

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO JURIDICO COMPARATIVO ENTRE
LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA, COLOMBIA,
FRANCIA Y MEXICO EN MATERIA
DE DIVORCIO**

TESIS PROFESIONAL

que presenta

MIGUEL CAMPOS CAMPOS

para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

México

1976



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis Padres.

Cuya bondad y cariño fueron el mejor estímulo para el término de mis estudios

A Luis Miguel y Héctor.

Con la esperanza de que sea un ejemplo en el sendero de sus vidas.

A mis nueve queridos hermanos.

*Sin cuyo apoyo moral hubiese sido imposible
superar esta etapa de mi vida.*

*Quede patente mi reconocimiento de
gratitud a mi hermana Rosario.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México
A mi querida Facultad de Derecho.*

*Al Lic. Fernando Ojesto Martínez (Q.E.P.D.)
y
Lic. Manuel Moreno Zúñiga
como un testimonio de agradecimiento.*

*Con cariño a todos mis amigos
y condiscípulos.*

PRELIMINAR

En razón de que el matrimonio es presupuesto obligado del divorcio, pues para que éste opere necesariamente debe existir aquél, creemos del todo conveniente iniciar este trabajo con un breve estudio de dicha institución matrimonial.

Mas como el tema central de la tesis es precisamente el divorcio, al entrar al estudio, in extenso, de éste, creemos conveniente ocuparnos antes que nada, y aunque sea a grandes rasgos, de su desarrollo a través de los siglos para así penetrar en las inclinaciones de los pueblos y en las influencias que éstos han experimentado al respecto por razones religiosas, jurídicas, políticas y de muy diverso y variado orden, bien para consagrar el divorcio o bien para desterrarlo y, en su caso, para reglamentarlo rigurosa y ampliamente.

Por lo demás, el presente estudio pretende ofrecer una visión jurídico-comparativa del divorcio en las distintas legislaciones mundiales incluyendo, claro, la nuestra desde el exclusivo ángulo del Derecho Civil, dejando por ello mismo, a un lado cualquier otra consideración de índole diversa.

Existirán muchas impropiedades e imperfecciones en el desarrollo del trabajo y más de alguien echará de menos algunas explicaciones que puedan estimarse como necesarias. Más dada la modestia de mi capacidad, espero que los señores miembros de mi jurado sean indulgentes al juzgar este producto de mi personal esfuerzo.

Muchas gracias por anticipado a ellos, y muchas gracias también a todos mis maestros por sus sabias enseñanzas durante mis estudios de la licenciatura y por los consejos que de varios de ellos recibí para la elaboración de este trabajo.

CAPITULO I

EL MATRIMONIO

1.—Concepto.

2.—Antecedentes históricos:

- a).—Derecho Romano.
- b).—Derecho Canónico.
- c).—Epoca precortesiana.
- d).—Epoca colonial.
- e).—México independiente.

3.—Su Naturaleza Jurídica:

- a).—El matrimonio como institución.
- b).—El matrimonio como acto jurídico condición.
- c).—El matrimonio como acto jurídico mixto.
- d).—El matrimonio como contrato ordinario.
- e).—El matrimonio como contrato de adhesión.
- f).—El matrimonio como estado jurídico.
- g).—El matrimonio como acto de poder estatal.

EL MATRIMONIO

1.—Concepto.

Existen diversos conceptos del matrimonio:

El concepto más general que del matrimonio puede darse, es que éste es una unión plena y duradera entre dos personas de distinto sexo.

Sobre esta base giran los demás conceptos que particularmente del matrimonio se han dado. Por ejemplo, el religioso, conforme el cual el matrimonio es un sacramento por cuya virtud se unen el hombre y la mujer perpetuamente; y el civil, de conformidad con el cual el matrimonio es una "convención jurídica, solemne y específica, constitutiva de una sociedad ética entre varón y mujer, para formar una comunidad perfecta de su vida física, intelectual y moral, complemento y continuación de la especie humana, constituyéndose mediante ella la familia legítima con los efectos que las leyes determinan".

Más concretamente se ha dicho que el matrimonio es un contrato o pacto sui generis, por el cual el varón y la mujer se dan mutuo dominio en orden a los actos propios para la generación de los hijos y se obligan a la sociedad.¹

"El matrimonio, fisiológicamente considerado, no es, ni puede ser más que la unión o cópula de un hombre con una mujer. La unión de varios hombres con sólo una mujer, poliandria; la de varias mujeres con un hombre, poligamia, no son ni pueden llamarse matrimonios".

"Matrimonio es la sociedad legítima del hombre con la mujer, que se unen con un vínculo indisoluble, noble y santo, para perpetuar la especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte".²

1 Tarragato Eugenio. El Divorcio en las Legislaciones Comparadas. Págs. 10 y sigs.

2 Larrain Ríos Hernán. Divorcio. Estudio de Derecho Civil Comparado. Editorial Jurídica de Chile, 1966.

La poliandria, desde el punto de vista fisiológico, puede ser que satisfaga un instinto del hombre, considerando a éste como irracional o simplemente como animal; respecto de la mujer significa algo más grave que esto, es nada más ni nada menos que una degeneración contraria a la misma naturaleza y en último término se opone a la generación y destruye el sentimiento de la paternidad.

La poligamia si en verdad no es contraria a la naturaleza, en cambio envilece los sentimientos del hombre que no pone freno a sus instintos brutales, desmoraliza el amor que no es ya el resultado de mutuas simpatías, afecto y cariño a una persona, sino el medio de satisfacer una pasión. Además, fomenta los celos y engendra sentimiento de odio y de venganza y por esto está al margen de la civilización y desterrada de los pueblos que tienen mediana cultura. Sin embargo, en los tiempos que corren, el abuso del divorcio —aunque con ciertas limitaciones— ha hecho volver en cierto modo la poliandria y la poligamia y, se puede decir, que todos los hombres pueden ser para todas las mujeres y viceversa, con tal de llenar ciertos requisitos o sostener postulados interesados en bien de la colectividad o del predominio de una nación sobre otras o la propagación de razas que se dicen privilegiadas o superiores. Se comenzó propiciando el amor libre y hemos llegado ahora a la situación de que en muchas naciones se imponga la maternidad sin importar los medios o procedimientos.”³

El matrimonio como íntima comunidad de vida entre dos personas que, con la propagación de la especie participan de la divina fuerza creadora, es por ello mismo también una vinculación de carácter religioso. Su relación con la religión aparece en todos los pueblos, y se pone especialmente de manifiesto en las formas religiosas del matrimonio.

2.—Antecedentes Históricos:

a).—Derecho Romano.

3 Orza Daza Julio. Matrimonio y Divorcio en Latinoamérica. Págs. 19 y sigs.

En los primeros tiempos y hasta la República, el matrimonio romano *justae nuptiae*, es decir, el matrimonio legítimo conforme a las reglas de derecho civil en Roma, es la fuente principal de la patria potestad. Esta forma de matrimonio es producto del interés político y religioso que entonces prevalecía y como a la mujer se le consideraba como una hija, participaba del rango social del esposo. 4

Originalmente, en el Derecho Romano, se entendía por familia al conjunto de personas colocadas bajo la autoridad paternal. En tal virtud, la familia quedaba comprendida por el pater familias, los descendientes que estaban sometidos a su autoridad y la mujer, que guardaba como ya dijimos, una condición similar a la de una hija. La familia romana se caracterizó como un régimen patriarcal, donde el padre es el jefe único y la madre no representa un papel importante.

Fue Modestino hacia el final de la época clásica quien definió al matrimonio como "la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos".

Las condiciones de validez del matrimonio romano, eran cuatro:

- 1a.—La pubertad de los esposos;
- 2a.—El consentimiento de los esposos;
- 3a.—El consentimiento del jefe de familia;
- 4a.—El *Connubium*.

En principio, el matrimonio en el Derecho Romano era consensual, por no ser exigidas solemnidades de forma, ni ceremonias religiosas y fue León el Filósofo, en el Imperio de Oriente, quien primero exigió como condición de validez del matrimonio civil, la bendición nupcial.

b).—Derecho Canónico.

Predomina fundamentalmente la idea de contrato, en el matrimonio canónico. Antes del Concilio de Trento, el matrimonio se perfeccionaba con

4 Pet. Eugenc. Tratado Elemental de Derecho Romano. Pág. 121

el consentimiento de los contrayentes; después del mencionado Concilio, adquirió el carácter de contrato formal, ya que además del mutuo consentimiento, se requería que éste fuera expresado en presencia del Párroco y de los testigos y era preciso, por último, el pronunciamiento por parte del Párroco de la fórmula especial señalada por el Derecho Canónico. Hay una excepción en que puede prescindirse de la formalidad señalada y es, que tratándose de un matrimonio contraído sin formas pero que se haya celebrado con consentimiento suficiente de una y otra parte, pues entonces puede, en virtud del indulto pontificio, venir a ser verdadero y propio.

La celebración del matrimonio, conforme al Derecho Canónico, debe ir precedida de ciertas formalidades que tienen como finalidad la comprobación de que las partes son capaces y de que el vínculo que se va a formar es válido y lícito. El consentimiento debe prestarse personalmente, pero es admitido también el matrimonio por procurador, teniendo amplia facultad el Obispo para reconocerlo o no. Los testigos serán dos por lo menos y deben estar presentes, con presencia simultánea a la del Párroco; además, es preciso que tal presencia sea moral y formal.

Las reglas para la celebración del matrimonio fijadas por la Iglesia obligan a todos los católicos, no así a los no católicos, quienes pueden contraer matrimonio manifestando su voluntad en cualquier forma, razón por la cual, el matrimonio entre no católicos es eminentemente consensual y no formal.

c).—Epoca Precortesiana.

En el Derecho Azteca, predominó la monogamia, aunque era permitida la poligamia, con el solo requisito de que el marido pudiera sostener a todas las esposas. La organización familiar era Patriarcal, por lo que la patria potestad recaía siempre en el padre. El parentesco entre los Aztecas era por consaguinidad, por afinidad y civil.⁵

La ceremonia del matrimonio era encomendada a los sacerdotes y no a los representantes del Poder Público.

5 Alba Hermosillo Carlos. "Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano".

el consentimiento de los contrayentes; después del mencionado Concilio, adquirió el carácter de contrato formal, ya que además del mutuo consentimiento, se requería que éste fuera expresado en presencia del Párroco y de los testigos y era preciso, por último, el pronunciamiento por parte del Párroco de la fórmula especial señalada por el Derecho Canónico. Hay una excepción en que puede prescindirse de la formalidad señalada y es, que tratándose de un matrimonio contraído sin formas pero que se haya celebrado con consentimiento suficiente de una y otra parte, pues entonces puede, en virtud del indulto pontificio, venir a ser verdadero y propio.

La celebración del matrimonio, conforme al Derecho Canónico, debe ir precedida de ciertas formalidades que tienen como finalidad la comprobación de que las partes son capaces y de que el vínculo que se va a formar es válido y lícito. El consentimiento debe prestarse personalmente, pero es admitido también el matrimonio por procurador, teniendo amplia facultad el Obispo para reconocerlo o no. Los testigos serán dos por lo menos y deben estar presentes, con presencia simultánea a la del Párroco; además, es preciso que tal presencia sea moral y formal.

Las reglas para la celebración del matrimonio fijadas por la Iglesia obligan a todos los católicos, no así a los no católicos, quienes pueden contraer matrimonio manifestando su voluntad en cualquier forma, razón por la cual, el matrimonio entre no católicos es eminentemente consensual y no formal.

e).—Época Precortesiana.

En el Derecho Azteca, predominó la monogamia, aunque era permitida la poligamia, con el solo requisito de que el marido pudiera sostener a todas las esposas. La organización familiar era Patriarcal, por lo que la patria potestad recaía siempre en el padre. El parentesco entre los Aztecas era por consaguinidad, por afinidad y civil.⁵

La ceremonia del matrimonio era encomendada a los sacerdotes y no a los representantes del Poder Público.

⁵ Alba Hermosillo Carlos. "Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano".

Existía el llamado matrimonio a prueba, que era la unión de hombre y mujer para hacer vida marital, durante un tiempo determinado y en calidad de ensayo prematrimonial. Si al concluir el término fijado las partes estaban de acuerdo en continuar haciendo vida marital, se celebraba el matrimonio de acuerdo con el ceremonial acostumbrado. Si no había tal acuerdo, el hombre estaba obligado a separarse de la mujer entregándola a sus familiares. Para que se efectuara esta unión a prueba, era necesario que el varón pidiera la hija a la madre y que ésta la concediera.

Había también la mancebía y el concubinato. Había mancebía, cuando un hombre hacía vida marital con una mujer, sin que se hubiera celebrado matrimonio y sin que el varón hubiera pedido a la mujer en unión a prueba. El concubinato, era la unión de un hombre casado con una mujer o varias mujeres, para hacer vida marital con ellas. El concubinato fue practicado especialmente por los reyes, nobles, guerreros y señores principales, quienes además de la esposa, tenían varias concubinas.

Se consideraban como requisitos para poder contraer matrimonio:

1.—La edad de veinte a veintidós años en el hombre y de quince a dieciocho en la mujer;

2.—El consentimiento de los padres de ambos contrayentes.

El padre podía concertar el matrimonio de su hijo con la mujer que más le pareciera, pero estaba sujeto a las condiciones que los padres de la mujer elegida señalaran y a que la propia mujer estuviese de acuerdo.

d).—Epoca Colonial.

José María Ots Capdequí, dice que los reyes españoles decretaron "que se respetase la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes sometidos, en tanto estas costumbres no estuvieran en contradicción con los intereses supremos del Estado Colonizador, y por este camino, un nuevo elemento, el representado por las costumbres de los indios sometidos, vino a influenciar la vida del derecho y de las instituciones económicas y sociales de los nuevos territorios de ultramar incorporados al dominio de España".⁶

6 Ots Capdequí José María. "El Estado Español en las Indias". Págs. 11 y 12.

En relación con las Leyes de Indias "este nuevo derecho presentó pronto como rasgos más característicos los siguientes:

- 1.—Un casuismo acentuado y, en consecuencia una gran profusión;
- 2.—Una tendencia asimiladora y uniformista;
- 3.—Una gran minuciosidad reglamentaria;
- 4.—Un hondo sentido religioso y espiritual.

En buena parte fueron dictadas estas Leyes, más que por juristas y hombres de gobierno, por moralistas y teólogos. Advirtamos que aún siendo esto así, jugó este derecho castellano un papel preponderante en lo que se refiere a la organización jurídica de la familia y el derecho de sucesión".^{6 bis}

El derecho castellano peninsular, de carácter supletorio, tuvo casi plena vigencia en las colonias, dentro del campo del derecho privado y así, tenemos "que los mismos preceptos que en España regularon la celebración canónica del matrimonio estuvieron también vigentes en los territorios hispanoamericanos de ultramar. Primero, con la variedad de formas y solemnidades imperantes en la Metrópoli al mismo tiempo de producirse los descubrimientos colombinos; después, con la rigidez doctrinal prescrita en el Concilio de Trento. Así lo atestigua una Real Cédula del 12 de julio de 1564, al ordenar a los arzobispos y demás prelados de Indias que publicasen los cánones del mencionado Concilio, "cuyos acuerdos son ley de Reino", y las justicias ordinarias que prestasen todo el auxilio para que no se alterase su observancia. Sin embargo, el legislador español, comprendiendo lo injusto e impolítico que hubiera sido tratar de imponer a los hombres de aquellas razas los mismos moldes en que se labra venido vaciando una civilización de siglos, se buscó el medio de condensar en preceptos nuevos las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos, atrayéndolos legalmente al derecho de Castilla, sin transiciones violentas que hubieran resultado, a más de abusivas y tiránicas, en absoluto contraproducentes. Uno de los fines con más ahínco perseguido en nuestra obra colonizadora era, como es sabido, la conversión de los infieles; para ello era forzoso ir administrando a los neófitos los sacramentos del catolicismo y si en cada uno de éstos se ofrecían di-

^{6 bis} Ots Caplequi José María. Ob. Cit. Pág. 12.

ficultades de muy penoso vencimiento, éstas aumentaban todavía más al tratar del matrimonio, por el carácter básico que esta institución tiene en la vida de los pueblos. Pensar en imponer a aquellas gentes los preceptos canónicos con el mismo rigor y disciplina que hubieron de ser declarados en el Concilio de Trento, hubiera sido acometer una empresa poco menos que insuperable, con todas las probabilidades de un fracaso seguro. ⁷

Por lo anterior se puede colegir "que por lo menos en los primeros tiempos se conoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios". ⁸

e).—México Independiente.

Siendo Don Benito Juárez Presidente Interino Constitucional, promulgó en Veracruz el 12 de Julio de 1859, la Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos, en la que se proclamó la separación de la Iglesia y del Estado.

"Habrá perfecta independencia entre los negocios del Estado y los puramente eclesiásticos." ⁹

El día 23 del mismo mes y año, fue promulgada la Ley del Matrimonio Civil, en cuyos considerandos se manifestó: "Por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio, este contrato surtiera todos sus efectos civiles. Que resumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar de que un contrato tan importante como el matrimonio, se celebre con todas las solemnidades que juzgue convenientes a su validez y firmeza, y que el cumplimiento de éstas le conste de un modo directo o auténtico". ¹⁰

En esta Ley, como ya se dijo, se estableció como un contrato civil de carácter indisoluble al matrimonio, según podemos apreciar en su articulado:

7 Ots Capdequi José María. El Tratado Español en las Indias. Pág. 83.

8 Ortiz Urquidí Raúl. "Matrimonio por Comportamiento". Pág. 83.

9 Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos. Art. 3.

10 Ley del Matrimonio Civil.

"Artículo 1o.—El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil." ¹¹

"Artículo 4.—El matrimonio civil es indisoluble." ¹²

Como ya quedó asentado, el Código Civil de 1870, que tomó por base la Ley del Matrimonio Civil, prescribe que: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". ¹³

En igual forma se expresó el Código Civil del 31 de marzo de 1884, en su artículo 155.

Posteriormente la Ley Sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 declaró:

"El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". ¹⁴

Las diferencias básicas en la definición de matrimonio dada por este Cuerpo Legal, en relación con las proporcionadas con anterioridad, estriban en que substituye el concepto sociedad civil, por el de contrato civil y considera al matrimonio como un vínculo disoluble y no indisoluble, como anteriormente se conceptuó.

3.—Su Naturaleza Jurídica:

Para realizar el estudio sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, seguiremos la exposición que formulan los señores Doctores Rafael Rojina Villegas y Raúl Ortiz Urquidí, quienes nos señalan las distintas tesis sostenidas sobre este tema y que son las siguientes:

11 y 12 Ley del Matrimonio Civil. Arts. 1 y 4 respectivamente.

13 Código Civil de 1870. Art. 13.

14 Ley Sobre Relaciones Familiares. Art. 13.

- 1.—Como institución.
- 2.—Como acto jurídico condición.
- 3.—Como acto jurídico mixto.
- 4.—Como contrato ordinario.
- 5.—Como contrato de adhesión.
- 6.—Como estado jurídico, y
- 7.—Como acto de poder estatal".¹⁵

"A esta enumeración de Rojina, debemos agregar dos puntos de vista que él no considera, pero que es importante citar, y que son los que respectivamente menciona otro distinguido profesor de nuestra Facultad, el conocido administrativista Doctor don Gabino Fraga en su Derecho Administrativo —capítulo primero del título segundo del libro primero— y Salvador Pugliatti en su Introducción al Estudio del Derecho Civil capítulo tercero de la parte tercera—, traducción del Italiano del ilustre maestro Alberto Vázquez del Mercado y que enunciaremos con los números

8.—O sea el matrimonio como acto unión —Fraga—, y

9.—El matrimonio como convención en sentido técnico —Pugliatti"¹⁶

A continuación, pasaremos a describir, aún cuando someramente, cada uno de los puntos de vista señalados.

a).—El Matrimonio como Institución.

Institución jurídica es el conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad, y más aún, como dice García Maynez, "Institución es el núcleo de preceptos jurídicos que reglamentan relaciones de igual naturaleza".¹⁷

"El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un

15 Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Tomo I. Pág. 257.

16 Ortiz Urquidi Raúl. Ob. Cit. Págs. 53 y 54.

17 García Maynez Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". Pág. 128.

estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas".¹⁸

Así, el matrimonio como institución viene a significar el conjunto de preceptos jurídicos que reglamentan las relaciones del matrimonio. Pero considerar que el matrimonio es simplemente una institución no soluciona el problema.

b).—El Matrimonio como Acto Jurídico Condición.

León Duguit, distingue el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición, definiendo a este último como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permite su renovación continua.

"Por virtud del matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes".¹⁹

El efecto de los actos jurídicos condición, conforme a Gabino Fraga, es condicionar la aplicación de una situación jurídica general a un caso particular. Ortiz Urquidi, transcribe de Fraga lo siguiente: "Resulta que en multitud de casos la norma jurídica no es aplicable de pleno derecho a un caso individual, para que lo sea es necesaria la verificación de un acto jurídico intermediario. Este acto produce una modificación en el orden jurídico, puesto que por su realización el individuo se ve colocado dentro de la regla general. Así, por ejemplo, la situación de hijo adoptivo o de casado no se aplica de pleno derecho a todos los individuos; se requiere para el primer caso, el acto de adopción, y, para el segundo el acto del matrimonio. Estos actos necesarios para que una situación jurídica general se aplique a un caso individual, se designan con el nombre de actos-condición significándose con esta expresión la aplicación de la norma general".²⁰

18 y 19 Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Págs. 259 y 261 respectivamente.

20 Ortiz Urquidi Raúl. Ob. Cit. Pág. 55.

Aplicando lo anterior, encontramos que el matrimonio constituye un acto condición, puesto que la realización del acto jurídico entre los consortes tiene como finalidad el de crear un estado permanente entre ellos, creando relaciones permanentes y constantes que se van renovando de manera indefinida, esto es, sin que se agoten por su cumplimiento. Sin embargo, no creemos que ésta sea la verdadera naturaleza jurídica del matrimonio, ni mucho menos que esta teoría nos solucione el problema, puesto que solamente explica con mayor claridad el carácter que de institución tiene el acto jurídico del matrimonio, en tanto que es un estado permanente al cual se aplica un estatuto jurídico completo, o sea, un conjunto de normas de igual naturaleza.

c).—El Matrimonio como Acto Jurídico Mixto.

Otra clasificación de los actos jurídicos, es la que distingue los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Estos últimos son aquellos que se realizan por la intervención tanto de particulares como de funcionarios públicos, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

El matrimonio, por ser un acto jurídico que requiere no sólo el concurso de la voluntad de los contrayentes como particulares sino también la voluntad de un funcionario público que haga la manifestación expresa de declararlos unidos en matrimonio, es indudable que constituye un acto jurídico mixto. A este respecto, dice Rojina Villegas: "El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existe desde el punto de vista jurídico".²¹

d).—El Matrimonio como Contrato Ordinario.

21 Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 263.

A este respecto nos dice Rojina Villegas, que: "Esta ha sido la tesis tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todo los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes".²²

"Planiol y Ripert reconocen que aún cuando el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual. Sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta".²³ En relación con este párrafo transcrito, Planiol y Ripert dicen lo siguiente: "la única concepción que responde a la realidad de las cosas es la concepción mixta: el matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y sacramento a la vez".²⁴ Es decir, los autores mencionados consideran que el matrimonio, participa de las características tanto de la institución como de las del contrato, y por esta razón utilizan la palabra mixta, pero desde luego no debemos confundir esta expresión y mucho menos pensar que con ella se pudieran referir a los actos jurídicos mixtos que señalamos anteriormente.

El jurista italiano Degni "entiende que cuando se dice que el matrimonio es un contrato no debe creerse que se trata de un contrato como la generalidad de los contratos. El matrimonio es un contrato, en cuanto surge por efectos de la voluntad de los esposos, más no deja de tener una particular estructura, vinculada íntimamente con los fines que el instituto del matrimonio se propone; por lo que se distingue de todos los otros contratos y justifica y explica los límites señalados por la ley, en interés general, a la eficacia de la voluntad de los contrayentes. Ahora bien sostiene

22, 23 y 24 Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Págs. 263, 264 y 265 respectivamente.

Degni, que el consentimiento no puede ser considerado solamente como el presupuesto para la constitución del matrimonio. La intervención del Estado es esencial, sin duda a su juicio, para la perfección del matrimonio, pero únicamente como elemento de reconocimiento de la voluntad de los esposos y de la falta de todo impedimento para la validez del acto. Pero la voluntad del Estado no puede colocarse en el mismo plano que la voluntad de las partes de unirse en matrimonio. La voluntad del Estado es indispensable para la formación legal del matrimonio, por exigencias de orden social, pero el elemento constitutivo proviene siempre y únicamente de la voluntad de los esposos contrayentes".²⁵

El Doctor Rojina sostiene categóricamente que debe desecharse totalmente la tesis contractual del matrimonio y debe reconocerse la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto. Asimismo nos dice que "no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto".²⁶

e).—El Matrimonio como Contrato de Adhesión.

Respecto a esta teoría, dice Rojina Villegas que: "Como una modalidad de la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. En el caso del matrimonio se estima que por razones de interés público el Estado impone el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes simplemente se adhieren a ese estatuto, funcionando su voluntad sólo para el efecto de ponerlo en movimiento y aplicarlo, por lo tanto, a sujetos determinados".²⁷

25 De Pina Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". Tomo I. Pág. 321.
26 y 27 Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Págs. 272 y 273 respectivamente.

f).—El Matrimonio como Estado Jurídico.

Por estado jurídico debemos entender el conjunto de elementos "que producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida".²⁸

"El matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho, según que nazcan de hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho".²⁹

El matrimonio es un estado jurídico, por tratarse de una situación permanente que solamente tiene valor en tanto se presente la vida en común entre los consortes, ya que si no fuera así no se podría cumplir con el deber de convivencia que se deben ambos cónyuges como uno de los principales fines del matrimonio, y en estas condiciones, sólo sería un acto jurídico simple, pero que se agotaría en el solo momento de su celebración, sin darles el estado propiamente dicho. A pesar de ello, tampoco esta tesis resuelve o esclarece el problema acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio.

g).—El Matrimonio como Acto de Poder Estatal.

Es el jurista italiano Antonio Cicu³⁰ quien sostiene que "El Matrimonio no es formalmente un contrato, sino un acto de poder estatal. Transcribamos textualmente la interesante opinión del jurista italiano:

"Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del estado civil".³¹ "El Matrimonio es acto de poder

28, 29, 30 y 31. Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Págs. 275, 278 y 279 respectivamente.

estatal. Estas consideraciones ponen de claro la especial importancia que tienen el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tienen ningún valor jurídico. Nosotros deducimos de esto que la ley no considera el matrimonio como contrato tampoco formalmente y que la concorde voluntad de los esposos no es más que condición para el pronunciamiento: éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio".³²

Bien, respecto a la Naturaleza Jurídica del Matrimonio, éste puede ser considerado desde varios puntos de vista, a saber:

- a) Como acto jurídico solemne;
- b) Como un contrato y;
- c) Como una institución social reglamentada por la ley.

El acto del matrimonio es de naturaleza civil, y desde las leyes de reforma expedida por Juárez, también en el Puerto de Veracruz el día 23 de julio de 1859, dejó de ser un acto religioso para convertirse en un contrato sujeto a la autoridad igualmente civil.

El matrimonio puede calificarse como una institución social, porque tienen los caracteres que se atribuyen a todas las instituciones, y son las siguientes:

Un conjunto de normas jurídicas, debidamente unificadas, que reglamenten determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial. Es evidente que el matrimonio tiene las características mencionadas.

Como acto está sujeto a las disposiciones enumeradas en los artículos 146 al 161, del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

El matrimonio como contrato o como institución está sujeto a las disposiciones reglamentadas en los artículos 162 al 234 del mencionado Código.

32 Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 280.

CAPITULO II

EL DIVORCIO

- 1.—Definición.
- 2.—En el Derecho Romano:
 - a).—Sus causas.
 - b).—Sus formas.
 - c).—Sanción para el cónyuge culpable.
- 3.—Derecho Canónico.
- 4.—En el México anterior a las codificaciones:
 - a).—Precortesiano.
 - b).—Colonial.
 - c).—México independiente.
- 5.—En los Códigos:
 - a).—De 1870.
 - b).—De 1884.
- 6.—En la Ley Sobre Relaciones Familiares.

EL DIVORCIO

1.—Definición.

La palabra divorcio, tiene su origen o deriva del Latín "divertere" que quiere decir: "irse cada quien por su lado, separarse".³³

Desde el punto de vista jurídico, la palabra divorcio significa la ruptura del vínculo matrimonial en vida de los consortes, la cual, es dictada por autoridad competente. De acuerdo a nuestro régimen legal, "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".³⁴

Resulta conveniente aclarar el concepto de divorcio; el divorcio en sí mismo, no implica el origen de la disolución del matrimonio, ya que solamente es el procedimiento jurídico a través del cual se declara disuelto dicho vínculo. En efecto, como consecuencia de que en un momento dado el matrimonio puede no cumplir su alta misión social, el divorcio viene a ser la culminación de una serie de factores profundos y complejos que determinan la conclusión del matrimonio.

Como ya hemos dicho y de acuerdo con el Código Civil que nos rige en el Distrito Federal, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio, éstos es, devuelve a los cónyuges su aptitud legal para en un momento dado volverse a casar.

El Código Civil vigente, tal y como lo hace con el matrimonio, no nos proporciona una definición del divorcio y se concreta a describir sus efectos en la forma arriba estudiada. Sin embargo, transcribimos la siguiente definición del divorcio como: "El procedimiento jurídico por el cual se disuelve el matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, sujetándose a las obligaciones derivadas de dicha unión y prescritas por la ley".³⁵

33 Planiol Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Volumen IV. Pág. 13.

34 Código Civil de 1928. Art. 266.

35 Escorcía Ortega Fernando. Estudio entre las Legislaciones de Argentina, Italia, España y México en Materia de Divorcio.

2.—En el Derecho Romano:

a).—Sus causas.

Podemos afirmar sin lugar a dudas, que los romanos conocieron ya el divorcio, pues según Cicerón, éste estaba permitido por la Ley de las XII Tablas, lo cual es robustecido por un tratado de Gayo sobre estas Leyes, en las cuales se reglamentaba jurídicamente el divorcio.³⁶

Parece ser que el divorcio fue admitido desde los orígenes de Roma, pero sin embargo, los antiguos romanos no hicieron uso de este derecho a divorciarse, en atención a que el mismo no iba de acuerdo con la severidad de las costumbres que imperaban en esa época. En la antigua Roma, en las legislaciones primitivas y en la vieja Ley Julia, no se encuentra un divorcio análogo al que actualmente funciona en nuestra sociedad, esto es, como dicen Colín y H. Capitán, que requiera ser decretado por sentencia judicial fundada en alguna de las causales que limitativamente señala la ley, sino una verdadera facultad de repudiación, ya unilateral, ya convencional, es decir derivada de la voluntad de uno o ambos esposos. Apareció, cuando el Derecho Romano había adquirido un cierto grado de desenvolvimiento, una reglamentación positiva del divorcio; la Ley Julia de Adulteriis, determinó las condiciones a que estaba sometida la repudiación. Pero, en síntesis, puede decirse que fueron desconocidas en el Derecho Romano, la intervención de los tribunales y la necesidad de que el Juez, aprecie las causas de divorcio.³⁷

El divorcio en el Derecho Romano se reducía a un derecho de repudiación, que sólo el marido podía ejercitar por causas graves.

“Fue solamente en los matrimonios sine manu donde en esta materia tenían derechos iguales los esposos. Hacia el fin de la República y sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres y siendo más rara la manus podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio”.³⁸

36 Petit Eugene. “Tratado Elemental de Derecho Romano”. Pág. 109.

37 Colín Ambrosio y H. Capitán. “Curso Elemental de Derecho”.

38 Petit Eugene. Ob. Cit. Pág. 110.

De lo anterior, podemos colegir que los romanos entendieron la institución del divorcio como un derecho de repudio, que en un principio solamente se podía realizar por acto unilateral de voluntad del marido. Decimos en un principio, porque por regla general la mujer romana de los primeros tiempos al contraer matrimonio pasaba a depender de la potestad del marido si era jefe de familia (o del Pater Familias a cuya Potestad estaba sujeto aquél) y estaba siempre sometida a sus órdenes, razón por la que era considerada en el seno de la familia como una hija más, dejando a criterio y juicio del cónyuge la facultad de disolver la unión, mediante repudio fundado en causas normalmente consideradas graves. La situación de la mujer no era más que la consecuencia directa e inmediata de haber contraído matrimonio *in manu*; por excepción, la mujer romana se encontraba en igualdad de derecho que el marido para ejercitar por acto unilateral de voluntad el repudio cuando no había contraído matrimonio *cum manu*, pues entonces no pasaba a depender de la autoridad del marido ni quedaba a merced de él.

En los primeros tiempos las causas que daban facultad para ejercitar el repudio fueron indeterminadas en tanto que no habían sido reglamentadas. El divorcio primitivo fue practicado en pocas ocasiones, más su frecuencia se intensificó con el paso de los siglos a tal grado, que los moralistas del Imperio y los Emperadores Romanos se preocuparon por determinar los casos en que procedía, a fin de hacer más difícil su obtención, ya que la facultad para provocar el divorcio era practicada no sólo por el hombre, sino también y más intensamente por la mujer.

Aunque el cristianismo fue introduciéndose en el Imperio Romano, éste no abandonó el divorcio a pesar de que aquel llevaba consigo la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio; a lo sumo la institución fue objeto de ciertas medidas restrictivas por parte de los Emperadores Romanos; de ahí que las constituciones imperiales señalaran penas contra el esposo culpable de haber ocasionado el divorcio por sus faltas.³⁹

Constantino estableció que: "el marido podía repudiar impunemente a la mujer que había incurrido en adulterio, cometido delito de envenena-

39 Colin Ambrosio y H. Capitán. Ob. Cit. Pág. 437.

miento, o ejercido artes mágicas. Y la mujer podía repudiar al marido cuando era reo de homicidio de envenenamiento y de violación de sepulcros".⁴⁰

Teodosio II y Valentiano III, establecieron las causas de divorcio de manera más detallada. En relación a la mujer: "Si ha descubierto que su marido se ha hecho culpable de adulterio, de homicidio, de conspiración contra el Estado, o que haya sido condenado por crimen de falsedad, que haya violado sepulcros o profanado templos; que sea ladrón o haya ocultado ladrones; que haya sustraído bestias o esclavos; si sin respeto para sí mismo o para su casa ha reunido mujeres de mala vida; si ha atentado en contra de su vida con el veneno, el puñal o de cualquiera otra manera semejante; si la ha golpeado, y que lo pruebe, es necesario entonces acordarle el recurso del billete de repudiación y aprobar tales causas de divorcio. Y el marido podía repudiar a su mujer por haber sin su noticia o contra su voluntad comido con hombres extraños, haber pasado noches fuera de su casa sin motivo plausible, o haber asistido contra su prohibición a los juegos de los circos, de teatros o de arena. Justiniano agregó a estas causales la de "si una mujer ha usado medios para procurarse un mal parto, o si ha ido a los baños con hombres por libertinaje".⁴¹

b).—Sus formas.

Fue solamente en los matrimonios sine manus, donde en materia de divorcio los esposos tenían iguales derechos. ("La manus es un poder eventual del marido sobre la mujer, siendo eventual, porque no todas las mujeres estaban sujetas a la mano marital, ya que la manus no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía ser "sine manus", sin perder nada de su esencia".⁴²

En este Derecho, en la época clásica, la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio podía obtenerse de dos maneras o formas, las cuales eran:

40 Sta. Cruz Teijeiro José, "Instituciones de Derecho Romano". Pág. 55.

41 Petit Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Pág. 109.

42 Petit Eugene. Ob. Cit. Pág. 110.

A) Por Bona Gratia.—Quiere decir por la voluntad mutua de los esposos, no requiriendo formalidad alguna, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.⁴³ O sea, que la disolución del vínculo por esta manera, estaba fundada en el mutuo consentimiento de los cónyuges, aún cuando no mediara causa legítima. La obtención del divorcio en este caso, como ya hemos dicho, no requería de formalidad alguna, ya que se argumentaba que la voluntad disuelve lo que la misma ha creado, y si la voluntad de los consortes ha creado el estado de casados, ella misma puede disolver ese estado en cualquier momento; en consecuencia, ya desde el Derecho Romano era concebida la institución del matrimonio como un contrato el cual podía ser disuelto mediante el consentimiento mutuo de los cónyuges.

B) Por Repudium ex Iusta Causa.—“Es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitida y casada con su patrono”.⁴⁴

El divorcio obtenido de esta manera se fundaba en una o varias causas legítimas de repudiación, que en un principio solamente podía invocar el marido y después también la cónyuge. Cuando la causa o causas fundatorias del repudio eran probadas, implicaban siempre culpa en el cónyuge condenado. “Bajo Augusto y para facilitar la prueba de la repudiación, la Ley Julia de Adulteriis exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que le era entregada por un manumitido”.⁴⁵

Justiniano intentó abolir el divorcio por mutuo consentimiento, no autorizándolo más que en caso de que los esposos se separaran en virtud de voto de castidad (Novela 117. Cap. X). La anterior prohibición fue anulada por su sucesor Justiniano II (Novela 140).⁴⁶

Como consecuencia de lo hasta aquí anotado y más concretamente de la Legislación de Justiniano, encontramos como forma de comparación de disolver el vínculo matrimonial, al divorcio Bona Gratia, al que podía-

43 y 44 Petit Eugene. Ob. Cit. Págs. 110 y 111 respectivamente.

45 Petit Eugene. Ob. Cit. Pág. 112.

46 Colín Ambrosio y H. Capitán. Ob. Cit. Pág. 437.

mos equipararlo con el que se sanciona por la Legislación Mexicana mediante el mutuo consentimiento; por otra parte, el que funciona necesariamente por la existencia de una causa que da base para intentar la acción que puede ser ejercitada por alguno de los cónyuges.

La legislación del Imperio Cristiano, no derogó formalmente la libertad del divorcio por voluntad unilateral, ni se opuso a que los matrimonios se disolvieran por el repudio más infundado. Introduce ciertas penas, para que los divorciados sin causa legal sean castigados; tiene como principal finalidad conceder a la mujer inocente en el divorcio una ventaja patrimonial positiva a costa del marido divorciado. Por esta razón, exigese para la celebración del matrimonio el otorgamiento por parte del marido de un donatio ante nuptias, lo mismo que la constitución de una dote por parte de la mujer; es en cierto modo, una prenda que daban ambos contrayentes, sujetándose con ello a mantener indemnes los vínculos conyugales y contrarrestando así, hasta cierto punto, la libertad legal del divorcio. Así, tenemos como ejemplo, que la mujer que sin fundamento legítimo ponga fin al matrimonio, pierde sus derechos dotales; y si se trata del marido, se obliga a hacer efectiva la donación.⁴⁷

En este mismo sentido nuestra legislación actual protege fundamentalmente los intereses de la cónyuge y su descendencia, exigiendo al cónyuge varón la atención económica de las necesidades de aquéllos con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial, para lo cual se exige garantía patrimonial.

Y así, "los Emperadores Cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaban el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación".⁴⁸

Al mundo Romano, la Iglesia abría una nueva concepción del matrimonio, que implicaba la indisolubilidad; hasta el Concilio de Trento hubo, sin embargo, entre los canonistas ciertas divergencias, pues su opinión

47 Sohm Rodolfo. "Instituciones de Derecho Privado Romano", Pág. 294.

48 Petit Eugene. Ob. Cit. Pág. 110.

discrepaba acerca del alcance de las palabras de Cristo que servían de fundamento a la prohibición del divorcio. Los evangelistas de un modo u otro convinieron en la indisolubilidad.⁴⁹

No fue sino hasta el Siglo XVI cuando se difunde ampliamente la corriente de simpatía por esta institución jurídica merced a las ideas del movimiento de la Reforma y es aceptada con base en los nuevos conceptos por los países protestantes. Llegó a sobreponerse al texto del evangelio, autorizando el divorcio.

e).—Sanción para el cónyuge culpable.

Para determinar la sanción a que se había hecho acreedor el cónyuge culpable, era necesario saber si se trataba de la mujer o del marido.

El divorcio resultado de la repudiación sin justa causa hacía que el repudiante mereciera una sanción. Tratándose de la mujer que provocara la disolución del vínculo mediante repudio que no estuviera basado en una justa causa, se hacía acreedora a la pérdida temporal de su capacidad para contraer matrimonio, así como a la pérdida de sus derechos dotedales; si era el marido quien repudiaba invocando una causa que no lograba justificar, aunque también ocurría la ruptura del vínculo marital, se le condenaba a la pérdida de los lucros nupciales.

“El repudio sine ulla causa, o sea el repudio sin concurrir un motivo determinado por la ley, acarrea o produce la disolución del matrimonio, pero el cónyuge repudiante incurre en penas matrimoniales y es recluido en un claustro a perpetuidad”.⁵⁰

“Por otra parte, se publicaron en numerosas constituciones para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de una repudiación sin causa legítima”.⁵¹

En consecuencia, en el Derecho Romano, no sólo se castigaba al cónyuge culpable cuando el matrimonio se disolvía por causa justificada y ale-

49 Colín Ambrosio y H. Capitán. Ob. Cit. Pág. 438.

50 Sta. Cruz Teijeiro José. Ob. Cit. Pág. 55.

51 Petit Eugene. Ob. Cit. Pág. 110.

gada por uno de los cónyuges para obtener el divorcio por repudio, sino también se castigaba al cónyuge que habiendo intentado la repudiación, no justificaba o probaba la causal de divorcio invocada.

3.—Derecho Canónico.

Desde los primeros tiempos la Iglesia reaccionó contra el **divorcio**; en las palabras de Jesucristo se encuentra el punto de partida de este movimiento, palabras respecto a las cuales existe entre los evangelistas una notable diferencia. Esto es, algunos admitían el divorcio cuando se tiene como causa el adulterio y otros lo condenaban de una manera absoluta.⁵²

La iglesia Cristiana estableció la indisolubilidad del matrimonio; esta doctrina fue defendida por San Agustín (Siglo IV) y fue afirmada muchas veces por los concilios; había de imponerse al menos en Occidente. Nada escatimó la Iglesia para hacerla triunfar de las resistencias que le oponían tanto los hábitos y costumbres seculares como las pasiones a veces turbulentas de los príncipes.⁵³

En Inglaterra, la Reforma fue provocada por el Rey Enrique VIII, quien deseaba divorciarse de su esposa Catalina de Aragón, para casarse con una dama de la Corte, Ana Bolena. El Papa, se negó a ello; entonces el monarca reunió en 1533 una asamblea de obispos ingleses que le acordó el divorcio y le proclamó jefe supremo de la Iglesia Británica.⁵⁴

El procedimiento para obtener la separación de cuerpos, lo ha establecido el Derecho Eclesiástico de la siguiente manera:

“El cónyuge inocente puede separarse autoritate privata en algunos casos que son: adulterio espiritual o relapso en herejía y persecución de muerte; pero fuera de estos casos se precisa la intervención del juez competente, que es siempre eclesiástico, según lo define el Concilio de Trento”.⁵⁵

52 Planiol Marcel. Ob. Cit. Pág. 14.

53 Colín Ambrosio y H. Capitán. Ob. Cit. Págs. 438 y 439.

54 Astolfi Carlos. “Síntesis de Historia Moderna y Contemporánea”. Pág. 169.

55 Sánchez Román Felipe. Ob. Cit. Pág. 158.

El juez competente es el Obispo, y el Vicario general si para ello tiene delegación de aquél. Conforme a los decretos, el juez eclesiástico que conocía el divorcio conocía también de todas las incidencias de éste; pero desde la antigüedad el juez eclesiástico conoce el divorcio en sí, perteneciendo a la competencia de los jueces civiles el conocer de los preliminares e incidentes (delito de adulterio, lesiones, depósito de la mujer, muerte de los hijos, etc.).

4.—En el México anterior a las codificaciones:

a).—Precortesiano.

Desgraciadamente el estudio de la época precortesiana de nuestra historia, en cuanto al tema tratado es impreciso, ya que encontramos muy pocos datos que nos proporcionen un criterio definido al respecto.

En el Anáhuac, los pueblos que la habitaron, tenían en su generalidad costumbres muy similares; en el matrimonio existieron diversos ritos, como regla general había la poligamia entre sus habitantes, lo cual nos impide determinar con precisión la existencia del divorcio.⁵⁶

La infidelidad de la mujer era causa de repudio, nos dice Alfredo Chavero, y si al tiempo del repudio los hijos eran pequeños los llevaba la mujer, si éstos eran mayores, las mujeres iban con la esposa y los hombres con el esposo. "La mujer que era repudiada podía unirse con otro hombre y aún volver con el primero; tenían demasiada facilidad para tomarse o dejarse".⁵⁷

Por su parte, Esquivel Obregón propala una versión que se aparta un tanto de la anterior, pues afirma que: "Era reconocido el derecho de divorcio al hombre y a la mujer. En cuanto al primero lo fundaba el que la mujer fuera estéril o pependciera, impaciente, descuidada y perezosa. En cuanto a la mujer no se sabe cuales serían las causas aceptadas de separación. Los tribunales dificultaban y retardaban la resolución, y cuando,

56 y 57 Chavero Alfredo. "México a través de los Siglos". Tomo I. Cap. IX. Libro xico". Tomo I. Pág. 365.

al fin, la daban, no decretaban el divorcio; sólo autorizaban a los esposos a hacer lo que quisieran; pero el hombre y la mujer que se habían divorciado y volvían a unirse eran castigados con pena de muerte".⁵⁸

"El matrimonio podía celebrarse sólo con una mujer y si los misioneros creyeron encontrar huellas de poligamia, fue porque el divorcio era permitido y no era remoto dar con dos o tres mujeres que pretendían serlo del mismo marido".⁵⁹

Entre los Aztecas, el matrimonio no tuvo los caracteres de indisolubilidad y perpetuidad, pues podía disolverse en vida de los consortes por una resolución de autoridad moral que estaba depositada en manos de la clase sacerdotal, basada en causas determinadas. Los dos cónyuges, ya sea el hombre o la mujer tenían el derecho de pedir el divorcio, pero los jueces investigaban las causas que aducían unos y otros y los exhortaba a reconciliarse y a vivir en paz, de la misma manera que se hace actualmente en nuestros tribunales a través de las audiencias de avenencia. Los jueces aztecas declaraban el divorcio, sólo por la insistencia de los interesados, despachando con rudeza a los cónyuges, con lo cual les otorgaba su tácita decisión, no haciéndolo por sentencia en virtud de que el divorcio era mal visto por el pueblo; no se sabe ni se puede precisar si el divorcio era absoluto, ni qué pasaba con los hijos; por lo que se vió que en otros pueblos sucedía, se puede deducir que los divorciados quedaban en entera libertad para casarse otra vez y que los hijos varones vivían al lado del padre y las mujeres con la madre.⁶⁰

Las causas de divorcio para el hombre, eran las siguientes:

I.—La esterilidad de la mujer.

II.—La pereza de la esposa.

III.—Ser la esposa desaseada y sucia.

IV.—Ser pendenciera.

V.—La incompatibilidad de caracteres".⁶¹

58 Esquivel Obregón Toribio. "Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I. Pág. 365.

59 y 60 Chavero Alfredo. Ob. Cit.

61 Alba Hermosillo Carlos. "Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano". Pág. 37.

Los motivos que podía aducir la mujer para solicitar el divorcio, eran los siguientes:

I.—Los maltratos físicos.

II.—El no ser sostenida por el marido en sus necesidades.

III.—La incompatibilidad de caracteres".⁶²

Como podemos apreciar, ya entonces se daba un carácter de importancia a la incompatibilidad de caracteres, instituyéndola como una causa que daba origen al derecho de solicitar el divorcio y más aún, de obtenerlo, siendo desde luego muy elástico el concepto ya que, no se precisaba qué cosas o conductas se debían entender como suficientes y bastas para considerar que entre los consortes no existiera una afinidad y un entendimiento pleno, por chocar su manera de ser en sus caracteres. Esto coincide con lo que dispuso la Ley del 20 de septiembre de 1792 en Francia, por la cual se estableció el divorcio en ese país, que tenía como característica principal las grandes facilidades que otorgaba para obtenerlo admitiendo no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino también la mal llamada incompatibilidad de caracteres, incluso alegada por uno sólo de los cónyuges. Posteriormente, con la redacción del Código Civil Francés, fue suprimido el divorcio por incompatibilidad de caracteres.

Regresando al tema que nos ocupa, cabe afirmar que los Aztecas tuvieron un régimen consuetudinario en cuanto a las relaciones familiares se refiere, que resistía un análisis jurídico, cuyo saldo necesariamente sería positivo.

b).—Colonial.

En la época colonial, los españoles trajeron consigo su derecho e hicieron todo lo posible por imponerlo entre los indios; y una vez realizada la Conquista del pueblo mexicano, éste quedó sometido a la Corona Española, constituyendo una colonia dependiente de la Metrópoli.

El Derecho Colonial, estuvo constituido por tres tipos de leyes:

62 Alba Hermosillo Carlos. Ob. Cit. Pág. 38.

"a).—El de las españolas que estuvieron vigentes en la Nueva España.

b).—El de las dictadas especialmente para las colonias en América y que tuvieron vigor en la Nueva España.

c).—El de las expedidas directamente para la Nueva España".⁶³

En términos generales, podemos decir que el espíritu del Derecho Colonial, en lo que se refiere a las relaciones de familia, está totalmente influido por el Derecho Español y por ende, el Derecho Canónico y en tal razón el matrimonio se considera un Sacramento solemne y absolutamente indisoluble; el divorcio sólo es admitido como separación de cuerpos.

En el año de 1265, bajo Alfonso X, había aparecido la Ley de las Siete Partidas que tan dilatada influencia y aplicación habría de tener en México durante la Colonia y aún en el Periodo Independiente hasta la publicación de las primeras codificaciones. Sobre Derecho Privado versan las Partidas, Cuarta, Quinta y Sexta; el Derecho de Familia, como previamente apuntamos se advierte claramente influido por el Canónico y también, aun que en menor grado por el Romano.

"En el derecho de las personas, de la familia y aun de las sucesiones se nota la influencia vigorosa del Derecho Canónico, aunque no exenta del influjo del Derecho Romano y del nacional. Las Partidas siguen muy de cerca los sistemas prohibidos por la Iglesia en lo referente a los esponsales, el matrimonio y a sus impedimentos; considera indisoluble aquél y sólo admite el divorcio como separación de cuerpos".⁶⁴

c).—México Independiente.

Consumada la Independencia de México en 1821, como es lógico suponer no podían improvisarse códigos de un día para otro, por lo que siguió la misma estructura legal que le heredara la Colonia.

63 y 64 García Trinidad. Ob. Cit. Págs. 69 y 67.

En consecuencia el Derecho Privado Mexicano "quedó integrado por la legislación emanada de la Monarquía Española formada principalmente por la Recopilación de Indias y otras leyes especiales y subsidiariamente por el Derecho Español en el orden aceptado por las Leyes de Indias".⁶⁵

Ahora bien, el nacimiento del México como República fue seguido por cruentas luchas intestinas que impidieron la producción legislativa que se hacía cada vez más necesaria con el transcurso del tiempo. Surgieron ideas de reorganización política, jurídica y económica, con el movimiento de Reforma y, a este respecto, Trinidad García nos dice lo siguiente: "En 1859 durante el Gobierno de Juárez, éste expidió en Veracruz las llamadas Leyes de Reforma y éstas, de naturaleza varía tuvieron trascendencia particular en el régimen de Derecho Privado; lo reformaron ampliamente, sobre todo en lo relativo a la personalidad jurídica de ciertas asociaciones, al registro civil, cuyo servicio quedó a cargo del Estado, y al matrimonio, que definido por las nuevas leyes como un contrato civil, se transformó en una institución jurídica, laica y fuera de la ingerencia de las autoridades eclesiásticas".⁶⁶

5.—En los Códigos:

a).—De 1870.

Durante la Reforma el Presidente Don Benito Juárez encargó al Doctor Justo Sierra O., la elaboración de un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal, cuya redacción se inspiró en el proyecto que para el español había formulado don Florencio García Goyena, quien a su vez tomara por modelo el Código Napoleón. El Proyecto Sierra, después de revisado por una Comisión, fue publicado en sus Libros I y II bajo el Imperio de Maximiliano. Sin embargo, fue hasta el 8 de diciembre de 1870 cuando se aprobó el primer Código Civil para el Distrito Federal, con vigencia también para el Territorio de la Baja California, vigencia que tuvo a partir del día 10. de marzo de 1871, y que resultó tan aceptado en los Estados de la República, que se le tomó como modelo para la elaboración de los códigos civiles locales.

65 y 66 García Trinidad. Ob. Cit. Pág. 71 y 72.

En cuanto al tema objeto de nuestro estudio cabe decir, que el Código Civil de esta época, no admitió el divorcio vincular, sino únicamente la separación de cuerpos entre los cónyuges, permaneciendo íntegro el vínculo matrimonial y todas las obligaciones que de él se derivan.

“Tanto es el respeto que merece ese vínculo, como uno de los principales fundamentos sobre los que reposa la sociedad, que no sólo se ha declarado su indisolubilidad por los artículos 159 y 239 del Código Civil, sino que ésta se ha elevado a la categoría de precepto constitucional”.⁶⁷

Así, “La fracción IX del Artículo 23 de las adiciones a la Constitución Federal promulgada el 14 de diciembre de 1874, declara expresamente que el matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero que las leyes pueden admitir la separación temporal, por causas graves que se determinaron por el legislador, sin que por la separación quede hábil alguno de los consortes para unirse con otra persona”.⁶⁸

El artículo 239 del Código de 1870 nos da una definición del divorcio en los términos siguientes:

“El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos a este Código”.⁶⁹

El Artículo 240 del referido Código Civil citaba las causas necesarias y suficientes para obtener la separación tales eran:

“1a.—El adulterio de uno de los cónyuges;

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

67 y 68 Mateos Alarcón Manuel. “Derecho Civil Mexicano”. Tomo I. Págs. 119 y 120.

69 Código Civil de 1870. Art. 239.

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

4a.—El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción;

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

6a.—La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro".⁷⁰

De la enumeración anterior se nota que las causas aceptadas por este Código, en su mayoría constituían delitos; la sevicia puede llegar a ser delito, pero aún cuando no se llegare a ese extremo, ella y el abandono del domicilio conyugal en los términos que establece, con justas causas de divorcio, porque además de inducir fundada sospecha de mala conducta, siembran el resentimiento y la desconfianza, y hacen sumamente difícil la unión conyugal.

A pesar de que el legislador del 70 establecía cuáles eran las causas de divorcio, reglamentó también otras más en el artículo 244 que en la letra decía:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causas que no haya justificado, o haya resultado insuficiente, así como cuando haya acusado judicialmente a su cónyuge; el demandado tiene derecho para pedir el divorcio, pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido".⁷¹

El artículo anteriormente citado, contenía tres hipótesis distintas una de la otra, las cuales eran:

a) Que la parte demandante haya sido absuelta por sentencia ejecutoriada en el juicio de divorcio promovido, en el cual litigó con el carácter de demandada.

70 y 71 Código Civil de 1870. Arts. 240 y 244 respectivamente.

b) Que la parte demandante haya sido absuelta por sentencia ejecutoriada en el juicio de nulidad de matrimonio promovido, en el cual tuvo igualmente el carácter de demandada.

c) Que la parte demandante haya sido juzgada en instancia promovida en su contra, por haber mediado acusación de su cónyuge.

Respecto a esta tercera hipótesis, podemos aducir que el legislador de 1870, innecesariamente la estableció en el artículo 244 citado, ya que dentro de la fracción VI, del artículo 240, podía quedar comprendida esta causal.

Don Manuel Mateos Alarcón, por lo que respecta al término de cuatro meses exigidos por el legislador de 1870, para poder ejercitar la causal prevista en el artículo 244 analizado, nos dice lo siguiente: "La calumnia lastima y dispone los ánimos y entre los consortes viene a extinguir el afecto, a hacer odios y a hacer absolutamente imposible la felicidad en el hogar doméstico. Por este motivo, funda la procedencia del divorcio, aunque el legislador no ha querido que esa causa sea un medio de obrar inconsiderado. Ha querido que la esperanza, aunque remota, de una reconciliación encuentre apego en la ley, y a este fin prohibió que se pueda ejercitar la acción de divorcio por la causa indicada, antes de cuatro meses contados desde la notificación de la sentencia".⁷²

La causa de adulterio, tenía una excepción establecida en el artículo 245 en el cual decía que:

"El adulterio no es causa de separación cuando el que intenta éste se le acusa de haber cometido igual delito, o de haber inducido al adulterio al que lo cometió. El juez sin embargo, puede otorgar el divorcio si lo cree conveniente, atendidas a las circunstancias del caso".⁷³

Además del divorcio causal, el Código Civil que estamos analizando admitió el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, en el artículo 246. En la exposición de motivos de ordenamiento citado, los autores

72 y 73 Mateos Alarcón Manuel, Ob. Cit. Págs. 124, 121 y 122 respectivamente.

del Código nos dicen las razones que fundan lo que entonces era novedad en la legislación mexicana: "Al examinar esta delicada materia surgió una cuestión grave en su esencia y grave en sus resultados; el divorcio voluntario. La primera impresión que deja en el alma este pensamiento, le es totalmente desfavorable, porque no sólo parece poco moral sino contrario a los fines del matrimonio y perjudicial para los hijos y para los mismos cónyuges."⁷⁴ Pero si penetrando al hogar doméstico, se examinara concienzudamente la horrible situación de dos personas que ya no pueden vivir juntos; si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal; si se atiende a la educación de los hijos y se calculan los amargos frutos que respecto a ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá la tristísima verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo. Por otra parte, cuando ese desacuerdo, llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario; pero la experiencia nos prueba que sólo el desamor, aunque terrible por sí mismo, casi nunca inspira a los consortes la idea de separarse. Lo más probable es que no queriendo revelar por vergonzosas quizá, las causas de su determinación, apelen al divorcio voluntario, que poniendo algún remedio a los males que sufren, les evita la vergüenza o tal vez la afrenta, envuelve en el misterio los secretos de la familia y no deja en el corazón de los hijos la negra huella del crimen de alguno de sus padres o tal vez entre ambos. La cuestión examinada prácticamente cambia de aspecto; y el divorcio voluntario es, ya no un bien, un mal mucho menor porque corta la deshonra de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de los padres deja a los hijos en triste legado. Y como no es perpetuo, como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término a cualquiera hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleren el momento de la reconciliación".

El legislador, pretendiendo evitar el uso abusivo del divorcio, restringió el ejercicio del divorcio voluntario en el artículo 247, al ordenar que: "El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad".⁷⁵

74 Mateos Alarcón Manuel. Ob. Cit. Pág. 125.

75 Código Civil de 1870. Art. 247.

Por lo que toca al término exigido para poder ejercitar o intentar la acción de divorcio, se puede afirmar que predominó la idea en el Código que nos ocupa, de que podía ejercitarse dentro del término de un año, contado a partir del momento en que hubieran llegado a conocimiento del cónyuge ofendido los hechos constitutivos de la causal de divorcio. El divorcio por mutuo disenso, solamente podía solicitarse pasados dos años a partir de la fecha de la celebración del matrimonio, y el divorcio fundado en la causal contenida en el artículo 244 del Código, al cual ya se ha hecho referencia, tal y como ya hemos visto, debía demandarse después del término de cuatro meses, a partir del momento de la notificación de la última sentencia dictada en el juicio de divorcio, nulidad de matrimonio o en el proceso penal instaurado en contra de un consorte por haber mediado acusación del otro.

b).—De 1884.

Este cuerpo de leyes al igual que el de 1870 no admitió el principio de la disolubilidad del matrimonio, siguiendo pues los lineamientos trazados por el legislador de 1870, o sea que a diferencia del sistema adoptado por muchas legislaciones modernas en esa época, en las que el divorcio rompe el vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en libertad de contraer otro, en el Código de 1884, el divorcio no es más que la suspensión temporal de algunas de las obligaciones que nacen del matrimonio dejando íntegras otras; es decir establecen la obligación de no contraer nuevas nupcias, por permanecer latente el vínculo matrimonial, lo que en estricto derecho es la limitación grave que a la libertad de los sujetos maritales se puede aplicar.

Así encontramos que el artículo 226 dice:

“El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de este Código”. Como vemos se trata de una transcripción del artículo 239 del Código Civil de 1870; por lo tanto, estableció únicamente la separación personal de los cónyuges, ya sea por alegación de causa legítima o por consenso mutuo de los consortes.

76 Código Civil de 1884. Art. 226.

En el artículo 227 se establecían cuáles eran las causas de divorcio, aceptando las fijadas por el Código de 1870 y agregando algunas más, por lo cual quedaban enumeradas de la siguiente manera:

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

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

3a.—La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero, o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;

4a.—La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal;

5a.—El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción;

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

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

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

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

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

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

12a.—La infracción de las capitulaciones matrimoniales;

13a.—El mutuo consentimiento". 77

El artículo anteriormente citado, reformó y adicionó el artículo 240 del Código Civil de 1870, por las siguientes razones expuestas por la Primera Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, que textualmente dijo: "El Artículo 240 del Código vigente, que corresponde al 227 del proyecto, fue reformado estableciendo algunas causas legítimas de divorcio no reconocidas por el Código actual. Tales son: el hecho de que la mujer dé a luz un hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio y de que judicialmente sea declarado ilegítimo a instancias del marido; el abandono del domicilio conyugal sin causa justa, cualquiera que sea el tiempo de su duración y sin que sea necesario se prolongue por más de dos años, como el Código vigente lo exige, o aun cuando haya justa causa, si siendo ésta bastante para pedir el divorcio se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió pida la separación; las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para con el otro; la negativa de uno de los cónyuges a administrar al otro alimentos; los vicios incorregibles de juego o embriaguez; una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, siempre que sea anterior al matrimonio y no haya tenido conocimientos de ella el otro cónyuge; y por último la infracción de las capitulaciones matrimoniales. El mutuo consentimiento fue también adicionado como causa legítima de divorcio; pero esto no constituye una reforma sustancial sino solamente de orden y método, pues el Código vigente reconoce el divorcio voluntario por consentimiento de ambos cónyuges". 77

El artículo 247 del Código de 1870 que prohibía el divorcio voluntario cuando el matrimonio tenía más de veinte años de celebrado o cuando la mujer tenía más de cuarenta y cinco años de edad, fue suprimido por las siguientes razones expuestas por la citada Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados: "El artículo 247 dispone que el divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad. Estas restricciones parecieron infundadas a la Comisión, porque no existiendo las

77 Código Civil de 1884. Art. 227.

78 Mateos Alarcon Manuel. Ob. Cit. Pág. 120.

mismas para el divorcio necesario, su resultado práctico no sería impedir la separación, sino que en este caso ocurriría el divorcio, por causa legítima, ocasionándole mayor escándalo en la sociedad. Además, las razones que fundan la conveniencia del divorcio voluntario, lo fundan igualmente para cuando la mujer tiene menos de cuarenta y cinco años que para cuando tiene más, para antes de veinte años de matrimonio que para después de ese tiempo, y por lo tanto no hay motivo alguno para la limitación que establece el artículo 247 cuya supresión se consulta".⁷⁹

Con base en lo anteriormente citado, el Código Civil de 1884 estableció el divorcio voluntario bajo nuevas bases en lo que a su ejercicio concierne, ya que suprimió lo innecesario que establecía el artículo 247 del Código Civil de 1870, subsistiendo únicamente el requisito indispensable de que la solicitud de separación solamente tenía cabida hasta después de dos años contados a partir de la celebración del matrimonio.

Esta legislación hizo también algunas modificaciones en lo que respecta al adulterio, suprimiendo el artículo 245 del Código anterior el cual se refería, como ya se ha dicho, a que el adulterio no constituía causal de divorcio cuando el que lo invocase lo hubiera cometido igualmente, habiéndose dejado en el nuevo ordenamiento como causal de divorcio proveniente de la legislación que estableció el Código Civil de 1870.

Estas modificaciones son a todas luces justificadas, pues la supresión del artículo 245 moraliza altamente a la legislación y a la familia, ya que no por el hecho de que ambos cónyuges hubieran incurrido en adulterio, deberían seguir viviendo como marido y mujer.

Asimismo el hecho de que alguna mujer hubiera cumplido cuarenta y cinco años o el matrimonio tuviera una duración de más de veinte años, daba lugar a cortar la libertad de los cónyuges de solicitar el divorcio por mutuo consentimiento y no veo por qué se habría de coartar dicha libertad, ya que si se admitió el divorcio voluntario, esta admisión debería ser general.

El Código Civil cuyo estudio nos ocupa, continuó admitiendo, en su artículo 230, la causa de divorcio establecida por el Código anteriormente analizado en su artículo 244; dicho artículo 230 se encuentra redactado en

79 Mateos Alarcón Manuel. Ob. Cit. Pág. 126.

los mismos términos y bajo las mismas condiciones para su ejercicio que su correlativo anterior, por lo tanto es conveniente hacer un recordatorio de esta causal que ambos Códigos incluyeron:

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado, o haya resultado insuficiente; así como haya acusado judicialmente a su cónyuge, el demandado tiene derecho para pedir el divorcio, pero no puede hacerlo sino pasados cuatro meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos cuatro meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido".⁸⁹

Como apreciamos de la transcripción anterior, en el Código Civil de 1884 se continuó el criterio del Código de 1870 respecto a que el ejercicio de la causal accesoria contenida en el artículo 230, debía efectuarse después del término de cuatro meses, contados a partir de la notificación que hubiere sido hecha de la última sentencia, tal y como lo estableció el artículo 244 del ordenamiento citado en segundo término.

Además continuó prevaleciendo el principio general de que el ejercicio de las causas del divorcio debían efectuarse dentro del término de un año, contado éste, a partir del momento en que llegaban a conocimiento del cónyuge ofendido los hechos que constituían o daban origen a causa suficiente para interponer la acción de divorcio.

6.—En la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Esta Ley, fue promulgada por Don Venustiano Carranza, en su carácter de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y expedida el 9 de abril de 1917.

Esta Ley viene a implicar un adelanto legislativo por lo que respecta a la forma de concebir el vínculo del matrimonio, ya que anteriormente se le concebía como indisoluble, y a partir de este ordenamiento empieza a concebirse como un acto de carácter disoluble adoptando con ello el principio opuesto a la indisolubilidad tradicionalmente aceptada. Así encontra-

89 Código Civil de 1884. Art. 230.

mos que en su artículo 13 de la Ley Sobre Relaciones Familiares se define al matrimonio como: "Un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".⁸¹

Como vemos, aparentemente la definición transcrita y las estudiadas en incisos anteriores y que nos legan los Códigos Civiles de 1870 y 1884, son iguales. Sin embargo, ya en la Ley Sobre Relaciones Familiares y por primera vez en el Derecho Positivo Mexicano, se considera al matrimonio como un vínculo disoluble. Así, tenemos que textualmente nos dice en su artículo 75 que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro";⁸² texto que relacionándolo con el mencionado artículo 13 de esta misma Ley, viene a completar el principio de la indisolubilidad del matrimonio.

El ordenamiento jurídico cuyo estudio nos ocupa, definió en forma limitativa las causas por las cuales se podía demandar el divorcio vincular, en sus artículos 76 y 79; eran las siguientes:

I.—El adulterio de uno de los cónyuges;

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

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

IV.—Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o

81 y 82 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, Arts. 13 y 75, respectivamente.

cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;

V.—El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos.

VI.—La ausencia del marido por más de un año con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;

VII.—La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;

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

IX.—Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años;

X.—El vicio incorregible de la embriaguez;

XI.—Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalada una pena que no baje de un año de prisión;

XII.—El mutuo consentimiento".⁸³

El artículo 79 de la Ley reproduce las causas de divorcio contenidas en los artículos 244 y 230 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, aun cuando suprime la última de las enumeradas en los ordenamientos legales mencionados. La redacción del precepto a que nos referimos quedó como sigue: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el

83 Ley Sobre Relaciones Familiares. Art. 76.

demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido". Como puede observarse fue reducido el término que debe dejarse transcurrir para que pueda ejercitarse la acción de divorcio que se deriva de esta causal, señalando el de tres meses a partir de la notificación de la última sentencia dictada; como los Códigos anteriores señalaban un término de cuatro meses, el plazo resulta reducido en uno.

Además, la Ley en cuestión modificó también la regla o principio general establecido por los Códigos anteriores, de que el ejercicio de las causas de divorcio debía tener lugar dentro del término de un año, reduciendo igualmente el tiempo, al establecer que debía demandarse dentro del lapso de seis meses, a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos fundantes de la causal el cónyuge inocente.

En materia de divorcio voluntario se siguió el criterio de establecerlo como una causal, pero también fue reducido el término para solicitar el mismo, al disponerse un mínimo de un año después de celebrado el matrimonio.

Resumiendo, podemos afirmar que esta Ley fue derogada por el Código Civil de 1928 y al cual se incorporó, da cabida dentro de sus causales y según hemos podido darnos cuenta a varias de las señaladas por el Código de 1884, añadiendo además algunas más que resultaban novedad. En las causales I, II y III de la Ley, se encuentran incorporadas las primeras cinco señaladas por el Código de 84; en la IV causal, aun cuando con mayor claridad, se reprodujo la 9a., del Código de 84; la VIII, resulta ser la misma del Código marcada con ese número, sólo que aumentada; las señaladas en las fracciones IX y XI de esta Ley, eran nuevas; y finalmente encontramos en la causal XII, la 13a., del ordenamiento anterior.

—oOo—

CAPITULO III

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL ESPAÑOLA

1.—Concepto.

2.—Sus causas.

3.—Sus efectos jurídicos:

a).—Entre los cónyuges.

b).—En relación con los hijos.

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL ESPAÑOLA

1.—Concepto.

En esta legislación, por motivo de índole religiosa y conforme al Derecho Canónico, no se admite el divorcio vincular, sino sólo la separación de los esposos. El único medio de disolución del matrimonio es la muerte, ya que el divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados.

Según Castán Tobeñas “es tradicional la distinción de dos especies de divorcio.

A) El divorcio pleno, perfecto o vincular.

B) El menos pleno o imperfecto”.⁸⁴

El divorcio pleno o perfecto tiene como resultado no sólo la separación de los cuerpos entre los cónyuges, sino que además rompe el vínculo matrimonial, dejando a aquellos en aptitud para contraer nuevo matrimonio; en cambio, el divorcio menos pleno o imperfecto produce única y exclusivamente la separación de cuerpos entre los cónyuges, esto es, la suspensión del deber de cohabitación.

Refiriéndose el mismo Castán Tobeñas, tanto a la nulidad del matrimonio como al divorcio, dice que: “Tienen de común estas dos instituciones el producir la extinción de la vida conyugal. Pero se diferencian en que la nulidad supone un matrimonio inválido que se considera no celebrado nunca, mientras que el divorcio supone un matrimonio válido que se disuelve si el divorcio es pleno, o se suspende en cuanto alguno de sus efectos, principalmente el de la vida en común, si es menos pleno”.⁸⁵

⁸⁴ y ⁸⁵ Castán Tobeñas José. “Derecho Civil Español Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Pág. 206.

El tratadista español Valverde opina que: "Por nuestra parte no hemos de regatear aplausos al Código Civil Español en este punto; no somos partidarios del divorcio absoluto, por considerarlo perjudicial desde el punto de vista social y el legislador nuestro merece plácemes por no haber permitido la disolución del matrimonio sino por la muerte de las personas, robusteciendo de ese modo la vida familiar. Dados los precedentes legislativos de España, teniendo en cuenta la demás opinión del país, que es contraria al divorcio, y sobre todo, considerando que admite el Código la doble forma matrimonial de que tantas veces se ha hablado, el legislador no puede hacer otra cosa que la que ha hecho y no hubiera sido prudente adoptar otra solución".⁸⁶

Castán Tobeñas nos dice que la Constitución de la República Española del 9 de noviembre de 1931, estableció en su artículo 43 que "El matrimonio podrá disolverse por mutuo consentimiento o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación de causa legítima".⁸⁷

En acatamiento a lo ordenado por el precepto Constitucional citado, la Ley de Divorcio de 1932, admitió las dos formas de divorcio que ya hemos referido. Según esta Ley, las causas de divorcio eran las siguientes:

1a.—El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.

2a.—La bigamia.

3a.—La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos y la connivencia en su corrupción o prostitución.

4a.—El desamparo de la familia sin justificación.

5a.—El abandono culpable del cónyuge durante un año.

86 Valverde y Valverde Calixto. "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo V. Págs. 182 y 183.

87 Castán Tobeñas José. Ob. Cit. Pág. 206.

6a.—La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial.

7a.—El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o de los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y las injurias graves.

8a.—La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral y deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales que hagan incompatible para el otro cónyuge la continuación de la vida en común.

9a.—La enfermedad contagiosa grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera de matrimonio y después de su celebración y la contraída antes, que hubiere sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.

10a.—La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que su desarrollo produzca la incapacidad definitiva para el cumplimiento de alguno de los deberes conyugales y la contagiosa, contraída ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo.

11a.—La condena del cónyuge a pena de prisión de libertad por tiempo superior a diez años.

12a.—La separación de hecho y en distinto domicilio libremente consentida durante tres años.

13a.—La enajenación mental de uno de los cónyuges cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa si no queda asegurada la existencia del enfermo".⁸⁸

88 Castán Tobeñas José. Ob. Cit. Págs. 214 y 215.

Por decreto de 24 de diciembre de 1938 se declaró que no podía considerarse vigente en ninguno de sus preceptos la Constitución de la República Española y, por lo tanto, la Ley de Divorcios de 2 de marzo de 1932, quedó abrogada también por el decreto anteriormente mencionado, en virtud de que la citada Ley había sido reglamentaria del artículo 43 de la Constitución de la República.

Don José María Manresa y Navarro, confirmando lo anterior nos dice: "La publicación de la derogada Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931 implicaba una transformación tan radical para nuestro derecho privado, que apenas quedaba institución del Código que no resultase afectada por aquélla, especialmente en materia de derecho de familia y de propiedad. Prescindiendo de algunas leyes como las de divorcio, matrimonio civil, confesiones religiosas y otras, dictadas en desarrollo de los mandatos constitucionales y que han sido derogadas en su totalidad".⁸⁹

Debido a todo lo expuesto debe reconocerse que España es de los países que más se apega a los lineamientos del Derecho Canónico y en tal razón, no admite el divorcio absoluto o pleno, sino en aras de proteger a la familia, solamente admite el divorcio imperfecto dando con ello lugar a la separación de cuerpos ya sea temporal o perpetuamente, pero nunca rompiendo el vínculo del matrimonio que une a los cónyuges y dejando a éstos con todas las obligaciones que del mismo se derivan, sin permitir que ninguno de los dos pueda contraer nuevas nupcias.

Y así, la legislación española solo admite la separación temporal o perpetua de los cónyuges por medio del divorcio, o sea la separación de cuerpos.

2.—Sus causas.

Una vez que fue derogada la Constitución de la República Española por el decreto de 24 de diciembre de 1938 y en consecuencia también la Ley de Divorcios de 1932, que como ya se dijo era reglamentaria del artículo 43 de la mencionada Constitución, los preceptos del Código Civil Español

⁸⁹ Manresa y Navarro José María. "Código Civil Español", Tomo I. Pág 92.

de 10. de mayo de 1889 volvieron a cobrar vigencia, con ciertas modificaciones introducidas con posterioridad.

“El Código Civil Español, atento a la tradición jurídica patria, de la cual ni la Ley de Matrimonio Civil se había apartado, rechazaba el divorcio vincular, estableciendo que el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges (Art. 52), y que el divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados (Art. 104). Pero en la actualidad, este régimen jurídico está radicalmente innovado”.⁹⁰

El Código Civil Español vigente, solamente admite el divorcio menos pleno o imperfecto, por lo tanto, no permite la disolución del vínculo:

“Artículo 104.—El divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común”.⁹¹

El legislador español de 1889 al disponer lo anterior, siguió las ideas de la Iglesia Católica, que solamente admite la separación de cuerpos entre los cónyuges y no así el divorcio vincular.

Las causas de divorcio que establece el Código Civil Español vigente, en su artículo 105 son las siguientes:

1a.—El adulterio de la mujer en todo caso, del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer.

2a.—Los malos tratamientos de obra o las injurias graves.

3a.—La violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

4a.—La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

5a.—El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución.

90 Castán Tobeñas José. Ob. Cit. Pág. 208.

91 Manresa y Navarro José María. Ob. Cit. Pág. 521.

6a.—La condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua".⁹²

Como podemos apreciar, la 1a. causal de divorcio consigna, al igual que nuestro Código Civil, el adulterio, aun cuando se distingue de su correlativa de nuestro ordenamiento en la disparidad con que sanciona a cada cónyuge según su sexo. La 2a. causal es parecida a la que consigna el Código substantivo del Distrito Federal en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil, resultando éste, más completo que el Código Español. De la causal 3a., no existe ninguna correlación en nuestro Derecho. Las causales 4a. y 5a., tienen cierta similitud con las mencionadas en las fracciones III y IV del precepto correspondiente de nuestro Código.

Todas estas causas son suficientes en el orden moral para motivar el divorcio, tal cual lo admite el Código Civil Español: la mayor parte de ellas están unánimemente reconocidas por otras legislaciones, y alguna, como el adulterio, que supone una violación de los principales deberes matrimoniales, ha sido considerada siempre como causa de divorcio. La legislación española considera más grave el adulterio de la mujer que el del marido, pues al de éste le exige condiciones cualificativas para que pueda constituir causa de divorcio, cosa que nos parece totalmente injusta, ya que tanto el adulterio del esposo como el de la cónyuge, por igual suponen la violación de uno de los principales deberes del matrimonio, como lo es la fidelidad. En esta cuestión, el Código Civil Español se separa del criterio del Derecho Canónico y de algunas legislaciones inspiradas en éste, como las de Austria y Hungría, y sigue la tradición legislativa del derecho español, como confirmando aquellas palabras de las Partidas: "los daños e las deshonras a la suya, porque del adulterio que face el varón con otra mujer non nace daño nin deshonra a la mujer, porque del adulterio que face su mujer con otro finca el marido deshonra".⁹³

En la 3a. causal del Código Civil Español, se exige que exista violencia de parte del marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de reli-

92 Manresa y Navarro José María, Ob. Cit. Págs. 521 y 522.

93 Valverde y Valverde Calixto, Ob. Cit. Pág. 185.

gión, lo cual resulta muy diferente a considerar como causa de divorcio el cambio de religión voluntario por alguno de los cónyuges.

Castán Tobeñas al hacer una clasificación de las causales de divorcio nos dice: "Más corriente y de mayor importancia jurídica es la clasificación de causas culposas y causas sin culpa. Las primeras suponen la culpa o el hecho voluntario de uno de los cónyuges, contrario a los fines y normas del matrimonio, fundándose en el principio llamado de discrepancia subjetiva, o lo que es igual, en la idea del divorcio sanción. Las otras implican situaciones que hacen imposible o intolerable la vida en común, aunque no se deban a culpa o voluntad de uno de los cónyuges, y se basan en el principio de discrepancia objetiva y en la concepción del divorcio remedio. De entre estas causas admitidas por nuestra ley, pertenecen al grupo de las culposas el adulterio, la bigamia, la tentativa de corrupeión de la mujer o de los hijos, el desamparo de la familia, el abandono del cónyuge, el atentado a la vida, malos tratos e injurias graves, la violación de los deberes matrimoniales y la conducta inmoral o deshonrosa. Al mismo grupo parecen corresponder la condena penal (puesto que en todo caso, tiene su origen en un hecho voluntario, imputable a su autor, que quiso el delito y con él sus consecuencias familiares de imposibilidad del cumplimiento de la obligación de convivencia) y la enfermedad grave, venérea o no (que exige, cuando menos, la condición culposa de la ocultación al tiempo de celebrar el matrimonio). En cambio, entran en el grupo de las causas objetivas la separación de hecho durante tres años y la enfermedad mental. Hay, finalmente, alguna causa respecto de cuya clasificación puede haber más vacilaciones. Por ejemplo, la ausencia, en la que no se sabe si el hecho que la origina es voluntario o no".⁹⁴

Según el artículo 37 de la Ley de Divorcio de 1932, corresponde al cónyuge inocente optar entre la acción de divorcio o la separación de personas y bienes.⁹⁵

La separación debe ser pedida por el cónyuge inocente, basando la petición en motivos que la justifiquen y fundándose en alguna o algunas de las causas que determina el ordenamiento que examinamos.

94 y 95 Castán Tobeñas José. Ob. Cit. Págs. 214 y 208 respectivamente.

Respecto del divorcio por mutuo disenso, el Código Civil Español establece ciertos requisitos; al efecto Castán Tobeñas expresa: "Para pedir el divorcio por mutuo disenso, los cónyuges tienen que ser mayores de edad y no se puede ejercitar la acción si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio según lo prescribe el artículo 40. de la Ley de Divorcio".⁹⁶

El proyecto de Código de 1851 quiso modificar el régimen tradicional en materia de causas matrimoniales, estableciendo que las de divorcio pasaban a la jurisdicción civil, no así las de nulidad que quedaban bajo la de la Iglesia. Sin embargo, el Código de 1889, "atendiéndose a los dictados del Derecho Canónico y a los preceptos legales contenidos en las Partidas y en el Real Decreto de 9 de febrero de 1775, reconoció la jurisdicción de la Iglesia sobre la nulidad y el divorcio, aunque, claro es, limitada al matrimonio canónico".⁹⁷

Por Decreto de 3 de noviembre de 1931, se dispuso que "los tribunales ordinarios serán los únicos competentes para conocer, con efectos civiles, de las demandas sobre divorcio y nulidad del matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración".⁹⁸ Este Decreto no llegó a aplicarse, pues quedó en suspenso en virtud del de 10 de diciembre del mismo año.

La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, atribuye a los tribunales civiles la competencia para que conozcan los pleitos de divorcio y señala que las sentencias que sobre esta materia hubieren sido dictadas por los tribunales eclesiásticos con anterioridad al Decreto de 3 de noviembre de 1931, producirán los efectos de divorcio conforme a la Ley aludida, pero los dictados con posterioridad al mencionado Decreto, no surtirán ningún efecto legal, siendo necesario que aquellas sentencias pronunciadas con posterioridad al Decreto y anteriores a la vigencia de la Ley de Divorcio, fueran sometidas a revisión por el tribunal competente, a fin de producir efectos.⁹⁹

96, 97, 98 y 99 Castán Tobeñas José. Ob. Cit. Págs. 210, 208 y 209.

Posteriormente, en la Ley de Matrimonio de 28 de junio de 1932, se dispuso en su artículo 4o., "Que la jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de la misma, incluso las que se relacionan con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados con arreglo a ella, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 a 103 del Código Civil. Que las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios celebrados antes de la vigencia de esta Ley, serán resueltos por los tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a la ley que fueron contraídos".¹⁰⁰

3.—Sus Efectos Jurídicos.

La indisolubilidad que admite la legislación española se basa en principios morales, en el interés de los mismos cónyuges y como se ha afirmado en páginas anteriores, en el interés de los hijos; tienen además como base, el principio admitido por la doctrina canónica de que Jesucristo proclamó la perpetuidad del matrimonio.

Pasamos ahora, al estudio de los principales efectos jurídicos que produce la sentencia de divorcio o separación de cuerpos en la legislación española, tanto entre los propios cónyuges, como en relación con los hijos.

a).—Entre los cónyuges.

Los efectos provisionales que se dan entre los cónyuges de acuerdo a lo prescrito por el artículo 68 del Código Civil Español, son los siguientes:

"1a.—Separar a los cónyuges en todo caso.

2a.—Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquella.

100 Castán Tobeñas José. Ob. Cit. Pág. 210.

Posteriormente, en la Ley de Matrimonio de 28 de junio de 1932, se dispuso en su artículo 4o., "Que la jurisdicción civil es la única competente para resolver todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación de la misma, incluso las que se relacionan con la validez o nulidad de los matrimonios canónicos celebrados con arreglo a ella, conforme a lo dispuesto en los artículos 101 a 103 del Código Civil. Que las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de los matrimonios celebrados antes de la vigencia de esta Ley, serán resueltos por los tribunales civiles, que aplicarán las leyes canónicas con arreglo a la ley que fueron contraídos".¹⁰⁰

3.—Sus Efectos Jurídicos.

La indisolubilidad que admite la legislación española se basa en principios morales, en el interés de los mismos cónyuges y como se ha afirmado en páginas anteriores, en el interés de los hijos; tienen además como base, el principio admitido por la doctrina canónica de que Jesucristo proclamó la perpetuidad del matrimonio.

Pasamos ahora, al estudio de los principales efectos jurídicos que produce la sentencia de divorcio o separación de cuerpos en la legislación española, tanto entre los propios cónyuges, como en relación con los hijos.

a).—Entre los cónyuges.

Los efectos provisionales que se dan entre los cónyuges de acuerdo a lo prescrito por el artículo 68 del Código Civil Español, son los siguientes:

"1a.—Separar a los cónyuges en todo caso.

2a.—Determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, teniendo en cuenta, ante todo, el interés familiar más urgentemente necesitado de protección, así como las ropas, objetos y muebles que podrá llevar consigo el cónyuge que haya de salir de aquélla.

100 Castán Tobeñas José. Ob. Cit. Pág. 210.

3a.—El marido conservará la administración y disposición de sus bienes.

4a.—Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido, pero necesitará autorización judicial para actos que excedan de la administración ordinaria.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

El juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales cualquiera que sea el cónyuge que los administre.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de ganancias".¹⁰¹

Dentro de los efectos definitivos entre los cónyuges, el principal de la sentencia de divorcio es relevar a los esposos de hacer vida en común y más aún, como dice Esmein, "produce este doble efecto: 1o., relevar a los cónyuges del débito conyugal; 2o., el relevarles también de las obligaciones de cohabitar, o sea de la mutua servitus".¹⁰²

Decretado el divorcio, permanece íntegro el deber de fidelidad entre los esposos, esto en virtud de que como ya hemos dicho, el Código Civil Español llama divorcio a la simple separación de cuerpos sin admitir el divorcio absoluto, es decir, no se rompe el vínculo matrimonial y como consecuencia de esto, los esposos no pueden celebrar nuevo matrimonio.

101 Código Civil Español. Art. 68.

102 Valverde y Valverde Calixto. Ob. Cit. Pág. 188.

Sánchez Román, dice que "La mujer divorciada gozará de los honores del marido cuando el divorcio se decreta por culpa de éste, y con el divorcio, sea quien fuese la causa de él, la mujer adquiere la libertad para fijar su domicilio con independencia absoluta del marido".¹⁰³

El cónyuge culpable perderá todo lo que hubiere sido dado o prometido por el esposo inocente o bien, por alguna otra persona en consideración a este último. A su vez, el cónyuge inocente conservará todo lo que hubiese recibido de parte del culpable, pudiendo además reclamar lo que éste le hubiese prometido.

La separación de los bienes de la sociedad conyugal, si bajo este régimen están casados, es otro de los principales efectos de la sentencia de divorcio, teniendo cada uno de los cónyuges tanto el dominio como la administración de los que le correspondan.

El cónyuge inocente conservará el derecho a los alimentos y podrá pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, o la retención de sueldos y salarios, depósito de valores y todas las medidas cautelares que sean necesarias a fin de que se cumpla con tal obligación.

b).—En relación con los hijos.

Podemos señalar como efectos provisionales con relación a los hijos, los que se encuentran previstos por el mencionado artículo 68 del Código Civil Español:

"3a.—Fijar discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges han de quedar todos o alguno de los hijos, y quién de aquéllos ejercerá la patria potestad.

En casos excepcionales se podrán encomendar los hijos a otra persona o institución adecuada, que asuma las funciones tutelares correspondiendo las del tutor o Consejo de Familia a la Autoridad Judicial.

103 Valverde y Valverde Calixto. Ob. Cit. Pág. 190.

El juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá visitarlos y convivir con ellos.

5a.—Señalar alimentos a los hijos que no queden en poder del padre".¹⁰⁴

Una vez que sea decretado el divorcio, serán efectos definitivos respecto a los hijos, los siguientes:

"Artículo 73, fracción 2a.—Quedar o ser puesto los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fuesen culpables, el juez discrecionalmente, podrá proveer de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código.

A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos si la causa que dió origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto a sus hijos".¹⁰⁵

La reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior a la sentencia dictada por él, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del tribunal que entienda o haya entendido el litigio. En cuanto a los hijos, subsistirán los efectos de la separación cuando ésta se funde en el conato o la connivencia del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, en cuyos casos los tribunales adoptarán las medidas necesarias convenientes a fin de preservarlos de la corrupción o la prostitución.¹⁰⁶

Y así, debido a todo lo estudiado en este capítulo, es de notarse que la Legislación Civil Española es la que más se apega a los preceptos del Derecho Canónico, siendo por lo tanto una legislación tradicionalista en lo relativo al divorcio.

104 y 105 Código Civil Español. Arts. 68 y 73.

106 Código Civil Español. Art. 74.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

- 1.—Concepto.
- 2.—Sus causas.
- 3.—Sus Efectos Jurídicos:
 - a).—Entre los cónyuges.
 - b).—En relación con los hijos.

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA

1.—Concepto.

En ningún otro país de la América Latina, como en Colombia, ha levantado tantas discusiones, todas ellas teñidas de carácter político, la cuestión de saber si el matrimonio debe quedar disuelto o no por el divorcio absoluto.

Fue en primer término una cuestión de honor para el Partido Conservador oponerse a esa disolución, mientras que el Partido Liberal era favorable a ella. Además, esta cuestión ha sido considerada en dos direcciones diametralmente opuestas, según que fuera el elemento federalista o el centralista quien estuviera en el poder.

Es innecesario añadir que el problema como el de la secularización de los bienes de la Iglesia o el de la expulsión o vuelta al país de los jesuitas, han sido tratados al mismo tiempo que el de la adopción o rechazo del divorcio.

Ni las primeras constituciones políticas dictadas por el Estado de la Nueva Granada, de 11 de Julio de 1810, 20 de Julio y 22 de Diciembre del mismo año, ni las constituciones de Cundinamarca de 1811 y 1812, hicieron la más ligera mención de las ideas individualistas dimanadas de la revolución francesa. La adhesión al dogma católico es completa en todas ellas.

Sobrevino luego el régimen del patronato (1821-1853), durante el cual se observó que la Constitución de 1821 no hace alusión alguna al tema de la religión y que la de 1830 se limitó a declarar que la religión católica, apostólica y romana, era la religión de la República.

Posteriormente viene el régimen de separación de la Iglesia y del Estado (1853-1886) y en este momento fue cuando la ley de 20 de Junio de 1853 consideró que el matrimonio podía ser disuelto por el divorcio. Pero este punto fue radicalmente modificado por la ley de 8 de abril de 1856,

la cual trastrocó la situación al declarar expresamente que el matrimonio no podía ser disuelto por el divorcio.

Inspirada en la Constitución de 1886, la ley de 15 de Abril de 1887, aplicable a todos los territorios de la República, puso en vigor el Código Civil de 26 de Mayo de 1873.

Sigue vigente este Código en materia de divorcio y califica de tal a la simple separación de cuerpos y de bienes.

La Ley de 1887 considera que produce efectos civiles el matrimonio religioso celebrado entre católicos. Una ley de 1898 obliga a los católicos a celebrar su matrimonio conforme a las prescripciones del Concilio de Trento, de acuerdo, por lo demás, con el Concordato firmado en Roma entre Colombia y la Santa Sede el 31 de Diciembre de 1887.

El artículo 19 de dicho Concordato confiere a los tribunales eclesiásticos, competencia para conocer todas las causas matrimoniales de separación y de nulidad, mientras que los efectos civiles corresponden a la competencia de los tribunales ordinarios seculares.

Desde el 19 de Mayo de 1918 son los cánones del Código de Derecho Canónico, actualmente en vigor, los que se aplican a las causas de separación. Un certificado de la sentencia dictada por el tribunal eclesiástico debe ser exhibido al juez civil de la residencia de la mujer o del marido, a fin de que aquél tome todas las medidas que se refieren a los efectos civiles.

Conforme a la Ley No. 54 de 1924, las personas que no son católicas pueden contraer un matrimonio puramente civil y del juicio de separación de estos cónyuges conocen los tribunales civiles.

En fin los datos y conceptos transcritos anteriormente solo nos aseguran que la institución del divorcio vincular no ha sido admitida en esta legislación.¹⁰⁷

107 Larrain Ríos Hernán. Divorcio. Estudio de Derecho Civil Comparado.

En derecho colombiano el matrimonio, así el canónico como el civil, sólo tiene dos causales de disolución: la nulidad y la muerte de alguno de los cónyuges.

La nulidad se refiere a los matrimonios irregulares constituidos, que no han logrado convalidarse mediante un saneamiento. En cambio, la disolución por muerte supone un matrimonio que produjo todos sus efectos normales, pero que no puede subsistir por haber desaparecido uno de los sujetos que se requiere que existan.¹⁰⁸

Tanto la muerte real como la presunta disuelve el matrimonio, pues el art. 152 del Código Civil habla de la muerte de uno de los cónyuges, y tal muerte es la comprobada por hechos directos (muerte real), como la presumida y declarada judicialmente C.C., arts. 96 y ss.¹⁰⁹

El art. 153 del citado Código nos señala: que el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados. Por lo tanto, el divorcio que reglamenta el Código Civil Colombiano es el mismo que admite y reglamenta el derecho canónico, el cual no acepta el divorcio vincular, esto es, la disolución del matrimonio por causas diferentes de la nulidad o de la muerte de alguno de los cónyuges. Por lo tanto, el divorcio consiste únicamente en la separación de cuerpos, esto es, en la cesación de la vida común que implica el matrimonio, y de ningún modo significa la destrucción del vínculo matrimonial. De ahí que el divorcio o separación de cuerpos se puede decretar cuando se hace imposible la vida común, debido a graves hechos imputables a uno o a ambos cónyuges.

Todo divorcio o separación de cuerpos implica siempre disolución y liquidación de la sociedad conyugal que por el hecho del matrimonio se forma entre los cónyuges; pero también puede darse disolución y liquidación de la sociedad conyugal (separación de bienes), sin necesidad de que haya divorcio.

108 Valencia Zea Arturo. "Derecho Civil". Tomo V. Pág. 99.

109 Código Civil Colombiano. Colección Codex Brevis, Librería Voluntad Bogotá. 1968.

2.—Sus Causas.

Las causales del divorcio o simple separación de cuerpos se encuentran claramente enumeradas por el art. 154 del Código Civil.¹¹⁰ Dichas causales son las siguientes:

1a.—Adulterio de la mujer y, 2a.—Amancebamiento del marido. Según lo dispuesto por los ordinales 1o. y 2o. del art. 154, la violación del deber de fidelidad que mutuamente tienen los cónyuges, es causa de divorcio; la mujer infringe esta obligación con el adulterio y el marido la viola con el amancebamiento.

3a.—Embriaguez habitual. Conforme al ordinal 3o. del art. 154, la embriaguez habitual de alguno de los cónyuges destruye la tranquilidad del hogar, y por ello es causal de divorcio. La embriaguez implica el uso de licor en forma tan inmoderada, que haga imposible la paz y el sosiego domésticos. En esto la ley tiene más en cuenta las consecuencias de la embriaguez, que la embriaguez en sí misma.

4a.—Abandono de los deberes conyugales. También es causal de divorcio “el abandono absoluto en la mujer de los deberes de esposa y de madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre” (C.C., art. 154, ord. 4o.)

El cónyuge que incumple los deberes que tiene para con el otro cónyuge o los que tiene para con sus hijos, incurre en abandono de sus deberes matrimoniales, y da pie para que el otro cónyuge pueda pedir el divorcio. Pero el incumplimiento, para que sirva de causal de divorcio, debe ser absoluto, es decir, continuo, y también imputable al cónyuge. Así, el marido que por carecer momentáneamente de dinero para ayudar a su hogar, no cumple con sus deberes, no incurre en la causal que se estudia.

5a.—Ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra. Los ultrajes o trato cruel constituyen causal de divorcio “si con ellos pelagra la vida de los cónyuges o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos”. (C. C., art. 154, ord. 5o.)

110 Código Civil Colombiano. Ob. Cit.

Para que se decrete el divorcio se requiere que haya habido perturbación de la vida conyugal por hechos imputables, directa o indirectamente, a culpa de uno de los cónyuges, y hablamos de culpa, en su sentido lato, porque todas las causales señaladas por el art. 154 están inspiradas en el principio de culpabilidad. De esta suerte, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones conyugales que no se deba a culpa del cónyuge no suministra lo necesario a su mujer o a sus hijos por verdadera imposibilidad. ¹¹¹

Pero pueden existir hechos no imputables a culpa de uno de los cónyuges y que sin embargo hacen imposible la vida en común. Ante estos hechos se hace necesario suspender la vida en común, más sin llegar hasta el divorcio. Tal es el caso que reglamenta el art. 155 del Código, que dice: "La demencia, la enfermedad contagiosa y cualquiera otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges, no autoriza el divorcio, pero podrá el juez, con conocimiento de causa, y a instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones conyugales para el esposo desgraciado".

Con respecto a la acción de divorcio debe estudiarse, en primer lugar, quién la puede intentar, y en segundo lugar, quiénes son parte en el juicio de divorcio. También deben estudiarse las medidas preventivas que debe tomar el juez.

I.—Titular de la acción. El único titular de la acción de divorcio es el cónyuge que no ha dado motivo a él, según lo establece el art. 156 del Código Civil. Quiere decir con esto la ley que sólo puede pedir el divorcio el cónyuge que es inocente de los hechos que dan base para solicitarlo, y ellos porque no tendrían explicación racional tolerar, por ejemplo, que la mujer adúltera pidiera el divorcio alegando su mismo adulterio, o el marido alegando su amancebamiento. En razón del adulterio de la mujer sólo el marido puede pedir el divorcio, y en razón del amancebamiento del marido, sólo la mujer puede pedirlo. En el caso de que tanto la mujer como el marido hayan incurrido en causales de divorcio, puede pedirlo ya sea

111 Valencia Zea Arturo. Ob. Cit. Pág. 101.

la mujer adúltera alegando el amancebamiento del marido, ya sea el marido infiel alegando el adulterio de la mujer.

II.—Partes en el juicio. En el juicio de divorcio sólo son partes los cónyuges, y si alguno fuere incapaz, estará representado por su padre o su madre. C.C., art. 156, 182 y 785. ¹¹²

III.—Medidas preventivas. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente por el juez y sólo mientras dure el juicio las providencias siguientes: a) separar a los cónyuges; b) confiarles a ambos, a uno solo o a un tercero el cuidado de los hijos; c) señalar la cantidad de dinero con que debe ayudar el cónyuge demandado al demandante. C.C., art. 157. ¹¹³

3.—Sus Efectos Jurídicos.

Los efectos de la separación judicial, son de un triple orden: en relación a los cónyuges, a los hijos y a los bienes; nos interesan para los fines de este trabajo, únicamente los dos primeros.

a).—Entre los cónyuges.

El divorcio judicialmente declarado produce los siguientes efectos: 1o.) Pone término a la vida en común entre los cónyuges, esto es, pone fin a las obligaciones de convivencia y de relaciones sexuales. Es el principal efecto del divorcio y en torno a él giran los demás. Como ya se dijo, la finalidad del divorcio no es el rompimiento del vínculo matrimonial, sino la mera separación de cuerpos, es decir, la extinción de la comunidad doméstica, las consecuencias naturales de este efecto son: a) termina para la mujer la obligación de seguir en el domicilio del marido y para éste la de recibirla en su residencia; b) termina la obligación de cohabitar; c) termina la potestad marital o poder de dirección en manos del marido y la mujer puede, en consecuencia, ejercer cualquier actividad. ¹¹⁴

112 y 113 Código Civil Colombiano. Ob. Cit.

114 Valencia Zea Arturo. Ob. Cit. Pág. 103.

2o.) El cónyuge divorciado e inocente tiene derecho a exigir alimentos congruos del otro. Art. 166 y 411 del Código Civil Colombiano,¹¹⁵ regla que debe aplicarse tanto respecto del marido como de la mujer.

3o.) La sociedad conyugal queda disuelta. Es éste uno de los casos en que subsiste el vínculo matrimonial sin sociedad conyugal.

4o.) El tribunal podrá de acuerdo con las circunstancias, prohibir a la mujer el uso del apellido del marido cuando además ella hubiere dado causa a la separación.

5o.) El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable. Art. 164.¹¹⁶

6o.) El marido que ha dado causa al divorcio, conserva la obligación de contribuir a la congrua, el juez fijará la cantidad y forma de contribución. Art. 166.¹¹⁷

7o.) Si los divorciados se reconciliaren, se restituirán las cosas, por lo tocante a la sociedad conyugal y a la administración de bienes, al estado que tenían antes del divorcio, como si éste no hubiere existido. Art. 167, esta restitución se decretará por el juez, a petición de ambos cónyuges.¹¹⁸

b).—En relación con los hijos.

La ley deja un amplio margen de discreción y prudencia a los jueces, ya que serán ellos los que deban declarar cuál de los cónyuges debe tener a su cuidado la guarda de los hijos y quién deberá proveer a su manutención, educación e instrucción, o que los mismos deban quedar al cuidado de una tercera persona, salvo, desde luego, el derecho de los padres de vigilar a su educación.

115, 116, 117 y 118 Código Civil Colombiano, Bogotá, 1968. Pág. 73.

Podrá el juez en ejercicio de esta amplia facultad discrecional, juzgar la culpa de uno y otro cónyuge y la naturaleza de la infracción, pero deberá de tomar en consideración la condición social y económica de ambos padres, para poder normar su criterio y adoptar las providencias más convenientes en beneficio de los hijos.

Veamos lo que nos dicen los Arts. 160 y 161 del Código Civil Colombiano respecto a los hijos.

Artículo 160. Ejecutoriada la sentencia en que se decreta el divorcio, los hijos menores de siete años y las mujeres especialmente, quedarán en poder de la madre.¹¹⁹

Artículo 161. Si el divorcio se hubiere decretado por haberse comprobado alguna de las causas señaladas en los incisos 1o. y 4o. del Art. 154, todos los hijos mayores de tres años, sin distinción de sexo, pasarán a poder del cónyuge inocente, siendo de cargo de ambos consortes los gastos para sus alimentos y educación, que serán regulados por el juez.¹²⁰

En resumen, en el Derecho Colombiano solo se admite el divorcio relativo o separación de cuerpos pero subsistiendo las obligaciones inherentes de los hijos.

—OO—

119 y 120 Código Civil Colombiano. Ob. Cit. Pág. 72.

CAPITULO V

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL FRANCESA

1.—Concepto.

2.—Sus Causas.

3.—Sus Efectos Jurídicos:

a).—Entre los cónyuges.

b).—En relación con los hijos.

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL FRANCESA

1.—Concepto.

En el antiguo derecho francés, la mujer podía pedir la separación sin que las causas de su demanda fuesen limitativamente determinadas; eran dejadas al arbitrio y prudencia de los jueces. El motivo más corriente era el mal trato del marido para con ella. En cuanto al marido, sólo podía pedir la separación por adulterio de la mujer. El divorcio vincular no existía.

Ahora bien, respecto al conocimiento de los juicios de divorcio o separación de cuerpos de los cónyuges casados conforme el derecho canónico, en el antiguo derecho francés, eran de competencia de los tribunales eclesiásticos, y los de aquellos casados por la forma de matrimonio civil, eran de competencia de los tribunales ordinarios. No habiendo unidad de tribunales en esta época.

Por una anómala coincidencia —dice un autor— las causas que contribuyeron a restringir el divorcio en la libertina sociedad romana, aconsejaron implantarla en la decaída sociedad francesa, como la única valla que pudiera oponerse al frecuente adulterio de la mujer, que se dejaba arrastrar sin obstáculos por la licenciosa galantería de aquellos siglos.¹²¹

El matrimonio no parece un institución y mucho menos un sacramento; sino solamente un contrato para la continuación de un hombre, la conservación de una familia, un contrato que no obliga al hombre a la constancia ni a la mujer a la fidelidad, ni representa para la sociedad de su tiempo lo que significa para la sociedad contemporánea. No reconoce en el hombre ni aún en la mujer, las emociones que da la conciencia de una unión del corazón. No implica la idea del amor; apenas si se refiere a ella; he ahí su gran signo, su mal original y también su excusa. La mujer no va al adulterio, sino que el adulterio viene a buscarla.

¹²¹ Larrain Ríos Hernán. Divorcio. Estudio de Derecho Civil Comparado Editorial Jurídica de Chile. 1966.

La revolución francesa puso término al antiguo régimen matrimonial por medio de la ley de 20 de septiembre de 1792, la que suprimió la separación de cuerpos y estableció las causas para el divorcio vincular.

El Código Civil de Napoleón de 1803 reaccionó, si bien no hizo desaparecer el divorcio, por la inminente separación del Emperador y de Josefina; adoptando algunas precauciones y eliminando determinadas causales.

Restableció la separación de cuerpos por las mismas causas que las del divorcio, restringiéndolas a las siguientes: excesos; sevicias; injurias graves; adulterio de la mujer o del marido, cuando ha tenido la concubina en su casa; y condenación de algunos de los esposos a pena infamante.

También era permitido el divorcio por consentimiento mutuo si la vida común de los cónyuges se hacía insoportable.

Las disposiciones del Código de Napoleón referentes al divorcio sólo estuvieron en vigencia durante trece años. Una de las primeras medidas de la restauración de los Borbones fue su abolición en el año 1816, dejando subsistente sólo la separación de cuerpos, abolición que se mantuvo en la Constitución de 1830.¹²²

Nuevamente se restaura por ley de 27 de Julio de 1884 —llamada Ley Naquet— que lo permite por excesos, sevicias e injurias graves, condenación o pena afflictiva o infamante y separación corporal, que haya durado más de tres años. La separación de cuerpos se podía solicitar por las mismas causales del divorcio.

Por ley de 18 de Abril de 1886 se prohíbe al esposo condenado por adulterio el contraer matrimonio con su cómplice, prohibición que deroga una ley de 15 de diciembre de 1904.

Posteriormente —ley de 6 de Junio de 1908— se dispuso que la separación de cuerpos que duraba tres años o más, podía convertirse en divorcio, a pedido de cualquiera de los cónyuges.

122 Larrain Ríos Hernán. Ob. Cit. Pág. 137.

Con fecha 26 de Junio de 1919 se elimina el último rasgo de indisolubilidad, pues es derogada la prohibición que tenían los esposos divorciados de demandar un nuevo divorcio si contraían matrimonio, salvo el caso de pena aflictiva o infamante.

Por ley de 26 de Marzo de 1924 se derogan prácticamente todas las disposiciones que pudieran impedir o entorpecer el divorcio y bajo el Gobierno provisorio de De Gaulle, en 1945, se suprime la limitación de demandar el divorcio antes de los tres años de matrimonio.¹²³

En la actualidad, existe en Francia el divorcio vincular y la separación de cuerpos.

2.—Sus causas.

El divorcio puede solicitarse según los artículos 229 a 232 del Código Civil por las siguientes causales:

Artículo 229.—(Ordenanza del 12 de abril de 1945). El marido podrá pedir el divorcio a causa del adulterio de su mujer.

Artículo 230.—(Ley del 27 de julio de 1884 y Ordenanza del 12 de abril de 1945). La mujer podrá pedir el divorcio a causa del adulterio de su marido.

Antiguo Artículo 230.—La mujer podrá pedir el divorcio a causa del adulterio de su marido cuando haya tenido su concubina en la casa común.

Artículo 231.—(Ordenanza del 12 de abril de 1945). La condena de uno de los esposos a pena aflictiva e infamante será para el otro esposo causa de divorcio.

Antiguo Artículo 231.—Los esposos podrán solicitar recíprocamente el divorcio por excesos, sevicias o injurias graves del uno para con el otro.

123 Larrain Ríos Hernández. Ob. Cit. Pág. 138.

Artículo 232.—(Ordenanza del 12 de abril de 1945). Fuera de los casos previstos en los artículos 229, 230 y 231 del presente código, los jueces no pueden pronunciar el divorcio, a petición de uno de los esposos, más que por excesos, sevicias o injurias del uno respecto al otro cuando tales hechos constituyen una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones resultantes del matrimonio y que tornen intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal.

Antiguo Artículo 232.—La condena de uno de los esposos a pena infamante será para el otro esposo causa de divorcio.¹²⁴

Análisis de las causas perentorias de divorcio.

Artículos 229 y 230. Adulterio.—El adulterio de uno de los esposos es para el otro una causa perentoria de divorcio. Los artículos 229 y 230 establecen esta regla, el primero por el adulterio del marido, el segundo por el adulterio de la mujer, y los dos exactamente en los mismos términos. Este doble texto tenía su razón de ser en la redacción primitiva, que establecía una diferencia entre los dos esposos: todo adulterio cometido por la mujer, aún aisladamente, aún fuera de la casa conyugal, acarreaba contra ella la sentencia del divorcio. Por el contrario, el adulterio del marido no daba lugar al divorcio en tanto no fuese acompañado de una doble circunstancia agravante, el mantenimiento regular de una concubina y dicho mantenimiento en la casa conyugal.

Esta diferencia ha sido suprimida en 1884, y la parte final del artículo 230, "cuando él hubiera tenido su concubina en la casa común" ha sido borrada, lo que ha hecho que este artículo sea semejante al precedente. La reforma resulta del todo justificada. En vano se trata de alegar la tolerancia que logra a menudo en nuestras costumbres el adulterio del marido y se pretende que no produce en el corazón de la mujer una herida tan viva como la que experimenta el marido engañado por su mujer: desde el punto de vista moral la falta es la misma. Los dos esposos se deben mutuamente fidelidad y la fidelidad no admite dos grados diferentes. La más estricta justicia exige que la mujer ofendida obtenga el divorcio por esta

124 Mazeaud Henri y León. Lecciones de Derecho Civil. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción. Alcalá Zamora y Castillo.

causa con la misma facilidad que el marido. La igualdad de tratamiento en la cuestión del divorcio, es perfectamente compatible con el mantenimiento de la antigua diferencia en la represión penal del adulterio. Cuando se considera el adulterio como un delito, el adulterio del marido es mucho menos peligroso que el de la mujer, porque no levanta sospecha sobre la filiación de los hijos. Por ello, debe de haber desigualdad en la pena, porque la pena es la satisfacción dada a la sociedad, y para ésta el peligro es más o menos grande, según que el adulterio provenga de la mujer o del marido y debe existir igualdad en el divorcio, porque el divorcio es la satisfacción dada al cónyuge y, ya provenga del marido o de la mujer, la ofensa siempre es igual.

Concepto del adulterio.—La reforma del artículo 230 ha traído como resultado que se distinga netamente el adulterio como causa de divorcio, del adulterio como delito penal. La definición de ambos es, en efecto, igual; el adulterio supone siempre un elemento material consistente en las relaciones sexuales con una persona distinta al cónyuge, y un elemento intencional, la libre voluntad de cumplir el acto en cuestión. Cuando uno de estos elementos falta, no puede haber ni penalidad ni divorcio. Así por ejemplo una intimidad poco honesta no podría invocarse como constitutiva de adulterio que implicara el divorcio de manera perentoria; lo mismo ocurre con la simple tentativa de adulterio. Estos actos pueden en verdad, ser admitidos como injurias graves, pero ya entonces resurge el poder de apreciación del juez. Así tampoco hay adulterio cuando el acercamiento sexual ha sido consecuencia de un acto de violencia, o resultado de una sugestión hipnótica; pero, no basta para negar el adulterio el probar que el cónyuge culpable ha sido moralmente subyugado por el tercero con el cual lo ha cometido.

La prueba del adulterio puede resultar de una sentencia penal. Cuando el adulterio ha dado origen, a la vez, a un procedimiento penal y a una acción de divorcio, los jueces civiles que conocen de esta última deben suspender su resolución hasta que el proceso penal se haya resuelto por aplicación del art. 30. p. 2. C. I. Crim. Una vez que la sentencia penal definitiva condena al esposo adúltero adquiere fuerza de cosa juzgada con

respecto a la demanda civil, y el Tribunal de lo civil debe tener el hecho por probado y pronunciar el divorcio que se le requiere.¹²⁶

Artículo 231. Condena Aflictiva e Infamante.—Bajo los términos del artículo 232, la condena de uno de los esposos a una pena aflictiva e infamante es para el otro una causa de divorcio. Este texto ha sufrido un retoque en 1884. El Código de Napoleón admitía el divorcio, por toda condena a pena infamante sin exigir que fuese al mismo tiempo aflictiva. En este sentido, había entonces dos penas que eran causa de divorcio y que no lo son en la actualidad, el destierro y la degradación civil. Son penas políticas que para las costumbres modernas no implican deshonra, y que, por consiguiente, no repercuten sobre el honor del cónyuge. Los autores de la ley de 1884 han estimado que no pueden ser causas perentorias de divorcio. Lógicamente deberían haber descartado por lo mismo todas las penas políticas, hasta las aflictivas, tales como la deportación o la detención. Sea de ello lo que fuere, sólo constituyen, desde 1884, causas perentorias de divorcio, las condenas a las penas enumeradas en el artículo 6 del Código Penal; muerte, trabajos forzados a perpetuidad o a tiempo, deportación, detención y reclusión.¹²⁶

Las penas criminales simplemente infamantes, las penas correccionales no son causas perentorias del divorcio. Sin embargo una condena pronunciada por el tribunal correccional por estafa o por robo es a menudo más deshonrosa que ciertas condenas criminales.

Por lo dicho, no se debe llegar a la conclusión de que la disposición del artículo 232 ya carezca de objeto; la condena a pena aflictiva e infamante, a diferencia de la condena correccional, constituye una causa perentoria de divorcio; los jueces no tienen ninguna libertad de apreciación en cuanto al carácter deshonroso que implica, ni pueden negar el divorcio cuando se les pide por esta causa. Por el contrario, cuando se trata de condena correccional tienen amplias facultades para apreciar si tiene un carácter injurioso y si esta injuria es grave. Por lo tanto, en este último caso, es menos la condena, que constituye causa de divorcio, que el hecho

125 y 126 Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Francés. Tomo II. Pág. 394.

que la motiva. La sentencia sirve solamente de prueba para establecer el acto deshonroso reprochado al culpable, lo mismo que se admitiría el divorcio aún a falta de toda condena, o si la condena fuese borrada por una amnistía, puesto que es el hecho lo que constituye la causa.¹²⁷

Para que el tribunal que conoce de una demanda de divorcio por causa de condena a pena aflictiva e infamante esté obligado a pronunciar el divorcio sin poder apreciar su carácter injurioso ni su gravedad, es necesario que se reúnan cuatro condiciones, además de la que se refiere a la calificación misma de la condena:

1o. Es necesario que la condena sea pronunciada por un Tribunal Francés. Los fallos extranjeros pronunciados en materia penal no tienen aplicación en Francia. Una condena criminal extranjera podría sólo ser admitida como estableciendo un hecho de injuria grave.

2o. Es necesario que la sentencia sea definitiva. Esta condición se exigía expresamente por el artículo 261. La revocación, por la ley del 18 de abril de 1886, de este texto y de los artículos 253 a 274, concernientes a particularidades del procedimiento de divorcio, no ha hecho desaparecer esta condición que no toca al procedimiento del divorcio, y que se hubiera impuesto aún sin precepto que lo estableciera.

3o. Es necesario que la condena que haya quedado sin efecto. Puede quedar sin efecto ya por la rehabilitación, ya por la amnistía. El indulto no tiene por objeto sino remitir la pena; deja subsistente la condena, y también por consiguiente el derecho del cónyuge de pedir el divorcio, derecho que existe aún con más razón cuando la pena ha sido cumplida o cuando ha prescrito. El divorcio no está sujeto a los inconvenientes que presenta para el otro esposo el cumplimiento de la pena.

4o. Es necesario que la condena se haya pronunciado durante el matrimonio. El precepto supone esta condición hablando de la condena de uno de los esposos. Una condena anterior al casamiento no podría por lo tanto ser invocada por el cónyuge como causa perentoria de divorcio, aunque este punto todavía hay que hacer notar que la ley toma en consideración la condena en sí misma; el divorcio deberá ser concedido si se trata

127 Planiol y Ripert. Ob. Cit. Pág. 395.

de un hecho anterior al matrimonio, aunque sea conocido del cónyuge siempre que la condena sea posterior.

Ninguna otra condición es requerida para que se pronuncie el divorcio: por lo tanto nada importa el determinar de qué jurisdicción emana la condena: las que emanan de los Consejos de guerra o de la Alta Corte de justicia se equiparan a las sentencias de las Cortes criminales.¹²⁸

Artículo 232. Excesos, sevicias e injurias graves.

Carácter no perentorio.—Las tres causas de divorcio reunidas por el legislador en el artículo 231 se distinguen de las previstas en los artículos 229, 230 y 232 por su carácter no perentorio. Mientras que el juez, a quien se dirige una demanda de divorcio por causa de adulterio o por una condena aflictiva e infamante no puede dejar de decretar el divorcio si el hecho resulta probado, goza de una mayor libertad de apreciación en lo que se refiere a excesos, sevicias e injurias graves, para decidir si los hechos deben o no producir el divorcio.

Este carácter, que nadie pone en duda para las sevicias y las injurias es sin embargo rechazado por algunos autores con relación a los excesos. Según ellos, los excesos son causa perentoria de divorcio pues la palabra "exceso" significa por sí misma un hecho grave, para el cual no debe regir la libertad de apreciación judicial sobre la oportunidad del divorcio. Esta doctrina es rechazada con razón por la Corte de Casación. La palabra exceso no designa cosa alguna específicamente distinta de las sevicias; los dos términos se emplean para caracterizar malos tratamientos materiales: toda sevicia es un exceso, e inversamente todo exceso es una sevicia. Puede haber excesos y sevicia sin gravedad, y pueden ser también muy graves. Por otra parte parece que el epíteto "graves" del artículo 231 se aplica gramaticalmente a los tres sustantivos que le preceden; para comprobar esta gravedad, se impone el poder discrecional de los jueces.¹²⁹

128 y 129 Planiol y Ripert. Ob. Cit. Págs. 397 y 398.

La ley no podía admitir el divorcio por todo maltrato material o por toda injuria. El artículo 213 exige que los jueces comprueben la gravedad de los excesos, sevicias, injurias, invocados ante ellos como causas de divorcio. Hay que tener en cuenta el estado de las costumbres que admiten brutalidades de modales o de lenguaje en ciertos medios: la violencia material o el ultraje, considerados como graves en la mayor parte de los medios sociales, no deben de ser juzgados de la misma manera entre gente de educación basta y de costumbres rudas. Hay que tener en cuenta igualmente las circunstancias que precedieron el hecho, de donde se puede deducir, ya una atenuante del carácter de dicho hecho, y algunas veces hasta una justificación. Una palabra un poco viva puede ser provocada en un momento de exasperación; una violencia pasajera que sería grave en tiempo normal puede ser, si no legitimada, al menos excusada por las circunstancias. Es así particularmente si ha habido provocación por parte del otro esposo o bien si la violencia o el vejámen son ocasionados por el desabrimiento de su mala conducta.

Por lo mismo que el adulterio no es una causa de divorcio sino en tanto que comporta un elemento intencional, lo mismo no se puede invocar para pedir el divorcio, los excesos, sevicias o injurias del cónyuge en tanto que no sean voluntarios y conscientes. Por eso se estima de que el falso anuncio en un periódico de la muerte del otro esposo no constituye para éste una injuria grave si ha sido hecho de buena fe. Una herida involuntaria no constituye tampoco una sevicia.

Por aplicación de este principio, no se admitirá el divorcio por causa de injuria o de violencia que provenga de un loco. No solamente la locura no es por sí una causa de divorcio, sino que el cónyuge de un enajenado no puede nunca invocar las causas de divorcio establecidas en el Código Civil. Lo mismo debe decidirse en cuanto a las enfermedades mentales tales como la neurastenia y hasta la impulsividad.¹³⁰

Este carácter intencional de los excesos, sevicias e injurias que consiste en la realización consciente de un acto lesivo al cónyuge es particularmente importante cuando se trata de hechos injuriosos. Estos hechos

130 Cassiol y Ripert. Ob. Cit. Pág. 400.

no pueden ser tomados en consideración más que en tanto su autor haya querido perjudicar a su cónyuge ejecutándolos o por lo menos siempre que haya tenido intención de perjudicarlo.

Creemos que los conceptos de sevicia, excesos o injurias graves, como causales de divorcio, obedecen a un mismo criterio, esto es, comprenden todas las violencias graves de hecho o de palabra de un cónyuge en contra del otro que pongan en peligro la vida o la salud de este último. La gravedad debe depender de la educación, moralidad, medio ambiente, circunstancias ocasionales, etc., y ella debe ser apreciada en último término por el tribunal, pues constituye una cuestión de hecho sobre la cual muy difícil resulta dar normas generales.

En todo caso, no es necesario una sentencia condenatoria previa para que pueda intentarse la acción de divorcio e incluso tampoco es necesario que los hechos que constituyen la causal configuren un delito penal.

3.—Sus efectos jurídicos.

Pasamos ahora al estudio de los principales efectos jurídicos que produce la sentencia de divorcio ya sea vincular o por separación de cuerpos, tanto entre los cónyuges, como en relación con los hijos.

a).—Entre los cónyuges.

La legislación francesa al admitir el divorcio absoluto conviene en que su efecto principal es disolver el matrimonio; producir la separación de la vida de los cónyuges; la liquidación de cualquier forma de sociedad conyugal o régimen de comunidad de bienes, pasando éstos a constituir o acrecer el patrimonio de cada uno de los consortes y la facultad de éstos para contraer nuevas nupcias.

Por efecto del divorcio, cada uno de los cónyuges recupera el uso del apellido. Art. 299. Ley del 6 de febrero de 1893.¹³¹

131 Mazeaud Henri y León. Ob. Cit. Pág. 329.

La mujer divorciada podrá volverse a casar tan pronto como se haya convertido en firme el fallo de primera instancia o la sentencia de la corte que haya pronunciado el divorcio, siempre que hayan transcurrido trescientos días después de dictada. Art. 296. Ordenanza del 23 de Agosto de 1858.¹³²

El Artículo 300 de la legislación civil francesa transcribe que el esposo que haya obtenido el divorcio conservará las ventajas que le hubiera hecho el otro cónyuge.

El Artículo 301 nos dice: si los esposos no se hubieran concedido ninguna ventaja, o si las estipuladas no parecieren suficientes para asegurar la subsistencia del esposo que hubiere obtenido el divorcio, el tribunal podrá concederle, sobre los bienes del otro cónyuge, una pensión alimentaria, que no podrá exceder del tercio de los ingresos del otro cónyuge.

Respecto a la separación de cuerpos, la demanda se podrá fundar en las mismas causales que el divorcio absoluto.

De acuerdo con el artículo 310 del Código Civil Francés, cuando la separación ha durado tres años, cualquiera de los esposos puede pedir que se convierta en divorcio, siendo de derecho tal transformación, o sea, obligatoria para el juez.

b).—En relación con los hijos.

A pesar de la disolución del matrimonio que el divorcio supone, todas las legislaciones reconocen en favor de los hijos, determinados derechos como: crianza, educación, alimentos, que, por regla general, gravita sobre el culpable y goza de él el inocente.

En el Código Civil francés, se van consignando principios que significan el otorgamiento de poderes discrecionales a los jueces para alterar las medidas establecidas en la ley, cuando circunstancias especiales y por sobre todo el interés de los hijos, así lo exijan.

132 Mazeaud Henri y León. Ob. Cit. Pág. 340.

Siguiendo estas orientaciones, el mencionado Código en su Art. 302, modificado por ley de 12 de abril de 1945, ordena que los hijos menores de edad sean confiados al cónyuge que haya obtenido el divorcio, es decir, que se considere inocente, a menos que el tribunal, a petición de la familia o del Ministerio Público, resuelva por conveniencia de los hijos, que todos o alguno de ellos, sean confiados al cuidado del otro cónyuge o al de tercera persona.¹³³

Trata así este Código de tomar en cuenta los casos posibles de culpabilidad de ambos cónyuges y de preveer el también frecuente caso de que las condiciones o circunstancias personales del esposo inocente no sean las adecuadas para el cuidado de los hijos. El Art. 303 nos aclara esta concepción y al respecto nos dice lo siguiente: sea cual sea la persona a que se confíen los hijos, el padre y la madre conservarán respectivamente el derecho de vigilar el sostenimiento y la educación de sus hijos, y estarán obligados aquéllos a contribuir a esto en proporción a sus recursos.¹³⁴

La disolución del matrimonio por el divorcio admitido judicialmente no privará a los hijos nacidos de ese matrimonio de ninguna de las ventajas que les estuvieren aseguradas por las leyes o por las convenciones matrimoniales de sus padres.¹³⁵

Lo más sobresaliente de lo estudiado en esta legislación, es la inclusión dentro de sus normas de la admisión del divorcio vincular, para beneficio de los cónyuges y de la sociedad francesa.

133, 134 y 135 Mazeaud Henri y León. Ob. Cit. Págs. 342 y 343 respectivamente.

CAPITULO VI

EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

- 1.—Concepto.
- 2.—Su Naturaleza Jurídica.
- 3.—Clases de Divorcio:
 - a).—Divorcio voluntario administrativo.
 - b).—Divorcio voluntario judicial.
 - c).—Divorcio necesario.
- 4.—Sus Causas.
- 5.—Efectos de la Sentencia de Divorcio:
 - a).—En relación con los hijos.
 - b).—Entre los cónyuges.

EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1.—Concepto.

Nuestro Código Civil vigente, fue expedido el 30 de agosto de 1928 y en él, se continuó el criterio de considerar al matrimonio como un vínculo disoluble, definiendo indirectamente al divorcio en el artículo 266 en los siguientes términos:

“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.¹³⁶ Este artículo es una reproducción fiel del 75 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Esto es, la legislación civil actual sigue los mismos lineamientos trazados por la Ley Sobre Relaciones Familiares, admitiendo el divorcio vincular y concibiendo al matrimonio como un contrato civil.

2.—Su Naturaleza Jurídica.

En relación a la naturaleza jurídica del divorcio se puede afirmar que a este respecto, los tratadistas poco se han interesado en estudiar el tema a diferencia de lo que sucede con el matrimonio, tal vez debido esto a que consideran que el divorcio es una consecuencia eventual en todo caso del matrimonio, cuyas causas no se desean en el momento mismo de celebrarse éste y aún más, se ignoran. Solamente se han concretado a estudiar sus causas y a señalarlas.

Sin embargo, podemos decir con base a su naturaleza jurídica que hasta ahora solamente se puede afirmar que ésta consiste en ser un procedimiento, es decir, una secuela de actos materialmente procesales practicados ante una autoridad administrativa o judicial. Desde luego que la autoridad en uno y otro caso, no puede actuar oficiosamente, requiere para intervenir de la instancia de uno o ambos cónyuges que de común acuerdo determinen la ruptura de su unión. En el primero de los casos, esto es, cuan-

136 Código Civil de 1928. Art. 266.

do sólo uno de los cónyuges entable la acción hablamos de divorcio necesario que siempre es judicial; en el segundo, nos encontramos frente al divorcio voluntario que, según las circunstancias, puede ser deducido ante un órgano jurisdiccional (divorcio voluntario judicial), o ante el Oficial del Registro Civil (divorcio administrativo).

El divorcio necesario se tramita ante la autoridad judicial a través de un procedimiento en el que se satisfagan los requisitos legales y siempre con fundamento en alguna de las causales que la ley señala al efecto y que deberá ser probada por el cónyuge interesado en probar la culpabilidad del otro.

En cuanto al divorcio voluntario corresponderá conocer a la autoridad administrativa cuando se satisfagan los requisitos que establece el Código Civil. Esos requisitos son los siguientes:

- a) Que los cónyuges manifiesten expresamente su voluntad de dar por concluido el matrimonio.
- b) Que tengan por lo menos un año de haber celebrado el matrimonio.
- c) Que sean mayores de edad.
- d) Que no hubiesen procreado hijos durante la existencia de su matrimonio.
- e) Que no tengan bienes, o en su caso, que disuelvan la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron.

El divorcio voluntario judicial tendrá lugar, cuando los cónyuges reúnan las condiciones anteriormente señaladas, siendo mayores de edad o hubieran procreado hijos durante el matrimonio, en cuyo caso seguirán una secuela de actos frente a una autoridad judicial a fin de disolver el vínculo que los une.

3.—Clases de Divorcio.

Como ya quedó establecido en el presente trabajo, y de acuerdo con el Código Civil que nos rige en el Distrito Federal, el divorcio disuelve

el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, esto es, devuelve a los cónyuges su aptitud legal para que en un momento dado puedan volverse a casar civilmente.

El divorcio puede ser de dos clases: Voluntario y Necesario. El divorcio voluntario a su vez, puede ser administrativo o judicial, por ser distintas las circunstancias en que se encuentran los cónyuges solicitantes según los requisitos legales para divorciarse por mutuo disenso, y distintos los intereses tutelados por la ley en cada caso; por tal razón, es diferente la autoridad que interviene en estas dos formas de divorcio voluntario.

Es divorcio Voluntario Administrativo, el que se efectúa ante el Oficial del Registro Civil, y divorcio Voluntario Judicial, cuando se promueve ante un Juez de Primera Instancia.

El divorcio Necesario o contencioso, implica la demanda de un cónyuge en contra del otro, presentada también ante un Juez de Primera Instancia y fundando su solicitud en alguna de las primeras dieciséis causales que expresamente señala el Código Civil en el artículo 267.

Pasamos ahora, al estudio de cada una de estas clases de divorcio y sus distintas formas de procedimiento.

a).—Divorcio Voluntario Administrativo.

El divorcio administrativo, lo encontramos enunciado en el artículo 272 del Código Civil, y es aquel en el cual ambos consortes convienen en divorciarse voluntariamente, son mayores de edad, carecen de hijos procreados en su matrimonio, y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron.¹³⁷

El procedimiento de divorcio seguido ante autoridad administrativa, está igualmente regulado y previsto por el artículo 272 del Código Civil, bajo los siguientes términos:

Los cónyuges deben presentarse personalmente ante el Oficial del Registro Civil, siendo competente, el del lugar de su domicilio; como medio

137 Código Civil de 1928. Art. 272.

probatorio presentarán las copias certificadas del acta de matrimonio y de sus nacimientos y manifestarán en forma terminante y explícita que es su voluntad libre la de disolver el vínculo matrimonial. Previa identificación hecha de los consortes, el representante del Estado procederá a levantar un acta en que se hará constar la solicitud de divorcio presentada, fijando un plazo de quince días para que se presenten a ratificar su voluntad de divorciarse. Presentados los cónyuges a los quince días para hacer ratificación de su voluntad, el funcionario hará la declaración de divorcio, ordenando nuestra ley que se levante el acta respectiva y que se haga la anotación correspondiente en la de matrimonio.

En el supuesto caso de que los cónyuges se hayan conducido falsamente al manifestar que reúnan los requisitos de referencia, la ley dispone que el divorcio así obtenido no surtirá sus efectos legales, debiendo además sufrir aquéllos las penas que establezca el Código de la materia. El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 247, tipifica la conducta de quienes así se hayan conducido faltando a la verdad para obtener un divorcio sencillo y rápido, sancionándoles con una pena que va de 2 meses a 2 años de prisión. La fracción I del artículo mencionado, señala textualmente que comete el delito de "Falsedad en Declaraciones Judiciales: I.—Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en el ejercicio de su funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad".¹³⁸

El divorcio administrativo ha sido combatido aduciéndose la facilidad con la cual queda disuelto el vínculo matrimonial y la autoridad de bajo rango que lo concede.

Se ha criticado y con razón, a este llamado divorcio administrativo, principalmente por la facilidad que otorga para disolver el vínculo del matrimonio, sin embargo, existe una crítica de mayor peso y consecuencias jurídicas: se ha dejado asentado que es requisito indispensable para promover el divorcio administrativo el que no hayan procreado hijos los consortes, ya que de existir aquéllos, el divorcio voluntario tiene una regulación judicial. Pues bien, se puede dar el caso de que la mujer se encuentre en estado de gravidez el día en que se solicita el divorcio, bien con cono-

138 Código Penal para el Distrito Federal. Art. 274, Fracc. I.

cimiento o con desconocimiento de ese hecho por parte de los cónyuges o de alguno de ellos y que a los quince días tal y como lo prescribe el Código, se presenten a ratificar su solicitud y en tales circunstancias se declare disuelto el matrimonio y formalmente divorciados los cónyuges. Surge entonces una pregunta: ¿Es válido el acto administrativo que disolvió dicho vínculo?

Nuestro Código nada menciona a este respecto en el capítulo correspondiente, sin embargo, haciendo una interpretación del mismo, vemos que dispone en su artículo 22, que una persona se tiene por nacida para todos los efectos de dicho ordenamiento y por consiguiente queda bajo la protección de la ley, desde el momento de su concepción. Literalmente prescribe el Código: "...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".¹³⁹

En tal virtud, si se dictara sentencia por medio de la cual se declarara disuelto el matrimonio encontrándose en estado de gravidez la cónyuge, es obvio que el divorcio así decretado, no surtirá sus efectos legales y será nulo de pleno derecho.

Con relación a este mismo problema y para los efectos penales en que pudiera incurrir los cónyuges por falsedad en declaraciones judiciales, es necesario contemplar las diferentes situaciones en que puede presentarse el caso: si los cónyuges desconocían el estado de embarazo en que se encontraba la mujer, desde luego que no se harán acreedores a ninguna sanción penal; en cambio, si ambos cónyuges o uno de ellos conocía la situación de gravidez existente, serán responsables de su acción en los términos dispuestos por el artículo 247 del Código Penal ya anteriormente señalado, por encuadrar su conducta en lo tipificado por ese precepto.

Podemos concluir diciendo, que en consideración a que el divorcio administrativo se dá entre cónyuges que no han procreado hijos y en consecuencia los daños que origina a la sociedad su separación serán mínimos, debe quedar instituido en nuestra legislación este sistema, pero se hace

139 Código Civil de 1928. Art. 22.

necesario que se reglamente de una manera más amplia y se cubran las lagunas que el legislador de 1928 no previó.

b).—Divorcio Voluntario Judicial.

La fórmula más cordial que se ha dado en la época presente para disolver el matrimonio, es la que se basa en el mutuo disenso, en la decisión recíproca de los cónyuges.

En nuestro Derecho y más aún, en el Distrito Federal, surgió debidamente a partir del Código de 1870, pero tal y como fue expuesto en el capítulo correspondiente, sin romper el vínculo matrimonial, sino únicamente autorizando a los consortes la separación de cuerpos con subsistencia de lazo jurídico del matrimonio ya que como recordamos, el Código de 1870 no admitió el divorcio vincular.

El Código de 1884, lo acogió en las mismas condiciones que como lo regulaba el de 70, pues fue hasta 1917, al promulgarse la Ley Sobre Relaciones Familiares, que se optó por un cambio radical al permitirse la ruptura del vínculo y que recuperen su aptitud los consortes para contraer nuevo estado matrimonial.

El divorcio voluntario judicial, tal y como su nombre lo indica, es aquel que puede ser invocado por un acuerdo de voluntades de ambos cónyuges para disolver el vínculo matrimonial sin que medie ninguna de las causas necesarias señaladas expresamente por la ley, sino únicamente con apoyo en la facultad que les es concedida en la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil.

Puede ser tramitado por los cónyuges que se encuentren en la situación prevista por el último párrafo del artículo 272 del mencionado ordenamiento, y que no pueden seguir el ya conocido procedimiento administrativo ante el Oficial del Registro Civil, ya sea por haber procreado hijos, por ser menor uno de ellos o ambos o no haber disuelto la sociedad conyugal. El párrafo mencionado a la letra dice:

“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”.¹⁴⁰

El procedimiento de divorcio en las condiciones antes señaladas, es regulado por los artículos 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Este ordenamiento dispone que cuando los consortes convengan en divorciarse en los términos que dispone la parte final del artículo 272 del Código Civil, deberán ocurrir al tribunal competente presentando el convenio que exige el artículo 273 del mismo ordenamiento, así como también deberán acompañar a su solicitud, copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos menores.

El convenio exigido por el Código Civil, constituye en realidad un proyecto (puesto que no tiene carácter definitivo sino hasta su aprobación) que presentan los cónyuges sometiéndolo a la consideración de la autoridad judicial, y en el cual deben acordarse los siguientes puntos:

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

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

III.—La casa que servirá de habitación a la mujer durante el procedimiento.

IV.—La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo.

V.—La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto

140 Código Civil de 1928. Art. 272.

se acompañará un avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad".¹⁴¹

Ordena nuestro Código Procesal que una vez presentada la solicitud y acompañada del convenio y demás documentos, el tribunal citará a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una junta que deberá efectuarse después de los ocho y antes de los quince días siguientes, en la cual el juez exhortará a aquéllos a fin de obtener su reconciliación; si no logra avenirlos, aprobará provisionalmente los puntos del convenio, si éste satisface los requisitos señalados, dictando al mismo tiempo las medidas que estime pertinentes de aseguramiento de los alimentos de los hijos.¹⁴²

Si insisten los cónyuges en su propósito de divorciarse, el tribunal citará a una segunda junta que se efectuará después de ocho y antes de quince días de solicitada (se puede solicitar en el acto mismo de la primera junta de avenencia), y en ella, los volverá a exhortar con el mismo fin de procurar su reconciliación. Si en esta segunda junta tampoco se logra avenir a los cónyuges, y en el convenio quedaron bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal, oyendo el parecer del Ministerio Público, dictará la sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.¹⁴³

En cuanto a los términos que el Código de Procedimientos Civiles fija para que tengan lugar las dos juntas de avenencia prescritas, éstos casi nunca se llevan a efecto en la práctica pues vemos que con frecuencia transcurren incluso meses para que se cite a las partes a la primera junta e igual cosa sucede en el lapso que media entre la primera y la segunda audiencia, llegándose en muchas ocasiones a dictar sentencia varios meses después de haberse radicado en el tribunal, la solicitud de divorcio.

Llegado el caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que éste viola a los derechos de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá al tribunal las medidas que estime pertinentes, y el tribunal hará saber a los cónyuges que disponen

141 Código Civil de 1928. Art. 273.

142 y 143 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Arts. 675 y 676 respectivamente.

de un término máximo de tres días para manifestar si aceptan o no las modificaciones propuestas. En caso de no ser aceptadas la autoridad judicial resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando siempre de que en todo caso queden bien garantizados los derechos de los hijos. Si el convenio no es aprobado, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.¹⁴⁴

Cabe hacer mención, que los trámites para disolver el matrimonio por medio del divorcio voluntario, no podrán efectuarse sino después de un año de haberse celebrado aquél.¹⁴⁵

e).—Divorcio Necesario.

El divorcio necesario o contencioso, supone la demanda de un cónyuge en contra del otro, presentada ante la autoridad judicial competente, en la que se solicita la disolución del matrimonio por una causa prescrita en la ley. Como apreciamos el divorcio judicial necesario implica un juicio que se sigue según las reglas que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala al juicio ordinario civil o sea que produce un estado de contención entre ambos cónyuges quienes fungen dentro del procedimiento como actor y demandado, según sea el caso.

Para poder demandar un cónyuge al otro el divorcio necesario, es preciso que el demandante apoye su pretensión en cualquiera de las fracciones del artículo 267 del Código Civil (que enumera limitativamente las causas que dan origen a la disolución del vínculo matrimonial por este medio), con excepción de la última o sea la señalada en la fracción XVII, ya que ésta se refiere al divorcio por mutuo consentimiento o divorcio voluntario.

Dentro del sistema de divorcio necesario podemos considerar dos tipos: el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien, un acto contra la naturaleza misma del matrimonio; el divorcio remedio se instituye como

144 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Art. 680.

145 Código Civil de 1928. Art. 274.

de un término máximo de tres días para manifestar si aceptan o no las modificaciones propuestas. En caso de no ser aceptadas la autoridad judicial resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley, cuidando siempre de que en todo caso queden bien garantizados los derechos de los hijos. Si el convenio no es aprobado, no podrá decretarse la disolución del matrimonio.¹⁴⁴

Cabe hacer mención, que los trámites para disolver el matrimonio por medio del divorcio voluntario, no podrán efectuarse sino después de un año de haberse celebrado aquél.¹⁴⁵

e).—Divorcio Necesario.

El divorcio necesario o contencioso, supone la demanda de un cónyuge en contra del otro, presentada ante la autoridad judicial competente, en la que se solicita la disolución del matrimonio por una causa prescrita en la ley. Como apreciamos el divorcio judicial necesario implica un juicio que se sigue según las reglas que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala al juicio ordinario civil o sea que produce un estado de contención entre ambos cónyuges quienes fungen dentro del procedimiento como actor y demandado, según sea el caso.

Para poder demandar un cónyuge al otro el divorcio necesario, es preciso que el demandante apoye su pretención en cualquiera de las fracciones del artículo 267 del Código Civil (que enumera limitativamente las causas que dan origen a la disolución del vínculo matrimonial por este medio), con excepción de la última o sea la señalada en la fracción XVII, ya que ésta se refiere al divorcio por mutuo consentimiento o divorcio voluntario.

Dentro del sistema de divorcio necesario podemos considerar dos tipos: el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien, un acto contra la naturaleza misma del matrimonio; el divorcio remedio se instituye como

144 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Art. 680.

145 Código Civil de 1928. Art. 274.

una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias. ¹⁴⁶

4.—Sus Causas.

Puede definirse a las causas de divorcio, como aquellas circunstancias que permiten obtenerlo con fundamento en una determinada legislación y con un procedimiento previamente establecido al efecto. Dichas causas se encuentran taxativamente señaladas en los Códigos Civiles o en las leyes especiales dictadas para regular esta institución. ¹⁴⁷

Sirviéndonos de un método análogo a lseguido por diversos autores, dividiremos a las causas de divorcio en cinco grupos a saber:

- a) Causas criminológicas.
- b) Causas simplemente culposas.
- c) Causas eugenésicas.
- d) Causas objetivas.
- e) Causas indeterminadas". ¹⁴⁸

Atendiendo a la anterior clasificación, caracterizaremos en forma legal y conceptualmente, las diversas causas de divorcio que nuestro Código Civil enumera y admite en el artículo 267, exceptuando la prescrita en la fracción XVII, la cual analizamos por separado.

a) Causas criminológicas.—“Están constituidas por aquellos actos u omisiones de los cónyuges que pueden entrañar una responsabilidad de carácter penal, o que, por el grado de inmoralidad de su contenido, constituyan una amenaza a la integridad física y psíquica del hogar”. Dentro de este tipo de causas, creemos que encuadran las siguientes que prescribe el Código Civil vigente en el artículo 267:

146 Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 351.

147 De Pina Rafael. Ob. Cit. Pág. 342.

148 Fernández Clérigo Luis. “El Derecho de Familia en la Legislación Comparada”. Pág. 136.

"I.—El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges".¹⁴⁹ Se debe entender por adulterio, a la relación sexual tenida fuera de matrimonio. Tanto en los Códigos de 1870 y de 1884 como en la Ley Sobre Relaciones Familiares, se encuadró el adulterio como una causal de divorcio, pero solamente se decía: "El adulterio de uno de los cónyuges", siendo más completo el Código actual, al agregar "debidamente probado", lo cual se ha hecho seguramente, con el fin de poner un freno para no obtener el divorcio con suma facilidad. Visto así el motivo, parecería que resulta benéfica la frase que el Código agrega, sin embargo es bastante inoperante, ya que para probar el adulterio de una manera clara y fehaciente como lo ordena el Código, se necesitaría hacerlo en el momento de la consumación del mismo, cosa que es sumamente difícil por no decir que imposible, amén de que resulta inconveniente para la moral de la familia y la dignidad de la misma, de ahí que, por las razones expuestas, casi nunca se hace valer dicha causa.

El Código Civil actual por otra parte señala específicamente en su artículo 269 la posibilidad de que cualquiera de los esposos puede invocar la causal de adulterio, cosa que nos parece más justa que consagrar tal beneficio en exclusivo a favor del marido, tal y como lo establecían los anteriores Códigos en los cuales se señalaba que a la mujer siempre se le hacía responsable, en cambio al hombre solamente con la concurrencia de determinadas circunstancias. Ciertamente el adulterio cometido por la cónyuge resulta de consecuencias más deplorables que en el hombre, ya que siempre existe el peligro de que sea incorporado al seno de la familia un hijo nacido fuera de matrimonio, como producto de las relaciones ilícitas de la mujer.

Suele afirmarse que el adulterio de la esposa, considerado desde un punto de vista social, económico y jurídico, no tiene atenuantes ni disculpas y su gravedad ha sido unánimemente reconocida en todos los pueblos y en todos los tiempos.

La opinión general encuentra como fundamentación para esta severidad con la mujer, ideas luengamente aceptadas acerca de que la esposa funge

149 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. I.

como depositaria del honor familiar, lo que no acontece con el varón. Pero en derecho las razones son más profundas. Radican en el deber de fidelidad que priva entre los cónyuges y que se traduce en la exclusividad del trato social, exclusividad de la que la ley deduce importantes consecuencias.

La más grave peligrosidad del adulterio de la esposa, como ya se ha dicho, inside en el hecho de que las relaciones sexuales tenidas con un hombre que no sea su marido, pueden dar lugar al nacimiento de un hijo que no lo es del hombre a quien la ley obliga a protegerlo como si fuera suyo.

He aquí, pues, porqué la sociedad y las leyes tanto antiguas como modernas, se han opuesto siempre a significar la más mínima tolerancia a la infidelidad femenina y por qué la adúltera mereció las penas más severas.

Sin embargo, esta consecuencia grave de la traición conyugal, a la fidelidad que se deben ambos cónyuges, de parte de la esposa no es expresa o tácitamente considerada por la ley, que se reduce a exigir para la procedencia del divorcio el mero hecho objetivo del adulterio.

En fin, el adulterio en los pueblos civilizados siempre ha sido acremente reprobado y en realidad debe reprobarse, puesto que además de la inmoralidad que entraña, hiere el sentimiento del cónyuge inocente y más aún, rompe la integridad de la familia.

Por las razones expuestas y en consideración a que el adulterio repercute en todos los miembros de la familia de una manera negativa, debe educarse a la niñez y a la juventud tanto en el hogar como en la escuela, con una educación moral que produzca sólidos cimientos de respeto, de lealtad hacia el hogar bien propio, o bien extraño, así como a la dignidad igualmente propia o ajena, por medio de la cual se enseñe tanto a los hombres como a las mujeres, que el matrimonio legítimo es la mejor de las uniones, la única posible para conservar la familia como una institución básica de la sociedad. En tal virtud, y dadas las consecuencias tan trascendentales que acarrea el adulterio, éste no solamente se ha instituido como causal de divorcio, sino que además, bajo determinadas circunstancias, nuestra legislación penal, lo ha sancionado y tipificado como delito, ya que según él:

“Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo”.¹⁵⁰ Como se ve, el Código Penal para el Distrito Federal ha seguido el principio tradicional, respecto a que comete adulterio, aquél que tenga relaciones ilícitas con el cónyuge culpable.

“II.—El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo”.¹⁵¹

Esta fracción es una copia fiel y absoluta de la II del artículo 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, la cual a su vez, lo es de la fracción 2a. del artículo 277 del Código Civil de 1884.

Esta causal de divorcio, consideramos que encuadra en el grupo de las criminológicas por el alto grado inmoral de su contenido, ya que presume un engaño realizado por la mujer hacia el hombre, dentro de sus relaciones prenupciales. En resumen, tiende a garantizar al marido la honestidad de la mujer antes del matrimonio, otorgándosele a éste, la facultad de solicitar el divorcio en el caso de concurrir los extremos previstos por la ley. Igualmente, cabe hacer hincapié en que el hijo que se conciba antes de celebrarse el matrimonio, deberá ser procreado por la cónyuge y persona distinta del marido, para que pueda ser invocada esta causal.

“III.—La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo 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 carnales con su mujer”.¹⁵²

Esta fracción, tiene su antecedente en el Código Civil de 1884, que es casi igual a la enunciada en la fracción 3a., del artículo 267.

Siguiendo el criterio de Fernández Clérigo, esta causal permite que la mujer invoque la disolución del vínculo conyugal, cuando su consorte

150 Código Penal para el Distrito Federal. Art. 273.

151 y 152 Código Civil de 1928. Arts. 267, Fracc. II y 267, Fracc. III respectivamente.

ha asumido cualquier aspecto de la doble conducta inmoral prevista, debiendo justificarla por cualquiera de los medios de prueba ordinarios y permitidos por el derecho.¹⁵³

Con ella, nuestra legislación protege el honor y la dignidad de la mujer, que por una mala elección tuvo la desgracia de contraer matrimonio con una persona corrompida y sin escrúpulos morales.

Además, con respecto a esta causal podemos decir que resulta redundante nuestro Código Civil, ya que ésta causal queda debidamente comprendida en la fracción XIV del artículo que analizamos y la cual explicaremos más adelante. El Código Penal sanciona el delito de lenocinio en su artículo 206 con una pena que puede ir hasta los ocho años de prisión. El artículo 207 de este ordenamiento, nos dice:

“Comete el delito de lenocinio:

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

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

C.—Al que regente, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtengan cualquier beneficio con sus productos”.¹⁵⁴

De lo expuesto se desprende, que en caso de que el cónyuge realice una conducta similar a la prevista en la causal que nos ocupa, esa conducta encuadra plenamente en lo que tipifica el artículo 207 del Código Penal y si la sanción aplicada al agente activo del delito, puede ser de seis meses hasta ocho años, queda entonces comprendido el caso, en la mayoría de las veces, en la causal señalada en la fracción XIV del artículo 267.

153 Fernández Clérigo Luis. Ob. Cit. Pág. 136.

154 Código Penal para el Distrito Federal. Art. 207.

"IV.—La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal". ¹⁵⁵

Los antecedentes de esta causal, los encontramos en la fracción III del artículo 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, en la cual se encontraba exactamente contenida.

En algunas ocasiones un cónyuge utilizando un falso cariño como pretexto, induce a otro a efectuar algún delito con el cual, incluso, pueda obtener algún provecho bien material, o bien de carácter subjetivo. En tales condiciones, el esposo ofendido y a quien se trata de convertir en delincuente, tiene a su favor la facultad de invocar la causal de divorcio que la ley le concede, esto además, de por la gravedad de la situación que implica para el cónyuge ofendido la conducta de su consorte, como por la demostración que hace el cónyuge ofensor de una temibilidad, peligrosa en extremo para la buena marcha de las relaciones familiares en común y la tranquilidad de las mismas.

"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 la corrupción". ¹⁵⁶

Esta causal, se encontraba prevista por el Código de 1884 y por la Ley Sobre Relaciones Familiares, aun cuando expuesto su espíritu en diferente redacción. En el Código Civil de 1884 se decía: "El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos" ¹⁵⁷ agregando la ley Sobre Relaciones Familiares, "o por algún hecho tan grave como los anteriores". ¹⁵⁸

Como se puede colegir, esta fracción tiende básicamente a proteger la integridad moral del hogar por conducto del más alto y preciado don del mismo, el cual lo constituyen los hijos, ya que si un cónyuge trata de corromper a los hijos, seguramente estará cometiendo el más grave de los atentados en contra de las familia y en contra de la sociedad y en tal

155 y 156 Código Civil de 1928. Arts. 267, Fracc. IV y 268, Fracc. V respectivamente.

157 Código Civil de 1884. Art. 227.

158 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

razón, el cónyuge ofendido tiene la facultad de invocar el divorcio, siendo tan grave esta situación, que la sentencia que decreta la disolución del matrimonio, deber sancionar al cónyuge culpable con la pérdida de la patria potestad, salvaguardando así, decimos, la integridad moral de la familia.

El Código Civil vigente, ha protegido no solamente a los hijos nacidos o procreados dentro del matrimonio, sino que hace extensiva esa protección y con ello la facultad de invocar el divorcio por parte del cónyuge ofendido, hacia los hijos de dicho consorte que hubiese procreado en unión distinta. Así tenemos que el artículo 270 nos dice:

“Son causas de divorcio, los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos”.¹⁵⁹

Igualmente, hace una concepción limitativa al señalarlos en la segunda parte de este artículo que:

“La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones”.¹⁶⁰

O sea, que además la ley prevé el caso de la tolerancia, considerando el supuesto de que en ausencia de un cónyuge, el otro tolere que los hijos sean corrompidos por terceras personas.

Es tan grave la conducta del cónyuge corruptor, que además de ser causa suficiente para condenarle a la disolución del vínculo matrimonial y de decretar en su contra, la pérdida de la patria potestad de los hijos, es razón para tipificar su conducta como delictuosa, ya que encuadra plenamente en lo que dispone el Código Penal en su artículo 201 que a la letra dice:

159 y 160 Código Civil de 1928. Art. 270.

“Se aplicará prisión de seis meses a cinco años, al que facilite o procure la corrupción de un menor de dieciocho años de edad”.¹⁶¹

En resumen, creemos que esta causal tiene justificación plena de su inclusión en nuestra legislación, por los valores que protege; sin embargo, creo que el legislador no fue lo suficientemente amplio en su criterio por lo que toca a lo que dispuso en la parte segunda del artículo 270 del Código Civil y la cual ha quedado enunciada anteriormente, toda vez que cabe preguntarse: ¿Qué acaso solamente opera la tolerancia en la corrupción de los hijos actuando? ¿Qué no también y por cierto con mayor frecuencia, esa tolerancia puede consistir en un no hacer? El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la palabra tolerar de la siguiente manera:

“Soportar con indulgencia; no impedir una cosa y más concretamente la palabra tolerar significa: Indulgencia a lo que no se requiere o puede impedir”.¹⁶²

En tal razón, es obvio que no se justifica lo prescrito por el Código Civil a este respecto, ya que da margen a que con un simple no impedir, con un no hacer, se tolere y con ello se contribuya a la corrupción de los hijos, sin que el cónyuge inocente pueda invocar el divorcio.

“XI.—La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro”.¹⁶³

En el Código de 1874 se encontraba acogida ya, esta misma causa de divorcio. La Ley Sobre Relaciones Familiares, en su artículo 76 fracción VII, señalaba: “La sevicia, las amenazas o injurias graves”, agregando, “los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común”,¹⁶⁴ como causa de divorcio.

161 Código Penal para el Distrito Federal. Art. 201.

162 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Pág. 241.

163 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XI.

Se debe entender por sevicia, "todos los malos tratos materiales, desde los simples golpes o vías de hecho hasta la tentativa de homicidio, a condición de que se trate de actos voluntarios".

Debe considerarse como injuria toda ofensa o ultraje, cualquiera que sea su forma, verbal o escrita.

En México, la doctrina ha considerado que la negativa de uno de los cónyuges al débito conyugal constituye una forma de injuria, que tiene cabida en la causal contemplada en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil, que estamos analizando.¹⁶⁴

Podemos afirmar, que por sevicia, debemos entender la crueldad excesiva empleada por un cónyuge para el otro. El concepto de injuria grave no debemos entenderlo como el sólo hecho de injuriar soezmente al cónyuge por medio de las palabras emitiendo éstas de una manera altisonante o inconveniente, ya que bien pudieran escapar éstas en un momento de violencia pasajera y que pueden estar excusadas en las mismas circunstancias que las provocan o que les dieron lugar, sino también en el hecho material o acto que lleva un sentido de maldad y de meditación, estando en tal forma revestido de un dolo, que hace o tiene como consecuencia que la vida en común resulte insoportable, violando con ello los deberes que nacen del vínculo.

Además, es conveniente que para considerar injuriosa la conducta de un cónyuge para con el otro, se tomen en cuenta ciertas circunstancias, como lo es el hecho de la posición social del cónyuge ofensor, su grado de cultura y de preparación, ya que lo que en un momento dado y con una persona determinada puede resultar una expresión injuriosa y soez, que no resultaría así con otra, que por su nivel social acostumbra emplear dichos términos pero sin el ánimo expreso de ofender.

En fin, es de creer que nuestro Código no es muy claro y preciso en lo referente a la conceptualización de la sevicia, la injuria grave y las amena-

164 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

165 Flores Barroeta Benjamín. "Lecciones de Derecho Civil". Pág. 389.

zas, por lo que resulta que ha sido esta causal muy utilizada queriendo los cónyuges intercalar en cualquiera de los términos prescritos la menor ofensa, el menor dicho, para poder demandar la disolución del vínculo. Encuentro fundada esta causal, pero estimo debería ser más explícito y señalar más ampliamente nuestro Código cuáles actos darían causa al divorcio, por considerarse sevicia, injurias graves o amenazas.

“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 el caso del artículo 168”.¹⁶⁶

Esta causal, no fue prevista por el Código de 1870, sino hasta el Código de 1884. Sin embargo, fue anulada en la Ley Sobre Relaciones Familiares, siendo hasta el Código de 1928 cuando se volvió a incluir. En el Código de 1884 se previó en la fracción 9a., del artículo 227:

“La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley”.¹⁶⁷

Como vemos, ha sido más claro y preciso el Código de 1928 al referirse a esta causal.

Considerando que dadas las diferencias que por naturaleza se establecen entre el varón y la mujer, nuestra legislación dispone como principio general que sea el marido el que proporcione los alimentos a la esposa, así como que esté a su cargo la erogación de todo lo que se haga necesario para el sostenimiento del hogar. Sin embargo, atenúa tal obligación en el caso de que la mujer tenga bienes propios o de que desempeñe alguna profesión, oficio o comercio, porque entonces ella contribuirá a los gastos domésticos, siempre que la parte que le corresponda no exceda de la mitad del total de ellos, salvo el caso de que el marido se encuentre imposibilitado para trabajar y además carezca de bienes propios, ya que entonces los gastos serán por cuenta de la cónyuge y se cubrirán con bienes de ella.

166 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XII.

167 Código Civil de 1884. Art. 227.

Complementando lo anteriormente dispuesto, la ley prescribe del marido y sobre éstos, así como de los honorarios y emolumentos que perciba, para procurarse sus alimentos y los de los hijos hasta por las cantidades que correspondan, pudiendo además, pedir el aseguramiento para hacer cumplir esos derechos. El marido, tendrá iguales derechos cuando la mujer esté obligada a contribuir en los gastos, bien en todo o bien en parte.

Para que alguno de los cónyuges pueda invocar el divorcio fundado en esta causal, es necesario que el acreedor alimentista haya agotado los recursos legales para hacer efectivo el derecho a los alimentos a través de un juicio sumario de alimentos, en el cual pida el aseguramiento de bienes o el embargo de sueldos del cónyuge que ha dejado de cumplir con la obligación de ministrarlos, y solamente que éste carezca de bienes o que no percibe sueldo o salario y por tal razón quede plenamente demostrado que no pueden hacerse efectivos los derechos que concede el Código Civil, procederá la demanda de divorcio, pues no basta la simple negativa de dar alimentos si éstos pueden hacerse efectivos en la forma prescrita por la ley.

“Para que prospere la causal de divorcio a que se refiere la fracción XII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, no basta demostrar la falta de administración de los alimentos, sino que es necesario justificar que no se pudieron hacer efectivos los derechos que conceden los artículos 164 y 168 del mismo Código”.¹⁶⁸

“Para que proceda la causal de divorcio por la negativa injustificada de uno de los cónyuges a dar alimentos al otro, es indispensable que el acreedor alimentista pida el aseguramiento de bienes o el embargo de sueldos del deudor alimentista, ya que no basta la simple negativa de dar alimentos siempre que éstos puedan hacerse efectivos en la forma prescrita por la ley, a menos de que, careciendo de bienes el deudor, no perciba sueldo o salario del que pueda demostrarse la cantidad de dinero suficiente a cubrir la pensión alimenticia”.

La causal de divorcio que examinamos encuentra su justificación en el hecho de que al no cumplir con la obligación alimenticia el cónyuge que la tiene a su cargo, con ello está faltando a uno de los fines básicos de la

168 Escorcía Ortega Fernando. Ob. Cit. Pág. 169.

institución matrimonial: el socorro mutuo entre los consortes y la preservación y educación de los hijos, si los hay. Por esta razón la falta de cumplimiento a esta obligación, da lugar a la facultad de invocar el divorcio, para terminar una situación altamente injusta.

“XIII.—La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión”.¹⁶⁹

Esta causal, fue tomada de la fracción VIII del artículo 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. En el Código de 1884 también se estableció esta causal, pero sin expresión relativa al tiempo que como pena le debería corresponder al delito calumniosamente imputado, ya que solamente decía:

“La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro”.¹⁷⁰

Esta causal supone la calumnia hecha por un cónyuge en perjuicio del otro, actitud que generalmente engendra odios y rencores y que según nuestro Código es necesario que se refiera a un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, término que nos parece injustificado, ya que lo mismo se incurre en calumnia si se imputa falsamente un hecho que merezca una pena menor y el efecto principal, en todo caso, es el mismo: el engendramiento de odios y rencores entre los cónyuges, tal y como se ha dicho. De ahí, que nos parece más acertado el Código de 1884 al referirse a esta causal, aun cuando en el mismo, no se expresara si la acusación falsa que se hacía debería constituir o no un delito, cosa que desde luego sí hace el Código de 1928, mejorando con ello al ordenamiento civil anterior.

Para que proceda el divorcio invocado con base en esta causal, no es necesario que por acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro se instruya un proceso y mucho menos que necesariamente se dicte sentencia absolutoria, ya que tal acusación puede hacerse a sabiendas de que no existía el acto denunciado y únicamente con el propósito firme de dañar la reputación y el honor del cónyuge calumniado lo que podría dar

169 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XIII.

170 Código Civil de 1884. Art. 227.

lugar a auto de libertad por falta de méritos o a sobreseimiento de la causa ya instaurada. En el periodo de averiguación previa del procedimiento penal, puede suceder que el Ministerio Público no encuentre elementos suficientes para la consignación del cónyuge acusado a una autoridad judicial y, en consecuencia, éste archive la acusación, lo que de ninguna manera hace desaparecer el hecho calumnioso que da lugar a una falta de aprecio entre los cónyuges y produce un estado de vida en común insostenible. Ante tal extremo, la vida en común se hace verdaderamente imposible, por lo que el divorcio queda justificado bajo el amparo de esta causal.

“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”.¹⁷¹

Esta causal tiene su antecedente en la Ley Sobre Relaciones Familiares, sólo que ésta no hacía mención en cuanto a que se tratara de un delito infamante y no político, lo que implicaba que si una persona cometía cualquier tipo de delito cuya sanción fuera una pena de prisión mayor de dos años, su cónyuge podía invocar la disolución del vínculo matrimonial que los unía.

En los Códigos de 1870 y de 1884, no se estableció esta causal de divorcio, pues fue hasta 1917, con la aparición de la Ley Sobre Relaciones Familiares, cuando se estableció, en la fracción IX del Artículo 76, que prescribía:

“Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años”.¹⁷²

Como vemos, nuestro Código Civil modificó el criterio de la Ley Sobre Relaciones Familiares al suprimir la palabra destierro, lo cual justifica ya que si analizamos el artículo 24 del Código Penal que determina las penas y medidas de seguridad, vemos que no se incluye el destierro. Además, previene que el delito por el cual proviniera pena mayor de dos años de prisión, debía ser infamante y no político.

171 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XIV.

172 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

Procede comentar que aún cuando el Código Civil resulta parco al no precisar si se trata de la comisión de un delito por el cual haya sido juzgado y sentenciado el cónyuge culpable, debemos entender, haciendo una interpretación de esta fracción, que ése ha sido el espíritu del legislador; es decir, que se trate de un hecho de carácter infamante que nuestra legislación penal repunte como delito, y que haya recaído sentencia firme y definitiva que haya causado estado. Creemos que de no darse este sentido a lo dispuesto en esta fracción, tendríamos que considerar que resultaría injusto nuestro Código y contrario a los principios de Derecho.

Encontramos justificada la inclusión de esta causa en nuestra legislación, ya que no se puede obligar al cónyuge inocente a compartir la deshonra de su consorte a la que no dió causa.

“XVI.—Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de una persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada una pena que pase de un año de prisión”.¹⁷³

Esta causal, es insertada por primera vez en nuestra legislación en el Código Civil vigente, ya que no encontramos antecedentes de ella, ni en los Códigos de 70 y 84, ni en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. En ella, se contempla la idea de seguridad y de protección tanto en la persona como en los bienes de los cónyuges, ya que el acto o los actos que en ésta se prescriben, implican una conducta delictuosa y por ende, la comisión de un delito; lo cual, pone de manifiesto la peligrosidad de uno de los cónyuges, cosa que hace, exista una mala relación matrimonial, así como relaja los principios fundamentales de tranquilidad en el hogar.

Respecto a esta causal, Rojina Villegas opina que: “Aquí el Código Civil se refiere al caso previsto por el Código Penal de 1871, en el que no se sancionaba el delito de robo entre consortes y aun cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, si ese robo por su cuantía, tratándose de una persona extraña, fuera sancionable con más de un año de prisión, sí constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el legislador, cuando elaboró esta causal en 1928, fecha

173 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XVI.

en que se promulgó el Código Civil vigente, que el delito debía apreciarse por el juez civil para los efectos exclusivamente del divorcio, por cuanto que no había conforme al Código Penal el delito de robo entre consortes. En los demás casos, por ejemplo, lesiones entre cónyuges, sí implicaban un delito para los efectos del Código Penal, y, por consiguiente, ya no estaban regulados por esa fracción XVI sino por la XIV. En la actualidad ya el Código Penal vigente no exceptúa el caso que sí admitía el de 1871, o sea el de que no había robo entre consortes, y como conforme a este Código, sí hay delito si el ofendido se querrela, ya no es aplicable la fracción XVI, que en rigor ha perdido toda posibilidad de ser aplicada, ya que tendremos que referirnos al delito que cometiera un cónyuge contra el otro, en los términos de la fracción XIV, para el caso de que este delito tenga una pena superior a dos años de prisión".¹⁷⁴

Muy acertado, el criterio del eminente tratadista mexicano, ya que si bien se trata de proteger la seguridad tanto física como material de los cónyuges de actos realizados por uno de ellos que implican una conducta delictuosa y una gran peligrosidad, también lo es que al realizarse tal hecho se constituye un delito infamante, aún tratándose de robo entre consortes el cual tipifica nuestro Código Penal en vigor, por lo que la conducta del cónyuge que así actúe, encuadra plenamente en lo previsto por la fracción XIV del artículo analizado, atendido al requisito de que tal conducta delictuosa merezca una pena superior a dos años de prisión tal como lo prescribe, de ahí, que creemos que en realidad esta causal es inoperante en la actualidad, atendiendo a las disposiciones del Código Penal vigente y en relación con el ordenamiento civil.

b) Causas simplemente culposas.—“Consideramos como tales aquellos actos u omisiones imprudentes de los cónyuges que hacen imposible el cumplimiento de los fines naturales del matrimonio”.¹⁷⁵

Quedan incluidas en este grupo, las siguientes de las causales contenidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

174 Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 101.

175 Fernández Clérigo Luis. Ob. Cit. Pág. 136.

"VIII.—La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada".¹⁷⁶

Debe tenerse en cuenta que nuestro Código Civil ha continuado el criterio de los Códigos de 1870 y de 1884, en los cuales encontramos la misma causal, solamente que el término por el que debía prolongarse el abandono era mayor. Así, tenemos que el Código de 1870 estableció un lapso de dos años y el Código de 1884 redujo ese término a un año.

La fracción 5a., del artículo 240 del Código de 1870, establecía como causa de divorcio:

"El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años".¹⁷⁷

El Código de 1884 dió cabida a una doble hipótesis; en efecto, señalaba la fracción 6a., del artículo 227 que hacía precedente el divorcio:

"El abandono del domicilio conyugal sin justa causa, o aún cuando sea con justa causa, siendo ésta bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año el abandono, sin que el cónyuge que lo cometió intenta el divorcio".¹⁷⁸

Vemos que en este ordenamiento se amplió el criterio anterior, dando lugar a invocar el divorcio con base en el abandono del hogar, aun cuando éste hubiera tenido causa justificada si, en este caso, en el lapso de un año no interpone el cónyuge que abandonó su demanda de divorcio fundada en la causa que fue bastante para abandonar el domicilio conyugal.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, redujo el término del abandono de dos y un año señalados en los Códigos de 1870 y de 1884 respectivamente, a seis meses, texto que con ligeras variantes, adoptó nuestro Código Civil vigente. La fracción V del artículo 76 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, prescribía como causal de divorcio:

176 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. VIII.

177 Código Civil de 1870. Art. 240.

178 Código Civil de 1884. Art. 227.

“El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos”.¹⁷⁹

Salta a la vista, que el consorte que abandona el hogar conyugal sin causa justificada, incumple el deber de convivencia y de socorro que debe para el otro cónyuge y a los hijos, bien que se trate del marido, bien que se trate de la esposa.

Los cónyuges tienen la obligación de vivir unidos en el domicilio conyugal, sin embargo, quedará eximido de esta obligación alguno de ellos, cuando el otro finque su domicilio en un país insalubre o en cualquier país extranjero, a menos que lo haga en cumplimiento a un servicio de carácter público o social.

Por domicilio conyugal debemos entender, la casa donde los consortes fijen su residencia y en la cual tengan autoridad y disposición plena dentro del hogar, ya que no puede considerarse como tal, el domicilio de los padres o parientes de los cónyuges, o el de terceras personas, en donde en todo caso serían huéspedes sin tener autoridad ni disposición y en tal virtud, al no haber casa conyugal, no puede admitirse ni pensarse que el abandono de la misma dé causa al divorcio.

Desde luego tampoco habrá causa de divorcio cuando el abandono conyugal se haga por causa que esté justificada, es decir, cuando obedezca a la necesidad de salvaguardar tanto la integridad personal, como la salud, o la dignidad del cónyuge que efectúa la separación.

En realidad se trata de una causal justa, ya que quien abandona el hogar conyugal incumple el deber de convivencia; sin embargo no estamos de acuerdo con el término de seis meses exigido por la ley. En efecto, es de suponerse que el legislador estableció dicho término movido por la idea de que el abandono del hogar para que dé lugar al divorcio debe llevar implícita la finalidad de no regresar más al hogar, ya que, por ejemplo, una ligera fricción entre los cónyuges puede dar lugar a un abandono temporal del domicilio conyugal, que se extienda por espacio de unos días sin que exista la intención y la voluntad de separación definitiva.

179 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

La base racional de ley es en sí justificada, pero pensamos que quien abandona el domicilio conyugal por un lapso mayor de tres meses, indudablemente que está manifestando su intención de no regresar más al hogar y, por lo tanto creemos que ése término sería suficiente para facultar al cónyuge abandonado a pedir el divorcio. Sucede en la realidad que pasados seis meses de que alguno de los cónyuges se separó de la casa conyugal, si el consorte ofendido quiere intentar su solicitud de divorcio, es frecuente que tropiece con la dificultad de que desconoce el paradero de su consorte por haber transcurrido mucho tiempo desde que se consumó la separación y aún cuando es posible que legalmente quede divorciado satisfaciendo ciertos requisitos procesales (notificación por edictos, etc.), no lo es que queden garantizados los derechos alimentarios del cónyuge inocente y de los hijos.

“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 separó entable la demanda de divorcio”.¹⁸⁰

El origen de esta causal lo encontramos en el Código de 1884 en la fracción 5a., del artículo 227, toda vez que en este ordenamiento se disponía que el abandono por más de un año, aún con justa causa, hacía procedente la acción de divorcio.

En el Código Civil de 1928 se ha continuado íntegramente este criterio y aún cuando con determinación más precisa. En esta causal, encontramos que si quien teniendo mejor derecho para invocar el divorcio, no lo hace valer dentro del término legal se considera que ha otorgado tácitamente su perdón y, por ende, empieza a correr contra él un nuevo término ahora como abandonante. El Código Civil prescribe:

“Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito”.¹⁸¹

180 y 181 Código Civil de 1928. Arts. 267, Fracc. IX y 279 respectivamente.

Por otro lado, aparentemente existe una discrepancia con el término de caducidad establecido por el mismo Código en el artículo 278 en materia de divorcio que a la letra dice:

“El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda”.¹⁸²

De lo expuesto, parecería que el legislador ha querido establecer un término de caducidad especial para la causal que nos ocupa, sin embargo, creemos que no es así, puesto que en el presente caso el derecho para demandar el divorcio surge desde el momento en que se vence el año de que ocurrió el abandono justificado del cónyuge, dando lugar al nacimiento de una nueva causa y a su vez una nueva acción.

Igual comentario al formulado al estudiar la causal fijada en la fracción VIII de este artículo analizado, podemos hacer: quien abandona el hogar conyugal por espacio tan largo, y aún cuando tenga razón para ello, si no ejercita su razón, si no hace valer su derecho, es innegable que no tiene interés alguno en regresar a aquél, ni le importa la suerte que pueda correr su matrimonio y tácitamente está aceptando la disolución del vínculo.

En resumen, podemos afirmar que la causa en estudio tiene su justificación en la violación que se hace al deber de cohabitar que se deben los cónyuges y a la seguridad familiar.

Cabe aclarar, que estas dos causales estudiadas últimamente aun cuando las clasificamos entre las simplemente culposas pudieran en un momento dado, quedar incluídas en las criminológicas, ya que el abandono del hogar conyugal puede implicar no sólo la simple separación de la casa que sirve de habitación a los cónyuges, sino que el acto de abandono puede abarcar una responsabilidad de carácter penal, si al abandonar la casa conyugal no se cumple con la obligación que la ley prescribe de proporcionar alimentos al cónyuge y a los hijos. En este caso, el cónyuge culpable come-

182 Código Civil de 1928. Art. 278.

terá el delito de abandono de persona, el cual se encuentra tipificado en el artículo 336 del Código Penal, que señala:

“Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia”.¹⁸⁵

“El delito de abandono de hogar sólo se persigue a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores, la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el juez de la causa designe a un tutor especial para los efectos de este artículo”.¹⁸⁶

c) Causas eugenésicas.—Estas causas quedan constituidas por aquellos estados agudos de alteración física o mental que impiden una saludable comunión matrimonial y que, por contacto directo o transmisión hereditaria, pueden afectar al otro cónyuge o a la descendencia:¹⁸⁷

“VI.—Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio”.¹⁸⁸

Tiene su antecedente esta causal en el Código de 1884 y en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, solamente que en estos ordenamientos establecida en términos diferentes, pues el Código de 84 no consideró la sífilis ni la tuberculosis específicamente, sino que se refirió a todas las enfermedades contagiosas e incurables contraídas antes del matrimonio y de las cuales no hubiera tenido conocimiento el consorte. Tenemos que la fracción 11a., del artículo 227 de este ordenamiento dice:

“Una enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge”.¹⁸⁷

183 y 184 Código Penal para el Distrito Federal, Arts. 336 y 337 respectivamente.

185 Fernández Clérigo Luis. Ob. Cit. Pág. 137.

186 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. VI.

187 Código Civil de 1884. Art. 227.

En cambio, la Ley Sobre Relaciones Familiares sí consideró esas dos enfermedades, pero sin que se hiciera mención al requisito de haber sido contraídas antes de la celebración del matrimonio. La Ley citada, establecía textualmente en su fracción IV, del artículo 76, lo siguiente:

“Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis o tuberculosis, enajenación mental incurable o cualquiera otra enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria”.¹⁸⁸

El Código Civil de 1870, nada estableció al respecto por tanto el legislador de 28 se inspiró en los ordenamientos legales arriba citados, pretendiendo al establecer esta causal, proteger la salud de la familia al considerar que el cónyuge que padece cualquiera enfermedad de las características citadas, está condenado a engendrar hijos enfermos y tarados que solamente constituirán problemas sociales y que vendrán al mundo a sufrir la culpa de sus padres. En tanto, el cónyuge sano ve protegido su derecho a conservar la salud y a procrear hijos sanos, por lo que la ley y ante tales circunstancias, le otorga el medio de divorciarse si así lo desea, ya que también lo faculta para pedir solamente la separación de cuerpos sin que esto implique el rompimiento del vínculo matrimonial. En tal virtud, es una razón eugenésica la que justifica la inclusión de esta causal; sin embargo, es preciso señalar que nuestro Código resulta un tanto anacrónico pues en la época actual la sífilis, la tuberculosis y muchas otras enfermedades que eran consideradas como incurables, han dejado de serlo en virtud al avance prodigioso que ha experimentado la ciencia médica, desde 1928 en que se elaboró dicho ordenamiento, a la presente fecha.

“VII.—Padeecer enajenación mental incurable”.¹⁸⁹

Iguals razones de carácter eugenésico, pueden esgrimirse en pro de justificar la existencia de esta causal en nuestro Código Civil, pero creemos que la principal razón estriba en la imposibilidad y el inminente peligro que implica continuar la vida en común, objeto principal y básico del matrimonio.

188 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

189 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. VII.

Sin embargo, resulta altamente injusto que en un caso como el que analizamos en el cual el paciente está exento de culpa por regla general y que después de haber existido el matrimonio en toda su plenitud durante los mejores años de la vida del cónyuge, al caer éste enfermo de locura incurable, se agregue a su ya gran desgracia, una más: la destrucción de su hogar, el abandono de sus seres queridos, lo que producirá un estado de mayor angustia en sus periodos de lucidez, si los tiene. En tal virtud, la ley lo protege de tal injusticia no concediendo la facultad de invocar el divorcio por el cónyuge sano, sino después de que hayan transcurrido dos años a partir del momento en que comenzó a padecerse la enfermedad. El Código Civil prescribe:

“Para que pueda pedirse el divorcio por causa de enajenación mental que se considere incurable, es necesario que hayan transcurrido dos años desde que comenzó a padecerse la enfermedad”.¹⁹⁰

Quizá, aún así siga pareciendo injusto el criterio de la ley, pero creemos que más injusto sería obligar al cónyuge sano a quedar unido por tiempo indefinido a un demente.

Para los efectos de estas dos causales de carácter eugenésico que acabamos de analizar, previendo la injusticia que pudiera cometerse en detrimento del cónyuge enfermo por la aplicación estricta del precepto a favor del consorte sano, se ha establecido la posibilidad de que sin destruir el vínculo matrimonial, cese para el cónyuge sano la obligación de cohabitar con el enfermo. Tal disposición la encontramos en el artículo 277 que prescribe:

“El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá, sin embargo solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio”.¹⁹¹

190 y 191 Código Civil de 1928. Arts. 271 y 277 respectivamente.

“XV.—Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal”.¹⁹²

Esta causal, fue incorporada en el Código de 1884, refiriéndose a los vicios incorregibles del juego y de la embriaguez, sin embargo, en la Ley sobre Relaciones Familiares aún cuando también se prescribió una causa, fue limitada a la embriaguez e inexplicablemente se suprimió el juego.

Recordando el contenido de esta causal en los ordenamientos legales mencionados, encontramos que el Código de 1884 en la fracción 10a., del artículo 227, decía:

“Los vicios incorregibles de juego o embriaguez”.¹⁹³

La Ley Sobre Relaciones Familiares señalaba en la fracción X de su artículo 76, lo siguiente:

“El vicio incorregible de la embriaguez”.¹⁹⁴

El Código de 1870, nada reglamentó respecto a esta causal, dentro de los hechos que señalaba como suficientes para invocar el divorcio de separación de cuerpos que admitía.

En nuestro Código de 1928, se volvió a considerar el hábito de juego y se adicionó el uso de drogas enervantes. Señala dicho ordenamiento, que esos hábitos serán causa suficiente para que el cónyuge inocente pueda solicitar la disolución del matrimonio, cuando el ejercicio de los mismos amenace con arruinar el hogar o sea causa y motivo de serias desavenencias conyugales. Nos parece que el legislador ha sido demasiado limitativo al expresarlo así, ya que es indudable que quien contrae los vicios de juego, de embriaguez, o se convierte en adicto al uso de drogas enervantes, supone siempre un grave peligro para la estabilidad del hogar y del ma-

192 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. XV.

193 Código Civil de 1884. Art. 227.

194 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Art. 76.

rimonio, provocando desde luego, serias desavenencias entre los cónyuges. No cabe duda que queda plenamente justificada esta causal de divorcio, al grado que nuestra legislación en materia penal sanciona fuertemente a quien hace uso de drogas o trafica con ellas: así, encontramos que el artículo 195 del Código Penal para el Distrito Federal sanciona:

“Fuera de los actos previstos en el artículo anterior, se impondrán prisión de tres a doce años y multa de dos mil a veinte mil pesos;

I.—Al que elabore, comercie, transporte, posea, compre, enajene, suministre aun gratuitamente o, en general efectúe cualquier acto de adquisición, suministro, transportación o tráfico de estupefacientes, sin llenar los requisitos que para el caso fijan las leyes, los convenios o tratados internacionales y demás disposiciones sanitarias a que se refiere el artículo 193.

II.—Al que, infringiendo las leyes, los convenios o tratados internacionales y las disposiciones sanitarias que enumera el artículo 193, siembre, venda, enajene, suministre aún gratuitamente, transportación o tráfico de semillas o plantas que tengan carácter de estupefacientes.

III.—Al que lleve a cabo cualquiera de los actos enumerados en las fracciones anteriores, con opio crudo, “cocinado” o preparado para fumar o con sustancias preparadas para un vicio de los que envenenan al individuo y degeneran la raza, actos que hayan sido motivo de declaración expresa por convenios o tratados internacionales, leyes o disposiciones sanitarias a que se contrae el artículo 193.

IV.—Al que realice actos de provocación general, o que instigue, induzca o auxilie a otra persona para que use de estupefacientes, o a que ejecute con ellos, cualesquiera de los actos delictuosos señalados en este Capítulo.

Si la persona inducida o auxiliada fuera menor de 18 años o incapacitada o si el agente aprovecha su ascendiente o autoridad para ello, la pena será además de la multa, la de cuatro a doce años de prisión.

No es delito la posesión por parte de un toxicómano, de estupefacientes en cantidad tal que, sea necesaria para su propio consumo. En este caso quedará sujeto a las medidas de seguridad que señala el artículo 24, inciso 3o., de este Código".¹⁹⁶

d) Causas objetivas.—Dentro de este grupo, quedan situados aquellos estados de los cónyuges que aún siendo independientes de su voluntad, son causas de incumplimiento de la vida común impuesta por el matrimonio.¹⁹⁶

Señalamos como causa objetiva la siguiente:

"X.—La declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia".¹⁹⁷

Esta causal de divorcio constituye una innovación en nuestra legislación civil, pues no existió en los Códigos anteriores y tiene su origen en la Ley Sobre Relaciones Familiares que consideró como causa de divorcio la ausencia, pero concretando esta al marido y cuando fuera por más de un año, con el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio. Aún cuando el Código Civil vigente no hace alusión a cual de los cónyuges sanciona, se desprende que es a cualquiera de ambos que sea declarado legalmente ausente, adicionando la presunción de muerte en aquéllos casos en que no se requiere para que ésta se haga, que sea declarada previamente la ausencia legal.

Esta causal y su vigencia, obedece a la necesidad jurídica de la certidumbre en las relaciones de la conducta humana.

Cabe comentar, que en las legislaciones de varios países la ausencia o la presunción de muerte, son causas de disolución del matrimonio, en tanto que, como ya hemos dicho, en nuestra legislación es sólo la causa de divorcio.

195 Código Penal para el Distrito Federal. Art. 195.

196 Fernández Clérigo Luis. Ob. Cit. Pág. 137.

197 Código Civil de 1928. Art. 267, Fracc. X.

e) Causas indeterminadas.—Siguiendo a Luis Fernández Clérigo en su clasificación, quedan colocadas dentro de este grupo la incompatibilidad de caracteres, las diferencias religiosas y en general, la relajación del vínculo conyugal originada por múltiples motivos que llegan a hacer difícil la vida común. Según esta autor, esas causas pueden ser discrecionalmente admitidas por el juez.¹⁹⁸

Dentro de este grupo podemos situar, el mutuo consentimiento el cual ya analizamos anteriormente y como hemos dicho, es generalmente síntoma de la existencia de diversos motivos reales que los cónyuges prefieren ocultar, invocando el divorcio voluntario como un medio para lograr ese ocultamiento. La incompatibilidad de caracteres y las diferencias religiosas, no son admitidas en nuestro Derecho Civil expresamente como causales de divorcio.

5.—Efectos de la Sentencia de Divorcio

a).—En relación con los hijos.

Es importante analizar aunque sea escuetamente, cuáles son los efectos que produce la sentencia de divorcio para con los hijos procreados dentro de ese matrimonio que ha quedado disuelto. Así tenemos, que nuestro Código Civil vigente, ha establecido tres reglas que determinan la situación jurídica que guardarán los hijos con relación a sus padres, una vez que ha sido dictada sentencia de divorcio y que ésta ha sido declarada ejecutoriada:

Primera.—Cuando el divorcio tramitado se ha fincado por causas comprendidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267 del Código Civil, el cónyuge que haya sido declarado culpable, perderá la patria potestad de los hijos en forma definitiva, ya que el legislador ha considerado que por tratarse de causas tan graves, el cónyuge culpable, no podrá recuperar la patria potestad de sus hijos ni siquiera aún después de la muerte del cónyuge inocente, quien es el que queda única y exclusivamente con la patria potestad sobre ellos. Para el caso de que ambos

198 Fernández Clérigo Luis. Ob. Cit. Pág. 137.

cónyuges fueran declarados culpables, dice la ley que se ejercerá la patria potestad por conducto del ascendiente que tenga mayor y mejor derecho para ello y a falta de éste, será nombrado un tutor. Esta situación (la de que ambos cónyuges resultaran culpables) resulta de muy remotas posibilidades, sin embargo, no ha querido el legislador descuidar cuál sería la situación de los hijos en el caso, aunque remoto, de que ambos cónyuges incurrieran en las faltas graves que dan lugar a la pérdida de la patria potestad.

Segunda.—Con relación a la segunda regla encontramos que la ley igualmente sanciona al cónyuge culpable, cuando la demanda de divorcio se ha instaurado con base en las causales comprendidas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, y del artículo 267, con la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, pero esta pérdida es temporal y no definitiva como sucede en los casos que sanciona la regla anterior, por lo que resulta más que una pérdida, una suspensión, ya que el cónyuge declarado culpable **recuperará** la patria potestad sobre los hijos al ocurrir la muerte del cónyuge inocente, que la ejercía en vida. Encontramos también la previsión del legislador para el caso de que ambos cónyuges sean declarados culpables, en cuyo caso la patria potestad se delega en el ascendiente que corresponda o se designa un tutor en su caso, recuperando aquélla el cónyuge supérstite, al fallecer alguno de ambos.

Tercera.—Por lo que respecta a la tercera regla del Código ya citado, el cónyuge declarado culpable, por sentencia fundada en las causales enunciadas en las fracciones VI y VII, no pierde la patria potestad sobre los hijos sino el derecho a la custodia, quedando así íntegros y subsistentes todos los demás derechos que tiene sobre la persona y sobre los **bienes de sus hijos.**¹⁹⁹

En lo que a pensión alimenticia se refiere, el Código señala que la **mujer inocente tendrá derecho a los alimentos en tanto no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente y el marido también inocente, sólo tendrá derecho a ellos cuando esté imposibilitado para trabajar y además carezca de bienes propios para subsistir. Los hijos tendrán derecho a los alimentos**

199 Código Civil de 1928. Art. 283.

que ministrarán los padres en proporción a sus bienes, durante la minoría de edad. Nuestro Código Civil dispone:

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

Vistos los principales efectos que produce la sentencia de divorcio, con respecto a los hijos resta recordar únicamente que el cónyuge condenado a la pérdida de la patria potestad de los hijos, ya sea definitiva o temporalmente, queda de cualquier manera sujeto a todas las obligaciones que tiene un padre para con sus hijos, según lo dispone el artículo 285 del Código Civil.

b).—Entre los cónyuges.

Todas las legislaciones que admiten el divorcio absoluto convienen en que su efecto principal es disolver el matrimonio; producir la separación de la vida común de los cónyuges; la liquidación de cualquier forma de sociedad conyugal o régimen de comunidad de bienes, pasando éstos a constituir o acrecer el patrimonio privativo de cada uno de los consortes y la facultad de éstos para contraer nuevas nupcias.

Los divorciados no pueden ya cometer el delito de adulterio por razón del matrimonio disuelto; ni la mujer necesita autorización del marido para ningún acto de su vida civil, en los regímenes que la exigen; ni el marido tiene facultad de gerencia familiar; ni existen entre los que fueron esposos derechos sucesorios, fuera de los llamamientos testamentarios.

Las consecuencias del divorcio se producen para el futuro, o sea, no tiene efecto retroactivo.

Se termina una serie de obligaciones nacidas con ocasión del matrimonio.

No continúa el deber de fidelidad; como tampoco la mujer sigue el domicilio de su marido; ni éste está obligado a recibirla en su casa.

Tampoco se conservan ciertos deberes más morales que jurídicos, que consisten en el auxilio mutuo, en la protección, en el socorro que no tenga carácter alimenticio, en la ayuda recíproca que dice relación con el cuidado y la atención personal de los cónyuges en todas las circunstancias de la vida, en el deber de obediencia que en muchas legislaciones pesa sobre la mujer y el derecho del marido para imponerse de la correspondencia dirigida a su cónyuge.

En síntesis: terminan la autoridad o potestad marital, no sólo respecto de la persona, sino también respecto de los bienes del otro cónyuge.

Además produce importantes efectos con relación a los hijos, advirtiendo desde luego que éstos nada pierden en sus derechos patrimoniales como consecuencia del divorcio de sus padres.

—oOo—

CAPITULO VII

ESTUDIO SOBRE LOS SISTEMAS DE DIVORCIO

(El más conveniente conforme al método comparativo expuesto)

CAPITULO VII

ESTUDIO SOBRE LOS SISTEMAS DE DIVORCIO

(El más conveniente conforme al método comparativo expuesto)

El divorcio, entendido en el significado que le da la gran mayoría de las legislaciones y de los autores, produce la disolución del matrimonio, el rompimiento del vínculo conyugal y habilita a los esposos para contraer válidamente otras nupcias. Es el denominado divorcio absoluto o vincular.

La separación de cuerpos no tiene los mismos efectos, sólo se traduce en el derecho legal de vida separada de los cónyuges sin que se termine el matrimonio y, por lo tanto, sin que cesen otros deberes derivados del mismo, como la fidelidad.

Fuera de todo lo que hemos expuesto en las diversas legislaciones, podemos anotar las siguientes diferencias entre divorcio absoluto o vincular (Divorcio Contencioso o Necesario y Divorcio Voluntario Judicial) y separación de cuerpos o amigable (Divorcio Voluntario Administrativo):

1) El divorcio requiere de un juicio, la separación, un convenio: ambas partes reconocen libre y voluntariamente que la vida en común es imposible y se separan.

2) La acción de divorcio es un derecho que la ley franquea a los cónyuges cuando, viviendo desavenidos, no hay acuerdo entre ellos para vivir separados. Es también el remedio legal que tienen para obtener la suspensión de la cohabitación cuando uno de los cónyuges no se aviene a vivir aparte. Entonces, el que desea oponerse a la demanda de restablecimiento de la vida común del otro cónyuge, acude ante los estrados y obtiene una excepción. En cambio la separación amigable nace precisamente del mutuo acuerdo de vivir separados y no confiere excepción a los cónyuges para oponerse a la acción de restablecimiento porque precisamente, como están de acuerdo en vivir separados, es problemática la posibilidad que ocurra este evento.

3) El divorcio involucra la idea de pena, de sanción, de castigo del cónyuge culpable que ha faltado gravemente a sus obligaciones conyugales. La separación no es una pena, sino un modo consensual de terminar las desavenencias conyugales. Los esposos no se castigan, sino que reconocen que la vida común es imposible.

4) Al divorciarse, los cónyuges ejercitan una acción civil, cuando se separan amigablemente ejercen un derecho natural, personalísimo, inviolable, que tiene mucho de la libertad personal.

5) El divorcio, produce la suspensión de la unión conyugal por toda la vida o por cierto número de años. En la separación no hay plazo determinado, sino indeterminado, opera mientras subsisten las condiciones que hacen imposible la cohabitación.

6) En el divorcio se establecen derechos irrevocables para los cónyuges, mientras que los efectos de la separación dejan de existir cuando consienten los esposos en juntarse, es eminentemente provisoria y no produce ningún efecto irrevocable.

7) Los efectos del divorcio están determinados por la ley, mientras que son los cónyuges los que determinan los efectos de la separación.

8) El divorcio puede terminar con la reconciliación. La separación no sólo puede terminar por ese medio, sino cuando cualquiera de los cónyuges manifiesta voluntad contraria, porque entonces deja de ser amigable y puede dar lugar a un divorcio o separación judicial y aún a una simple separación de hecho por la voluntad de uno de los cónyuges.

El divorcio no es consecuencia sino de la falta de compenetración y confianza recíprocas que deben prescindir todas las uniones; por tal razón, creemos que más graves consecuencias se ocasionarían si las leyes no permitieran la separación de los cónyuges entre quienes no existen aquéllas, y en consecuencia, las desavenencias entre ellos se hacen frecuentes y van acrecentándose a medida que pasa el tiempo incluso con peligro de su integridad física y de la moral, educación y estabilidad psíquica de los hijos que han procreado.

Para los hijos, el estar en calidad de espectadores y muchas veces de participantes en constantes escenas que ponen de manifiesto el poco sentido de responsabilidad, la ignorancia y la escasa preparación moral de sus padres, es, a nuestro juicio, causas de huellas hondas y serán más, infinitamente más, los perjuicios que les va a producir que los que les acarrearía, en un momento dado, el divorcio de sus padres.

Por otro lado, resultaría impropio y contrario a la lógica, tratar de mantener unidas a dos personas que contrajeron matrimonio creyendo comprenderse, amarse y entenderse en una unión que resulta ya infernal y gravemente perjudicial para ellos y para la sociedad misma. En tales casos, lo mejor es permitir la separación, por graves que sean las consecuencias que acarree, antes que llegar a los actos, espectáculos y peligros ya mencionados y de los cuales serán los hijos los principales afectados.

Ahora bien, hemos podido apreciar por lo descrito en este trabajo, que existen dos clases de divorcio: el de separación de cuerpos y el vincular. Respecto al primero, no estamos convencidos que sea la mejor fórmula jurídica para solucionar las desavenencias presentadas dentro del matrimonio y los daños y peligros que éstas entrañan. Creemos que la separación de cuerpos no constituye un real divorcio, por no romper definitivamente el vínculo del matrimonio y no dejar a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, ya que éstos son los principales fines y efectos del verdadero divorcio. Es más, pensamos que este sistema va en contra de algunos de los principales fines del matrimonio pues a través del divorcio separación de cuerpos, por medio de sentencia judicial solamente se autoriza a uno o a ambos cónyuges (lo que hace imposible la finalidad de la procreación y en cierta medida, la de la ayuda mutua) a no convivir, sin romperse el vínculo matrimonial existente y sin que se modifiquen las obligaciones y derechos que ambos cónyuges se deben.

Por otro lado, la separación de cuerpos fomenta el adulterio a través de la posible relación sexual de los cónyuges así divorciados con terceros, ya que si bien los cónyuges autorizados por sentencia judicial no viven unidos, también lo es que siguen ligados jurídicamente.

Este sistema es considerado en ciertos países, como algunos de los que hemos mencionado ya en este trabajo, como la única forma de divorcio permitida. En nuestra legislación, también es aceptado por el artículo 277 del Código Civil, cuando concurren las causales contenidas en las fracciones VI y VII del artículo 267, facultándose al cónyuge sano para que sea quien decida si invoca el divorcio vincular, o si únicamente desea que se suspenda la obligación de cohabitación, en cuyo caso el juez decretará la suspensión de la vida matrimonial, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio el cual no se disuelve, lo que en estos únicos casos nos parece justo y justificado, por ende, el divorcio separación de cuerpos.

El divorcio vincular podemos decir que es el que constituye el verdadero divorcio desde el punto de vista jurídico, ya que como hemos mencionado con anterioridad, deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo vínculo matrimonial; es decir a través de este sistema se disuelve por completo el matrimonio.

Consideramos un acierto de nuestra legislación civil, el hecho de acoger dentro de sus normas el sistema de divorcio vincular por ser éste, como ya dijimos, el único medio como verdaderamente se logra romper el vínculo marital entre dos cónyuges, que por la situación que prevalece entre ellos ya no pueden seguir siendo como tales.

En lo que no estamos de acuerdo, es en las excesivas facilidades dadas para la ruptura del vínculo, tanto por nuestra ley como por las autoridades encargadas de aplicarla. Las disoluciones matrimoniales deben ser aprobadas sólo en determinados casos de gravedad patente, pero nunca como sistema general, sobre todo cuando las razones aducidas por los cónyuges no se apoyen en actos o circunstancias de verdadera trascendencia. Por este motivo, no estamos plenamente seguros de que el divorcio voluntario deba ser incluido en nuestro régimen de derecho, puesto que es de estimarse que resulta altamente pernicioso para la estabilidad de la familia dejar al arbitrio de los cónyuges el disolver el matrimonio cuando así lo consideren conveniente, sin que medie quizá una razón o causa suficiente para ello. El divorcio voluntario es la fórmula más cordial que se ha dado en la época presente para obtener la disolución del matrimonio y es innegable que una

gran proporción de matrimonios que llegan a intentar el divorcio por mutuo disenso, lo hacen fundados en móviles faltos de bases serias que no pasan de ser simples desavenencias o diferencias de carácter fácilmente corregibles cuando se impone la razón y la sensatez.

Por tales motivos, muchos cónyuges divorciados en dichas circunstancias, no tardan en darse cuenta de la gravedad de su decisión erróneamente tomada, y seguramente cuando ya no hay remedio y las consecuencias que se presentan en virtud de la separación, adquieren mucha mayor importancia que aquéllas que predisposieron un paso poco premeditado.

Sin embargo, creemos que de no ser posible la supresión de este sistema en nuestras leyes, sí sería conveniente modificarlo, al menos en una forma tal, que se hiciera más difícil la obtención del divorcio, estableciendo la fijación de un plazo suficiente para dar tiempo, antes de que se pronuncie la sentencia, de que los divorciantes capten los alcances de su decisión.

Este sistema —es decir, el de un trámite prolongado— ha producido en Francia, Inglaterra y España, entre otros países, resultados positivos, y consideramos que mediante él sería posible la reconstrucción de muchos hogares que se encontraron en peligro de ser deshechos para siempre, quizá sin mediar causas o razones de verdadero peso.

Los códigos contienen disposiciones minuciosas garantizando la situación de los hijos en el caso de divorcio de los padres, declarando que éste no altera los deberes de amor, asistencia y protección respecto de aquéllos y señalando cuál de los progenitores ha de quedar encargado de la guarda de los que sean menores y del ejercicio de la patria potestad, tomando principalmente por base la edad y el sexo de los hijos y la culpabilidad o inculpabilidad de los padres en el divorcio.

Es necesario señalar que una nueva tendencia va abriéndose campo en el derecho.

Hoy, los códigos modernos van consignando principios que significan el otorgamiento de poderes discrecionales a los jueces para alterar las medidas establecidas en la ley, cuando circunstancias especiales y por sobre todo el interés de los hijos, así lo exijan.

CONCLUSIONES

1.—Desde el hombre primitivo hasta la actualidad, la familia es la base fundamental de la organización social y jurídica de todos los países.

2.—El matrimonio es la unión legal del hombre y la mujer con la intención primordial de perpetuar la especie y compartir las alegrías y las cargas de la vida.

3.—El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve, en vida de los cónyuges, el vínculo matrimonial.

4.—En las diversas legislaciones el divorcio puede ser absoluto o vincular y relativo o de separación de cuerpos. La primera de estas formas entraña la ruptura definitiva del vínculo y deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias. La segunda forma no es, sino, como su nombre lo indica, la simple separación de los cónyuges pero sin romper el vínculo matrimonial que los une y, por tanto, sin dejarlos en libertad de contraer nuevo matrimonio mientras viva uno de ellos.

5.—La mayoría de las legislaciones admiten el divorcio absoluto o vincular y entre ellas aparecen diferencias: hay unas legislaciones que sólo consienten el divorcio mediante justa causa, previamente establecida por la ley; otras legislaciones permiten el divorcio por la sola voluntad coincidente de los cónyuges, incluso alguna por la sola voluntad de uno de ellos.

6.—La diferencia fundamental entre las legislaciones de Colombia y España con la de Francia y México, consiste en que contrariamente a las segundas, las primeras no admiten el divorcio vincular sino únicamente la separación de cuerpos.

7.—El estudio jurídico-comparativo entre las legislaciones extranjeras acabadas de mencionar y la nuestra, nos lleva a la conclusión de que el sistema mexicano es más amplio y en nuestra opinión estructurado en forma más completa que aquéllas, pues establece tres clases de divorcio en cuanto a la ruptura del vínculo:

a) El divorcio voluntario administrativo ante el oficial del Registro Civil, que sólo puede llevarse a cabo cuando los esposos son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron. (Art. 272 del Código Civil para el D.F.).

b) El divorcio voluntario judicial, que es procedente cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges y teniendo hijos están de acuerdo en disolver su vínculo matrimonial. (Arts. 674 al 682 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. y 272 último párrafo, 273 al 276 del Código Civil para el D.F.)

c) El divorcio contencioso o necesario, que puede demandarse por el cónyuge inocente (o sano en su caso: fracs. VI y VII del Art. 267 del Código Civil para el D.F.) en los casos enumerados por dicho Art. 267 y por el señalado en el 268 del mismo ordenamiento.

8.—Además del divorcio propiamente dicho, el Código Civil para el D. F., autoriza en los casos previstos por el Art. 277, que un cónyuge demande a otro, la separación en cuanto al lecho y a la habitación, pero subsistiendo el vínculo conyugal.

BIBLIOGRAFIA

- Alba Hermosillo Carlos.**—“ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL DERECHO AZTECA Y EL DERECHO POSITIVO MEXICANO”. Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano, México, 1949.
- Astolfi Carlos.**—“SINTESIS DE HISTORIA MEDIA MODERNA Y COTEMPORANEA”. Editorial Kapelusz. Buenos Aires, 1940.
- Castán Tobeñas José.**—“DERECHO CIVIL ESPANOL COMUN Y FORAL”. Tomo I. Volumen I. Editorial Reus. Madrid, 1936.
- Chavero Alfredo.**—“MEXICO A TRAVES DE LOS SIGLOS”. Tomo I. Publicaciones Herreras, S. A. México.
- Colín Ambrosio Capitán H.**—“CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL”. Tomo I. Editorial Reus. Madrid, 1952.
- De Pina Rafael.**—“ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO”. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A. México, 1956.
- Esquivel Obregón Toribio.**—“APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO”. Tomo I. Editorial Polis, 1937.
- Escorcía Ortega Fernando.**—“ESTUDIO ENTRE LAS LEGISLACIONES DE ARGENTINA, ITALIA, ESPAÑA Y MEXICO EN MATERIA DE DIVORCIO”. (Análisis y Crítica). T. P. Seminario de Derecho Civil. U.N.A.M. 1969.
- Fernández Clérigo Luis.**—“EL DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA”. Editorial UTEHA. México, 1947.
- Flores Barroeta Benjamín.**—“LECCIONES DE DERECHO CIVIL”. Edición Privada de la Universidad Ibero Americana. México, 1965.
- García Maynez Eduardo.**—“INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO”. Editorial Porrúa. México, 1956.
- García Trinidad.**—“APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO”. Editorial Porrúa. México, 1959.
- Larrain Ríos Hernán.**—“DIVORCIO. ESTUDIO DE DERECHO CIVIL COMPARADO”. Editorial Jurídica de Chile. Ahumana 131, Santiago de Chile, 1966.

- Mazeaud Henri y León.**—“LECCIONES DE DERECHO CIVIL”. Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción Alcalá Zamora y Castillo. Balcarré 226. Buenos Aires, 1959.
- Mateos Alarcón Manuel.**—“DERECHO CIVIL MEXICANO”. Tomo I. Librería de J. Valdés y Cuevas. México, 1945.
- Ortiz Urquidí Raúl.**—“MATRIMONIO POR COMPORTAMIENTO”. Editorial Stylo. Durango 290, México, 1955.
- Ots, Capdequí José María.**—“EL ESTADO ESPAÑOL EN LAS INDIAS”. Fondo de Cultura Económica. México, 1957.
- Oraza Daza Julio.**—“MATRIMONIO Y DIVORCIO EN LATIIONAMERICA”. Editorial Jurídica de Chile. Ahumada 131, Santiago de Chile, 1966.
- Petit Eugene.**—“TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO”. Editorial Nacional, S. A., México, 1953.
- Planiol Marcel y Georges Ripert.**—“TRATADO PRACTICO DE DERECHO FRANCÉS”. Tomo II. Editorial Cultural, S. A., Habana, Cuba.
- Rojina Villegas Rafael.**—“COMPENDIO DE DERECHO CIVIL” (Introducción, Personas y Familia. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A., México, 1975.
- Ruggiero Roberto.**—“INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL”. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid.
- Sánchez Román Felipe.**—“ESTUDIO DE DERECHO CIVIL”. Tomo V. Volumen I. Editorial Reus. Segunda Edición. Madrid, 1912.
- Santa Cuz Tojjeiro José.**—“INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.
- Sohm Rodolfo.**—“INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO”. Editorial Gráfica Panamericana. México, 1951.
- Tarragato Eugenio.**—“DIVORCIO EN LAS LEGISLACIONES COMPARADAS”. Editorial Jurídica de Chile. Ahumada 131, Santiago de Chile, 1966.
- Valencia Zea Arturo.**—“DIVORCIO. ESTUDIO DE DERECHO CIVIL COMPARADO”. Editorial Jurídica de Chile. Ahumada 131, Santiago de Chile, 1966.
- Valverde y Valverde Calixto.**—“TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL”. Tomo IV. Segunda Edición. Valladolid, 1921.

LEGISLACION

Código Civil Colombiano. Colección Codex Brevis. Librería Voluntad, Bogotá, 1968.

Código Civil Español. Mauresa y Navarro José Maria. Tomo I. Editorial Reus. Madrid, 1943.

Código Civil Francés. Mazeaud Henri y León. Tomo IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Balcarce 226. Buenos Aires, 1959.

Código Civil del Distrito y Territorios de la Baja California. Expedido según Decreto de 8 de diciembre de 1870, vigente a partir del 1o. de Marzo de 1871.

Código Civil del Distrito y Territorio de la Baja California. Expedido por el Poder Ejecutivo en uso de la facultad que le concedió el Congreso de la Unión según Decreto de fecha 14 de diciembre de 1883. Vigente a partir del 31 de marzo de 1884.

Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal. Vigente a partir del 1o. de octubre de 1932. Editorial Porrúa, S. A. México, 1975.

Código Penal para el Distrito Federal. Vigente a partir del 17 de septiembre de 1931. Editorial Porrúa, S. A. México, 1975.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Vigente a partir del 1o. de octubre de 1932. Editorial Porrúa, S. A. México, 1975.

Ley del Matrimonio Civil. De fecha 23 de julio de 1859. Tip. Compañía Veracruzana de Publicidad. Veracruz.

Ley Sobre Relaciones Familiares. Expedida por el C. Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión. Promulgada con fecha 9 de abril de 1917.

INDICE

	Pág.
PRELIMINAR	6
CAPITULO I	
EL MATRIMONIO.	
1.—Concepto	8
2.—Antecedentes históricos:	9
a).—Derecho Romano	9
b).—Derecho Canónico	10
c).—Epoca precortesiana	11
d).—Epoca colonial	12
e).—México independiente	14
3.—Su Naturaleza Jurídica:	15
a).—El matrimonio como institución	16
b).—El matrimonio como acto jurídico condición	17
c).—El matrimonio como acto jurídico mixto	18
d).—El matrimonio como contrato ordinario	18
e).—El matrimonio como contrato de adhesión	20
f).—El matrimonio como estado jurídico	21
g).—El matrimonio como acto de poder estatal	21
CAPITULO II	
EL DIVORCIO.	
1.—Definición	24
2.—En el Derecho Romano:	25
a).—Sus causas	25
b).—Sus formas	27
c).—Sanción para el cónyuge culpable	30
3.—Derecho Canónico	31

	Pág.
4.—En el México anterior a las codificaciones:	32
a).—Precortesiano	32
b).—Colonial	34
c).—México independiente	35
5.—En los Códigos:	36
a).—De 1870	36
b).—De 1884	41
6.—En la Ley Sobre Relaciones Familiares	45

CAPITULO III

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL ESPAÑOLA.

1.—Concepto	50
2.—Sus causas	53
3.—Sus efectos jurídicos:	58
a).—Entre los cónyuges	58
b).—En relación con los hijos	60

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL COLOMBIANA.

1.—Concepto	63
2.—Sus causas	66
3.—Sus efectos jurídicos:	68
a).—Entre los cónyuges	68
b).—En relación con los hijos	69

CAPITULO V

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION CIVIL FRANCESA.

1.—Concepto	72
2.—Sus causas	74
3.—Sus efectos jurídicos:	81
a).—Entre los cónyuges	81
b).—En relación con los hijos	82

CAPITULO VI

EL DIVORCIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

1.—Concepto	85
2.—Su naturaleza jurídica	85
3.—Clases de divorcio:	86
a).—Divorcio voluntario administrativo	87
b).—Divorcio voluntario judicial	90
c).—Divorcio necesario	93
4.—Sus causas	94
5.—Efectos de la sentencia de divorcio	119
a).—En relación con los hijos	119
b).—Entre los cónyuges	121

CAPITULO VII

ESTUDIO SOBRE LOS SISTEMAS DE DIVORCIO.

(El más conveniente conforme al método comparativo expuesto)	124
CONCLUSIONES	129
BIBLIOGRAFIA	131