulaciones matrimoniales, habiendo sido ese Código el único que la admitió, pues ni el de 1870, ni la Ley en comento, así como tampoco el Código Vigente - han admitido que la infracción de las capitulaciones matrimoniales pueda ser razón para disolver el vínculo.

Por otra parte, en su artículo 76, mismo que enumera las causales de divorcio, en su fracción XI a la letra señala:

Artículo 76 fracción XI.- "Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia, o tratándose de una persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en la ley, una pena que no baje de un año - prisión".

El Código Civil de 1928 para el Distrito Federal y Territorios Federales, acepta en términos generales las causas que conforme a la Ley de Relaciones Familiares permiten la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio; además reconoce la posibilidad de disolverlo - por mutuo consentimiento de los cónyuges, asimismo introduce un procedimiento especial administrativo de divorcio por mutuo consentimiento - sin que sea necesaria la intervención de las autoridades judiciales, - siendo suficiente la aprobación o autorización del Juez del Registro Civil, en la especie se requiere que los cónyuges sean mayores de edad, - no hayan concebido hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.

Nuestro Código Civil vigente abunda a este respecto introduciendo nuevas causales, mismas que no podían pasar desapercibidas y que son - las siguientes: los vicios, no sólo la embriaguez consuetudinaria, sino - el uso immoderado de las drogas enervantes y el juego.

#### IV. Diferencias entre divorcio y otras formas de disolución del matrimonio

Para iniciar el estudio comparativo del divorcio con otras formas de disolver el matrimonio, primeramente debemos de conocer las diversas clases de divorcio que regula nuestro Derecho vigente.

Como anteriormente hemos señalado, el artículo 266 del Código Civil nos da una concepción jurídica del divorcio. Luego entonces, el divorcio supone un matrimonio válido y se produce éste por una causa posterior a su celebración, por consiguiente, no debemos confundirlo con las causas anteriores o concurrentes a su proalación, lo que daría como resultado la nulidad o la inexistencia de acuerdo al caso concreto.

Por otro lado, el divorcio es el rompimiento del vínculo en vida de los cónyuges, de esta manera se distingue de la muerte de uno de los esposos como forma de terminación del matrimonio.

Nuestro Código Civil vigente regula dos especies de divorcio, así tenemos:

1.- El divorcio necesario.- Mismo que se puede definir en los siguientes términos: es aquel que se reclama por uno de los cónyuges en contra del otro, por existir e invocarse una de las causales establecidas por la ley. (Artículo 267).

Esta clase de divorcio puede tener lugar en base a las XVIII fracciones que establece el artículo 267, con excepción de la penúltima, la marcada con la fracción XVII, ya que la causa en mención es por el mutuo consentimiento de los cónyuges. De igual manera señala otra causa de divorcio necesario, el diverso 268 del Código en comento.

2.- El divorcio voluntario. A diferencia del necesario, se distingue porque es aquel que solicitan ambos cónyuges ante la autoridad competente, sin la invocación de causa alguna, mas que su mutuo consentimiento; para la procedencia del mismo es necesario que haya transcurrido un año a partir de la celebración del matrimonio en base a lo dispuesto por el artículo 274.

En este orden, tenemos que nuestro Código Civil regula dos tipos de divorcio voluntario que son:

a) El divorcio voluntario administrativo: para la tramitación de esta clase de divorcio se requiere que los cónyuges sean mayores de edad, que no tengan hijos y que se haya liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, elementos estos establecidos por el artículo-272; se tramita ante el Juez del Registro Civil.

b) El divorcio voluntario judicial: esta clase de divorcio se solicita ante la autoridad competente (Juez de lo Familiar) cuando no se reúnen todos los requisitos antes mencionados, según lo dispuesto por el último párrafo del precepto legal citado, a dicha solicitud se deberá desagregar el convenio que establece el artículo 273 del Código Civil. Requisito éste que es esencial para la procedencia de la solicitud formula da por los cónyuges.

Independientemente de lo anterior, es oportuno mencionar que la reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio (necesario o voluntario) en cualquier etapa procesal que se encuentre, siempre y cuando no hubiere sentencia ejecutoriada. (Artículo 280).

Por otra parte, como ya hemos visto, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial por las causas que la ley establece, dejando de producir sus efectos y recobrando los cónyuges su libertad para contraer uno nuevo.

Ahora bien, existen diversos conceptos de disolución del vínculo matrimonial diferentes al antes mencionado y que para el objeto de este trabajo se analizarán someramente, siendo estos los siguientes:

a) La muerte de uno de los cónyuges. La muerte pone fin al matrimonio, de manera que el cónyuge supérstite queda en aptitud de contraer nuevas nupcias, no obstante que ciertas tendencias religiosas extremas, por la conjugación de las ideas de indisolubilidad del vínculo y por la inmortalidad del alma, juzgaron ilícitas las nuevas nupcias del viudo.

La legislación canónica ha permitido contraer posteriores matrimonios a los cónyuges viudos, sin dejar de considerar como "más honorable una viudez casta". (58)

En nuestro derecho las nuevas nupcias por muerte de uno de los cónyuges son plenamente válidas, existiendo solamente para la mujer la restricción de que no puede contraer nuevo matrimonio sino pasados 300 días de la muerte del esposo, tal y como lo establece el artículo 158 del Código Civil vigente.

Esta restricción no tiene como finalidad, como pudiera creerse, imponer a la mujer un luto forzoso de otra manera dicho, se pretende evitar la confusión de la paternidad del hijo que naciera en el período próximo a la muerte del primer marido y en la época que fuere también de atribuirse al segundo marido, de donde se colige que esta situación cesa si la mujer da a luz un hijo dentro de dicho plazo, o sea, de 300 días.

Como ya sabemos, la institución del matrimonio válido se da en base a la celebración civil del mismo, es decir, para que exista y tenga validez debe reunir los elementos de existencia y validez de todo acto jurídico, o sea, consentimiento, objeto posible, capacidad, ausencia de

(58) Citado por Flores Barroeta, Benjamín, ob. menc. pag. 363.

vicios, licitud en el objeto, en el motivo o fin y forma establecida por la ley (Solemnidad).

Ahora bien, la duda parte de la disposición de la ley en cuanto apreciar ciertas causas de nulidad del matrimonio en formas específicas, nos lleva hasta organizar un capítulo particular con motivo de las nulidades del matrimonio. Así, en nuestro derecho por ejemplo, el capítulo IX del Título relativo al matrimonio, bajo el rubro "de los matrimonios-nulos e ilícitos", regula ampliamente la materia de nulidad de matrimonio. (59)

El eminente tratadista francés Planiol comentando el Derecho Francés refuta la idea de que el sistema de nulidades del matrimonio sea de tal suerte que no exista nulidad de dicho acto sin un texto que la indique expresamente y, por tanto, que no sean de aplicarse al matrimonio las reglas generales sobre nulidad del acto jurídico, argumentando que la correcta interpretación del propósito del legislador, al regular en forma específica esta materia, ha sido solamente como lo expresa nuestro artículo 251, limitar el número de personas a quienes la ley concede la acción de nulidad, e inclusive, expresar ciertas reglas específicas; pero de manera que la teoría general cobre valor, ahí donde no hay regla especial. (60)

Ahora bien, podemos afirmar que en materia de nulidad de matrimonio sí son de aplicarse, en principio, las reglas generales de nulidad de los actos jurídicos, salvo las reglas especiales que en cuanto al matrimonio-establezca la ley, las cuales debemos interpretar en el sentido de que el legislador ha querido proteger la seguridad del matrimonio y la familia, ya que ha estimado que dichas instituciones, por su importancia social, deben quedar a salvo de conflictos y litigios.

(59) Flores Barroeta, Benjamín, ob. menc. pag. 363.

(60) Citado por Flores Barroeta, Benjamín, ob. menc. pag. 364.

En consecuencia, el estudio al respecto va a consistir en la aplicación al matrimonio de la teoría general de las nulidades, considerando las reglas especiales que al respecto señala la ley, así examinaremos, - de acuerdo con el sistema de nulidades genérico instituido por nuestro Código, los problemas relativos a la inexistencia, la nulidad absoluta y la relativa del matrimonio.

b) La inexistencia del matrimonio. Se da por la falta de los elementos necesarios para su existencia y que son: el consentimiento, el objeto posible y la solemnidad.

1.- Falta de consentimiento.- La falta de manifestación de la voluntad de los contrayentes en el matrimonio evidentemente traerá como resultado su inexistencia. Así, no habiendo expresado los consortes su voluntad de unirse en matrimonio, como lo indica el artículo 102, no se tendrá por realizado éste. Esta inexistencia no se encuentra establecida por el texto expreso de la ley; pero resulta evidente del diverso 1794 - fracción I, contrario sensu y 2224, así como del segundo párrafo del citado artículo 102.

2.- Por falta de objeto.- A este respecto cabe citar, en vía de ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo, que haría imposible la realización del objeto propio del matrimonio consistente en la procreación. Consecuentemente, la doctrina plantea el problema del matrimonio entre personas de sexo indefinido y lo resuelve considerándolo inexistente.

3.- Por falta de solemnidad.- En nuestro Derecho, según hemos visto, dicha solemnidad consiste en la celebración del matrimonio ante y por el Juez del Registro Civil, en términos de lo dispuesto por el artículo 102. Además de la expresión del precepto legal 250 que supone, en relación con el diverso 249, para la existencia del matrimonio, la celebración del mismo ante el Juez del Registro Civil y el acta relativa.

Por lo que, en este orden de ideas, se da la inexistencia cuando - al negocio le faltan uno o más elementos esenciales y se da la nulidad - cuando le falta un elemento de validez como lo sostiene el eminente tra tadista de Derecho Civil, Dr. Raul Ortiz Urquidi.

c) La nulidad del matrimonio.- Es absoluta o relativa, se determina también por las reglas especiales generales de las nulidades que al - respecto se establecen en los artículos correspondientes, además de las reglas generales sobre nulidad del acto jurídico. La especialidad de - las nulidades del matrimonio se manifiesta en forma patente, ya que la ma yoría de las nulidades de matrimonio son solo relativas, y como veremos, solamente los provenientes del incesto y de bigamia son absolutas.

Para establecer la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa hay que empezar por decir que los cuatro elementos de validez del negocio jurídico están previstos en sentido contrario por el artículo - 1795 del Código Civil que establece:

Artículo 1795: "El contrato puede ser invalidado;

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Porque su objeto o su motivo o fin, sea ilícito;

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en forma ;  
que la ley establece".

La falta de licitud en el objeto, en el fin o en la condición del negocio produce la nulidad absoluta de éste, siempre que dicha nulidad - sea imprescriptible e invalorable y puede hacerla valer cualquier interesado, como lo señalan los artículos 2225 y 2226 del Código Civil, -- mismos que a la letra disponen:

Artículo 2225.- "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condi ción del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo dis ponen

ponga la ley".

Artículo 2226.- "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

En cambio la nulidad relativa se origina en la falta de cualquiera de los aludidos cuatro elementos de validez.- I.- Sin lugar a dudas cuando se trata de la incapacidad, los vicios de la voluntad y la omisión de la forma y; II.- Tratándose de la ilicitud. Bastará con que falte alguna y con más razón dos o las tres características señaladas a la absoluta por el artículo 2226, para que se esté en presencia no ya de una nulidad absoluta, sino de una nulidad relativa. (61) Que al respecto señala el artículo 2227 de nuestro Código Civil vigente, mismo que a la letra dispone:

Artículo 2227.- "La nulidad es relativa, cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos".

Ahora bien y conforme al enfoque teórico, es preciso destacar que la nulidad relativa se refiere al acto jurídico que adolece de los anteriores conceptos, es decir, la que es factible de convalidación o prescripción, y solo puede invocarse por el directamente afectado.

De donde podemos derivar que programáticamente los actos jurídicos concatenados con cualquiera de ambas nulidades, producen provisionalmente sus efectos cuando los Tribunales declaran su nulidad. Cabe aclarar que en la nulidad relativa, el afectado la convalida con su conformidad, ratifica-

(61) Ortiz Urquidí, Raul. Derecho Civil, pag. 590.

ción del acto o bien por la prescripción de la acción.

**NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.**- La nulidad absoluta y la relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa en cambio no reúne estos caracteres. Sin embargo, en ambas el acto produce provisionalmente sus efectos, los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian su nulidad.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XIV, pag. 212. A.D. 5536/57.- Luis Méndez Vaca

Vol. XVII, pag. 184. A.D. 6442/57.- Marfa del Refugio Espinosa B.

Vol. XXII, pag. 35. A.D. 3346/58.- Guillermo Freyria.

Vol. XXVI, pag. 155. A.D. 2216/58.- Porfirio Ramos Romero

Vol. XXXI, pag. 79. A.D. 3932/58.- Angeles de Vargas Amalia

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Seminario Judicial de la -  
Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Pag. 734

En este orden de ideas se colige que las diferencias del divorcio con otras formas de disolver el vínculo matrimonial son: por una parte - las causas que originan el divorcio se dan después de contraído el matrimonio; para que tenga lugar la inexistencia o la nulidad, ya sea absoluta o relativa, sus causas se originan antes o concurrentemente a la pro-palación del matrimonio; por lo que respecta a la muerte, esta es el medio natural de terminar con el vínculo matrimonial, sin que sea declarada por la autoridad judicial, a diferencia de las restantes que esperanser declaradas por la autoridad competente.

### CAPITULO III

## CAPITULO III

### El Divorcio en el Derecho Civil Vigente

#### I. Diferentes especies del divorcio

Conforme a nuestra legislación civil, que entró en vigor en lo de octubre de 1932, se establecieron tres tipos de divorcio en México, y son los siguientes:

a) Divorcio Necesario.- Se surte en la especie conforme a las causales señaladas en las fracciones de la I a la XVI y XVIII de los artículos 267 y 268 del Código Civil vigente.

Dentro de este sistema, podemos considerar dos tipos que son: el divorcio sanción y el divorcio remedio, de los cuales hablaremos en un apartado especial de este capítulo.

b) Divorcio voluntario Administrativo.- Este lo regula nuestro Código Civil vigente, a efecto de facilitar la disolución del matrimonio, llenando los requisitos que establecen los artículos 267 fracción XVII y 272 del Código en comento.

Dichos requisitos son que sean mayores de edad, que no hayan procreado hijos y que hayan liquidado la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron; se tramita ante el Juez del Registro Civil.

c) Divorcio Voluntario Judicial.- Conforme a nuestro sistema jurídico, existe cuando ambos cónyuges están mutuamente de acuerdo en disolver su vínculo matrimonial, mismo que se regula conforme a lo dispuesto por la fracción XVII del artículo 267 y mediante el procedimiento establecido por los numerales 273 y 276 del Código Civil. Se declara previa solicitud que deben hacer los divorciantes al Juez de lo Fa-

miliar.

Hecha una mención somera de los diferentes tipos de divorcio que señala nuestro Código Civil vigente, los cuales se estudiarán por separado en este capítulo, también es conveniente señalar otro tipo de divorcio, no vincular, contemplado por el legislador, siendo este:

d) La separación de cuerpos.- "Es el estado de dos esposos que han sido dispensados por la justicia competente, de la obligación de vi vir juntos". (62) La separación de cuerpos no rompe el vínculo conyugal, sólo dispensa a los consortes del deber de cohabitación. (Artículo 277 del Código Civil).

La separación de cuerpos fue regulado por el Derecho Canónico - (63) y tiene la misma finalidad de autorizar la separación de los cónyuges, para que no vivan en la misma habitación, entendiéndose que viven separados corporalmente, pero no sacramentaliter, esto no quiere decir - que pueden contraer nuevas nupcias porque la separación de cuerpos mantiene el vínculo matrimonial sin que se admita la posibilidad de un nuevo matrimonio.

Ahora bien, nuestro Código Civil indica, respecto a la separación de cuerpos, establece que procede sólo cuando uno de los cónyuges padece una enfermedad crónica o incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, cuando sufra impotencia incurable, si sobreviene después de celebrado el matrimonio o enajenación mental incurable. En estos casos el cónyuge podrá optar por la simple separación de cuerpos o, en su defecto, por el divorcio necesario.

En el caso a estudio el legislador estimó acertado este remedio,-

(62) Galindo Garfias, Ignacio. Ob. menc. pag. 584.

(63) Citado por Galindo Garfias, Ignacio. Ob. menc. pag. 584.

que permite la separación de los cónyuges, por la existencia del estado patológico en que se encuentra uno u otro, independientemente de todo concepto de culpa imputable al enfermo.

Es importante señalar que la sentencia judicial que decreta la separación de cuerpos produce el efecto de autorizar que los esposos realicen su vida separada, en consecuencia, quedan relevados de hacer o prestarse el débito conyugal.

Por otra parte, la separación de cuerpos entre los consortes no se puede dar por el mutuo consenso de los esposos, ya que siempre debe fundarse en la comprobación de la existencia de las causas que en forma limitativa señalan las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil.

También es conveniente señalar que las causas que originan la separación de cuerpos (divorcio no vincular), no es la aplicación de sanción alguna al cónyuge enfermo, por tanto, marido y mujer conservan el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos procreados en matrimonio.

Tampoco se disuelve la sociedad conyugal, por lo que el cónyuge enfermo podrá continuar en la administración de los bienes comunes; salvo el caso de enajenación mental, en el que el cónyuge sano debe administrar los bienes de la sociedad conyugal.

Ha de observarse también que la reconciliación entre los consortes, tratándose de la separación de cuerpos, no pone fin al procedimiento judicial porque el cónyuge sano no invoca causal alguna con la finalidad de dar por terminado el vínculo matrimonial, además de que al enfermo no se le imputa falta en que haya incurrido para tal evento, ante tal situación lo procedente es el desistimiento de la acción, para que el juez pueda declarar sin materia la causa sometida a su conocimiento.

Los efectos que produce la sentencia que decreta la separación de cuerpos es que desaparece el domicilio conyugal, en efecto, el concepto de domicilio conyugal implica dos elementos.

- a) La residencia común de los cónyuges
- b) Dónde los cónyuges tienen autoridad propia y consideraciones iguales.

La separación de cuerpos, que ha sido adoptado en nuestro Código Civil del Distrito Federal, no ha llevado en la práctica el propósito que motivó al legislador para establecerlo, el cual fue con la finalidad de evitar el mayor número posible de divorcios, porque en la actualidad sólo fue adoptado para los casos a que se refieren las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, y el cual condena a los cónyuges separados a una convivencia carnal que deben mantener de por vida.

## II. Breve estudio del divorcio voluntario

Esta clase de divorcio, que se funda en el mutuo deseo de los conyugales, se ha discutido sobre la conveniencia o inconveniencia de reconocer su validez como un medio de disolución del vínculo conyugal, junto al divorcio que se funda en las fracciones expresamente establecidas en la ley y que sean debidamente probadas ante el Juez de lo Familiar.

La Ley de Relaciones Familiares estableció por primera vez en México la disolución del matrimonio, mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges que declaren su voluntad de querer divorciarse, según su artículo 76, fracción XII.

El divorcio por mutuo consentimiento, ya sea judicial o administrativo, sólo podrá iniciarse después de un año de la celebración del -

matrimonio, en base a lo dispuesto por el artículo 274 del Código Civil.

En este orden de ideas, iniciamos este estudio del divorcio voluntario primeramente con:

a) Divorcio por mutuo consentimiento administrativo.- Como ya hemos dicho anteriormente, el divorcio en comento tiene su origen en el artículo 272 de nuestro Código Civil, el cual facilita la disolución del vínculo matrimonial llenándose los requisitos del precepto legal citado.

En efecto el artículo 272 del Código indica:

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comparecerán 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 de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen 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 comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezcan el Código de la materia".

De dicho artículo se desprende que los cónyuges deben comparecer personalmente ante el Juez del Registro Civil, de donde se colige que el divorcio en cuestión no puede efectuarse por medio de apoderado, -- siendo este un acto personalísimo. La ley considera prohibitivo que se tramite por otras personas que no sean los interesados directamente.

Por otro lado resulta el papel pasivo del Juez del Registro Civil, a diferencia de cuando el divorcio se efectúa ante la autoridad judicial, en el cual se procura que los cónyuges no se divorcien; esta función pasiva se da cuando comparecen por primera vez los cónyuges, el -- Juez del Registro Civil levanta un acta al respecto donde hace constar la comparecencia y la declaración de voluntad de querer divorciarse.

Si están cumplidos los demás requisitos los cita para que comparezcan dentro de quince días, para que ratifiquen su voluntad de divorciarse, hecho lo anterior, los declarará divorciados y acto continuo -- procede a realizar la redacción del acta de divorcio y la anotación de la disolución del vínculo conyugal en el acta de matrimonio.

En realidad sus funciones se asemejan, pero esto no quiere decir que sean iguales, a las de un notario, porque se reducen a hacer constar dicho acto y a declarar el divorcio, o sea que da fe de la voluntad de los cónyuges, en un acto de declaración de voluntades de los mismos, pero no obra como notario, sino como representante del Estado, potestad que emana de la propia ley y, en consecuencia disuelve el matrimonio.

Es pertinente aclarar el papel pasivo del Juez del Registro Civil en esta clase de divorcio se justifica porque al no existir hijos de -- por medio, ni conflicto entre intereses pecuniarios creados del vínculo matrimonial. ni a la sociedad ni al Estado les interesa que subsista el vínculo conyugal.

Cabe resaltar que el artículo 272 exige que los cónyuges demues --

tren su mayoría de edad con el acta respectiva, pero no exige prueba alguna respecto de los otros tres requisitos que son: el concerniente a su domicilio, el de no haber procreado hijos y por último, el que hayan liquidado la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron. En la práctica se admiten como verdaderas las declaraciones que a este respecto efectúen los cónyuges, sin que se les exija el requisito de que las manifestaciones bajo protesta de decir verdad.

El citado artículo 272 prescribe finalmente que "El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges -- tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establece el Código de la manteria".

La interpretación correcta de esta norma nos lleva a la siguiente conclusión: que son requisitos esenciales para que tenga validez el divorcio ante el Juez del Registro Civil, primero: que los cónyuges sean mayores de edad; segundo: no hayan procreado hijos y tercero: que hayan liquidado su sociedad conyugal.

El requisito relativo al domicilio no tiene tal carácter, de donde se colige que aun cuando el divorcio se efectúe ante un Juez del Registro Civil incompetente para declararlo, si los cónyuges se han sometido expresamente a él afirmando falsamente tener su domicilio dentro de la jurisdicción de dicho Juez, el divorcio por éste declarado es válido.

Ahora bien, en cuanto a la sanción prevista en el artículo 272 surge el problema de saber si se trata de un caso de inexistencia o meramente de anulabilidad del divorcio, porque la frase que emplea parece referirse a inexistencia cuando dice "no surtirá efectos legales lo que es igual, no existirá dicho acto ante la ley". (64)

(64) Pallares, Eduardo. Ob. menc. pag. 43.

Sin embargo, tal situación es dudosa, porque en el capítulo del Código Civil relativo a la inexistencia de los actos jurídicos, únicamente se consideran inexistentes cuando faltan el consentimiento o el objeto sobre el cual recae (artículo 2224 Código Civil). Como en el caso concreto no faltan esos elementos, consecuentemente dicho acto debe considerársele nulo de pleno derecho.

Para que el divorcio ante el Juez del Registro Civil surta sus efectos, es necesario que se levanten las actas respectivas y que estén debidamente autorizadas, su omisión o el hecho de que no estén firmadas por el Juez en cuestión, impedirán que el divorcio surta sus efectos, porque esos requisitos formales son indispensables, en virtud de ser exigidos por la ley para que tenga existencia el acto *absolennitatem* causa. (Artículo 58 del Código de Procedimientos Civiles vigente).

No así el hecho de que se anote en el acta del matrimonio, habida cuenta de que este existe y surte todos sus efectos legales, aunque no se lleve a cabo dicha anotación.

Aunque la norma exige que el Juez del Registro Civil que efectúa el divorcio realice la anotación de que se trata, esto no será siempre posible porque puede suceder que los cónyuges se hallen casados ante una Jurisdicción diferente a la suya, en tal virtud se solicitará al Juez competente, enviándole copia del acta de divorcio, que efectúe la anotación respectiva, lo que en la práctica da lugar a muchas dificultades y resoluciones que resultan injustas, sea en un sentido o en otro.

b) El divorcio voluntario judicial.- El divorcio en cuestión resulta del último párrafo del artículo 272 que señala lo siguiente: "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".

En el divorcio voluntario no hay cuestión entre los cónyuges, por que presupone que se han puesto de acuerdo en disolver el vínculo conyugal. En el divorcio voluntario judicial además deberán presentar un convenio con la solicitud de divorcio, cabe precisar que es un requisito expreso que forzosamente deben quedar incluidas en el mismo, en consecuencia, dicha solicitud de divorcio no debe ser admitida sin la presentación del aludido convenio, en el que se incluyan precisamente las estipulaciones que exige la ley.

Debe observarse que el convenio es un elemento de mucha importancia para el divorcio por mutuo consentimiento, independientemente de que exista acuerdo de ambas partes, además se requiere para su eficacia la aprobación del Juez de lo Familiar que se evoca a su conocimiento, y que sin este requisito previo no puede decretar la disolución del vínculo matrimonial.

Se advierte esta cuestión porque deben quedar garantizados los de rechos de los hijos y su guarda, así como los alimentos que debe prestar un cónyuge al otro durante la tramitación del divorcio y la manera de procurar las necesidades de los hijos durante el procedimiento y des pués de decretar el divorcio, asimismo los puntos relativos respecto a la administración de los bienes de la sociedad conyugal y las bases para la liquidación de dicha sociedad, después de ejecutoriado el divor- cio.

De lo anterior se colige que la ley obliga a los cónyuges a satis facer todos los extremos que la disolución del vínculo plantea; principalmente lo referente a los hijos y el cuidado de sus necesidades.

Por otra parte, el Código de Procedimientos Civiles señala un pro cedimiento para la tramitación del divorcio voluntario judicial en el cual se pretende evitar el mismo.

Presentada la solicitud de divorcio, con el convenio a que se refiere el precepto legal citado, el Juez citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una audiencia en la cual exhortará a los esposos para una posible reconciliación. (Artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles).

Si no logra su reconciliación y los esposos insisten en su propósito de divorciarse, el Juez los citará a una segunda junta de avenencia, en la que se les exhortará nuevamente a la reconciliación y si en esta no se logra, el Juez dictará sentencia en que declare disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado. (Artículo 676 del Código de Procedimientos Civiles).

El artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles exige la compañería personal de los consortes a las juntas de avenencia.

Durante la tramitación del divorcio voluntario judicial, el Ministerio Público, como representante de la sociedad, queda encargado de la vigilancia de que no se violen los derechos de los hijos y que estos queden debidamente garantizados. (Artículo 275 del Código Civil vigente).

Asimismo, al dictar sentencia de divorcio judicial y al declarar -- ejecutoriada ésta, el Tribunal ordenará se remita copia de ella al Juez del Registro Civil de su jurisdicción, para los efectos del levantamiento del acta de divorcio y la respectiva anotación marginal del acta de matrimonio de que ha quedado disuelto. (Artículo 291 del Código Civil vigente y 682 del Código de Procedimientos Civiles).

En este orden de ideas podemos decir que el divorcio por mutuo consentimiento, ya sea en la vía judicial o en la vía administrativa, no se funda en la violación de los deberes conyugales, en consecuencia no se plantea entre los cónyuges conflicto alguno, de donde se desprende que el legislador haya optado por simplificar en lo posible los procedimientos en esta clase de divorcio.

III. El divorcio necesario: Causas, sanción y Causas remedio.

El divorcio necesario es el que se reclama por uno de los cónyuges

en contra del otro por existir e invocarse una de las causas establecidas por la ley. Existe gran diferencia con el divorcio voluntario.

Efectivamente el divorcio necesario tiene lugar por alguna de las dieciocho (18) fracciones que establece el artículo 267 del Código Civil vigente, con excepción de la antepenúltima marcada con el número - XVII, ya que esta es para la tramitación del divorcio voluntario; también es causa de divorcio necesario la establecida en el artículo 268 - del Ordenamiento Legal citado, como se verá más adelante.

Las causas de divorcio establecidas por los preceptos legales citados con anterioridad tienen diversos motivos, los cuales podemos sin embargo clasificar de la siguiente manera: a) causas sanción; son aquellas causales que señalan un acto ilícito o un acto que va en contra de la naturaleza misma del matrimonio y b) causas remedio: mismas que se constituyen como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas o incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias.

Podemos señalar que el legislador acertadamente tomó en consideración los males que se ventilan a diario dentro del matrimonio, imponiéndoles a los cónyuges una sanción por su falta a los deberes inherentes al lazo conyugal que los une o un remedio para uno de los cónyuges en contra del que padezca una enfermedad crónica o hereditaria.

En este orden, veremos primeramente las causales comprendidas en el artículo 267 del Código Civil vigente, el cual contiene 18 fracciones de divorcio mismas que hemos dividido en dos grupos y así tenemos - que:

a) Causas sanción: son las contenidas en las fracciones:

I.- El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente -

sea declarado ilegítimo.

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

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

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

V.- 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.

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

IX.- 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 separe entable la demanda de divorcio.

X.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge a otro.

XII.- 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 los - casos del artículo 168.

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

XVI.- 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.

XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o

constituyen un continuo motivo de desavenencias conyugales.

XVI.- 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 por la ley una pena que pase de un año de prisión.

XVII.- El mutuo consentimiento.

Por otro lado tenemos que las causas remedio de igual manera se contienen en el diverso artículo 267 y así podemos señalar las siguientes:

b) Causas remedio: con las que se contienen en las fracciones:

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

VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa la interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

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

El legislador no solo tomó en cuenta para conceder el divorcio, - el hecho de que alguno de los cónyuges cometiera los actos señalados en las causas sanción, puesto que en ese caso el divorcio es una especie - de pena, ya que al cónyuge culpable se le condena al pago de una pensión y la pérdida de la patria potestad; sino que el legislador también previó el divorcio para solucionar una determinada situación y para salvaguardar la integridad de la familia, por ello existen las causas remedio o sea, cuando de hecho el matrimonio por alguna causa ya no funciona.

Además, existe otra causa de divorcio, podemos citar la contenida en el artículo 268 del Código Civil.

En este caso el legislador consideró que dicha causal deberá tener un ordenamiento especial por la naturaleza de las situaciones que de ella emana, ya que además contiene un término dilatorio especial, así podemos señalar lo siguiente al respecto:

Artículo 268.- "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 estos tres meses, los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

En la especie, el legislador consideró que el hecho de que un cónyuge pida el divorcio y no pueda justificarlo se debe equiparar a una injuria grave, además señala que, el cónyuge inocente tendrá que esperar - un trámite perentorio de tres meses para, a su vez, pueda este solicitar el divorcio.

#### IV.- Estudio particularizado de las causales de divorcio contempladas en el Código Civil, ¿Es Ejemplificativa o Limitativa la numeración?

Las causales señaladas con las diversas fracciones del artículo - 267, son definitivamente limitativas, ya que de su texto se desprende - que establecen conductas determinadas.

Sin embargo, podemos afirmar que las señaladas por las fracciones - VI, VII, X, XI y XV, son ejemplificativas, ya que aluden a algunas causas similares a las que contiene la redacción expresa.

Ahora bien, en este orden de ideas podemos concluir que el artículo 267 del Código Civil contiene los dos tipos de causales ejemplificativas y limitativas, asimismo el diverso 268 señala una causal limitativa.

Existe además una causal de divorcio que hemos querido dejar al último para hacer un estudio especial de la misma, dicha causal se denomina "Por incompatibilidad de caracteres", la cual ha sido contemplada por nuestra H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas tesis que han sentado jurisprudencia, y que al respecto sostiene que:

**DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE.-** La incompatibilidad de caracteres se constituye por la intolerancia de los cónyuges, exteriorizada en diversas formas que revelan una permanente aversión que hace imposible la vida en común. Si se tiene un cuenta, por otro lado, que incompatibilidad significa antipatía de caracteres, diferencias esenciales que hacen que no puedan asociarse dos cosas o que impidan que estén de acuerdo dos personas, es forzoso reconocer que la incompatibilidad se debe a la conducta y al modo de ser de ambos, y por ende de las causas que la originan radican en los dos cónyuges y no en uno solo.

Amparo directo 7336/64.- Efraín Morales Parra.- 13 de febrero de 1967.

Precedentes:

Quinta Epoca, Tomo XVIII, pag. 1982

Volumen XVIII, Cuarta Parte, pag. 113

Volumen LIII, Cuarta Epoca, pag. 44

Volumen LVII, Cuarta Parte, pag. 116.

Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Vol. XXVI. Cuarta Parte. Febrero de 1967, Tercera Sala, pag. 32.

**DIVORCIO, INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES COMO CAUSAL DE.-** Para que

la incompatibilidad de caracteres, como causal de divorcio, pueda prosperar, es necesario que el cónyuge que la hace valer, exprese en su demanda cuáles son los hechos que la constituyen tanto para que el cónyuge de mandado esté en posibilidad de formular su defensa, cuando para que, en su oportunidad, el Juez pueda apreciar si efectivamente se han demostrado y si su naturaleza y gravedad hacen imposible mantener la vida en común y justifica la disolución del matrimonio, pues como éste es una institución de orden público, la sociedad está interesada en que se mantenga y solo por las causas señaladas por la ley plenamente demostradas, de be disolverse, atentos los males que el divorcio causa a la familia y a la sociedad.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Volumen X, pag. 126 A.D. 998/57.- Marfa del Refugio Riestra Córdoba de Salazar.

Vol. XXVI, pag. 93, A.D. 278/59.- Celia Piñón de Oaxaca.

Vol. XXVI, pag. 55, A.D. 2381/59.- Ana Marfa Segura Martínez de la Vega.

Vol. LXIX, pag. 15, A.D. 8829/61.- Margarita Hernández de Cáceres.

VOL. LIII, pag. 33, A.D. 6374/60.- Isafas Salazar Vázquez.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala, pag. 510.

De la situación anterior podemos concluir que el artículo 267 del Código Civil contempla los dos tipos de causales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha integrado al citado artículo una causal más de divorcio que es "La incompatibilidad de caracteres".

Lo cual deja abierta la puerta para que en un momento dado la H. - Suprema Corte de Justicia de la Nación considere alguna otra conducta como causal de divorcio.

## CAPITULO IV

## C A P I T U L O   I V

### Una Nueva Causal de Divorcio

#### I. La negativa de incorporarse al domicilio constituido por otro.

En principio debemos mencionar los fundamentos sociales y jurídicos de la causal de divorcio que se propone en este trabajo.

Nuestro medio social se ha visto impactado por usos y costumbres ajenas a los fines del matrimonio, siendo relevante a este respecto la circunstancia de que en innumerables ocasiones se celebran matrimonios de derecho y no de hecho, es decir, los cónyuges se abstienen por una parte de constituir el domicilio y hacen su vida matrimonial habitando distintos domicilios.

Esta circunstancia va en contra de los fines específicos del matrimonio y que ya han sido materia del capítulo que antecede, debiendo se en consecuencia tratar de desarraigar la práctica tan usual de no constituir el domicilio conyugal.

El legislador se encuentra por otra parte obligado a recoger los usos y costumbres sociales para establecer la regulación necesaria a fin de protegerlos si resultan benéficos y, en caso contrario, prohibir su proliferación, cumple así la ley con el principio dinámico que le exige la sociedad.

Sentado lo anterior y ante la presencia de matrimonios que por diversas circunstancias no han establecido su domicilio conyugal, y ante la disyuntiva de la ley de impulsar esta costumbre o, en su defecto, impedirla mediante los dispositivos legales respectivos, resulta clara la trascendencia o importancia de la causal de divorcio consistente en

la negativa de un cónyuge a incorporarse al domicilio establecido por el otro.

El propósito básico de esta causal de divorcio se encamina a - erradicar aquellos matrimonios que nunca han establecido su domicilio conyugal y recoger la voluntad de uno de ellos por su negativa a incorporarse a uno establecido por el otro cónyuge, de no cumplir con los fines de la institución matrimonial, negativa que no puede entenderse de otra manera más que en el sentido de no querer hacer la vida en común, con todas y cada una de las cargas, obligaciones y derechos que caracterizan en nuestro medio al matrimonio y que se contienen en los diversos ordenamientos legales conducentes.

Como dicha causal tiende a regularizar una situación de hecho, - que ya se está dando, no requiere de largos plazos perentorios; además, se propone impedir que se desvirtúe la naturaleza propia del matrimonio, en donde se puedan cumplir sus fines; por tanto, resulta a todas luces benéfica su inclusión a las demás enunciadas en el artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal.

Asimismo y con el afán de distinguirla de las demás causales ya reguladas por nuestro Derecho Civil, es preciso mencionar los elementos constitutivos de ella, por lo que en primer lugar debemos tener como supuesto que habiendo celebrado su matrimonio los cónyuges, por los motivos que sean, no hayan constituido su domicilio conyugal; que sea precisamente uno de los cónyuges el que establezca un domicilio y que éste sea previo al requerimiento que se le formule al otro para que se incorpore. Particularidades que la distinguen de las ya aceptadas o incluidas en el citado precepto legal civil.

Se menciona con antelación que la causal propuesta no requiere de excesivos plazos perentorios ya que su objetivo primordial es la ne

gativa a incorporarse al domicilio que uno de los cónyuges ha establecido; tal manifestación de voluntad deberá ser exigida con premura, ya que resulta ocioso conceder términos prolongados para decidir si se acepta la proposición de establecer un domicilio conyugal para realizar los fines matrimoniales.

En base a esta consideración, un plazo de cinco días es más que suficiente para aceptar o rechazar la incorporación y en este último caso se genera la causal de divorcio materia del presente trabajo, como una solución para disolver los matrimonios que se niegan a cumplir con sus fines propios, saneando relaciones entre los cónyuges y dándoles oportunidad para que posteriormente, con plena conciencia de sus actos, puedan contraer un nuevo matrimonio dispuesto a llevar a cabo sus fines.

Por razones citadas, esta nueva causal de divorcio viene a complementar el espíritu del legislador, que si bien es cierto trata al divorcio como excepción, ya que su interés básico es la institución del matrimonio y en consecuencia de la familia, no por ello debe soslayar los problemas tan severos que se derivan de matrimonios que se resisten e incumplen con los propósitos de tan noble institución y que precisamente para preservarla se ha visto en la necesidad de autorizar se disuelvan aquellos vínculos matrimoniales en que se demuestra que no resulta posible la vida en común.

Es indiscutible que, como una nueva causal que es, en la práctica se encuentre con un sinnúmero de problemas y en consecuencia merezca la atención de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, que con una sana interpretación determine el sentido, los alcances y la procedencia de la misma.

Se debe pues permitir que aun con el riesgo de que se abuse en -

un momento dado de esta causal para obtener el divorcio, se tenga en cuenta que el ánimo con el que se le propone es de poner fin a matrimonios que no tienen razón ni causa para seguir existiendo.

## II. Presupuestos para la procedencia de la Nueva Causal

Los presupuestos que podemos señalar para la procedencia de esta causal son los siguientes:

1.- La existencia de un matrimonio válido, en términos de lo dispuesto por el artículo 102 del Código Civil.

2.- Que se establezca domicilio por cualquiera de los cónyuges para hacer vida en común y que se den los fines propios del matrimonio, como lo establece el artículo 163 del Código Civil.

3.- Que sea requerido en forma legal el cónyuge para incorporarse al domicilio, ya sea con testigos, interpelación notarial o judicialmente; esta última es la más recomendable en virtud de que hace prueba plena.

4.- La negativa del cónyuge requerido en acceder a la incorporación; que la misma sea dentro del término perentorio de cinco días, que al efecto se haga saber al cónyuge requerido.

5.- Que la acción se ejercite por el cónyuge que haya establecido el domicilio para hacer vida en común.

6.- Que no haya existido consentimiento tácito o expreso por parte de los cónyuges para cohabitar en diferentes domicilios.

## III. Obligaciones de los cónyuges para proporcionar alimentos.

Es de considerarse, en el caso que nos ocupa, que independientemente de que los consortes no vivan juntos, están obligados a proporcionarse alimentos, así como a los menores hijos si los hubiere; ya que desde el momento en que se celebra el matrimonio, nacen derechos y obligaciones, entre los cuales, podemos referirnos a los siguientes - que regula el Código Civil en los artículos que se citan:

Artículo 162.- "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. .."

Artículo 164.- "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciese de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos".

"Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar."

Artículo 165.- "Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivo estos derechos".

Como podrá observarse de los preceptos transcritos, sí existe la obligación alimentaria entre ambos cónyuges, amén de que éstos son de -

carácter irrenunciable al estar regulados por una ley de orden público y como claramente lo dispone el diverso 321 del Código Civil vigente, mismo que a la letra señala:

Artículo 321.- "El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción".

La obligación de los cónyuges para proporcionarse alimentos es recíproca, o sea, el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos, lo que nos lleva a concluir que los consortes tienen la obligación de darse alimentos, prevaleciendo ésta aunque los mismos se encuentren separados.

#### IV. Responsabilidad ante terceros

La circunstancia de que los cónyuges se encuentran viviendo en forma separada no los exime de cumplir con las obligaciones que hubieren contraído frente a terceros, toda vez que éstas se regulan atendiendo al régimen conyugal bajo el cual celebraron su matrimonio, así tenemos que el artículo 178 del Código Civil a este respecto señala:

Artículo 178.- "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes".

Por lo tanto, si el matrimonio fue celebrado en sociedad conyugal, las obligaciones que se contraigan frente a terceros serán cubiertas con el fondo común de dicha sociedad, tomando como base lo establecido por el diverso 184 del Código citado, mismo que a la letra dispone:

Artículo 124.- "La sociedad conyugal nace al celebrarse el matrimonio o durante él. Puede comprender no solo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes".

En tal virtud, la obligación contraída por los cónyuges responderá solidariamente de la misma, independientemente de que estos vayan separados.

Caso contrario, si fue celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, cada cónyuge responderá de dichas obligaciones con sus bienes propios, atendiendo a lo establecido por los diversos 212 y 213 del Código en comento y que acto continuo se transcriben:

Artículo 212.- "En el régimen de separación de bienes los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y accesorios de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos".

Artículo 213.- "Serán también propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales, por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria".

Como se puede observar, en el matrimonio contraído bajo el régimen de separación de bienes, los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que les pertenecen, ya sean adquiridos antes o durante la vigencia del mismo, resultando pues incuestionable que cada uno responderá frente a terceros con sus propios bienes.

## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

1.- Debe definirse el concepto de matrimonio como institución-- de orden público, en el Código Civil para el Distrito Federal, que a criterio del suscrito bien puede quedar redactado en los siguientes - términos:

- a) Matrimonio: es la forma jurídica relativa al hecho natural de la unión sexual y de la descendencia.
- b) Institución de orden público: es el conjunto de reglas de Derecho que norman cuestiones sociales y morales dada la naturaleza del hombre, los cuales son recogidos y regulados en base a la dinámica del Derecho.

2.- Siendo como es el matrimonio una institución de orden público, el estado debe procurar que se cumplan los fines específicos del mismo y sentar las bases excepcionales para que aquellos que no cumplan con los fines primordiales de dicha institución se disuelvan dentro de un marco de derecho.

3.- Las causales de divorcio que contempla nuestro Código Civil al no prever la posibilidad de disolver los matrimonios de derecho pro voca que persistan uniones jurídicas que no cumplen con los fines propios del mismo.

4.- La causal propuesta en el presente trabajo no se encuentra contemplada en nuestro actual Código Civil del Distrito Federal.

5.- Existen razones jurídicas y sociales que demuestran la necesidad de introducir en nuestro Código Civil, como causal de divorcio,

**ESTA TESIS NO DEBE  
SER DE LA BIBLIOTECA**

la negativa de un cónyuge de incorporarse al domicilio constituido - por el otro.

6.- El hecho de que la legislación autorice una nueva causal de divorcio no va en contra de la existencia misma del matrimonio, sino por el contrario, protege la institución erradicando aquellos que no están cumpliendo con los fines del mismo.

7.- Conviene unificar la connotación jurídica del matrimonio y por tanto debe suprimirse en nuestro Código Civil, como en la Constitución Federal, la terminología que lo denota erróneamente como un - contrato, y denominarlo como una institución del orden público.

8.- El legislador debe evitar por todos los medios a su alcance el divorcio, pero sin olvidar que en determinadas circunstancias es un mal necesario.

9.- La adición de la fracción XIX al artículo 267 del Código Civil vigente, misma que en este trabajo se propone, puede quedar redactado en los siguientes términos: "La negativa de un cónyuge de incorporarse al domicilio constituido por el otro".

## BIBLIOGRAFIA

## BIBLIOGRAFIA

- A. ODDOKE, S. J. "El Divorcio, Traducción del Italiano por Emilio S. Cervi. Publicaciones Mundiales, S.A. México, D.F. 1949.
- ARIAS, JOSE. "Derecho de Familia". Editorial Madrid, Madrid España, 1972.
- CARBONIER JEAN. "Derecho Civil" Tomo I, Volumen II. Situaciones Familiares y Coasifamiliares, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1960.
- DE IBARROLA, ANTONIO. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, México D.F., 1980.
- DE LA PAZ Y FUENTES, VICTOR M. "Teoría y Práctica del Juicio de Divorcio", Editorial Fernando Leguísamo Cortés, México, D. F. Seg. Edic., 1968.
- DE LA PAZ, LUCIANO. "El Fundamento Psicológico de la Familia". Editorial, UNAM. Primera Edic., México, D.F., 1957.
- DE PINA, RAFAEL. "Elementos del Derecho Civil Mexicano". Editorial Porrúa, México, D.F., 1986.
- DE RUGGIERO, ROBERTO. "Instituciones de Derecho Civil". Traducción de la IV Edic. Italiana, Vol. II, Derecho de Obligaciones.- Derecho de Familia.- Derecho Hereditario. Edit. Barcelona, Barcelona, España, 1958.
- FLORES BARRUETA, BENJAMIN. "Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil". Universidad Iberoamericana, Edit. Privada, México, D.F., 1965.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. "Derecho Civil" Primer Curso IV Edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1980.
- GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. "¿Qué es el Derecho Familiar?", Edit. - Promociones Jurídicas, 1980.
- JOSSERAND, LOUIS. "Derecho Civil", Tomo I, Vol. II, La Familia, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1953.
- MONTERO DUHALT, SARA. "Derecho de Familia", Edit. Porrúa, II Edic. - México, D.F., 1985.
- ORTIZ URQUIDI, RAUL, "Derecho Civil". Edit. Porrúa, México, D.F., 1985.

- OSHIVER FISHER, ESTHER. "Divorcio, la Nueva Libertad". Edit. Lagos. Primera Edic., México, D.F., 1976.
- PALLARES, EDUARDO. "El Divorcio en México". Edit. Porrúa, México, D. F., 1979.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio de Derecho Civil". Edit. Porrúa Décima Octava Edic., México, D.F., 1982.
- VALVERDE VALVERDE, CALIXTO. "Tratado de Derecho Civil". Tomo IV, parte especial, Derecho de Familia, Edit. Cuesta M.P. Valladolid, España, 1954.
- VERDUGO, AGUSTIN. "Principios de Derecho Civil Mexicano", Edit. Porrúa Tomo II, México, D.F., 1960.

#### L E G I S L A C I O N

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Quincuagésima Novena Edición, Editorial Porrúa, México, D. F., 1985.
- Código Civil de 1870.
- Código Civil de 1884.
- Código Civil para el D.F. 33 Edic., Edit. Porrúa, México, D.F., 1987.
- Código de Procedimientos Civiles para el D.F. 33 Edic., Editorial Porrúa, México, D.F., 1987.
- Ley de Relaciones Familiares de 1917.

#### J U R I S P R U D E N C I A

- Semanario Judicial de la Federación VI Epoca, Vol. XXVI, 4a. Parte, Febrero de 1967, Tercera Sala, pag. 32
- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 -1965 del Semanario Judicial de la Federación 4a. Parte, Tercera Sala, pag. 510.
- Apéndice de Jurisprudencia de 1917-1965, del Semanario Judicial de la Federación, 4a. Parte, Tercera Sala, pag. 734.

## D I C C I O N A R I O S

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edit. Espase Calpe, Madrid, España, 1984.

Diccionario para Juristas, Edit. Mayo, México, D.F., 1981.