



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ACATLAN

**ALCANCE JURIDICO DEL ARTICULO 267 FRACCION XVIII  
DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FRANCISCO BECERRA CASADOS



STA. CRUZ ACATLAN, MEXICO

1991

TESIS CON  
FALTA DE COPIA



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

## INTRODUCCION .

### CAPITULO I.

#### ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.

a).- El Divorcio en el Derecho Hebraico.....	5.
b).- El Divorcio en el Derecho Romano.....	10.
c).- El Divorcio en el Derecho Canónico.....	14.
d).- El Divorcio en el Derecho Musulman.....	21.
e).- El Divorcio en el Derecho Francés.....	23.

### CAPITULO II.

#### EL DIVORCIO.

a).- Concepto.....	26.
b).- Naturaleza jurídica.....	41.
c).- Divorcio Voluntario Administrativo.....	43.
d).- Divorcio Voluntario Judicial.....	50.
e).- Divorcio Necesario Contencioso.....	54.

### CAPITULO III.

#### DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

a).- México Precolonial.....	61.
b).- Epoca Colonial.....	64.
c).- Código de 1870.....	67.
d).- Código Civil de 1884.....	72.
e).- Leyes Divorcistas de Venustiano Carranza.....	74.
f).- Ley sobre Relaciones Familiares.....	76.
g).- Código Civil vigente.....	82.

#### C A P I T U L O   I V .

CONSECUENCIAS JURIDICAS QUE PRODUCE EL DIVORCIO QUE SE -  
DECRETE CON BASE EN EL ARTICULO 267 FRACCION XVIII DEL -  
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

- a).- Análisis de la Inexigibilidad de daños y perjuicios o de la resti--  
tución a que se refiere el artículo 286 del Código Civil.....86
- b).- Análisis de la situación jurídica de los hijos menores e incapacita  
dos en base a la causal que se examina..... 95

#### C A P I T U L O   V .

ESTUDIO COMPARATIVO EN RELACION AL DIVORCIO CONTENCIOSO CON  
BASE EN OTRAS CAUSALES QUE CONTIENE EL ARTICULO 267 DEL CO\_  
DIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

- a).- Estudio comparativo en relación al Divorcio Voluntario tanto Admi--  
nistrativo como Judicial..... 126
- b).- Soluciones que se proponen..... 128

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

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

Para el ser humano, una de sus tantas metas es alcanzar en su existencia una convivencia duradera y pacífica, esto es, unirse con su pareja ya que como ser individual que es, se encuentra solo en la vida y busca a la persona con quien pueda compartir toda esa gama de actividades propias del ser humano; de aquí que se diga que por eso dejará el hombre a su padre y madre, para unirse a su mujer y ser una sola carne para procurar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. Pero esta actividad no siempre conlleva a satisfacciones normalmente duraderas, pues como se dijo el hombre es un ser individual y por lo tanto sumamente egoísta, consecuentemente tiende a velar por sus propios intereses, entiéndase no en la mayoría de los casos, sino en sólo unos cuantos que, comparados con todos los seres humanos que viven en la tierra, forman una simple minoría.

Por otra parte, todas las actividades del hombre incluso en sociedad tienen la característica de que han tenido que ser reglamentadas de una u otra manera para poder obtener con ello un resultado que vaya más o menos acorde con los intereses tanto de la persona individual como los de la colectividad; pero este tipo de reglas hechas por personas más o menos escogidas de un grupo, no siempre han sido exactas, por lo que han tenido que ser cambiadas, inclusive, algunas por la fuerza ya que no siempre estas reglas conducen a la satisfacción de los intereses de la colectividad. De ahí que el Derecho reglamente tales actividades -

por medio de las Leyes que no son otra cosa que reglas de conducta que el hombre tiene que acatar en algunas ocasiones en contra de su voluntad para poder obtener, con esto, beneficios que puedan hacerle más grata y fácil su existencia.

Con todo lo anterior, podemos afirmar que uno de tantos logros que se han obtenido con el estudio de la actividad del hombre, es precisamente la Institucionalización de la vida en común, entre un sólo hombre y una sola mujer, formándose con ello El Matrimonio. Pero como ya se dijo esa vida en común, no siempre es fácil y duradera, por lo que se ha tenido que reglamentar este tipo de conducta que no llegó a felices términos, surgiendo con ello la Institución del Divorcio.

Como todo en la vida existen criterios a favor y en contra de estas Instituciones que van surgiendo, pero siempre tendrá uno, que formarse su propia opinión e inclinarse hacia una u otra tendencia o proponer en su caso la teoría por virtud de la cual se podrán obtener mejores resultados en su aplicación.

En el presente trabajo se expone un tema controvertido que es el divorcio y se expone la teoría por virtud de la cual se podrán obtener mejores resultados en caso de aplicarse; no obstante esto, algunas personas se han inclinado por pensar que el divorcio es un mal necesario, porque es el remedio de un mal mayor; pero este pensamiento ha —

cambiado completamente de aspecto con la progresión espantosa del número de divorcios y las nuevas tendencias que en el presente trabajo se exponen. El propio matrimonio como Institución parece hoy estar en peligro; un nuevo exámen del problema se impone.

## C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO.

La palabra divorcio proviene de la voz latina DIVORTIUM que significa SEPARACION (diverto, is, ti, sum, tere=apartarse, separarse en dirección opuesta). Por lo tanto la palabra divorcio nos dá la idea de separación en el lenguaje común.

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

En la era de promiscuidad sexual, matriarcado y poliandria, es lógico suponer que no existía la figura del divorcio, puesto que en aquella época, de lo que se ha dado en denominar HETOIRISMO, o sea promiscuidad sexual absoluta, no existían lazos familiares, ética sexual o instituciones sociales que determinaran en modo alguno las relaciones sexuales, desconocían por completo los vínculos de sangre y, desde luego se ignoraban también las relaciones que guarda la actividad sexual con la reproducción y la génesis del ser humano.

Las relaciones sexuales se daban, por lo tanto, en forma promiscua y carente de valores éticos e inclusive; de acuerdo con el estudio realizado por el Doctor HAVELOCK ELLIS en su obra (1); condicionado a ciclos de periodicidad análogos a los periodos de celos de otros mamíferos, es decir se realizaba la relación sexual en semejanza a los animales; por lo que no es de extrañarse que no hubiesen valores

---

(1) Havelock Ellis. Estudio de la Psicología Sexual. El pudor, La periodicidad Cultural del hombre. Nueva Enciclopedia Británica, Edit. Cosme. México 1960, pág. 82.

sexuales. En esta época no puede hablarse de matriarcado ni de patriarcado, pues se desconocía la génesis del hombre y se creía que la mujer recibía al hijo por medios exteriores.

De esta fase de hetarismo se pasa a una etapa matriarcal. Es la mujer quien inicia la agricultura, mientras que el hombre se dedica a actividades cinegéticas. Como se sabe es la agricultura el factor que convierte a las sociedades primitivas en nómadas, en sedentarias, por lo que la mujer conquista la hegemonía económica; por otra parte se empiezan a considerar las funciones como algo propio de la mujer, se desconoce la importancia de la intervención masculina, contribuyendo a incrementar su prestigio.

Para esto, la periodicidad sexual, a la que aludimos antes desapareció, dejando en su lugar a la libido. Esto hace que los seres humanos ya no efectúen sus funciones genéticas de una manera determinada por la naturaleza y libre de la voluntad de los agentes, las relaciones sexuales se realizan ahora como una manifestación libre de voluntad, los más de los casos, la aparición de la libido trae también la institución del matrimonio ya que, si las relaciones sexuales son resultantes de un acto volitivo, la promiscuidad tiende a desaparecer, pues la nueva tónica de las funciones genéticas implica un acto de voluntad, una acción intelectual para elegir pareja. Resulta también un cambio en la estructura de la familia, ésta ya existía pues la madre y los hijos que dependían de ella ya constituían una célula primitiva de familia dentro de la

horda pero ahora, con el matrimonio, el hombre pasa a formar parte de --  
ella.

Debemos anotar que la mujer ha ido perdiendo gradualmente su hegemonía. El hombre despliega una mayor fuerza física en esta época, en que de la fuerza bruta depende no sólo la seguridad del grupo, sino del sustento mismo del grupo, por otro lado, la mujer padece de limitaciones físicas por lo que se refiere a los periodos de gestación, así como, a sus ciclos menstruales, sin embargo esto no quiere decir que tales elementos estuviesen ausentes en el matriarcado; sino que consideramos esto como un periodo de transición al que terminaría por imponerse la fuerza bruta del varón.

Mientras que en el matriarcado se consideraban las funciones reproductoras y la menstruación como una especie de superioridad divina que confería el reverencial temor supersticioso a lo que no se entiende, - en el patriarcado se empieza a entender la función del varón en la reproducción, perdiendo ésta su carácter divino, exclusivo de la mujer, en cuanto a la menstruación, de ser una manifestación de relaciones con la divinidad, pasa a ser, por las limitaciones que impone a quienes la padecen, un señal de ignominia, de pureza sexual, ejemplo de lo cual son las Leyes del Manú y los preceptos bíblicos de LEVITICO NOSAICO.

Agreguemos a esto que, la regla de la exogamia hace que los hombres busquen esposa en alguna tribu diversa de la propia mujer traída de otra tribu, no tiene el "status" dentro de la tribu que la adopta --

para conservar la hegemonía.

Así, hemos visto, como se desarrollaron a la par el patriarcado y el matriarcado, pues en el matriarcado la familia se componía tan sólo de la madre y los hijos que de ella dependían, pero, al ganar en importancia la figura del varón, hipotéticamente surge el matrimonio.

De la época a que nos hemos venido refiriendo, sólo podemos hacerlo a través de hipótesis y datos aislados que, si bien es cierto, se encuentran basados en la lógica, también lo es que, no contamos con historia escrita que date de aquella era.

No obstante, sabemos que, en las culturas más antiguas que registra la historia, existía ya el "DERECHO DE REPUDIO", antecedente directo, sin duda alguna, del divorcio.

El repudio, es un rasgo, característico de las sociedades patriarcales, ya que era privilegio exclusivo del varón el dar por terminada la relación matrimonial de manera unilateral.

En Asiria y Caldea, la mujer tenía también derecho a repudiar al marido, pero sólo en casos de comisión de faltas verdaderamente graves; el varón, por su parte, podía repudiar a la mujer con gran facilidad, incluso sin causa alguna, a condición de devolverle la dote y en ocasiones de darle una indemnización pecuniaria, sin embargo, cuando el divorcio era motivado por una causa grave, como el adulterio de la mujer ni siquiera ésta tenía el derecho a que se le restituyese la dote.

Entre los antiguos Persas, el marido tenía el derecho de ---

repudio, en los casos en que la mujer llevara una vida escandalosa, se dedicara a la magia o se insubordinara contra el esposo.

El Código de Hamurabi, quizá una de las legislaciones más antiguas de que se tiene noticia, en materia de divorcio, en cuanto a que señala las dos causas por las cuales la mujer podía solicitarlo; que eran las siguientes: a) Cuando el marido se ausentaba del pueblo y por ello, la mujer se veía obligada a refugiarse en otra casa, en caso que aquél regresara, ésta tenía la obligación de volver con él y; b) Cuando la mujer era de buena conducta y cumplía con sus deberes caseros y no obstante esto, el marido la abandonaba con frecuencia, de lo anterior podemos decir que era excepcional por cuanto que, sólo se ocupaba de la mujer en casos aislados y mediante un procedimiento extenso, podía solicitar el divorcio.

Asimismo en el propio Código de Hamurabi se establece que, el marido podía, a su vez, solicitar el divorcio cuando: a) La mujer era estéril, b) La mujer provocaba la separación, c) Dilapidaba la hacienda, o, d) Abandonaba al marido.

#### A).- EL DIVORCIO EN EL DERECHO HEBRAICO.

Se hace una especial mención a la legislación hebraica, referente al tema que nos ocupa, ya que consideramos que esta cultura es uno de los pilares sobre los que descansa la moral y culturas occidentales.

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

"Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber encontrado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de divorcio, y se la entregará en su mano, y la despedirá de su casa. Y salida de su casa, podrá ir a casarse con otro hombre, pero si la aborriere éste último y le escribiere carta de divorcio, y se la entregare en su mano, y la despidiere de su casa; si hubiere muerto el poster hombre que la tomó por mujer, no podrá su primer marido, que la despidió, volverla a tomar para que sea su mujer, después que fue enviada; porque es abominación delante de Jehová, y no han de pervertir la tierra que Jehová t' Dios te dá por heredad". (2)

De lo anterior, se desprende que entre los antiguos hebreos sólo se conocía el divorcio del hombre respecto a la mujer. Esta no tenía medio de pedir el divorcio. La misma biblia establece, por otro lado, restricciones, si bien mínimas, a la facultad del marido de divorciarse. El marido, no podía divorciarse nunca si había acusado calumniosamente a su mujer de haber faltado a la castidad antes del matrimonio, (Deuteronomio XXII 13-19), y si la había violado estuprado siendo una doncella soltera (deut. XXII 28-29).

---

(2) Deuteronomio XXIV 1-4 Antiguo Testamento.

Hacia el año 1000 D.C. Rabeno Guersnom (Un rabino muy popular entre los Judíos de aquella era), abolió el divorcio sin el consentimiento de la mujer, sin embargo, el divorcio siguió estando permitido - incondicionalmente cuando ambos cónyuges lo solicitaban. Las autoridades rabínicas reconocían el divorcio otorgado por el esposo aún contra la --- voluntad de la esposa, cuando ésta era sospechosa de adulterio o llevaba vida inmoral; cuando la esposa rehusaba relaciones sexuales al esposo; - cuando se negaba a seguir en el domicilio de su esposo, y cuando violaba los preceptos religiosos en el hogar. (3)

Puede afirmarse que, la mujer jamás obtuvo el derecho al divorcio en la Legislación Judaica su único medio para obtener el divorcio era recurrir al tribunal con el fin de que éste tratara de obtener el -- divorcio del marido, esto se intentaba generalmente a base de amenazas - de excomunión. Los Tribunales Rabínicos, se prestaban a ejercer presión sobre el marido, en los siguientes casos: a).- Impotencia; b).- Negación de sus derechos cónyugales, c).- Lepra o enfermedad asquerosa del marido o una ocupación maloliente, d).- No sostener a la mujer, e).- Crueldad - y limitación de su libertad personal, f).- Malos tratos y golpes y; --- g).- Apostasia. (4)

El Tratado Talmúdico y Códigos posteriores a la época de que

(3) D.W. Anram. *Jegige Law Of. Divorce.* Washington Square Press, Inc. -- New York 1949 pág. 117 y 118.

(4) E. Weill. *La Feme Juive.* Gallinard, 1953 pág. 128.

hablamos, dan instrucciones detalladas sobre el modo de otorgar un ----  
 Quet (acta de repudio o de divorcio). El origen del quet está en el ----  
 deuteronomio XXIX-1, donde se dice que el divorcio se ejecute escribiendo una carta de repudio que se entregara en manos de la esposa. La nisa-  
 indica la fórmula precisa para la carta de repudio. El texto de un quet-  
 dice aproximadamente así:

"El día.....de la semana.....  
 el día del mes.....del año.....de  
 la creación del mundo, según cronología que --  
 acostumbramos a usar aquí. En la Ciudad de ...  
 ....., situada a orillas del --  
 río.....yo, fulano hijo de sutano, con el  
 apellido....., que resido en esta -  
 Ciudad de ....., situada a orillas del -  
 río....., consciente por la presente  
 de mi libre voluntad y sin coacción alguna,  
 apartar, libertar y dar independencia a tí, mi  
 mujer, fulana hija de sutano, que vives en la  
 Ciudad de..... a orillas del río ...  
 ....., fuiste mi mujer pero ahora estas-  
 libertada y apartada y eres tu propia Señora -  
 en el futuro y puedes contraer matrimonio con  
 el que quisieres nadie podrá impedirtelo y, --  
 desde este día puedes casarte con cualquier --  
 hombre. En fé de la cual recibes de mí esta --  
 acta de divorcio, documento de liberación se--  
 gún las Leyes de Moisés e Israel." (5)

El documento variaba cuando el divorcio estaba extendido ---  
 por poder. Junto con el otorgamieto del divorciarse acostumbraba arre---  
 glar la parte económica del contrato matrimonial. El hombre que se divor-  
 ciara de su mujer, debía devolverle su dote y pagar la suma estipulada -  
 en la Ketuba (una especie de pena convencional o base pactada para los -  
 casos de divorcio), a menos que la mujer se hubiere hecho culpable.

(5) P. Bucholz. Die. Famide. T.W. Wal Theen. Hamburgo 1963 pág. 223.

En las épocas antiguas, los hijos quedaban con la madre, pero el padre podía reclamar a sus hijos varones cuando hubiesen alcanzado la edad de seis años. En épocas posteriores, el Tribunal Rabínico, determinaba el cuidado y custodia de los hijos. Un Cohen (integrante de la casta sacerdotal), no puede contraer matrimonio con una mujer divorciada. (6)

Con el tiempo, todo un ceremonial se estableció, con múltiples reglas. El divorcio se otorgaba ante un Tribunal compuesto de tres DEYANIM (Jurisconsultos), un rabino y dos testigos. Ninguna de estas personas podía tener relaciones de parentescos con los divorciantes, ni entre ellos mismos. El pergamino que se iba a extender el *quet*, debía de ser entero y limpio, sin borraduras ni agujeros, más largo que ancho. La tinta debía de ser negra y limpia y la pluma de ganso. No podía usarse formas preparadas; el acta debía confeccionarse en presencia del Tribunal. Debía estar escrita en hebreo, en caracteres cuadrados y debía contener los nombres exactos de los esposos, su Ciudad de origen y de residencia, así como, la mención del río que pasaba junto a la Ciudad o del mar en cuya costa se hallaba. Se escribía en doce líneas previamente trazadas sobre el papel (doce es el valor numérico de la palabra *quet* en hebreo), sin dejar espacios en blanco. No podía pronunciarse divorcio de noche, ni en víspera de día de fiesta, de novilunio (conjugación del sol y la luna) o del sábado. Una vez reunido el Tribunal se preguntaba al --

---

(6) P. Bucholz. Op. Cit. pág. 223.

esposo si estaba dispuesto a pronunciar el divorcio por voluntad libre y propia, si contestaba positivamente, alzaba los materiales de la escritura en señal de adquisición consumada y las entregaba al escribiente, --- ordenándole que extendiera el acta de divorcio, tras lo cual firmaban --- los testigos, previa lectura. Luego entregaban el quet al esposo, quien lo alzaba por encima de la cabeza de su mujer; ella extendía las manos a la altura de su cara y el esposo dejaba caer el quet en su manos, diciendo "Aquí está tu acta de divorcio, tómala y quedas divorciada de mí y --- libre de casarte con cualquier hombre". (7)

En la actualidad, y entre los judíos conservadores, se observan aún las características a que nos hemos referido, pero, con adición y complemento, para ellos, de las leyes civiles del país de su residencia.

#### B.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO.

Se atribuye a Rómulo, primer Rey de Roma y, de acuerdo con la tradición, descendiente de Eneas y fundador de Roma junto con su hermano Remo, una ley que reglamenta el divorcio o, más bien, el repudio --- del hombre hacia la mujer. De acuerdo con esta Ley, el hombre estaba --- facultado para repudiar a su esposa exponiéndose, con esto, a sanciones pecuniarias al hacerlo, excepción hecha en los casos en que la mujer --- hubiere incurrido en las siguientes faltas: a).- Envenenamiento; -----

---

(7) D.W. Anram. Jegige Law Of. Divoorce. Washington Square Press, Inc. 1949 pág. 122.

b).- Adulterio; c).- Sustitución de los hijos y, d).- Empleo de llaves - falsas para entregar en la bodega. Cuando las causas anotadas se producían, el marido podía repudiar a la esposa impunemente. Han surgido numerosas plémicas sobre si tal ley puede o no atribuirse a Rómulo; en todo caso, se deba o no a Rómulo la promulgación de la legislación de referencia, resulta interesante notar que, en el Derecho Romano, desde las épocas más remotas, se conocía y reglamentaba el divorcio vincular.

La Ley de las Doce Tablas reglamentaba el divorcio vincular, pero imponía ciertas formalidades procesales; como la de someter el negocio a una tribunal doméstico, (Que era el nombre de tribunal que resolvía las cuestiones que se suscitaban entre el hombre y la mujer unidos - en matrimonio).

Respecto al divorcio durante la época clásica del Derecho Romano, nos dice Eduardo Pallares:

"Explican los Romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio, porque la institución del matrimonio Romano fundaba no sólo el hecho de la cohabitación si no en el afecto conyugal. Por tanto cuando este desaparecía, era procedente el divorcio. Así se infiere del Código de Justiniano en el texto relativo a las estipulaciones inútiles. Por lo tanto, en el Derecho Clásico, se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dió nacimiento: hubo, sin embargo, una explicación a esta regla y es la contienda en la Ley de Julia Maritandis Ordinibus, que prohibía a la

liberta casada con su patrón divorciarse sin su consentimiento. La facilidad de obtener el divorcio produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha Institución para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía.

La decadencia de las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo de que el Filósofo Séneca pudo decir que: Mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los consules sino por el número de sus maridos. Se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse" (8)

Durante el Imperio, el divorcio en Roma, revestía dos formas:

mas:

1.- En primer término el divorcio *BONA GRATIA*, que constituye, una figura básicamente similar a nuestro divorcio voluntario. En este tipo de divorcio no se requería de formalidad alguna pues, se consideraba, que el mutuo disenso disolvía aquello que el consentimiento había unido.

2.- Existía también la figura del repudio, que se daba cuando uno de los cónyuges, unilateralmente intentaba el divorcio. No se requería en tal caso, en la época clásica, causa alguna que fundamentara dicho repudio.

---

(8) Eduardo Pallares. El Divorcio en México, Cuarta Edición Editorial Porrúa. Pág. 11 y 12.

La figura jurídica del repudio en la Roma clásica, puede --- considerarse muy singular, ya que tanto el hombre, como la mujer podía - intentarlo. Para intentarlo, la mujer no debía encontrarse bajo la MANUS del marido y, nunca podía intentarlo la mujer manumitida y la liberta -- que se casaba con su patrón.

Justiniano estableció causas legales en las que debía fundar se la acción de divorcio. Dichas causas eran de acuerdo con el maestro - Eduardo Pallares (9).

Para fundar la acción del marido: Que la mujer hubiese encubierto maquinaciones contra el Estado; El adulterio probado de la mujer; El atentado contra la vida del marido, los tratos con otros hombres --- contra la voluntad del marido, o haberse bañado con ellos; El alejamiento de la casa marital sin la voluntad del esposo y la asistencia de la - mujer a espectáculos públicos sin licencia.

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

---

(9) Op. Cit. pág. 12 y 13.

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

Como comentario final reproducimos la palabra del Tratadista FRITZ SCHULTZ (10):

"El derecho Romano sobre el divorcio es, en realidad la pieza angular, sobre que descansa la construcción Jurídica de Roma y este Derecho fue abrogado por el Derecho Canónico y después de la Reforma, por el Derecho Municipal Protestante".

C).- EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO.

De acuerdo con la cita antes reproducida de FRITZ SCHULTZ, -- el Derecho Romano sobre el divorcio, fue abrogado por el Derecho Canónico.

En general, puede decirse que esta aseveración es cierta, si bien tendemos a aceptarla con ciertas reservas. El Derecho Romano es, -- en muchos sentidos, el fundamento del Derecho Canónico. Difícilmente --

---

(10) Derecho Romano Clásico, Editorial Roseh Barcelona 1960. pág. 99.

hubiese podido existir sin el antecedente directo de las instituciones - Jurídicas Romanas. De hecho consideramos que el régimen Jurídico Canónico constituye, en la mayoría de sus aspectos, un retroceso en relación a las Instituciones Jurídicas Romanas. En materia de divorcio puede hablarse de abrogación en lo que se refiere a la reglamentación del divorcio - en virtud de que la Iglesia, como veremos, rechaza esta Institución. De cualquier manera, es importante hacer un breve estudio de la actitud del Derecho Canónico ante el divorcio, ya que fue este régimen jurídico el - que rigió la cultura occidental desde la caída del Imperio Romano hasta el Renacimiento casi de manera total, sumiendo el mundo en el obscurantismo de la Edad Media. A partir del Renacimiento la influencia del Derecho Canónico y, en general, de los lineamientos establecidos por el Clero, en todas las órdenes de la vida ha venido decreciendo, no obstante - lo cuál, aún en la época actual, ejerce una influencia preponderante en la cultura y en la moral y, por lo tanto, en el Derecho, del cual son -- estos factores, fuentes indirectas, especialmente en nuestros países de ascendencia latina ya que en los sajones esta influencia es menor.

La religión católica, no acepta la disolución del matrimonio. El Derecho Canónico única legislación por la que se rige la Iglesia -- afirma, como veremos más adelante, que el matrimonio tiene dos propiedades esenciales: La Unidad y La Indisolubilidad.

La Unidad del matrimonio consiste en que únicamente pueden -

unirse simultáneamente un hombre y una mujer en una relación estrictamente monogámica. Esta relación se opone en la Poligamia, en sus dos formas poliendría y poligamia. Cabe afirmar aquí que, el matrimonio, en el Derecho Romano, era también estrictamente monogámico, por más que el adulterio del marido, siempre que éste no fuese en el domicilio conyugal o con escándalo, era Jurídico y moralmente lícito.

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

En las diversas clasificaciones que la Teología Dogmática -- utiliza al tratar cada uno de los institutos objetos de su estudio, se entiende por "De fe definida" todo aquello que se encuentra fundamentado en el texto expreso de la Sagrada Escritura; se entiende como "Derecho Positivo" la legislación que emana de la Iglesia Católica Apostólica y Romana, como consecuencia de la Potestad Vicaria y; se considera "De doctrina común" el conjunto de opiniones unánimes y autorizadas de los diversos expositores, de la dogmática de la Iglesia.

De acuerdo con la anterior clasificación la indisolubilidad del matrimo-

nio es un principio de fé definida, ya que la Iglesia deriva este principio de los textos de las Sagradas Escrituras, como veremos más adelante, pero, también, es de Derecho Positivo y de Doctrina Común ya que los Cánones Jurídicos Eclesiásticos la reglamentan y, los expositores autorizados de la dogmática católica, desde San Agustín, Santo Tomás de Aquino etc., hasta los Romanos pontífices de la era moderna han elaborado doctrina al respecto. En relación con las Sagradas Escrituras, la Iglesia pretende fundar la indisolubilidad del matrimonio en diversos textos, -- incluidos algunos del Antiguo Testamento, como "Por cuya causa dejará el hombre a su padre y a su madre y estará unido a su mujer; y los dos vendrán a ser una sola carne". (11)

Felix Torres Amat, señala que Jesucristo se sirvió de la frase "una sola carne" para probar a los fariseos y que según San Pablo la unión íntima y estrecha de Adán y Eva, eran como dos almas en un solo cuerpo significando la unión entre Cristo y la Iglesia. (12)

Sin embargo debemos aceptar con ciertas reservas esta pretendida fundamentación en el Antiguo Testamento, no olvidemos que los Hebreos, cuya cultura y Modus vivendi se encuentran vaciados en el, admitían y admiten el divorcio.

(11) Génesis II. 24.

(12) La Sagrada Biblia.- Edit. Sepina Argentina, S.A. Buenos Aires 1958 2da. Edición.

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

"Yo os digo que cualquiera que repudia a su mujer salvo por causas de fornicación, y se casa con -- otra, adultera; y el que se casa con la repudiada adultera" (13)

"En casa volvieron los discípulos a preguntarle -- de lo mismo y les dijo: cualquiera que repudie a su mujer y se casa con otra, comete adulterio -- contra ella, y si la mujer repudia a su marido y se casa con otro, comete adulterio". (14)

"Todo el que repudie a su mujer, y se case con -- otra, adultera; y el que se casa con la repudiada del marido, adultera." (15)

"A las personas casadas cuando, no yo, sino el -- Señor, que la mujer no se separe del marido; que si acaso llega a separarse no pase a otras nup--cias o que se reconcilie con el marido." (16)

En cuanto a la indisolubilidad del matrimonio en relación -- al Derecho Positivo Canónico, es decir, el emanado de la potestad vica--ria queda establecido. "Las propiedades esenciales del matrimonio son --

(13) San Mateo XIX, Nuevo Testamento.

(14) San Mateo XIX, Nuevo Testamento.

(15) San Lucas XI, 19 Nuevo Testamento.

(16) La Epístola a los Corintios VII, 10-11.

la unidad y la indisolubilidad, las cuales en el matrimonio cristiano --  
adquieran peculiar firmeza en razón del sacramento." (17)

El matrimonio únicamente rato y el matrimonio legítimo, ( es  
decir infieles ) es indisoluble, pero extrínsecamente puede ser disuelto  
bajo algunas condiciones extraordinarias y especiales por la autoridad -  
eclesiástica en razón de su potestad vicaria, sin embargo, se afirma ---  
enfáticamente en los cánones eclesiásticos que ningún matrimonio verda--  
dero puede ser disuelto por la autoridad civil.

La doctrina eclesiástica estudia dos clases de disolubilidad  
PERFECTA E IMPERFECTA:

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

Dentro de la disolubilidad perfecta, encontramos los casos -  
previstos por el canon. 1120.

1120, 1.- "El matrimonio legítimo entre no bautizados aunque  
este consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio paulino.  
....." (18)

El privilegio paulino se da cuando existe el matrimonio en--  
tre dos infieles y, uno de ellos se bautiza mientras que el otro permane

(17) Alonso Cabrerros Migueles. Código de Derecho Canónico Biblioteca de  
Autores Cristianos. Madrid.

(18) Alonso Cabrerros Migueles. Op. Cit. Pág. 435.

ce en la infidelidad, rehusándose a ser bautizado o a cohabitar sin contumelia del Creador, con la parte fiel, entonces, la parte fiel puede -- contraer nuevas nupcias con un creyente, disolviéndose así el matrimonio anterior contraído con el infiel.

Otro caso de disolubilidad perfecta es el previsto por el -- cánon 1119 que establece: "El matrimonio noconsumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por -- disposición en el Derecho en virtud de la profesión religiosa solemne, -- como justa, a ruego de ambas partes o de una de ellas aunque la otra se oponga." (19)

La otra forma de disolubilidad contemplada por la Iglesia es la imperfecta, esta constituye tan solo una aseveración, que puede ser -- QUOAD TORUM (de hecho), es decir, cuando los cónyuges quedan exentos -- del debito conyugal, o separación QUOAD HABITATIONEM (de habitación o -- techo), esto es, cuando los cónyuges se liberan de la obligación de -- cohabitar simultáneamente; en cualquier caso, los cónyuges no pueden con -- traer un nuevo matrimonio.

Al respecto el Concilio Florentino dice en su DECRETO PROAR -- MENIS: "D:702...aunque por causa de fornicación sea lícito hacer la sepa -- ración del lecho, (es decir el divorcio imperfecto), sin embargo no es -- lícito contraer un matrimonio nuevo, en virtud de que el vínculo del -- matrimonio legítimamente, contraído es perfecto." (20)

(19) IB. DEM. Pág. 434.

(20) Denzinger Enrique. Enchiridion Boyn Bolorum. Cita por Esperanza -- Hernández. Conflicto de Leyes en materia de divorcio. Tesis Prof. U.N.A.M. 1970. Pág. 30.

Concluyendo, el Derecho Canónico, en general no admite el -- divorcio, salvo en los casos verdaderamente excepcionales, a los que ya nos hemos referido.

D).- EL DIVORCIO EN EL DERECHO MUSULMAN.

Como nota interesante, deseamos hacer una breve referencia a la evolución de la figura jurídica objeto de este estudio, en el Derecho Musulmán, para tal efecto reproducimos la siguiente cita de la obra de -- José López Ortíz:

"Los que podríamos llamar dentro del fic, PLETOSO DE DIVORCIO, puede documentarse en las siguientes causas: Impotencia de uno de los cónyuges o enfermedades que hagan peligrosa la cohabitación sin -- el conocimiento previo a estos defectos, no obstante ellos, la continuación de la vida conyugal no han hecho prescribir el derecho a reclamar. Esos defectos o enfermedades pueden ser incurables caso en el cual el Cadí, sin más disuelve el matrimonio, sí, en cambio, las reputa curables, concede un plazo prudencial, pasado el cual, si no -- han desaparecido, disuelve el matrimonio.

El adulterio tiene una consideración especial; ya se ha hablado de él en su aspecto delito penado -- por la Ley. Pero hay un medio de hacer efectivas sus consecuencias cuando se pueden eludir en el -- orden penal. Se habla de esta cuestión en los tratados del Fic, bajo el título de Iman-juramento -- imprecatorio-, con el cual el marido acusa a su -- mujer directamente tiende el procedimiento a hacer constar la rehusa del marido a reconocer como suyo un hijo de su mujer. El marido que tiene -- pruebas directas del adulterio de su mujer, o que a lo menos se cree en el caso de no reconocerse -- padre de un hijo de ésta acude al Cadí con la --

acusación ante él, hace el Juez comparecer a ambos a poder ser en la mezquita en hora de gran concurrencia; el marido formula solemnemente su acusación apoyándola con tres juramentos a los que añade el cuarto, que contiene la imprecación ritual de la maldición divina, si no dice la verdad. Si la mujer contesta y apoya su negación de las imputaciones del marido con otros cuatro juramentos, - en el cuarto de los cuales se impreca también sobre la cólera divina como las del marido son palabras sacramentales, evaden la pena del adulterio; pero la prole de todos modos ya no se atribuye al marido y el matrimonio queda disuelto". (21)

Debemos tomar en cuenta, que la figura del matrimonio entre los musulmanes es diferente a todo lo que hemos estudiado hasta ahora en la presente tesis. El derecho y la tradición musulmana admiten poligamia, el hombre musulmán puede tener hasta cuatro esposas legítimas y un número indeterminado de concubinas (o amantes). Es evidente que la cultura islámica, es la mejor tradición oriental, es fundamentalmente patriarcal, por lo que, nuevamente, el divorcio está al alcance del hombre, pero no de la mujer. Para divorciarse el hombre no tiene sino jurar por tres veces que se divorcia. Es interesante notar que la facilidad para divorciarse ha producido, no pocas veces, situaciones tragicómicas que han dado muchas bases a la literatura islámica; resulta que en un momento de ira ha habido quien ha pronunciado los tres juramentos rituales del divorcio, lamentándolo después, sin embargo, para poder volver a contraer matrimonio con la esposa repudiada es menester que ésta contraiga matrimonio con otro hombre, y que éste a su vez la repudie. Se daban casos en que el marido arrepentido tuviera que contratar los servicios -

---

(21) López Ortiz José. Derecho Musulmán. Colección Labor Barcelona. 1932 pág. 853 y 154.

de otro hombre para que éste se casara con la mujer repudiada y la repudiase a su vez, tras haber pasado una noche con ella; a esta figura se le daba, popularmente, el nombre de desligador y no se requiere mucha -- imaginación para darse cuenta del porque ha constituido uno de los temas favoritos de los escritores musulmanes. Además, cabe considerar, que una vez casada nada obligaba al desligador a divorciarse de la mujer, devolviéndola al marido original.

Bastaba con que éste ante el Cadí devolviese al esposo original la cantidad que se le había pagado para servir de desligador; el -- contrato, mediante, el cuál se estipulaban las obligaciones del desligador se hacía también ante el Cadí.

Mahoma, en un fútil y hasta ridículo intento de dificultar -- el divorcio establecido, en el Corán, que el juramento debía expresar -- una determinada causa, pero resultaba ocioso ya que dicha causa no tenía que fundamentarse o probarse. También estableció un período de espera de tres meses durante los cuales no debían hacer los juramentos rituales; -- estos últimos con el fin de facilitar la reflexión de un acto tan serio y de permitir, en su caso, la reconciliación; pero, también resultaba -- ocioso ya que nada impedía al marido una repudiación triple simultánea, -- que haría el divorcio inmediato y automático.

#### E).- EL DIVORCIO EN EL DERECHO FRANCÉS.

El Derecho Canónico en Francia y su actitud respecto a la -- indisolubilidad del matrimonio empieza a perder vigencia con las tendencias de la ilustración en Francia; la ideología positivista de los ----

gigantes del Racionalismo Francés, Voltaire, Rosseau, Montesquieu, ---- Diderot, etc., inician una revolución cultural y filosófica que cambia - la faz, no sólo de Francia, sino del mundo occidental; esta Revolución - alcanza soberbiamente el ámbito jurídico político al estallar la Revolu- ción Francesa. No obstante lo anterior en la primera Constitución Jacobi- na, que emana de la Revolución en 1791, no se estatuye aún el divorcio -- vincular, sin embargo, un año después, esto es, en 1792, se promulga la - primera Ley en Francia que reglamenta y reconoce el divorcio. Respecto - de esta Ley, nos dice el maestro Rogina Villegas: "Esta Ley Francesa se - caracteriza por permitir el divorcio por simple incompatibilidad de ---- caracteres y, además por adulterio, por injurias graves, por servicia, - por abandono de un cónyuge o de la casa conyugal. También se reconocen - causas que en realidad no implican una culpa, como la locura y la ausen- cia no imputable. También la emigración por más de cinco años fué causa- de divorcio." (22)

Esta Ley, tuvo vigencia en Francia hasta la promulgación del Código de Napoleón, este Código reviste gran importancia, ya que poste- riormente sirve de base a la mayoría de los Códigos Europeo. El Código - Napoleónico reglamenta tanto el divorcio voluntario como el necesario; - si bien al respecto de este último sólo subsiste como causales legales - de divorcio el adulterio, las injurias graves, las condenas por delitos- y la servicia; pierden el carácter de causales de divorcio, la emigra- ción, la incompatibilidad de caracteres, la locura y la ausencia.

---

(22) Rogina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil (Introducción -- Personas y Familias) Edit. Porrúa, S.A. Méx. 1970. pág. 361.

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

## C A P I T U L O    I I

## EL DIVORCIO.

## A) CONCEPTO.

Antes de analizar el concepto y naturaleza Jurídica del divorcio, es necesario hacer una referencia al matrimonio, por ser este, - el presupuesto lógico de aquél.

La Constitución General de la República establece que el matrimonio es un contrato civil. Sin embargo; algunos autores como Antonio Cicu afirma que el matrimonio "es una comunicad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola. El matrimonio, como Institución natural, se basa en el instinto sexual; pero al pasar el hombre del estado de animalidad a sociabilidad y, por tanto, de espiritualidad, se ha sublimado convirtiéndose en una unión de almas." - (23)

Luis Fernández Clérigo afirma: "El matrimonio constituye un acto solemne en el que interviene el Estado de un modo más o menos directo, para dar valor a la unión del hombre y la mujer que se proponen --- crear un vínculo de perpetua cooperación para los fines esenciales de la vida." (24)

---

(23) Rogina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa.-Vol. I 2a. Edición. pág. 316. México, 1960.

(24) Cita por Rafael de Pina.- Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1960, pág. 316.

Atento a los anteriores conceptos cabe mencionar que existen diversas posiciones doctrinales y al abundar sobre el concepto matrimonio, éste ha sido considerado como:

- 1.- Institución.
- 2.- Acto Jurídico Condición.
- 3.- Acto Jurídico Mixto.
- 4.- Estado Jurídico.
- 5.- Acto de Poder Estatal.
- 6.- Contrato de Adhesión.
- 7.- Contrato Ordinario.

"El matrimonio como Institución.- En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Una Institución Jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. Ihering explica que las normas jurídicas que agrupan constituyendo series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propio — dentro del sistema total que constituye el Derecho Positivo. Para el citado autor, el enlace entre las normas es teleológico, es decir, en razón de sus finalidades.

Para Haurion, la Institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidos por procedimientos." (La Theorie de L'Institution Et De La Fondation).

El matrimonio como idea de obra, significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos.

Para el logro de las finalidades comunes que impone la Institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mando como un principio de disciplina social. En el matrimonio, ambos cónyuges pueden convertirse en órganos de poder, asumiendo igual autoridad como ocurre en el sistema mexicano, o bien, puede descansar toda la autoridad exclusivamente en el marido como se ha venido reconociendo a través de la Historia de la Institución desde el matrimonio por raptó.

La tesis de Hauriou aplicada al matrimonio tiene la importancia de comprender no sólo el aspecto inicial de la Institución que existe por virtud de la celebración del matrimonio, sino también, el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica, y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la Institución misma.

Acto Jurídico Condición.- El matrimonio como Acto Jurídico Condición. Se debe a León Dugult haber precisado la significación que

tiene el Acto Jurídico Condición, en su tratado de Derecho Constitucional define el 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 los mismos, sino que permiten 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.

El matrimonio como un Acto Jurídico Mixto.- Se distinguen en el derecho de los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. 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, ésta no existiría desde el punto de vista jurídico.

Como Estado Jurídico.— Desde este punto de vista el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la Institución matrimonial y del acto Jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración.

El matrimonio evidentemente 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 los hechos o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho, claro está en los sistemas que le niegan a aquél efectos jurídicos.

El estado matrimonial tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aún cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en común; sin el estado matrimonial no puede

cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos. Por consiguiente, faltando ese estado puede darse el caso de disolución en los términos de las fracciones VIII, IX y XVIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal.

Acto de Poder Estatal.- Para comprender esta teoría nos permitimos anotar una tesis de Antonio Días que afirma que: "El matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal.....,pero de una manera mucho más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, negando también la forma del contrato.... Es indudable que en nuestro Derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del Oficial del Estado Civil.....estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene 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 esposo no tiene 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 esposo no es mpas que condición para el pronunciamiento; éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio."

Como contrato de Adhesión.- Como una modalidad en 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.

El matrimonio como Contrato Ordinario.- 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 todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes.

Planiol y Ripert reconocen en 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.

En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato, - tenemos las opiniones de diversos autores, entre las que destacan las de Ruggiero y Bonnacase. El primero se expresa así:

Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato, aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios.

Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la Ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aún en tal caso está muy limitada, opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista.

Bonnacase, en su obra "La Filosofía del Código de Napoleón -

aplicada al Derecho de Familia." (25), Ha sostenido que es totalmente -- falsa la tesis contractual. Al efecto, el ilustre Jurista Francés hace -- un estudio de la naturaleza del matrimonio desde todos los puntos de --- vista en que sería posible considerarlo, para condenar sin ambages la -- teoría contractual y adherirse a la tesis institucional del matrimonio.- Desde luego rechaza el punto de vista de Planiol de que el Legislador -- Francés haya procedido con un espíritu de moderación y cordura en la -- regulación jurídica de la familia y en cuanto a la concepción del matrimo- nio como un contrato, reconoce que los trabajos preparatorio del Código - de Napoleón resulta con evidencia, que los redactores del mismo, a pesar de todos sus esfuerzos no lograron sustraerse a la creación de la idea - del matrimonio-contrato, aún cuando precisaron algunas diferencias. Espe- cialmente influyó la obra de Juan Jacobo Rousseau, el "Contrato Social". También las ideas de Pothier que se adhirió así mismo a la tesis de --- Rosseau, expresamente este último nos dice: "El matrimonio es el más --- excelente y antiguo de todos los contratos. Aún considerándolo únicamen- te en el orden civil es el más excelente, por que la sociedad civil está más interesada en el. Es el más antiguo, porque fue el primer contrato - que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva - de una de las costillas de Adán, y que la hubo presentado a éste, nues- tros dos primeros Padres celebraron un contrato de matrimonio. Adán tomó a Eva por esposa.....Eva tomó recíprocamente a Adán por su esposo." (26)

---

(25) Bonnacase Julian.-El Derecho de Familia en la Legislación Comparada Unión Tipográfica. Ed. Hispano Americano. México.1947. pág. 59.

(26) Magallón Ibarra Jorge Mario. El Matrimonio. Prólogo de Luis Duansén Siches o Tipografía. Ed. Mexicana, S.A. México, pág. 4.

"En el matrimonio, considera Bonnacase, que no se cumplan -- las reglas que lo caracterizan como un contrato, ni menos aún existe el principio de la autonomía de la voluntad por lo que se refiere a sus -- efectos y disolución.

En cuanto a los efectos del matrimonio, encuentra el citado autor que hay una diferencia aún más radical, si se le compara con el -- contrato, pues el principio de la autonomía de la voluntad que domina -- sin excepción las consecuencias de los contratos conforme al artículo -- 1156 del Código de Napoleón, no tiene ninguna aplicación en materia ma-- trimonial. Los consortes no pueden alterar el régimen del matrimonio, -- estipulando derechos y obligaciones distintas de las que imperativamente determina la Ley. Carece de valor cualquier pacto que los contrayentes - estipularen para cambiar el régimen legal o modificar los fines del --- matrimonio." (27)

Por nuestra parte opinamos que, debe desecharse la tesis --- contractual del matrimonio, pues además de las razones expuestas por los autores citados, debe reconocerse que en el derecho de Familia ha venido ganando terreno la idea de que el matrimonio es un acto jurídico mixto - en el cual participa en forma constitutiva del mismo, el Oficial del Re- gistro Civil.

---

(27) De Pina Rafael. Instituciones de Derecho Civil Español. Op. Cit. pág. 317.

En nuestro Derecho, el artículo 155 del Código de 1884 decía expresamente: "El matrimonio es la Sociedad Legítima de un solo hombre - con una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código Civil de - 1870, el artículo 159 había consagrado la citada definición que después reprodujo textualmente el Código de 1884. En la Ley de Relaciones Familiares, el artículo 13 decía: "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", en el Código Civil vigente ya no se contiene una definición del matrimonio, de tal suerte que no se caracteriza expresamente como un contrato pero diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría de contrato.

Aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde - 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, - y después el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio - civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho Canónico que dió caracter de sacramento al matrimonio.

Por ésto en el artículo 130 de la Constitución de 1917, se - afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del Orden Civil. Es decir, no debe

considerarse que el Legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quizo equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fué 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. Así se explica que el artículo 147 del Código Civil vigente para el D.F., prohibía toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes. Por la misma razón el artículo 182 declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieran contra las Leyes o los naturales fines del matrimonio". De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina el sistema contractual. Es decir, no sólo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la Ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6° del propio Código, conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente el interés público, y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, si afectaría gravemente al interés público. En cuanto a la forma de disolución del matrimonio, la Ley dispone que el divorcio sólo procederá por las causas que señale o por mutuo consentimiento

to de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requiere siempre la intervención de un funcionario del Estado y sobre todo, entre tanto no exista la sentencia del Juez Civil o la declaración del Oficial del Registro Civil decretando el divorcio, subsiste el vínculo matrimonial.

Mezclarnos en la Polémica, aunque no deje de seducirnos, — sería el alejarnos demasiado del objeto del presente estudio: Por tanto y considerando las razones expuestas trataremos pues al matrimonio técnicamente como un "contrato", si bien como un contrato "suigeneris" como — suelen serlo todas las figuras contractuales en el ámbito del Derecho — Público.

Habiéndonos referido someramente al presupuesto de existencia del divorcio, es decir, al matrimonio, ha llegado el momento de entrar en materia, haciendo un estudio conceptual de la Institución Jurídica objeto del presente trabajo, el divorcio.

La palabra divorcio, como se ha dicho, proviene de la voz — latina Divortium, que significa separación (diverto, is, ti, sua-tere= — apartarse, separarse en dirección opuesta). Por lo tanto, la palabra — divorcio nos dá la idea de separación en el lenguaje común. En el sentido Jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa

determinada de modo expreso. (28)

Según el ilustre maestro Don Eduardo Pallares al respecto — dice: "El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio — concluye, tanto en relación con los cónyuges como con respecto de terceros". (29)

Al respecto el Jurista Rafael de Pina nos dice: " El divorcio es la extinción de la vida conyugal declarada por autoridad competente, es un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada - de modo expreso." (30)

El maestro Ignacio Galindo Garfias define al divorcio como: "La ruptura de un matrimonio válido de los esposos, decretado por autoridades competentes y fundada en alguna de las causales expresamente establecidas por la Ley". (31)

- 
- (28) Bonnacase Julian.- Elementos del Derecho Civil. Tomo I, traducción José Cájica Jr.- Editorial Cajica Puebla, Pue. 1945, pág. 541 y 542
- (29) Pallares Eduardo.- El Divorcio en México. Editorial Porrúa, México 1968, pág. 36.
- (30) De Pina Rafael.- Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México 1963. pág. 340.
- (31) Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1979. pág. 575.

Por su parte el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 266 establece: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y - deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Al hacer un exámen exhaustivo de las diferentes definiciones transcritas, encontramos que todas van encaminadas en un solo fin en don de se producen tres efectos:

- 1.- La ruptura del lazo conyugal que une a un hombre y a una mujer.
- 2.- La suspensión de las obligaciones entre los mismos cónyuges y frente a terceros.
- 3.- La libertad de contraer nuevas nupcias.

En síntesis, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial que une a dos personas que tienen la calidad legal de esposos, en consecuencia esa ruptura conyugal trae aparejada la suspensión de derechos y obligaciones que existían entre los consortes y frente a terceros. Por lo que, los deja en aptitud de contraer nuevas nupcias.

Ahora bien, la Legislación Mexicana prevé que, para producirse el divorcio deberá de fundarse en las propias causas o motivos que la misma ley establece y agotarse el procedimiento, señalando al efecto.

Siempre y cuando, dichas causas, aunadas al procedimiento, sean conocidas por autoridad competente, que, en su caso, declare el divorcio.

Una vez que hemos estudiado los diferentes conceptos de divorcio nos permitiremos proponer la siguiente definición de divorcio: --  
 "Es la declaración Judicial o Administrativa de que ha terminado legalmente el matrimonio y por ende se ha disuelto el vínculo Jurídico que unía a los cónyuges dejándolos en aptitud de contraer uno nuevo; lo anterior siempre que haya existido una causa expresamente señalada en la Ley y se haya agotado el procedimiento señalado al efecto, ante autoridad competente que lo declare.

#### B).- NATURALEZA JURIDICA.

Disuelto el matrimonio mediante el divorcio, simultáneamente destruye el grupo familiar y con ello priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral o intelectual de los mismos.

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

Tratar de explicar la Naturaleza Jurídica del divorcio, con una claridad meridiana resulta demasiado difícil y si tomamos en consideración nuestros modestos conocimientos jurídicos, esto se convierte en algo muy complejo; sin embargo nos inclinamos a pensar que:

El divorcio es un acto jurídico mixto, en el que intervienen o no la voluntad de ambos consortes y la autoridad competente, que velará por los intereses de la sociedad y procurará que no se obtenga tan fácilmente la ruptura del vínculo conyugal. Siendo así, éste produce consecuencias jurídicas distintas a las del matrimonio, es decir, el divorcio disuelve toda unión conyugal entre los consortes y al mismo tiempo, rompe con la estructura familiar creada en la sociedad; con el divorcio, los cónyuges dejan de estar ligados entre sí de pleno derecho; sin embargo cuando se produce éste, los hijos del matrimonio, siguen ligados entre sí por normas de Derecho que los protegen y velan por sus intereses. Nadar de divorcio Jurídicamente, no deja de preocuparnos, aunque nos inclinamos por considerarlo técnicamente como "un mal necesario".

#### C).- TIPOS.

En México a partir de la Ley de Relaciones Familiares, se estableció por primera vez, el divorcio vincular, que consistió en una resolución de carácter judicial que pone fin a toda relación matrimonial.

En consecuencia se da nacimiento a dos tipos de divorcio que conocemos, a saber: Divorcio Voluntario y Divorcio Contencioso o necesario.

Así, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, adopta el mismo sistema y reglamenta dos formas de divorcio voluntario, donde no hay controversia entre las partes; uno se tramita ante un Juez del Registro Civil, a éste se le conoce como Divorcio Administrativo, el otro se tramita ante una autoridad Judicial o Juez de los Familiar y --- mediante un procedimiento con más formalidades que el anterior, a éste se le denomina divorcio por mutuo consentimiento, ambos tipos de divorcio sólo pueden solicitarse, después de haber transcurrido un año de celebrado el matrimonio.

#### DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO.

Como se ha dicho, el Código Civil para el Distrito Federal, regula un procedimiento al que pueden ocurrir los cónyuges cuando concuerdan en divorciarse, son mayores de edad, no tienen hijos y han liquidado la sociedad conyugal de común acuerdo; este procedimiento llamado - divorcio voluntario administrativo o divorcio ante el Juez del registro Civil, es quizá, uno de los medios más fáciles que existen en la legislación comparada para obtener un divorcio vincular.

El divorcio Voluntario Administrativo se encuentra regulado-

en el artículo 272 del Código de referencia, cuyo texto reproduzco a ---  
 continuación:

"Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayo-  
 res de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la so-  
 ciedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron se presentarán personal-  
 mente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; compro-  
 baran con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores-  
 de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad  
 de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los ---  
 consortes, levantará un Acta en que hará constar la solicitud de divor-  
 cio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los ---  
 quince días. Si los consortes hacen la ratificación el Juez del Registro  
 \*Civil los declarará divorciados, levantante el Acta respectiva y hacien-  
 do la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se ---  
 comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han ---  
 liquidado su sociedad conyugal y entonces aquellos sufriran las penas ---  
 que establezca el Código de la materia".

El procedimiento voluntario administrativo para obtener el-  
 divorcio ha sido severamente criticado por Legos y Juristas. Estas criti-  
 cas han sido enfocadas tanto desde el punto de vista jurídico como desde

puntos de vista extrajurídicos, como pueden serlo el moral y el social.- En seguida, pasaremos a referirnos a algunas críticas que consideramos - revisten mayor importancia.

En primer término, ha sido combatido este procedimiento por la facilidad con que los cónyuges pueden disolver el vínculo que los une recordemos que se requirió una larga evolución jurídica-social para que se aceptara en nuestros medios jurídicos la mera disolubilidad del vínculo conyugal; existen aún diversas legislaciones extranjeras que se rehúsan a aceptar este principio. En general se ve al matrimonio como un --- contrato sui-géneris, en el que la autonomía de la voluntad de las partes no se puede regir tan absolutamente como en los contratos privados, - ya que se afectan intereses de naturaleza pública pues la familia constituye la célula misma de la sociedad y, el matrimonio, los cimientos sobre los que la familia está constituida. Siguiendo este razonamiento --- repugna a algunos la idea de que con formalidades mínimas se faculte a - los cónyuges a obtener, con gran premura y facilidad, la disolución del vínculo conyugal; esto, se piensa, desvirtúa la naturaleza misma del matrimonio, pues hace tan fácil y accesible su disolución que se presta a - que las personas tomen a la ligera las responsabilidades sociales que implica contraer matrimonio y formar una familia. Hemos reproducido, a --- grandes rasgos los razonamientos que respaldan a esta crítica que se hace al divorcio ante el Juez del Registro Civil, sin embargo, debemos --- anotar, que no respaldamos del todo esta corriente de opinión; no consideramos funcional este tipo de procedimiento, por algunas razones que ---

analizaremos más adelante, pero consideramos que el Estado no debe, so pretexto de tutelar la unidad familiar constreñir a los consortes a vivir respetando la formalidad de un vínculo que evidentemente no desean y que probablemente les repugna; de acuerdo con esto, entendemos la intención del Legislador de no poner demasiadas trabas a dos personas -- que siendo mayores de edad, son supuestamente responsables de sus actos-- y que además no tienen hijos que resulten afectados, ni existe controversia económica entre ellos. En estas circunstancias, estamos de acuerdo en que cuando los consortes desean disolver el vínculo matrimonial, se les facilite esto.

Otra crítica que se hace, al procedimiento de divorcio voluntario administrativo, es respecto a la posibilidad que tiene el representante del Estado, de disolver el vínculo conyugal con la mera solicitud y ratificación posterior de los divorciantes. Soslayando el interés público de mantener incólume la unidad familiar. Así, mientras que el Juez de lo familiar que conoce del divorcio voluntario judicial tiene la obligación de exhortar a los cónyuges a reconsiderar su decisión de divorciarse y tratar de avenirlos, en bien de la familia y de la sociedad, o el Juez del Registro Civil, sólo se limita a hacer constar la voluntad de los cónyuges y a declarar el divorcio.

Reiteramos, que las dos críticas planteadas con antelación, no van de acuerdo con el verdadero espíritu de la Ley, siendo éste, el no afectar intereses de terceros y dejar en plena aptitud a los

consortes de poner fin, de una manera paciente e informada su matrimonio que se encuentra totalmente destruido. Al respecto, debe decirse que, -- este tipo de divorcio, se compara con una mera rescisión de contrato, si bien, rebastida de solemnidad. El hecho de exigir, la ratificación de la voluntad de los cónyuges, de divorciarse, a los quince días de su primera comparecencia, es un rasgo de solemnidad con la intención de dar a -- los divorciantes, tiempo de reflexionar, evitándoles tomar una decisión precipitadamente, originada por una ira momentánea, transcurrido este -- término e insistiendo los cónyuges en su intención de divorciarse, impera en ese acto la soberanía de la voluntad.

El divorcio administrativo es un acto personalísimo de los -- cónyuges, ambos tienen que comparecer personalmente y no a través de representante legal; es competente el Juez del Registro Civil del domicilio de los cónyuges. En nuestro concepto consideramos, que existe una -- laguna en la Ley, con respecto a cual sería el Juez competente cuando -- los cónyuges vivan separados y tengan domicilios diferentes. Al respecto debe legislarse en el sentido de que será Juez competente, aquél que se encuentre dentro de la jurisdicción, donde la pareja de consortes tuvieron su último domicilio conyugal, o en su defecto y en atención a la protección de la mujer, deberá ser Juez competente, el domicilio que tenga el divorciante.

Para decretar este tipo de divorcio, la Ley exige a los cónyuges, acreditar mediante sus respectivos atestados del Registro Civil, --

estar casados y ser mayores de edad, y necesariamente, tener como mínimo un año de haber contraído matrimonio; haber liquidado la sociedad conyugal y no haber procreado hijos dentro de aquél. Es de observarse que, no se aportan otro tipo de probanzas, y en el supuesto de que los divorciantes se conduzcan con falsedad, esta conducta encuadraría en lo preceptuado por el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal; por consiguiente además de la responsabilidad penal en que incurren los divorciantes que se producen con falsedad, el Código Civil en su artículo 271 establece: "El divorcio así obtenido, no producirá efectos legales". Esto último ha suscitado el problema de si el divorcio así obtenido, esta afectado de inexistencia o nulidad absoluta; al respecto, el -- Jurisconsulto Eduardo Pallares opina: (32)

"El artículo 272 provoca el siguiente problema:

La sanción que establece tiene como efecto la inexistencia -- del divorcio o meramente su anulabilidad, la siguiente frase que emplea la norma parece referirse a su inexistencia cuando dice: "No surtirá -- efectos legales" o lo que es igual, no existirá dicho acto ante la ley.-- Sin embargo la cuestión es dudosa por que en el capítulo del Código -- Civil relativo a la inexistencia de los actos jurídicos, únicamente se --

(32) Pallares Eduardo. Op. Cit. pág. 43.

consideran inexistentes cuando falte totalmente el consentimiento de --- quien lo ejecuta o el objeto sobre los cuales recae (Art. 2224 del Código Civil), como en el caso no faltan esos requisitos el acto sólo cabe - considerarse como nulo de pleno Derecho".

Nosotros estamos de acuerdo con la tesis anteriormente transcrita del maestro Eduardo Pallares; efectivamente la inexistencia de un acto jurídico, no produce ningún efecto jurídico, y en el caso que nos ocupa, el sólo hecho de decretar divorcio, desde luego, produce efectos jurídicos, por lo que el divorcio así obtenido se encuentra viciado de nulidad absoluta.

Para concluir diremos que el divorcio voluntario administrativo, sólo está al alcance de los consortes que no han procreado hijos, - que han convenido libremente en disolver el vínculo conyugal que los une y que de común acuerdo han disuelto la sociedad conyugal y consecuentemente los daños que origina su separación son mínimos en cuanto a la sociedad se refiere; por lo que el divorcio aquí tratado, debe permanecer instruido en nuestra legislación, pero con la salvedad de que es necesario su reglamentación de una manera más amplia para evitar que existan lagunas que el legislador de nuestro Código Civil vigente, no previó.

### DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Este es otro tipo de disolución del vínculo conyugal que --- contempla nuestra legislación actual; tuvo su origen en Francia a fines del siglo XVIII, es decir, en la época de la Revolución Francesa (1789), fué reglamentado posteriormente por el Código Napoleónico en 1804, tratando de impedir que se abusara del mismo. En esa época ya se hablaba en su favor al afirmarse: "La presencia de causas reales ocultas, que los interesados preferían guardar en secreto, en vez de exhibir la vergüenza de sus intimidades, por lo cual debería dispensárseles no revelar los --- recónditos motivos de separación, justificando con ello, su existencia".

(33)

Desafortunadamente este tipo de divorcio se suprimió en la --- legislación francesa por lo que actualmente en ese país ya no existe --- dicha Institución.

En México el divorcio Voluntario Judicial inició su desarrollo a raíz de la expedición del Código Civil de 1870.

El Divorcio así tratado tal y como su nombre lo indica, consiste en que los divorciantes de común acuerdo ponen fin a su relación conyugal ante el Juez competente, conforme a lo dispuesto por los artículos 267 fracción XVII y el 272 párrafo último del Código Civil en vigor,

---

(33) Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. Colaboración de Georges Ripert. Vol. IV. Ediciones Cajica. 1946. pág. 68.

este último artículo en cita dice:

"Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, (los ya mencionados para el divorcio voluntario administrativo), pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles."

Por lo que, el artículo 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del fuero común del Distrito Federal, establece que el divorcio voluntario judicial debe tramitarse ante los Jueces de lo Familiar.

A mayor abundamiento encontramos que los artículos 674 a 682 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, disponen, que cuando los consortes convengan en divorciarse conforme al artículo 272 párrafo último del Código Civil, deberán ocurrir ante el Juzgado competente para presentar su solicitud de divorcio y el convenio que exige el artículo 273 de dicho ordenamiento, teniendo como anexos los atestados del Registro Civil correspondientes al matrimonio y al nacimiento de los hijos, habidos dentro del mismo.

El mencionado convenio a que se refiere el artículo 273, deberá contener los siguientes puntos, a saber:

I.- La 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 sobvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

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

IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como, la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo.

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

Si el convenio al que se alude, no reúne los requisitos transcritos, el Juez no podrá estar en aptitud de declarar el divorcio. En este divorcio, no existe Litis: generalmente no hay partes opuestas.

existe acuerdo de voluntades con respecto a la disolución del vínculo -- conyugal y demás cuestiones relativas al divorcio. Se afirma que, el divorcio en cita es un juicio; por la participación del Agente del Ministerio Público que funge como la otra parte dentro del juicio. La intervención de este funcionario se justifica por el carácter de orden público -- del procedimiento, tomando en consideración los intereses de familia que se plantean, sobre el todo el aspecto moral, económico y otro tipo de -- situaciones que resultan afectados. Es por ello que el Representante Social ya mencionado, otorga su aprobación o no del citado convenio.

Es de aclararse que, compete al Juez aprobar o rechazar el -- convenio de referencia; aún teniendo en contra las consideraciones del -- Agente del Ministerio Público, considerando éste último como una auténtica parte dentro del juicio, incluso por que puede interponer el recurso -- de apelación contra la resolución dictada por el Juez.

El divorcio voluntario judicial tiene la ventaja de que por su naturaleza misma, lleva implícita la tutela de los derechos de terceros inocentes, también el Ministerio Público hace valer los intereses de la sociedad, de este modo el daño que se causa es mínimo.

## DIVORCIO NECESARIO O CONTENCIOSO.

En nuestra Legislación encontramos otro tipo de divorcio, en el cual no existiendo un acuerdo de voluntades para su disolución y existiendo en el fondo causas graves, para continuar con el matrimonio, el Legislador estableció la facultad de exigir el divorcio en forma unilateral, a este tipo de divorcio, se le conoce como necesario o contencioso.

Para que tenga lugar el divorcio necesario o contencioso, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 267, ha establecido las siguientes causales:

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

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

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

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al --

otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia de la corrupción.

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

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

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

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

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

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

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir -- con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la Sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

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

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

XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y -- persistente de drogas enervantes cuando amenazan causar la ruina de la -- familia o constituyen un continuo motivo de desavenencias conyugales.

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del -- otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre -- que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de -- prisión.

XVII.- El mutuo consentimiento.

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

Para demandar el divorcio necesario o contencioso, se debe partir de la existencia de una causa justa de las que se establecen en los artículos 267 y 268 del Código Civil.

Toda causal que se haga valer debe ser probada a satisfacción del Juez para que éste pueda decretar el divorcio.

Ahora bien, para tramitar el divorcio, se necesita lo siguiente:

- 1.- La existencia de un matrimonio válido.
- 2.- La capacidad de las partes.
- 3.- La legitimación procesal.
- 4.- Promovido ante Juez competente.
- 5.- Causa fundada.
- 6.- Medida provisionales.

- 1.- Existencia de un matrimonio válido.-

Para que exista el divorcio, se requiere, necesariamente, un

matrimonio válido, por lo que, dicho matrimonio debe tener los requisitos de validez que son:

- a).- Capacidad de las partes.
- b).- Ausencia de vicios en la voluntad.
- c).- Licitud en el objeto, fin o condición en el acto;
- d).- Solemnidad.

## 2.- Capacidad de las partes.

Entendemos por capacidad de goce, aquella donde el sujeto es apto de ser titular de derechos y obligaciones. Y por capacidad de ejercicio la facultad de ejercitar esos derechos y obligaciones por si mismo.

De donde se concluye que sólo los cónyuges mayores de edad y con capacidad jurídica plena pueden promover el divorcio. Los que sean menores de edad, aunque por el matrimonio se hayan emancipado, necesitan durante su minoría de edad, de un tutor para negocios judiciales; así lo establece el artículo 643 fracción II del Código civil para el Distrito Federal, por lo que tiene capacidad de goce más no de ejercicio.

## 3.- La legitimación procesal.

Se define ésta, como la posición legal específica frente a ciertos bienes e intereses que se dé a las personas en un juicio; desde

este punto de vista las personas en un juicio de divorcio, son los cónyuges que pretenden divorciarse, únicos que tienen interés jurídico personalísimo, en obtener la disolución del vínculo matrimonial. (34)

#### 4.- Promovido ante Juez competente.

El artículo 156 fracción XII del Código de Procedimientos -- Civiles para el Distrito Federal establece....."En los Juicios de Divorcio, el Tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, -- el domicilio del cónyuge abandonado". Por lo que todas las controversias del orden familiar, se dilucidan ante un Juez de lo Familiar y este es -- el único competente para conocer del juicio de divorcio. Lo anterior es también, no obstante las últimas reformas al mencionado Código de Procedimientos Civiles que establece....."fracción XIII.- En los juicios de alimentos el del domicilio del actor o demandado a elección del primero" publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día tres de enero de 1990.

#### 5.- Causa fundada.

Para demandar el divorcio necesario o contencioso se debe -- invocar la existencia de una causal de las que se establecen en los -- artículos 267 y 268 del Código Civil vigente. La causal que se haga --

---

(34) Ramírez Valenzuela Alejandro. Elementos de Derecho Civil. Edit. -- Limusa. Cuarta Edición. Méx. 1984. pág. 89.

valer, debe ser probada a satisfacción del Juez, para que este pueda decretar dicho divorcio.

#### 6.- Medidas provisionales.

Promovida la demanda de divorcio, el Juez tomará ciertas medidas con el fin de asegurar el bienestar de los propios cónyuges como de los hijos; además de la sociedad conyugal, si bajo ese régimen económico se casaron.

Así, el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, estableció: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dura el juicio — las disposiciones siguientes; y para el caso describe dicho artículo en sus seis fracciones las medidas provisionales que deben tomarse en caso de divorcio. Con el mismo fin el artículo 275 del mencionado Código establece también medidas provisionales.

## C A P I T U L O III

## DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

## A).- MEXICO PRECOLONIAL.

Sabemos que, entre las culturas Indígenas, especialmente --- entre los Aztecas, el matrimonio podía disolverse; en consecuencia, el --- divorcio estaba reconocido y reglamentado, aunque resultara difícil obte--- nerlo.

La Ley XVII de Netzahualcōyotl, recogida por Ixtlixōchitl --- establecía: "Que si alguna persona fuese casada y la mujer se quejase --- del marido y quisiese descasarse; que en tal caso los hijos que tuviese --- en ella el marido, los tomase y los bienes fuesen perdidos por iguales --- partes, tanto el uno como el otro; entiéndase, siendo culpable el mari--- do". (35)

El divorcio se entendía como separación de cuerpos; se acep--- taba por la ley a pesar de que no estuviera declarado Judicialmente. El --- marido estaba facultado para pedir a los tribunales la declaración judi--- cial del divorcio cuando la mujer observaba mala conducta, era pendencie--- ra, impaciente, descuidada, perezosa o estéril.

Cuando el marido, fundándose en una de las causales ya enun--- ciadas; acudía ante el jefe de la tribu que comandaba y éste junto con ---

---

(35) Zurita Toscano Salvador. Derecho y Organización Social de los Azte--- cas, México 1937. pág. 47.

los ancianos que formaban la comunidad trataban de procurar la reconciliación, si no la conseguían, declaraban el divorcio, más bien dicho, -- concedían al marido la autorización de repudiar a la esposa.

El repudio, sin este tipo de autorización, era castigado con la pena infamante de chamuscar los cabellos al marido.

El autor Régulo Hernando Rodríguez, dice al respecto: "Un -- hombre no podía repudiar a su mujer sin la autorización de los magistrados. Se debía presentar delante de ellos y exponer sus motivos. Los Jueces lo exhortaban a la concordia y trataban de disuadirlo; si persistía en su intención y sus motivos eran suficientes, se le permitía separarse de su mujer pero no se sancionaba su divorcio. Una vez separado no podría volver a tomar a la mujer repudiada". (36)

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

El régimen patrimonial del matrimonio era el de separación -

---

(36) Hernando Rodríguez Regulo. Organización Política Social, Económica y Jurídica de los Aztecas. México 1958. pág. 111.

de los bienes y tenía su origen en las dotes que cada uno de los cónyuges aportaban al matrimonio. En caso de divorcio se daba a cada divorciante lo que le correspondía, el cónyuge culpable perdía la mitad de la dote, en favor del inocente, que aportaba al matrimonio.

En cuanto a los hijos que se habían procreado, cuando se producía la separación de Cónyuges, se reglamentaba por lo general, de la siguiente forma: Los hijos varones correspondían al padre y las hijas quedaban con la madre.

Entre los indígenas de Texcoco el divorcio era mal visto, por eso los Jueces trataban de reconciliar a los cónyuges diciéndoles que recordaran el cariño con que se habían casado y que procuraran por sus padres y parientes que habían tenido a bien casarlos y que serían muy notados por el pueblo; reprendiendo severamente al culpable. (37).

Entre los Mayas era común encontrar la poligamia en la clase guerrera, la infidelidad de la mujer, era causa de repudio, si en el caso había hijos, estos quedaban con la madre y la mujer repudiada podía busarse con otro hombre y aún volver con el primero. Había mayor facilidad para tomarse o dejarse. (38)

---

(37) Pomar y Zurita. Relación de Texcoco y la Nueva España. Editorial Salvador Chávez Hayhoe. México 1940. pág. 101.

(38) Balleca J. y Cía. México a través de los Siglos. Sucesores Editores. México. tomo II. pág. 152.

Las quejas de repudio, se pedían al gran sacerdote llamado - Petamuti; éste, las primeras tres veces los amonestaba reprendiendo al - culpable, y a la cuarta decretaba el divorcio, en caso de adulterio en - la mujer ésta era entregada al tamuti y la mandaba matar; si la culpa -- era del varón, los parientes de la mujer la recogían y la casaban con -- otro.

#### B).- EPOCA COLONIAL.

Durante la colonia, estuvieron vigentes en México las legis- laciones relativas a matrimonio y divorcio vigente en España. Puede de-- cirse, que esta reglamentación deriva directamente del Derecho Canónico, que ya hemos tratado. Las siete partidas se ocupan del divorcio en el -- Título Noveno, se autoriza el divorcio por causa de adulterio, la anula- ción cuando el matrimonio se hubiese celebrado no obstante existir un -- impedimento dirimente y, no se reconoce, en ninguno de los casos mencio- nados la disolución del vínculo. A pesar de no hacerse mención de ello - en las Siete Partidas. Se admitía la disolución del vínculo en los casos que se admitía para el Derecho Canónico y que ya nos hemos referido, en la presente tesis.

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

Durante la Reforma, se establece la independencia de los -- negocios del Estado respecto de los eclesiásticos, convirtiendo, al matrimonio en un contrato civil. El 23 de julio de 1859 se publica un Decreto que establece, el carácter civil no eclesiástico del matrimonio. -- Dicho Decreto establece en su artículo primero: "El matrimonio es un -- contrato civil que se contrae lícita y validamente ante la autoridad -- civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley se presenten ante aquellas y exprese libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio." (39)

Sin embargo, el mencionado decreto mantiene la actividad -- clerical de indisolubilidad del matrimonio, estableciendo en su artículo cuarto: "El matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente, sólo la -- muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo pero -- podrán los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo veinte de esta ley. Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas". (40)

Durante el segundo Imperio Mexicano, Maximiliano, sigue los -- mismos criterios respecto del carácter civil del vínculo conyugal, en el

---

(39) Cita por Magallón Jorge Mario. El matrimonio. Editorial Tipográfica Editora Mexicana, México. pág. 45.

(40) Ibidem. Op. Cit. pág. 45 y 46.

Decreto 189, artículo 86, establece:

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

La infracción de este artículo será castigada con una multa de \$100.00 M.N. a \$1000.00 M.N., en que incurran cada uno de los cónyuges, el sacerdote que autorice el matrimonio, los testigos y todos los que hayan contribuido a la celebración del acto. El Estado considera como uniones concubinarias los matrimonios que no se celebren con arreglo a las prevenciones en esta ley y no reconoce en ellos la patria potestad, la legitimación de los hijos, ni ningún otro de los efectos civiles del matrimonio";

Durante los años de la Reforma, Don Benito Juárez, en su carácter de Presidente de la república, encargó a Don Justo Sierra, la elaboración de un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal; el Doctor Sierra se inspiró para la redacción del mismo en el proyecto que para el Código Civil Español formulara Don Florencio García Goyena, quien a su vez se basó en el Código Napoleónico. Dicho proyecto fué publicado bajo el Imperio de Maximiliano, pero no fué sino hasta el 8 de diciembre de 1870 cuando se promulgó el primer Código Civil para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California.

## C).- CODIGO DE 1870.

El Código Civil promulgado en 1870, entró en vigor el día — primero de marzo de 1871. Por lo que se refiere al divorcio, debemos — apuntar, que el Código de 1870 no admitía el divorcio vincular, sino tan sólo la separación de cuerpos entre los cónyuges, permaneciendo subsis— tente el vínculo conyugal y todas las obligaciones derivadas del mismo, — y dejando a los cónyuges sin posibilidad de contraer un nuevo matrimonio

El artículo 239 del Código Civil de 1870 establece que: " El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones de este Código".

En el artículo 240 de dicho Código Civil se exponían las — causales con base en los cuales podía obtenerse la separación y que eran

- 1.- El adulterio de uno de los cónyuges;
- 2.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando — el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquiera otra remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.
- 3.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para come— ter delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

- 4.- El connato del marido a la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción.
- 5.- El abandono sin justa causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años;
- 6.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro."

A las causales ya anotadas debemos agregar la que el Legislador del 70 estableció en el artículo 244.

"Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio, o la nulidad del matrimonio, por causas que no haya justificado, o haya 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."

Como comentario a la disposición que acabamos de enunciar, - Don Manuel Mateos Alarcón escribió: (41)

"La calumnia lastima y dispone los ánimos y entre los consortes viene a extinguir el afecto, y hacer odios y 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

---

(41) Mateos Alarcón Manuel. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Librería de J. Valdéz y Cuevas. México 1835. pág. 124.

causa sea un medio de obra inconsiderado. Ha querido que la esperanza, - aunque remota, de una reconciliación encuentre apego en la ley, y a este fin prohibió que se puede ejercitar la acción del divorcio por la causa indicada, antes de cuatro meses desde la notificación de la sentencia".

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

"Al examinar esta delicada materia, surgió una cuestión gra- ve en su esencia y grave en sus resultados; el divorcio voluntario. La - primera impresión que deja en el alma este pensamiento, lo es totalmente desfavorable, porque no sólo parece poco moral sino contrario a los fi- nes del matrimonio y perjudicial para los hijos y para los mismos conyu- ges. Pero si penetrando al hogar doméstico, se examina concienzudamente- la horrible situación de dos personas que ya no pueden vivir juntas; 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 desacuer- do. Por otra parte, cuando ese desacuerdo, llega al extremo de hacer -- conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de -- las que autorizan el divorcio. Algunas veces sucederá lo contrario; pero

la experiencia nos prueba que solo el desamor, aunque terrible por sí mismo, casi nunca inspira a los consortes la idea de separarse. Lo más probable es que no quieran 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 practicamente cambia de aspectos; y el divorcio voluntario es, ya no un bien, un mal mucho menor porque corta -- la deshonra de la familia y los malos ejemplos de la desaveniencia 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 cualquier hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de -- los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleran el momento de la reconciliación." (42)

Una disposición curiosa, con el probable intento, por parte del legislador, de restringir el uso abusivo del divorcio voluntario, es la contienda en el artículo 247 del Código al que nos hemos venido refiriendo y que a la letra dice:

---

(42) Ibidem. Op. Cit. pág. 125.

"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".

Es de vital importancia el señalar que el plazo límite para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, quedada restringido a la edad que se menciona y a pasados dos años de que se inició el -- matrimonio; por lo que respecta al divorcio necesario la acción correspondiente, sólo podría ejercitarse dentro del término de un año, contado a partir del momento en que hubieran llegado al conocimiento del cónyuge ofendido los hechos constitutivos de la causal correspondiente.

El veinticinco de septiembre de 1873, durante el gobierno de Don Sebastián Lerdo de Tejada, el carácter civil del matrimonio se eleva a norma constitucional. Con esta base, el catorce de diciembre de 1874, se publica la Ley Orgánica del matrimonio civil, que establece en su -- artículo 23:

"Corresponde a los Estados legislar sobre el estado civil de las personas y reglamentar con que los actos relativos deben celebrarse y registrarse, pero sus disposiciones deberán sujetarse a las siguientes bases:

...IX El matrimonio Civil no se disolverá más que por la -- muerte de uno de los cónyuges, pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que serán determinadas por el legislador

sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona." (43)

D).- CODIGO CIVIL DE 1884.

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

En su artículo 227 se establecen la causales de divorcio necesario (separación necesaria), aceptando las fijadas por el Código de 1870 y agregando alguna más, por lo cual quedaban enumeradas de la siguiente manera:

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

---

(43) Magallón Ibarra Jorge Mario. Op. Cit. pág. 174.

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

4.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque sea de incontinencia carnal;

5.- El connato del marido o la mujer para corromper a los hijos o la tolerancia en su corrupción.

6.- El abandono del domicilio conyugal sin causa justa 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 intente el divorcio.

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

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

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

10.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez.

11.- 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.

12.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

### 13.- El mutuo consentimiento.

Para el caso de que los cónyuges desearan disolver el matrimonio voluntariamente, deberían acudir ante un Juez competente, para que mediante procedimiento seguido ante él mismo, pudiera ser declarado legalmente el divorcio (separación).

### E).- LEYES DIVORCISTAS DE VENUSTIANO CARRANZA.

En el año de 1914, cuando sólo Venustiano Carranza era jefe de una de las fracciones del ejército en plena guerra Civil; expide casi simultáneamente dos decretos: uno del 29 de diciembre de 1914 y otro del 15 de enero de 1915, por los que introduce a México el DIVORCIO VINCULAR y suprime de este hecho el primer elemento esencial que le había dado Benito Juárez al contrato de matrimonio civil. Esta intempestiva amputación de la indisolubilidad del matrimonio fué confirmada más tarde tanto en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como en el vigente Código Civil, ya que ambos reglamentan el divorcio vincular como un logro definitivo de la revolución hecha gobierno". (44)

El decreto del 29 de diciembre de 1914, en la exposición de motivos se decía que si el objeto esencial del matrimonio es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda son los

---

(44) Sánchez Meda Ram6n. Un nuevo Matrimonio Civil y el Pacto de Indisolubilidad. Editorial Porrúa, S.A. México 1972. pág. 14

contrayentes quienes van a soportar esas cargas de la vida, desgraciadamente no siempre alcanzaban los fines por los cuales se contrajo éste. -- Después de alegó que, de acuerdo con el principio establecido por las -- Leyes de Reforma, que el matrimonio era un contrato civil formado por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba --- subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan ---- causas que hagan difícilmente irreparable la desunión consumada ya por -- las circunstancias.

Con base en estas y otras argumentaciones semejantes, el derecho preveía lo siguiente:

" Artículo 1. Se reforma la fracción IX del artículo 23 de -- la Ley del 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretada el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

Fracción IX.- El matrimonio podrá disolverse en cuando al -- vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que haga imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan --- irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Artículo 2.- Entre tanto se establece el orden constitucio--

nal de la república, los Gobernadores de los Estados, quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles las modificaciones necesarias a fin de que esta Ley pueda tener aplicación.

Transitorio.- Esta Ley será publicada por bando y pregonada. Comenzará a surtir sus efectos desde esta fecha". (45)

#### F).- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

El 9 de abril de 1917, Don Venustiano Carranza en su carácter de primer Jefe del Ejército Constitucionalista, expide la Ley sobre Relaciones Familiares en el Puerto de Veracruz. Esta Ley marca el principio de un nuevo capítulo en la vida jurídica mexicana en materia de divorcio; en ella se establece que el matrimonio es un vínculo disoluble y permite, por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias.

Hemos visto como, hasta este momento, las diversas legislaciones que en un tiempo u otro habían regulado el matrimonio como indisoluble y, contemplaban el divorcio como una simple separación de cuerpos que dejaba subsistente el vínculo conyugal. A partir de este ordenamiento, empieza a reglamentarse al matrimonio como un acto jurídico de carácter disoluble aceptando así, una postura diametralmente opuesta a la que tradicionalmente se había sostenido.

---

(45) Cita por Rojina Villegas Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa Hermanos y Cía. S.A. México 1980. pág. 67.

Así encontramos que en su artículo trece la Ley sobre Relaciones Familiares establece un nuevo concepto de la figura del matrimonio en los siguientes términos:

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

Como consecuencia de la mutación en cuanto a la disolubilidad del matrimonio, se produce lógicamente un cambio en la figura jurídica del divorcio apareciendo en el Derecho Mexicano el divorcio vincular así, en el artículo 75 del ordenamiento de referencia se dispone: -- "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

El artículo 76 de la propia Ley de Relaciones Familiares -- dispone: son causas de divorcio:

- 1.- El adulterio de uno de los cónyuges.
- 2.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente fuese declarado ilegítimo.
- 3.- La perversión moral de alguno de los cónyuges demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando se demuestre que haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia --

carnal; por el connato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral-tan grave como los anteriores.

4.- Ser cualquiera de los cónyuges incapáz para llenar los fines del --- matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable o cualquiera otra enfermedad crónica incurable, que sea además, contagio sa o hereditaria.

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

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

7.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquellos sean de tal natura leza que hagan imposible la vida en común.

8.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra otro, por deli- to que merezca pena mayor de dos años de prisión.

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

10.- El vicio incorregible de la embriaguez.

11.- 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 señalado en la ley una pena que no baje de un año de prisión.

12.- El mutuo consentimiento."

El artículo 79 de la ley en cuestión, reproduce lo preceptuado por los Códigos Civiles de 1870 a 1884 en sus artículos 244 y 230 — respectivamente. El mencionado artículo 79 dice a la letra:

"cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio, por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; — pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la — última sentencia. Durante esos tres meses la mujer no puede ser obligada a vivir con el marido".

Como puede observarse en la reproducción del texto legal al que acabamos de referirnos, el término que debe dejarse transcurrir para ejercitar la acción de divorcio derivada de esta causal es de tres meses es decir, se reduce el término con relación a los Códigos de 1870 y — 1884.

El artículo 83 de la Ley de Relaciones Familiares establece—

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

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

Consideramos que, la Ley de Relaciones Familiares es, en — cuanto a sus tendencias y los criterios que sostiene, el antecedente — directo de nuestra legislación vigente; no sólo porque la haya precedido cronológicamente; sino porque rompe con las tendencias anteriores estableciendo nuevos criterios que se conservan hasta nuestros días.

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

El maestro Eduardo Pallares, comentando la Ley sobre Relaciones Familiares escribió:

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

Sólo son comparables a esta Ley, por su importancia política y social, los artículos 3, 123 y 130 de la flamante Constitución; pero mientras estas normas han provocado intensas discusiones, comentarios periodísticos, conferencias y críticas de todo género, la Ley de Relaciones Familiares ha pasado inadvertida, se ha deslizado suavemente; algunos la han recibido con cierta sonrisa irónica. La verdad es que llega un virus destructor de primer orden". (46)

---

(46) Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1964. pág. 35 y 36.

## G).- CODIGO CIVIL VIGENTE.

El 30 de agosto de 1928, fué promulgado por el entonces ---  
Presidente de la República Plutarco Elías Calles, el Código Civil vigen-  
te de conformidad con su artículo primero transitorio, el Presidente de  
la República Pascual Ortiz Rubio dispuso por decreto del 29 de agosto de  
1932, que entrara en vigor el 1° de octubre de dicho año.

La comisión redactora de dicho Código estuvo integrada por -  
Francisco H. Ruiz, Ignacio García Téllez, Rafael García Peña y Fernando-  
Moreno.

El Código Civil de 1928 deroga, en los términos de su artícu-  
lo noveno transitorio, la Ley sobre Relaciones Familiares; en este Códí-  
go en su artículo 266, se reproduce el artículo 75 de la Ley sobre Rela-  
ciones Familiares, y se dispone que:

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

En cuanto a las causales que producen el divorcio, el artícu-  
lo 267 de dicho Código, nos describe las siguientes:

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

II.- El hecho de que la mujer dé a la luz, durante el matrimonio, un hi-  
jo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea  
declarado ilegítimo.

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

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

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

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

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

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

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

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de suer

te, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia.

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

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sea justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

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

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

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

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal

acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento.

XVIII.- La separación de los cónyuges por mas de dos años independiente-  
mente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser in-  
vocada por cualquiera de ellos.

## C A P I T U L O IV.

Consecuencias jurídicas que produce el divorcio que se decreta con base en el artículo 267, fracción XVIII del Código Civil para el Distrito Federal.

A).- Análisis de la inexigibilidad de daños y perjuicios o de la restitución a que se refiere el artículo 286 del Código Civil.

El artículo 267 fracción XVIII, en cita, estatuye:

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

Antes de entrar en detalle, respecto a la restitución a que se refiere el artículo 286 del multicitado Código Civil, resulta obligado analizar los presupuestos de la acción del divorcio necesario; presentando las siguientes características:

- 1.- Es una acción sujeta a prescripción, excepto las causales de tracto-sucesivo.
- 2.- Es personalísima.
- 3.- Se extingue por la reconciliación o perdón.
- 4.- Es susceptible de desistimiento.

5.- Se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, ya sea antes de ser ejercitada la acción o en el transcurso del juicio.

6.- Sólo podrá promoverse por el cónyuge inocente o sano según sea el caso, a excepción de la causal que se examina.

7.- Es una acción declarativa, de condena y constitutiva.

#### 1.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO.

Al efecto el Código Civil establece: El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa de él y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos en que se funda la demanda.

Para la procedencia de la acción de divorcio, ésta deberá de ser ejercitada dentro de los seis primeros meses que sigan a la realización de la causal de que se trate, a excepción de las causales llamadas de tracto sucesivo, en las que la prescripción no opera.

#### 2.- CARACTER PERSONALÍSIMO DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO.

Ninguna persona que no sean las facultadas por la ley pueden ejercitar la acción de divorcio; sin embargo en nuestro derecho existen dos casos en los que se permite la intervención de terceros:

A).- En el menor de edad en que su desición de divorciarse - es personal, pero tendrá que hacer valer la acción asistido por su tutor o tutriz.

B).- Otro caso es el estado de interdicción del cónyuge --- inocente, aquí no se trata de asistencia, sino de representación jurídica legal.

### 3.- LA ACCION DE DIVORCIO SE EXTINGUE POR RECONCILIACION O PERDON EXPRESO O TACITO.

La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio cuando es expreso, es decir, cuando el cónyuge inocente lo manifiesta de una manera fehaciente ante la autoridad que conoce de dicho juicio; y tácito, cuando se deduce con hechos o actos que hagan presumible dicho perdón.

### 4.- LA ACCION DE DIVORCIO PUEDE SER OBJETO DE DESISTIMIENTO.

Al respecto el artículo 281 de la Ley sustantiva en cita --- dispone: "El cónyuge que no haya dado causa al divorcio, puede antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio prescindir de sus derechos y obligar al otro a que se reúna con él...."

De lo que se deduce que la acción de divorcio, podrá ser ---

objeto de desistimiento.

5.- LA ACCION DE DIVORCIO SE EXTINGUE POR LA MUERTE DE  
CUALQUIERA DE LOS CONYUGES.

Se considera innecesario continuar en un juicio de divorcio, si la disolución del vínculo matrimonial se produjo por la muerte de uno de los cónyuges. A mayor abundamiento el artículo 290 del Código Civil - dice: "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio".

6.- SOLO PODRA PROMOVERSE POR EL CONYUGE INOCENTE O SANO,  
SEGUN EL CASO, A EXCEPCION DE LA CAUSAL QUE SE EXAMINA.

El artículo 278 establece: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él".

Por su parte el artículo 269 dice: "cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge...."

Así mismo el artículo 277 del Código citado dispone: "El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causales 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....."

De donde se concluye que sólo el divorcio necesario podrá -- pedirse por el cónyuge no culpable o inocente; sin embargo, con la aparición de la fracción XVIII del artículo 267, se rompe por completo esta regla que tradicionalmente había conservado nuestra legislación civil en materia de divorcio, y sorpresivamente autoriza tanto a los culpables -- como a inocentes a pedir la disolución del vínculo conyugal.

7.- ES UNA ACCION DECLARATIVA, DE CONDENA Y CONSTITUTIVA.

Decimos que es declarativa, porque sus efectos son declarar la disolución del vínculo conyugal, de condena porque obliga al culpable a cumplir algunas prestaciones que la ley establece, y constitutiva, por que da origen a un nuevo estado civil de los divorciados.

Los efectos de la sentencia que decreta el divorcio, comúnmente son:

- 1.- La pérdida de la patria potestad respecto de los hijos menores e incapacitados.
- 2.- La satisfacción de alimentos en favor del cónyuge inocente.
- 3.- Pérdida de bienes que se hayan dado o prometido, en favor del inocente.
- 4.- Disolución de la sociedad conyugal si bajo ese régimen se casaron.
- 5.- Con respecto al culpable, impedimento de contraer nuevas nupcias por

un tiempo perentorio.

6.- Responder por daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente.

1.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, por lo que el juzgador gozará de todas las facultades para resolver lo relativo a derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, limitación, suspensión según el caso y en especial al cuidado y custodia de los hijos. Lo anterior se desprende del contenido del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal.

2.- El cónyuge culpable, tendrá la obligación de contribuir para el pago de alimentos en favor del inocente. Así lo estatuye el artículo 288 del Código en consulta.

3.- El cónyuge culpable perderá todo lo que hubiera dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a este. Al efecto nos habla el artículo 286 del Código Sustantivo Civil.

4.- Ejecutoriado el divorcio, se procederá 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. Artículo 287 del Código Civil.

5.- El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse sino después de dos años a contar desde que se decretó el divorcio. Artículo 289 del Código Civil.

6.- Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito, artículo 288 del Código Civil.

Como hemos dicho, para promover un divorcio necesario, es tradicional que lo promueva el cónyuge que no haya dado causa a él, es decir, el cónyuge inocente; así lo había venido sosteniendo nuestra Legislación Civil en materia de divorcio necesario.

Sin embargo con la aparición de la fracción XVIII del artículo 267, que dá origen a una nueva causa de divorcio, nos inclinamos por afirmar que, se rompe por completo con la temática del divorcio, que venía siendo una especie de condena a la falta de cumplimiento de las obligaciones matrimoniales.

Es decir, con esta nueva causal, consideramos que se destruye por completo con el espíritu vincular del matrimonio y nos acercamos cada vez más a los matrimonios de facto; ya que para la procedencia de esta causal, el autor sólo tendrá que acreditar que se encuentra separado de su consorte por más de dos años. Situación que no debe de prevalecer en nuestra legislación, ya que, si consideramos al divorcio necesario como una sanción al culpable; es ilógico sostener el criterio de la causal que se examina, porque como se ha dicho, basta que cualquiera de los consortes se separe de su cónyuge por más de 2 años para poder obtener así su divorcio, dejando en consecuencia en un estado de indefensión

tanto al presunto cónyuge abandonado o separado de hecho, así como los hijos menores e incapacitados procreados dentro del matrimonio.

a).- Análisis de la inexigibilidad de daños y perjuicios o de la restitución a que se refiere el artículo 286 del Código Civil.

El artículo 286 del Código Civil dispone: "El cónyuge que -- diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste, el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho".

Sostenemos reiteradamente que en la aplicación de la causal- que se examina, es improcedente lo establecido por el artículo 286 del - Código Civil vigente, toda vez que al decretar el Juez el divorcio necesario, tendrá también que determinar que el régimen económico de los -- cónyuges ha terminado y procederá a la división de los bienes comunes, - si es que el régimen económico fué el de sociedad conyugal; para hacerlo se basará en que existe un culpable que obra de mala fé y un cónyuge --- inocente que obra de buena fé.

"Respecto a la distribución de los gananciales, conviene apun- tar que aún cuando el artículo 261 ordena que el cónyuge inocente se le entreguen íntegramente los productos todos de la sociedad, creemos que -

esto sólo sucederá si no hubiera hijos, pues de haberlos les corresponde a ellos la parte del cónyuge que obró de mala fé, según lo ordena el artículo 201 del Código Civil.

En cuanto al cónyuge de mala fé, no tendrá parte en las utilidades.

En cambio, si ambos consortes actuaron con malicia este hecho impide la repartición de los productos de la sociedad, pues los mismos corresponden a sus hijos y sólo en el caso de que no los hubiere se repartirán en proporción a lo que cada uno llevó al matrimonio, según -- disposición del artículo 202.

El precepto contenido en el artículo 202 constituye una sanción para los que han procedido de mala fé, pues les dá el tratamiento de una sociedad civil, al establecer que los beneficios se reparten en proporción a lo aportado, haciendo a un lado el principio de la affectio Maritatis que regentea a la sociedad conyugal". (47)

Viéndolo de esta forma, en la causal en estudio, esto será -- muy difícil de poder determinar, ya que el Juez tendrá que decretar una situación jurídica de igualdad respecto a la buena o mala fé con que se condujeron los cónyuges, máxime que nos encontramos ante una causa de -- divorcio sin culpable, es decir sin cónyuge que haya dado causa a el; --

---

(47) Martínez Arrieta T. Sergio. El Régimen Patrimonial del Matrimonio - en México. Editorial Porrúa, S.A., México 1985. pág. 153.

por lo que nunca se podrá aplicar en este tipo de divorcio, lo establecido en el artículo 286 del Código Civil, no obstante de que la causal mencionada, tenga una tramitación similar a la de cualquier otra causa de divorcio, donde los contendientes o sea los consortes litigan por una causa, que será el no ser declarados cónyuges culpables y perder así, buena parte de sus bienes llevados al matrimonio.

b).- Análisis de la situación jurídica de los hijos menores e incapacitados en base a la causal que se examina.

Uno de los puntos más importantes que debe resolverse en el juicio de divorcio, es el relativo a la situación en que han de quedar los hijos después de que el matrimonio se haya disuelto.

El ilustre maestro Don Eduardo Pallares, en su obra el Divorcio en México, para el caso, comenta lo siguiente:

"Cuando una causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV, XV, del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. si los dos fueran culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará Tutor, los casos que se mencionan en las fracciones transcritas, implican de parte del cónyuge culpable la gran inmoralidad, por lo cual el Legislador lo despoja de la patria potestad y encomienda el cuidado de los hijos al cónyuge ino-

cente, pero como pudiera darse el caso que los dos conyuges fuesen culpables y se demandasen mutuamente el divorcio necesario, la Ley ha previsto esta posibilidad y para tal caso ordena que los hijos quedarán al cuidado del ascendiente que en defecto de los padres deba ejercer la patria potestad, faltando ascendientes se les nombrará un tutor". (48)

Al respecto consideramos que efectivamente cuando se trata de dichas causales y atendiendo al caso concreto se deberá condenar al culpable a la pérdida de la patria potestad, sin embargo con la causal que se examina, esto resulta imposible de poder determinar, tomando en consideración que para la obtención del divorcio, con base a la fracción que analizamos, no se observará la conducta de los consortes, sino que bastará la mera separación de cuerpos por dos años para poder así obtener el divorcio, en consecuencia no se atiende a la inocencia o culpabilidad de quien lo promueve dejando a los hijos en un completo abandono, ni la Ley ni el Juez podrán determinar sobre la pérdida o suspensión de la patria potestad, por lo que en estos tipos de divorcio ambos cónyuges conservarán, necesariamente la misma, ya que ninguno será culpable del divorcio y los hijos quedarán, en nuestro concepto, en pleno abandono físico y emocional.

Lo anterior resulta del análisis sencillo que se haga de la situación de los menores, porque los mismos, sólo quedarán bajo el

---

(48) Pallares Eduarco. El Divorcio en México. Quinta edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1987. Pág. 104.

amparo de quien los tenga en su posesión y si atendemos a que el padre -- divorciado no obstante de conservar la patria potestad de sus menores -- hijos o incapacitados durante su matrimonio nunca fué responsable de los hijos ni de su cónyuge porque estuvo ausente por dos años continuos o -- más, menos lo hará para la formación integral de sus menores hijos e incapaces una vez obtenido su divorcio.

Es importante en este apartado analizar detenidamente, la -- fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Fede-- ral, por que con ella se contiene una novedad para el Derecho Mexicano, -- toda vez, que consideramos que se rompe con el molde tradicional que en -- materia de divorcio venía existiendo; considerándose al divorcio, como -- una sanción al incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, previa -- mente establecidas en la ley, dicha fracción dice:

"Artículo 267.- Será causa de divorcio: Fracción XVIII: "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del -- motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos".

Consideramos que en el caso que nos ocupa existe un contra-- sentido ya que se ha dicho reiteradamente que el Estado tiene especial -- interés en conservar la unidad familiar; es decir, el matrimonio; sin -- embargo al invocar la causal de la fracción XVIII del artículo en cita --

tal parece que se dá facilidad a los divorciantes para lograr con la mayor rapidez el divorcio, y si se toma en consideración que es una causal Sui-Géneris de reciente incorporación al derecho, es por ello que sustentamos la tesis en el sentido de que, para evitar injusticias que pudieran generarse, es necesario agregar otros elementos o requisitos a lo que establece dicha causal para evitar posibles víctimas de la injusticia, que en este caso serían, en última instancia, los hijos menores e incapaces. Por otra parte podría darse el caso que un cónyuge por razones imperiosas se separara de su consorte por más de dos años, ya fuera por razones de trabajo, de paseo, de tratamiento médico y que en el fondo hubiere en apariencia buenas relaciones y que a la postre se promoviera el divorcio en base a la separación de su consorte originada por la temeraria y mala fé de uno de ellos aquí estaríamos en presencia de una injusticia, y sin embargo encuadrando dicha conducta en el derecho, bastaría esto para que el Juzgador basado en pruebas irrefutables e indubitales dicte una sentencia donde entrarían en conflicto el derecho y la justicia.

Con el ejemplo y la exposición sonera, vertidos en líneas anteriores, afirmamos que la causal tantas veces citada, dá origen al abandono inesperado, tanto de los hijos menores e incapaces, como del otro cónyuge que quizá no provocó la separación y consecuentemente dá lugar a un divorcio también inesperado, en donde ninguno de los dos resulta afectado en su esfera jurídica, porque ambos resultan según la Ley inocentes de su divorcio.

C).- Análisis de los aspectos relativos a custodia, ejercicio de la patria potestad y la situación alimenticia entre los divorciados con base a la fracción de que se trata.

De acuerdo al enunciado anterior pueden presentarse las siguientes situaciones: Que los cónyuges se hayan puesto de acuerdo sobre las personas a cuyo cuidado han de quedar los hijos durante la tramitación del juicio, o por lo contrario, no haya conformidad sobre este punto. En el primer caso se estará a lo convenido por los cónyuges y al parecer, la ley no faculta al Juez para obrar en sentido contrario. En el segundo supuesto en defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pide el divorcio, propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos.

"En la práctica de nuestros tribunales, con frecuencia sucede que el Juez, sin substanciar ningún incidente ni oír al cónyuge demandado, designa a la persona que tendrá durante el juicio la guarda y cuidado de sus hijos, tal manera de proceder es atentatoria y violatoria del artículo 14 Constitucional, por que, además de pasar por alto lo que ordena el artículo 282, despoja al cónyuge demandado de la posesión de sus hijos sin haberlo oído previamente". (49)

Estamos de acuerdo con la tesis emitida por el ilustre maes-

tro Eduardo Pallares; sin embargo, opinamos que, más que una violación a las garantías del cónyuge demandado, se produce también un daño a los -- hijos menores e incapacitados que quedan en completo estado de indefen-- sión, como al propio cónyuge, ya que en la práctica es común observar -- que se aplica con un rigor absoluto lo establecido en la fracción VI del artículo 282, quebrantándose en consecuencia un estricto principio general del derecho que dice: "Si se encuentran en pugna por una parte el -- derecho y por la otra la justicia, es de aplicarse, desde luego, la jus-- ticia".

En consecuencia, consideramos que el Legislador deberá de -- tomar en cuenta estos principios y plasmarlos en la Ley, para que los -- menores e incapaces tengan un representante durante el litigio de sus -- padres, es decir, se deberá conceder la custodia de los hijos durante la tramitación del divorcio, a una persona designada por el Juez y que ésta tenga la capacidad y conocimiento del cuidado de menores e incapaces, -- posteriormente y una vez concluido el juicio de divorcio, se podrá deci-- dir sobre el cuidado y custodia definitiva, a cargo ahora si, de alguno - de los cónyuges o de ambos.

PATRIA POTESTAD.- En cuanto a la patria potestad, los Juris-- consultos consideran que hay dos clases de divorcio, y a una de ellas la denominan "Divorcio sanción", porque en la misma se imponen al cónyuge - culpable diversas penas, entre las que figuran la pérdida de la patria - potestad, esta última no es siempre conveniente con relación a los hijos

porque puede suceder, y acontece con frecuencia, que a pesar de que uno de los cónyuges haya incurrido en determinadas causas de divorcio, sin embargo de ello puede tener la capacidad necesaria para ejercer debidamente las facultades que dimanen de la patria potestad, también sucede y con cierta frecuencia, que el cónyuge inocente, no obstante sus virtudes, carezca de la capacidad moral, para educar, defender y guiar a sus hijos, por lo cual será perjudicial a estos que queden a su cuidado, sin intervención de ninguna otra persona.

Teniendo en cuenta las razones anteriores, es lógico llegar a las siguientes conclusiones:

a).- No debe establecerse como regla general obligatoria para los tribunales la de que, en todo caso, deberá perder la patria potestad el cónyuge culpable;

b).- Es evidente que hay causas de divorcio como las mencionadas en las fracciones III, IV y V del artículo 267 del Código Civil, que suponen tal inmoralidad en el cónyuge que incurre en ellas, que es necesaria a la pérdida de la patria potestad, no sólo impuesta como sanción sino también para proteger a los hijos de un progenitor que se envilece de tal manera. En estos casos los tribunales están obligados a decretar la pérdida de la Patria Potestad;

c).- En cambio, en otros casos, es más provechoso otorgar a

los tribunales un poder discrecional para decretar la mencionada sanción

d).- Hay que tener en cuenta también que cuando la causa de divorcio priva al cónyuge de su libertad personal, la prisión que sufre le impide el ejercicio de la patria potestad, por lo cual, en este caso por lo menos, deberá suspenderse en el ejercicio de la misma pero sin perderla forzosamente. (50)

En la fracción que se examina, esta posibilidad antes descrita por el Profesor Eduardo Pallares, se agrava, dado que, en la especie, y como hemos dicho, no se puede determinar, quien es el culpable de que exista el divorcio, dado que los requisitos para obtenerlo con base en esta causal, son muy vagos y en consecuencia, el Juez estará impedido para resolver al respecto; por lo que en este caso, aunque se cometan injusticias, ambos cónyuges conservarán la patria potestad.

#### SITUACION ALIMENTICIA ENTRE LOS DIVORCIANTES.

El artículo 288 del Código Civil estatuye: "En los casos de divorcio la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente. El marido inocente sólo tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes propios para subsistir.

---

(50) Ibidem. Op. Cit. Pág. 106 y 107.

No es aplicable al caso que nos ocupa lo preceptuado por el artículo anterior. En virtud de que la causal en estudio no contempla -- casos de inocencia o culpabilidad y toda vez que la Legislación es omisa consideramos que deberá estarse al planteamiento hecho en la demanda; es decir, si el actor solicita también alimentos, el Juzgador debe estar al principio jurídico, según el cual, la obligación de suministrar alimentos, presupone la necesidad de recibirlos, y si por el contrario, el actor no solicita alimentos, el Juez no tiene por que condenar a suministrar alimentos, en los términos del artículo aludido; por el contrario -- deberá dejar a salvo los derechos del acreedor alimentista para que los haga valer en la forma y términos que la Ley establezca, ya que los -- mismos corresponden al campo del Derecho Público y por lo tanto son -- irrenunciables.

## C A P I T U L O V.

Estudio comparativo en relación al divorcio contencioso, con base en otras causales que contiene el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para conocer lo que es un divorcio contencioso debemos analizar las causales que contienen el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que para obtenerlo en base a cualesquiera de las -- causales que menciona, es necesario entablar una contienda judicial. --- Artículo 267. Son causas de divorcio: Fracción I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

La Legislación actual iguala la situación jurídica del hombre y la mujer. Atañe el adulterio cometido por la esposa siempre era -- causa de divorcio; no sucediendo lo mismo con el adulterio del marido. - En este último caso era necesario el escándalo social y que se llevara a cabo en el domicilio conyugal.

La Legislación Civil y Penal no definen el adulterio. De -- acuerdo con el concepto gramatical se afirma que el adulterio es la --- unión sexual que no sea contranatura de dos personas que no están unidas por el matrimonio civil y de las cuales una de ellas o los dos, estén casados civilmente con un tercero.

Del concepto anterior se infiere que no hay adulterio en los actos contra naturaleza aunque existan otros elementos, creemos que el - Legislador ha omitido estos aspectos a pesar de su gravedad, por lo que consideramos que actualmente, estos actos contranatura, también deberían de ser considerados como adulterio en virtud de que se atenta contra la integridad familiar.

Doctrinalmente, así como la Legislación Penal y Civil consideran que el adulterio sólo existe como acto consumado, ya que no reglamentan en ninguno de sus apartados los actos preparatorios ni la tentativa de esa conducta; de lo que se concluye que las relaciones amorosas habidas entre uno de los cónyuges con tercera persona, aunque se manifiesten públicamente y traigan consigo la deshonra del otro cónyuge, sólo será una injuria; pero no adulterio.

No obstante lo vertido en líneas anteriores cabe agregar, -- que la acción para solicitar el divorcio dura 6 meses, contados desde -- que se tuvo conocimiento del adulterio.- Probar esta causal es muy difícil; por lo que en la práctica resulta más fácil demandar el divorcio por injurias graves y no por adulterio.

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

Para encuadrar esta causal, es necesario que se declare que el nacimiento se produzca antes de que se cumplan 180 días siguientes a la celebración del matrimonio; si el nacimiento es posterior, el hijo se presume legítimo y consecuentemente del marido. La presunción citada --- sólo puede destruirse con las pruebas indubitables.

Todo lo anterior está reglamentado por los artículos 326, --- 328 y 330 del Código Civil vigente y en obvio de repeticiones nos remitimos al contenido de los mismos. Concluyendo que la acción de divorcio únicamente puede ser intentada después de que el marido obtenga sentencia ejecutoria que declare la ilegitimidad del hijo, además de que esta causal de divorcio, es facultad exclusiva para el marido.

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

"Esta causal hace mención a los maridos que explotan a sus --- esposas obligándolas a tener comercio carnal con otras personas. En Méxi --- co tradicionalmente nos hemos remitido para este estudio a leyes o insti --- tuciones jurídicas de otras latitudes, así acudimos a las leyes de la --- Recopilación o bien las Siete Partidas de origen hispano. De donde se --- desprende que los rufianes mayores de 17 años de edad al ser sorprendi --- dos practicando el lenocinio se les castigaba con penas de vergüenza ---

pública y 10 años de galeras, si reincidían 100 azotes y galeras perpetuas llegando hasta ser castigados con la muerte -Leyes de la Recopilación - por otro lado las partidas nos relatan que a los lenones o rufianes se les castigaba exhibiéndolos emplumados, o bien con una corona en que se veían pintadas figuras alusivas a sus delitos; y a los maridos -- consentidores además de emplumarlos se les ponía en el cuello una sarta de astas de carnero, y finalmente se les enviaba a prisión. El lenocinio que considera esta causal puede ser expreso o tácito, de donde se infiere que para que el lenocinio sea causa de divorcio, se necesita que el marido reciba a cambio de la prostitución de su cónyuge, una recompensa, que puede consistir en una concesión administrativa para enriquecerse, - un nombramiento de cargo público, o cualquier otra forma de retribución; no necesariamente que dicha recompensa se traduzca en dinero".(51) Nosotros consideramos que existe un monopolio por parte de la mujer respecto a esta causal, ya que en su texto mismo, se menciona precisamente una -- prostitución de la mujer y nunca se dice respecto a una prostitución del marido, por lo que dicha causa nunca podrá ser invocada por este último.

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

La causal mencionada, sólo se produce si la provocación ---

(51) Clemente de Diego. Curso elemental de Derecho Civil Español. Común y Foral. Tomo VII. Derecho de Familia Madrid 1927. Pág. 80.

tiene como fin inducir al otro consorte a cometer un delito, es frecuente que en la clase humilde la mujer provoque al varón apelando a su honor, para que ejecute un acto violento.

La causal en estudio debe interpretarse el que un cónyuge -- provoque en el otro un estado de violencia; no necesariamente un acto -- violento como pretende hacerlo la fracción IV del artículo 267 del Código en consulta. De donde se concluye que un estado de violencia puede -- inducir al otro consorte para delinquir en cualquier forma.

Opinamos que al respecto no necesariamente se tenga que producir la comisión de un delito, ni los actos preparatorios a él, sino -- que para que opere la causal mencionada, bastará tan solo por parte de -- uno de los cónyuges, cualquier tipo de incitación a la violencia hacia -- el otro.

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

Tomando en consideración en que la miseria material y moral de un gran sector de nuestra sociedad, algunas veces constriñe a los padres a consentir en la prostitución de sus hijos. Este hecho no justifica de ninguna manera caer en la más odiosa de las causas en estudio.

De la lectura del artículo 270 del Código sustantivo para el Distrito Federal, se establece que son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya sean estos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia y la corrupción que menciona dicha norma para tener derecho a pedir el divorcio consiste en actos positivos y no en simples omisiones. Por lo que el vocablo corrupción puede consistir en la prostitución, en la embriaguez, en el uso de estupefacientes, en la práctica del robo, inducir a la mendicidad de los hijos, en fin la palabra corrupción tiene un sentido muy amplio, y dentro de ese rubro deben de caer toda clase de miserias morales en el ser humano. Los cónyuges deben ejecutar actos inmorales para que la causal en estudio exista, es decir, tendientes a corromper a los hijos y no basta en que sean tolerantes o débiles con ellos, - que es lo mismo, que no sepan educarlos por carecer de la autoridad suficiente para conducirlos en forma de vida.

Además creemos que para la integración de esta causal generadora del divorcio, tendrá que existir de alguna manera una alteración emocional de los hijos, en virtud de que al revelar la indignidad de su progenitor, llevará al hijo a una inestabilidad psíquica, que no es acorde con los convencionalismos sociales o normas morales que se practican en la generalidad de los miembros de la sociedad.

En esta causal, como en las anteriores causales examinadas, predomina el aspecto de un cónyuge activo y otro pasivo, es decir, que -

uno de los cónyuges es el generador o culpable de que se integre la ---  
causa para el divorcio y el pasivo lo único que hace es precisamente ---  
solicitarlo y probarlo.

VI.- "Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfer-  
medad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y  
la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimo-  
nio".

VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declara-  
ción de interdicción que se haga al respecto del cónyuge demente".

Transcribimos las causales mencionadas en forma conjunta, --  
toda vez que las mismas se refieren a circunstancias de salud de alguno-  
de los cónyuges y por lo tanto, merecen una explicación o comentario ---  
conjunto respecto del divorcio obtenido en base a estas causales.

Sobre el particular y puesto que la causa que ha dado origen  
al divorcio no es imputable al cónyuge que la originó, en algunos casos.  
Sin embargo, el cónyuge sano puede demandar el divorcio o solicitar del  
Juez que suspenda su obligación de cohabitar con el cónyuge enfermo. En  
este caso quedan subsistentes las demás obligaciones creadas por el ma-  
trimonio. Respecto a la impotencia incurable para la cópula como causa -  
de divorcio debe haber sucedido después de celebrado el matrimonio.--  
Si la impotencia se originó antes del matrimonio, entonces estaremos en-  
presencia de una causa de nulidad y no de divorcio.

En relación a las causales que se examinan, cabe mencionar que, las mismas aunque pudieran parecer injustas o atentatorias contra la dignidad humana, en realidad no lo son; porque, si atendemos a que la sociedad está interesada en que se mantenga la unidad familiar, también es cierto que tener dentro del seno de la familia a un enfermo víctima de un padecimiento contagioso, que sea además incurable o hereditario y que ponga en peligro la salud, seguridad y moralidad de todos los miembros del núcleo familiar; podemos concluir que es de justificarse que existan las causales examinadas para promover el divorcio.

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

De acuerdo con la Real Academia el vocablo separación quiere decir: Poner a una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otra; enemistad, desavenir, romper los lazos o vínculos morales que unían a dos personas, cortar sus relaciones, alejarse de un lugar.

Por lo que debe entenderse que el acto de abandonar la morada conyugal, no es solamente eso; sino también el rompimiento de las relaciones maritales. Consideramos, también que es una situación permanente que puede prolongarse por años; sin menoscabo de que la jurisprudencia y la doctrina sostienen que es una causa de divorcio de los llamados "Tracto sucesivo", por lo que no caduca la acción para solicitar el divorcio en base a esta causal. Desde el punto de vista subjetivo el con-

cepto causa justificada es muy amplio, porque depende mucho de la educación, costumbres y temperamento de los consortes. Para personas de educación esmerada, delicadas en su trato, podría ser causa justificada, el lenguaje procaz que emplee uno de los cónyuges hacia el otro, mientras que en otro sector de la sociedad, que no tenga una educación esmerada, tal lenguaje procaz, puede pasar inadvertido y en consecuencia no ser -- causa justificada. Más sin embargo, la legislación no exige que la causa justificada tenga el carácter legal.

Por otra parte y sin soslayar, este punto, cabe aclarar que no basta un abandono, y que además sea injustificado, sino que tendra que existir -- forzosamente un domicilio conyugal donde se produzca el abandono; donde se concluye que, si no existe tal domicilio conyugal, no procederá esta causal para la obtención del divorcio.

IV.- "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".

El texto legal no deja lugar a dudas, según el espíritu del mismo, se infiere que el consorte abandonado es el que debe ejercitar la acción de divorcio, planetada en esta causal.

Para convalidar dicha acción, se necesita que la separación del hogar conyugal se prolongue por más de un año, sin que el cónyuge --

que se separa promueva el divorcio con base en la causa que tuvo para -- separarse; sin embargo el Legislador se preocupó esmeradamente en otorgar seguridad legal a la célula social, que es la familia, no permitiendo que los cónyuges, así como, los hijos de éstos, vivan en un estado de incetidumbre sobre la subsistencia del vínculo matrimonial, por lo que -- es justificable que al consorte abandonado, la ley le conceda el derecho a promover el divorcio y se dilucide de una vez su situación jurídica.

No es factible que la norma en estudio sea injusta en razón del consorte que abandonó el hogar por causa grave y que de ofendido se torne en ofensor, entendiéndose por lo mismo que de inocente se convierta en cónyuge culpable, de donde se infiere que el Legislador quiso darle una oportunidad al cónyuge originalmente ofendido; pero al concluir -- el término de un año ahora la acción de divorcio se revierte a favor del cónyuge abandonado y en consecuencia, el consorte que para la ley se consideraba ofendido o inocente, al transcurrir el término señalado, se convierte en cónyuge agresor o culpable de la destrucción del matrimonio.

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".

Es imposible que el cónyuge ausente cumpla con las obligaciones maritales, es por ello que con culpa o sin ella, del declarado ----

ausente, la ley otorgue al otro cónyuge la acción para divorciarse.

Para la procedencia de esta causal, bastará que el que la solicita, demuestre que ha obtenido una sentencia judicial donde se declare a su consorte ausente o presumiblemente muerto; sin ella, el divorcio nunca podrá ser decretado.

Creemos que esta causa, es una de las más injustas y arbitrarias que contempla el artículo 267 del Código Civil, para las personas que en su caso no han muerto y que si se encontraban ausentes era por razones ajenas a su voluntad.

XI.- "La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro".

Para comprender el alcance de esta causal, tenemos que distinguir entre los conceptos de sevicia, amenazas e injurias; y así tenemos que: La idea de crueldad aparece como inherente y característica del concepto sevicia. Todo acto de sevicia incluye malos tratamientos, que sean crueles o despiadados, y es menester un estado de inferioridad física o jerárquica en la víctima para configurar la sevicia. Los hechos que pueden clasificarse como sevicia son muy diversos; un atentado violento a la integridad física del cónyuge, a su libertad y a su salud, constituyen sevicia.

El deseo de inferir a otro un daño, la amenaza de muerte --- proferida por uno de los cónyuges, destruye cabalmente las condiciones de confianza y seguridad en que se sustenta la vida en común y confiere al cónyuge ofendido el derecho de promover la disolución del matrimonio, este concepto en términos generales debe entenderse por amenazas e invocarse como causal de divorcio.

Se afirma que las injurias consistente en la expresión, la acción, el acto, la conducta siempre que implique vejación, menosprecio, ultraje, ofensa al injuriado. En páginas anteriores aclaramos que el --- concepto injuria es variable y cambia según el estrato social de la persona y las circunstancias, ya que la injuria puede ser grave o no según la educación recibida en dichas personas y si se considera como un elemento objetivo para su apreciación, la gravedad de dichas injurias pueden ser no graves para personas de un rango social inferior. De donde se establece que por injurias debe entenderse además, lo que se hace, se escribe, se decide, con intención de deshonrar, embilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa a una persona o mofarse de ella y ponerla en ridículo.

Para la procedencia de la causal que se examina, deberá ser exclusiva de un cónyuge para el otro, esto quiere decir que, ninguna persona extraña a la relación conyugal, será víctima de sevicia, amenazas, o injurias que pueden constituir la causal de divorcio; por otra parte,

no tendrá que agotarse un procedimiento penal y declarar a un cónyuge -- como culpable de haber cometido servicia, amenaza o injuria al otro y -- que por consiguiente éste sirviera de base para promover la ruptura del vínculo cónyugal.

XII.- "La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir - con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168".

En nuestro medio es el marido a quien incumbe la obligación económica de sostener a la familia; y sólo por excepción corresponde a la esposa ser el sostén económico del núcleo familiar; sin embargo la -- ley establece que la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar corresponde a los cónyuges esto se deduce de la igualdad jurídica de los sexos. Debemos anotar que esta causal permite un amplio margen de aplicación, pues el propio artículo 164 establece que las cargas económicas y lo relativo a la educación de los hijos y asistencia mutua entre los cónyuges, serán recíprocos e independientes de su aportación económica que los mismos realicen; por lo que, consideramos que el juez previamente a la declaración del divorcio, deberá conocer con veracidad, el modo de vida de los divorciantes, así como, encuadrar la conducta de cada uno de ellos con lo que la ley establece.

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

La acusación calumniosa, revela que entre los consortes ya no existe nexo de afecto y estima. Sería muy grave mantener formalmente el lazo conyugal, cuando se ha extinguido la relación de afecto mutuo. El Juez tomará en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro - de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que este inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación, y en la consideración social que merece, circunstancias reveladoras de la existencia del odio y falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común.

XIV.- "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".

Por infamia se entiende el descrédito en el honor, la reputación o el buen nombre de una persona, desde un punto de vista amplio, -- por lo que toda condena penal produce descrédito.

Sin embargo, consideramos que aunque se haya cometido un delito por parte de uno de los cónyuges, este no pudo ser infamante, es decir, que la comisión del delito no se haya realizado en forma voluntaria

sino más bien, por circunstancias que lo hayan obligado a realizarlo, -- como puede ser el cometido en alguna riña, sin que el cónyuge responsable haya sido el agresor.

Ahora bien, para la procedencia de esta causal, es necesario que el cónyuge culpable, es decir, el que haya dado causa al divorcio, -- se encuentre compurgando una pena de prisión de más de dos años, aunque en estricto sentido podría considerarse que es injusta la procedencia de esta causal, pues como ya apuntamos, algunos delitos no son considerados como infamantes, por la naturaleza de su realización; por lo que el Juez del conocimiento tendrá que valorar si existe o no la infamia como causal.

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

Para que se origine esta causal la ley se refiere a los juegos de azar, toda vez que las fugas económicas originadas por ese tipo de juego, causan la ruina familiar; sin embargo puede ser que el deporte cuando se exagera y se llega al fanatismo, podría también originar la ruina de la familia, por consagrarse de lleno al equipo, al club, o -- como se le designe al grupo de los que practiquen el juego.

La Ley, también hace referencia al vicio de la embriaguez, -- tomando en cuenta que quien se arroja a esta práctica inveterada lo ---

transforma en un ser irresponsable, ejemplificando ante la presencia de sus hijos escenas funestas y como el padre enseña con el ejemplo, frecuentemente los hijos se inclinan por este mal hábito. Además clínicamente está probado que el hijo del alcohólico recibirá la herencia patológica, por lo que la mujer que se casa con un hijo de alcohólico, corre el riesgo de tener hijos alcohólicos, y como las impertinencias habituales del alcohólico dan origen a desaveniencias conyugales, es por ello que se considera como causa de divorcio.

Actualmente el uso de las drogas enervantes, afecta a un sector de la población, por lo que el uso indebido de dichas drogas también pone en peligro la estabilidad familiar y consecuentemente debe considerarse como una causal de divorcio; aunque el extremo de esta causal, deberá de acreditarse plenamente, es decir, que el Juez tendrá que ser convencido de que uno de los consortes es adicto a el juego, a la embriaguez o al uso de drogas y que tales circunstancias, amenacen causar la ruina de la familia o que constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal, sin estos requisitos, no habrá lugar al divorcio y si por el contrario se podrán tener aisladamente los traumas que causan tales hechos; por lo que consideramos que sólo con el hecho de ser habitual, por parte de uno de los cónyuges, el juego, la embriaguez o el uso de drogas, deberá ser suficiente para decretar el divorcio".

XVI.- "Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, -----

siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un -- año de prisión".

Ciertos actos o hechos que serían punibles entre personas -- ajenas a la relación conyugal, no constituyen delito si se realizan en -- la persona o los bienes del otro cónyuge. Por ejemplo el robo, el abuso de confianza, etc.

Sin embargo, una vez que uno de los cónyuges a realizado una conducta que tipifica un delito de los mencionados, en la persona o bienes de su consorte, sólo dará lugar a que se promueva el divorcio en su -- contra, porque no procede en tales circunstancias el ejercicio de la --- acción penal. En este caso el Juez debe de examinar si tal conducta cons -- tituye un delito previsto y sancionado en la Legislación Penal, lo ante -- rior no es con el efecto de aplicar alguna sanción penal, sino más bien -- para decretar el divorcio.

Nosotros creemos que el espíritu de la causal que se examina está encaminada a la protección de la unidad familiar y consecuentemente a la ayuda y colaboración recíproca entre los cónyuges, de tal surte -- que, no obstante que la conducta realizada por uno de los esposos consti -- tuya un verdadero delito, si se tratara de personas extrañas, sólo servi -- rá en ese caso para decretar el divorcio.

## XVII.- "El mutuo consentimiento".

Para la apreciación de esta causal y con el objeto de no repetir este tema, nos remitimos al estudio del mismo en páginas anteriores del presente trabajo.

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

En lo que se refiere a esta causal no se encuentran antecedentes en la Ley de Relaciones Familiares ni en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, sólo hay una ligera similitud en los Códigos Civiles de los Estados de Sonora y Zacatecas, con la salvedad de que en dichos Códigos se incluye como elemento de la causal la desavenencia entre los cónyuges es decir, no basta la simple separación como la plantea la fracción de mérito. El licenciado Manuel F. Chávez Asencio en su obra "La Familia en el Derecho", afirma: "Que esta causal surgió sorpresivamente porque en la iniciativa que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión, no se mencionaba, y alguien incluyó esta causal." (52)

En la relación de la causal que se examina, interviene de una manera imperativa y determinante la separación de los cónyuges por -

---

(52) Chávez Asencio F. Manuel. "La Familia en el Derecho" Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa, S.A. México 1985. Pág. 520.

por más de dos años; independientemente del motivo que haya originado la separación; ahora bien, tal parece que en este supuesto no se considera si la separación es justa o injusta, dónde ocurre la separación, si la separación implica el incumplimiento de obligaciones conyugales o no; -- por lo que se considera al matrimonio como una unidad y se piensa que al no haber esta unidad, ni la comunidad de los cónyuges, deberá procederse a la ruptura del vínculo matrimonial. Pero tal aseveración es errónea -- porque en dicha causa de divorcio, no se contemplan estrictamente los -- bienes jurídicos protegidos, por el matrimonio, como serían la ayuda mutua, la convivencia, en un hogar o domicilio conyugal, el respeto recíproco, la procreación de la especie, en fin, la comunidad plena y el derecho integral de la familia.

Es decir, el Código considera que las personas no deben de -- sufrir situaciones de incertidumbre tanto de hecho como de derecho, y la circunstancia de que en el matrimonio ya no exista la comunidad plena de los consortes por más de dos años, crea situaciones de incertidumbre y -- por ende tendrá que regularizarse su situación jurídica a través del -- divorcio; pero nosotros preguntamos ¿Dónde está aquello de que la sociedad y el estado están interesados en que el matrimonio como célula so-- cial, subsista y de que sólo por causas verdaderamente graves podrá di-- solverse el vínculo conyugal?. Además de que consideramos que no toda -- separación, necesariamente signifique o implique una destrucción de la -- vida conyugal y del vínculo que los une, pensar así es como pensar en -- un matrimonio a prueba, donde al no encontrarse a gusto cualquiera de los

cónyuges podrá separarse y promover el divorcio.

Podemos observar que en las demás causas de divorcio, analizadas anteriormente, que contiene el artículo 267 del Código Civil, se aprecia que en todos existe un cónyuge que es el generador de la causa de divorcio, es decir, existe un culpable que realiza un acto ilícito y se coloca en las hipótesis que prevé el artículo 267 del citado Código, y que por el otro lado se encuentra el consorte que no ha dado causa o motivo con el cual se pueda promover el divorcio en su contra, por lo cual se coloca como cónyuge inocente y tendrá el derecho de pedir ante los tribunales que se rompe el vínculo conyugal que lo une con su consorte. Mientras que en la causal que se examina, nos encontramos con una causa de divorcio totalmente diferente a la costumbre jurídica en la materia y podemos afirmar que en ella no existe cónyuge culpable al que se le pueda aplicar la condena existente en materia de divorcio, como podría ser, la pérdida de la patria potestad de los hijos menores o incapaces, el pago de alimentos en favor del inocente, el pago de los daños y perjuicios que se ocasionen con el divorcio, la pérdida de los bienes dados o prometidos en favor del inocente, etc., en fin con esta nueva causa, no se puede determinar cual es el motivo verdadero que dió origen al divorcio, incluso porque en dicha causal no se menciona si debe existir o no algún tipo de convivencia conyugal, que impidiera la obtención del divorcio, sino más bien, se limita a una sencilla separación creemos que de cuerpos, por más de dos años.

Con esta causal de divorcio, fácilmente un cónyuge puede --- separarse de su consorte y si esa separación dura más de dos años, tendrá el derecho de pedir el divorcio y si se demuestra dicha separación, el Juez forzosamente tendrá que decretarlo, aunque el cónyuge que sea -- demandado en el juicio quiera conservar el matrimonio, ya sea en su beneficio o en el de los hijos. Si comparamos esta causal con los inicios -- del hombre en materia de divorcio, casi podemos asegurar que nos encontramos ante la presencia de la figura del repudio, donde un cónyuge de -- manera unilateral podrá solicitar y obtener el rompimiento del vínculo -- conyugal alegando una separación de dos años, sin que por este concepto se haga acreedor a sanción alguna determinada en la Ley, burlándose de -- la figura jurídica del matrimonio tan apreciada en la sociedad y en la -- ley.

Si examinamos técnicamente esta causal, también rompería con la congruencia jurídica ya que si el matrimonio es un contrato donde intervienen la voluntad de las partes para formarlo, es ilógico pensar, -- que su validéz y cumplimiento quede al ligero arbitrio de una de las --- partes; pues como ya se analizó, esta causal procede independientemente del motivo que haya originado la separación y puede ser invocada por --- cualquiera de los cónyuges.

Por último el Lic. Manuel Chávez Asencio, al comentar esta -- causal, expresa: "Se pretende que con esta causal se resolverá jurídica- mente situaciones inciertas. Las relaciones humanas y las relaciones ---

jurídicas requieren de certeza y toda incertidumbre debe resolverse, si se invoca como fundamento de esta causal que servirá para resolver situaciones de incertidumbre conyugales, en la exposición de motivos del decreto debieron de haberse dado los fundamentos y estadísticas en que se basaron. Es decir, señalar por qué se estima perjudicial para alguno de los consortes no quedar libre por el sólo transcurso del tiempo, podría pretenderse que con ello se resuelven situaciones por las cuales uno de ellos (normalmente la mujer) niega al otro el divorcio voluntario, y como el que se separa es culpable no puede invocar ninguna causal para resolver su situación y desligarse del consorte para vivir tranquila y legalmente. ¿Es ésta la manera de resolver su situación?; o bien ¿Se pretende permitir que el cónyuge culpable conserve su situación en perjuicio de quien lucha por la integración del matrimonio?. No es posible --- aceptar que en el matrimonio existan situaciones de incertidumbre. Solamente pueden señalarse los casos de ausencia o presunción de muertes, --- pero en los demás casos la separación se origina por alguna causa que --- produce como efecto la separación; esa causa es la que debe ser considerada en la resolución judicial, señalar como causa la separación cuando la separación es el efecto, es alterar la lógica de los acontecimientos, y violentar el orden jurídico. Las causas producen los efectos. En el --- divorcio las causas son los actos ilícitos cometidos por un consorte en perjuicio del otro (o de los hijos), o los casos de enfermedad o presunción de muerte, que generan el divorcio-sanción o el divorcio-remedio.--- Las causas podrán ser los golpes, las injurias, amenazas o actos de per-versión en contra del consorte o los hijos, etc., basarse en los efectos

con independencia de las causas, pueden generarse situaciones de injusticia no tolerables para el Derecho que tiene como fin lograr la justicia, la igualdad y el bien común". (53)

a).- Estudio comparativo en relación al divorcio voluntario, tanto Administrativo como Judicial.

Hemos visto en el presente estudio, la forma y obtención del Divorcio Voluntario Administrativo y analizando sus conveniencias y sus posibles errores a los cuales nos remitimos en páginas anteriores, pero al comparar este tipo de divorcio, con la causal que se examina podemos asegurar que no existió por parte del Legislador ninguna base jurídica, para crearla, ni menos aún del Ejecutivo para expedirla, por lo que creemos que se deberá hacer un nuevo estudio jurídico sobre la mencionada -- causal y necesariamente, tendrá que ser reformada en el sentido de que -- no se obtenga tan fácil el divorcio y sí por el contrario se hagan legal al Juzgador más elementos de juicio que verdaderamente rompan con el vínculo conyugal y la vida familiar, no conformándose con una simple separación de facto por más de dos años; o en su defecto dicha causa de -- divorcio, tendrá que ser derogada.

---

(53) Obra Citada. Pág. 520.

Ahora bien, mientras que en el divorcio voluntario administrativo, los divorciantes tienen que cumplir con requisitos que la propia ley exige, como serían el que no hubiera hijos, se haya liquidado la sociedad conyugal y de que se sometan a una solicitud y que la misma sea ratificada posteriormente; es decir, en este tipo de divorcio, vemos que no se atenta contra intereses jurídicos de gran trascendencia como son -- los hijos, el patrimonio de familia, etc., mientras que en la causal motivo de esta tesis, esto no acontece y de una manera peligrosa se obtiene el divorcio fácilmente por una simple separación, porque en esta causa se soslayan derechos de terceros, en este caso de los hijos y del propio cónyuge que es demandado en el juicio.

Por otra parte, el divorcio voluntario judicial, exige para su obtención que se realice un convenio, en el cual deberá de llenar una serie de requisitos primordiales, como son: fijar y asegurar una pensión alimenticia, tanto para los hijos menores e incapacitados, como para uno de los divorciantes, la casa que servirá como domicilio para los cónyuges así como de sus hijos, la persona que tendrá bajo su cuidado a los menores e incapacitados, la forma de disolver la sociedad conyugal. Así como, la concurrencia de los divorciantes ante el Juez, por dos veces -- para que éste trate de avenirlos y por último que el Representante social, intervenga en el juicio, para vigilar el estricto cumplimiento de la Ley, para no lesionar los derechos de divorciantes e hijos. Sin embargo esta gama de actos no surgen en la causal en estudio, no obstante de

que dicha causa se encuentra dentro del marco de los juicios contenciosos, donde se supone que su lucha por la conservación de derechos y se exige el cumplimiento de obligaciones a través de la autoridad judicial; por lo que esta causal adolece de la intervención del Agente del Ministerio Público, convenio suscrito y aprobado por la autoridad, y ni siquiera se intenta avenir a las partes.

b).- Soluciones que se proponen: Después de un exámen del contenido de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, consideramos que la simple separación de los cónyuges, no basta si no hay que agregar la desavenencia entre los consortes que hagan imposible la vida en común, como elemento para la obtención del divorcio.

Creémos que para poder encuadrar la fracción en estudio, dentro de un marco jurídico más justo, es necesario que previa a la separación de hecho de los consortes, exista por parte del que se separa un aviso ante la autoridad judicial competente, explicando someramente las causas que motivaron dicha separación. Con el fin de que en caso de que se cumpla el plazo mencionado por la causal multicitada y previo el juicio de divorcio, el Juez tenga mayor acopio de datos que puedan servirle de base para decretar o no el divorcio.

De acuerdo con el principio de que la sociedad y el estado están interesados en que el matrimonio como célula social subsista, es

nuestra proposición de que no se obtenga tan fácilmente el divorcio en estas condiciones, por que esto da motivo a que algunas parejas y particularmente el varón contraiga matrimonio, pensando de antemano que una simple separación de dos años será suficiente para deshacerse de su consorte; por lo que se deberían de llenar una serie de requisitos, para la persona que invoque esta causal, como serían darle intervención al Agente del Ministerio Público para que vele por los intereses de los hijos menores e incapacitados, incluso de alguno de los cónyuges; que previo al trámite de divorcio, se aseguren alimentos, bienes de la sociedad conyugal, en fin existe una gama de intereses que el derecho protege y en este caso, es menester que se encuentren bajo el amparo de la Ley.

Por otro lado proponemos que respecto a la disolución de la sociedad conyugal, en caso de que hayan contraído matrimonio bajo este régimen, es de justicia distribuir el caudal de dicha sociedad, de la siguiente manera: desde luego cada consorte conservará en su provecho, el cincuenta por ciento del total de la sociedad, sin embargo y al existir menores o incapacitados, el Juez deberá destinarles una parte proporcional de cada uno de los divorciantes, para asegurar el concepto alimentos, destinados a la subsistencia de dichos menores e incapaces; esta proposición la sustentamos, toda vez que la Ley es omisa para dar solución al problema que se plantea, tratándose de la causal en estudio.

Y por lo que concierne a la custodia y ejercicio de la patria potestad de los menores e incapaces, es de sugerirse que al existir

la controversia de sus padres, en base a la causal en mérito, debe de -- nombrarse por el Juez un tutor o tutriz, especial, para que represente los intereses de los menores o incapaces, durante el procedimiento y con cluido éste, en ejecución de sentencia se abrirá un procedimiento para -- que se aporten datos y pruebas en relación a la conducta de ambos y fi-- nalmente se designará dentro de los cónyuges, quién cuidará de los hijos e incapaces y cómo o de qué forma se ejercerá la patria potestad, termi nando en esta fase el ejercicio de la tutoría.

Si consideramos al matrimonio civil como un contrato, y en -- este intervienen la voluntad de las partes, es ilógico sostener que su -- cumplimeitno y validéz se deje al arbitrio de uno de los contratantes; -- independientemente del motivo que originó la separación. Aquí aflora la incongruencia jurídica; y como lo hemos manifestado reiteradamente uno -- de los consortes puede cometer actos ilícitos en perjuicio de los hijos, o de su consorte. De inmediato queda de manifiesto que esta causal se ba -- sa en los efectos ignorando las causas, por lo que todo lo anterior indu ce a la injusticia. De donde inferimos que una de las soluciones para es -- te concepto, en cuanto a los efectos se refiere, es decir, la separación es un efecto de una causa que dió origen, y creemos que el Legislador, -- debe de complementar esta causal y agregarle como requisito para la pro-- cedencia de la misma, la causa que dió origen, como podría ser una incom patibilidad de caracteres entre los consortes.

## C O N C L U S I O N E S.

Después de la exposición hecha a todo lo largo de este trabajo, concluimos que:

1.- No existe cónyuge culpable, en consecuencia, el Juez no podrá condenar a ninguno de los consortes al cumplimiento de algunas obligaciones que se producen en el divorcio; no obstante que se encuentra enmarcada dentro de los juicios contenciosos, donde el perdedor se hace acreedor a las sanciones que la propia ley establece.

2.- La presente causal, no es en verdad una causa propiamente dicha, sino que la separación es un efecto que produce el divorcio, por lo que se debe agregar a la fracción que nos ocupa, una causa que de origen real, a la disolución del vínculo matrimonial. Esta causa, podría ser una incompatibilidad de caracteres, desde luego, demostrada.

3.- No debe dejarse impune a la persona que originó la separación y que posteriormente promueve el divorcio, pues es necesario que se le apliquen las condenas que, en materia de divorcio contencioso, existen. Para esto, es necesario que se especifique de alguna manera, donde ocurrió la separación, quién o quienes la originaron, si se ha dejado de cumplir las obligaciones matrimoniales, a cual de los cónyuges se le ocasionan daños o perjuicios con el divorcio, cuales bienes integran la

sociedad conyugal en caso de ser este régimen bajo el cual se unieran en matrimonio, y si optaron por el de separación de bienes, diferenciar los de cada cónyuge. En tales conceptos, la fracción en estudio, deberá de ser reformada, exigiendo se llenen estos requisitos, para que el Juzgador esté en aptitud de dictaminar con una mayor justicia.

4.- Al iniciarse el juicio de divorcio, en base a la fracción -- que se comenta, debe de exigirse se informe a cargo de quien o de quienes estará el cuidado de los hijos menores e incapacitados y la forma y términos de subvenir a sus necesidades, así como el lugar donde se llevará a cabo ese cuidado, tanto en el juicio de divorcio, como al término del mismo; en caso de que los divorciantes no se pongan de acuerdo con lo anterior, el Juez resolverá lo que más estime conveniente, cuidando no lesionar los intereses de los menores e incapaces, a cuyo efecto nombrará un tutor especial para que se haga cargo del cuidado de los hijos, durante el procedimiento y una vez concluido este, se abrirá un incidente donde definitivamente se resolverá esta situación tan trascendental en la disolución del vínculo matrimonial.

5.- Con la aparición de esta causa, que produce el divorcio, --- afirmamos que damos un paso hacia atrás en esta materia y decimos que --- volvemos a la figura del repudio, donde tanto el varón como la mujer, --- fácil y unilateralmente pueden repudiar a su consorte y separarse de --- éste por más de dos años exigiendo entonces y ante la autoridad judicial

se declare la ruptura del vínculo conyugal.

6.- Para que se obtenga el divorcio con la citada causa, concluimos que se deberán determinar o se deberá de resolver, respecto a los -- aspectos relativos a los alimentos entre los divorciantes, así como de -- sus hijos menores e incapacitados, pudiendo incluso llegar a un convenio por parte de los consortes; a este respecto el Juez cuidará que no se -- lesionen los derechos de cada uno de los integrantes del juicio, menos -- aún de los mencionados hijos, y en caso de que no se logren poner de ---- -- acuerdo el Juzgador resolverá lo que mejor proceda en favor de los -- menores o del cónyuge que no cuenta con los elementos suficientes para -- su subsistencia, ordenando se practiquen todas las diligencias necesaa-- rias para el aseguramiento de una pensión alimenticia competente y sufi-- ciente.

7.- Concluimos que antes de que se declare el divorcio fundado -- en la tantas veces citada fracción XVIII, el Juzgador basándose en la -- igualdad de las partes y una mejor justicia social, debe llamar a los -- litigantes del juicio, a una junta de conciliación o de avenencia, antes de que se dicte sentencia definitiva y cuando lo juzgue más eficiente, -- para que los cónyuges tengan oportunidad de dirimir sus controversias de una forma pacífica, logrando con ello que se ponga fin a el juicio con-- tencioso.

## BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Alonso Cabrerías Migueles.- Código de Derecho Canónico. Biblioteca de Autores Cristianos.- Madrid.
- 2.- Antiguo Testamento.
- 3.- Bonnacase Julián.- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada Unión Tipográfica. Ed. Hispano Americano. Méx. -- 1947.
- 4.- Balleca J. y Cía.- México a través de los Siglos. Sucesores Editores. Méx. Tomo II.
- 5.- Clemente de Diego.- Curso Elemental de Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo VII. Derecho de Familia. Madrid 1927
- 6.- Chávez Asencio F. Manuel.- La familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa S.A., Méx. 1985
- 7.- D.W. Amram.- Jagige Law of Divorce. Washintong Square Press Inc. New York 1949.
- 8.- De Pina Rafael.- Instituciones de Derecho Civil Español.
- 9.- E. Weill.- La Feme Juive. Gallimard. 1953.
- 10.- Esperanza Hernández.- Conflicto de Leyes en materia de Divorcio. -- Tesis Profesional U.N.A.M. 1970.
- 11.- Eduardo Pallares.- El Divorcio en México. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. 1984.
- 12.- Fritz Schultz.- Derecho Romano Clásico. editorial Roseh. Barcelona 1980.
- 13.- Galindo Garfias Ignacio.- Derecho Civil Primer Curso. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 1979.
- 14.- Havelock Ellis.- Estudio de la Psicología Sexual, El Pudor, La Periodicidad, Cultura del Hombre. Nueva Enciclopedia Britanica. Editorial Cosme, Méx. 1960.
- 15.- La Sagrada Biblia.- Editorial Sepina Argentina, S.A. Buenos Aires.- 1958.
- 16.- López Ortiz José.- Derecho Musulman.- Colección Labor. Barcelona -- 1932.
- 17.- Magallón Ibarra Jorge Mario.- El Matrimonio. Editorial Mexicana S.A
- 18.- Nuevo Testamento.
- 19.- P. Sucholz. Die Familie. T.W. Theen, Hamburgo 1963.
- 20.- Planiol Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil Francés. Colaboración de George Ripert. Vol. IV. Ediciones Cajica 1946.

- 21.- Pomar y Zurita.- Relación de Texcoco y la Nueva España. Editorial Salvador Chávez Hayhoe. Méx. 1940.
- 22.- Rojina Villegas Rafael.- Compendio de Derecho Civil (Introducción), Personas y Familia. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1970.
- 23.- Ramírez Valenzuela Alejandro.- Elementos de Derecho Civil. Editorial Limusa. Cuarta Edición. Méx. 1984.
- 24.- Sánchez Medel Ramón.- Un Nuevo Matrimonio Civil y El Pacto de Indisolubilidad.- Editorial Porrúa, S.A., Méx. 1972.
- 25.- Zurita Toscano Salvador.- Derecho y Organización Social de los Aztecas. Méx. 1937.