

683
2ej

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Cd. Universitaria, D.F., a 11 de Julio de 1991

C. DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE
LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno RAMIREZ CONTRERAS JULIO, Pasante de la Carrera de Licenciado en Derecho, ha estado inscrito en este Seminario a mi cargo para elaborar su Tesis Profesional titulada "LA SEPARACION DE LOS CONYUGES Y SUS CONSECUENCIAS".

Toda vez que el trabajo recepcional aludido reúne los requisitos correspondientes, con fundamento en los artículos 19, 20 y 26 del Reglamento General de Exámenes y en los numerales 3o. Inciso a), 10 Fracción VIII y 21 del Reglamento para el Funcionamiento de los Seminarios de la Facultad de Derecho, se autoriza su impresión con la aclaración de que además de las opiniones de los autores consultados contiene las que son propias de su autor y, por ende, de su exclusiva responsabilidad.

Sin otro particular, reitero a usted mi consideración más distinguida.

A t e n t a m e n t e
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU
El Director del Seminario.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

LIC. ANGEL GUERRERO LINARES



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.

....
LA SEPARACION DE LOS CONYUGES Y SUS CONSECUENCIAS.

I N D I C E

	página
INTRODUCCION.	I
CAPITULO I NOCIONES GENERALES DEL MATRIMONIO.	
1.1 Naturaleza jurídica del matrimonio.....	1
1.1.1 Como institución.....	1
1.1.2 Como contrato.....	3
1.1.3 Como contrato de adhesión.....	8
1.1.4 Como acto de poder estatal.....	8
1.1.5 Como acto jurídico mixto.....	10
1.1.6 Como acto jurídico condición.....	10
1.1.7 Como estado jurídico.....	11
1.2 Evolución del matrimonio.....	12
1.2.1 Promiscuidad primitiva.....	12
1.2.2 Matrimonio por grupos.....	13
1.2.3 Matrimonio por raptó.....	14
1.2.4 Matrimonio por compra.....	14
1.2.5 Matrimonio consensual.....	14
1.3 Definición de matrimonio.....	19
CAPITULO II EFECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO.	
2.1 Con relación a los cónyuges.....	22
2.2 Con relación a los hijos.....	28
2.3 Con relación a los bienes.....	36
CAPITULO III CAUSAS DE SEPARACION.	
3.1 Mutuo acuerdo extrajudicial.....	50
3.2 Separación voluntaria unilateral extrajudi -- cial.....	51
3.3 La separación involuntaria.....	51
3.4 Separación voluntaria administrativa.....	54
3.5 Separación voluntaria judicial.....	59

LA SEPARACION DE LOS CONYUGES Y SUS CONSECUENCIAS.

I N D I C E

	página
INTRODUCCION.	I
CAPITULO I NOCIONES GENERALES DEL MATRIMONIO.	
1.1 Naturaleza jurídica del matrimonio.....	1
1.1.1 Como institución.....	1
1.1.2 Como contrato.....	3
1.1.3 Como contrato de adhesión.....	8
1.1.4 Como acto de poder estatal.....	8
1.1.5 Como acto jurídico mixto.....	10
1.1.6 Como acto jurídico condición.....	10
1.1.7 Como estado jurídico.....	11
1.2 Evolución del matrimonio.....	12
1.2.1 Promiscuidad primitiva.....	12
1.2.2 Matrimonio por grupos.....	13
1.2.3 Matrimonio por raptó.....	14
1.2.4 Matrimonio por compra.....	14
1.2.5 Matrimonio consensual.....	14
1.3 Definición de matrimonio.....	19
CAPITULO II EFECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO.	
2.1 Con relación a los cónyuges.....	22
2.2 Con relación a los hijos.....	28
2.3 Con relación a los bienes.....	36
CAPITULO III CAUSAS DE SEPARACION.	
3.1 Mutuo acuerdo extrajudicial.....	50
3.2 Separación voluntaria unilateral extrajudi -- cial.....	51
3.3 La separación involuntaria.....	51
3.4 Separación voluntaria administrativa.....	54
3.5 Separación voluntaria judicial.....	59

.....

	página
3.6 Por causas establecidas en la Ley.....	74
3.6.1 Como acto previo en el juicio de divorcio y en el de nulidad de matrimonio.....	110
3.6.2 Como efecto definitivo de la sentencia de -- divorcio y en el de nulidad de matrimonio...	114
 CAPITULO IV EFECTOS DE LA SEPARACION.	
4.1 Con relación a los cónyuges.....	115
4.2 Con relación a los hijos.....	119
4.3 En relación a los bienes.....	123
 CONCLUSIONES.....	 124
 BIBLIOGRAFIA.	

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

El divorcio se reglamentó en nuestra legislación hispana y hasta 1917 como la separación de cuerpos, por lo cual la obligación de la cohabitación matrimonial quedaba suspendida, pero subsistían las demás obligaciones matrimoniales, como la administración de alimentos y la fidelidad conyugal. Es así como el divorcio por separación de cuerpos era admitido por las leyes españolas que regían nuestro pueblo y aún en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

Es hasta el presente siglo cuando se admite el divorcio vincular, es decir, la disolución del vínculo matrimonial, con lo cual los divorciantes recobran su capacidad para celebrar un nuevo matrimonio. La Ley de Relaciones Familiares de 1917, primero y el Código Civil en 1928 para el Distrito Federal, después, dictaminaron las normas a observar para el divorcio vincular.

La presente tesis trata sobre la separación de los cónyuges y sus consecuencias legales, lo cual se hará en dos apartados. El primer apartado se denomina "GENERALIDADES" y está compuesto de dos capítulos. En el primero de ellos se estudiarán las nociones generales del matrimonio, contemplando su naturaleza jurídica, su evolución y su definición. Por su parte, en el segundo capítulo se verán los efectos jurídicos del matrimonio sobre tres aspectos relevantes: los cónyuges, sus hijos y sus bienes.

.....

En el segundo apartado, denominado "LA SEPARACION DE --
LOS CONYUGES Y SUS CONSECUENCIAS", se estudiarán las causas de
la separación conyugal, esto en el Capítulo tercero. Finalmente,
en el Capítulo cuarto se analizarán los efectos legales de la
separación sobre los cónyuges, los hijos y los bienes.

CAPITULO I. NOCIONES GENERALES DEL MATRIMONIO.

1.1 Naturaleza jurídica del matrimonio.

Durante mucho tiempo los tratadistas se han preocupado por determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, surgiendo así numerosas teorías entre las que podemos mencionar aquellas que lo consideran como una institución, como contrato, como contrato de adhesión, como acto de poder estatal, como acto jurídico mixto, como acto jurídico condición y como estado jurídico.

1.1.1 Como institución.

Esta teoría se desarrolló en Francia a principios de este siglo.

Para entender el porqué se ha tratado de explicar el matrimonio como institución es necesario dar la definición de lo que se entiende por tal. De esta forma, Rojina Villegas nos comenta que Ihering conceptúa al matrimonio como "Un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad." (1)

Explicando esta definición de Ihering, el maestro Rojina Villegas dice que estas normas jurídicas, que forman un todo orgánico, tienen autonomía, estructura y funcionamiento propios y se agrupan conforme a sus finalidades. De esta manera, la ingtitución jurídica del matrimonio está integrada por un conjunto

(1) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II -- p. 210.

de normas que persiguen una misma finalidad. "Esta finalidad -- agrupa normas que regulan tanto el acto de la celebración como los derechos y obligaciones que contraen los consortes." (2)

Sin embargo, como menciona Rojina Villegas desde este - punto de vista sólo se está considerando como un sistema normativo sin tomar en cuenta el acto jurídico que lo origina, así - como el estado que crea entre los consortes.

Para Hauriou 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 a los órganos del poder y regidas por procedimientos." (3)

Como idea de obra tenemos que la finalidad que persiguen los cónyuges al unirse en matrimonio es formar una familia y - vivir permanentemente juntos y dentro de ella. La organización de poder a la que se refiere Hauriou tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro de la familia, en -- ese caso ambos cónyuges pueden ser el órgano de poder o bien -- uno solo de ellos, es decir, ejercer la autoridad dentro del se no familiar.

(2) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p. 210.

(3) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. p. 282.

De la lectura anterior se desprende que el matrimonio es una institución porque posee todas las características de las instituciones como son las siguientes: Es un conjunto de normas jurídicas o reglas de derecho, debidamente unificadas, esencialmente imperativas que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuyo objeto es dar a la familia una organización social y moral en base a los preceptos legales que tienen autonomía, estructura y funcionamiento propio, por lo que su importancia es tal que deben estar sujetos a la tutela de una manera especial.

Finalmente, Belluscio Augusto César afirma que: "El matrimonio es una institución jurídica, un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos y por lo mismo a la familia una organización social y moral." (4)

1.1.2 Como Contrato.

Esta es la tesis más antigua ya que aproximadamente desde hace un siglo se ha manejado la idea de que el matrimonio es un contrato. Esta idea apareció cuando el Estado logró tener su prelación sobre la Iglesia, defendiendo su soberanía. Es así como durante ese tiempo no existía ninguna problemática sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, pues era indiscutible que se consideraba como un contrato.

(4) Belluscio, Augusto César. Derecho de Familia. T. I. p. 296.

En esta idea influyó la obra de Juan Jacobo Rousseau -- El Contrato Social , el cual señala que: "El matrimonio es el -- más excelente y antiguo de todos los contratos. Aún considerán-- dolo únicamente en el orden civil es el más excelente, porque -- la sociedad es la más interesada en él. Es el más antiguo por-- que fue el primer contrato que celebraron los hombres..." (5)

Por otra parte, si nos apegamos a la legislación mexicana, el resultado que obtendríamos sería el mismo, es decir, con-- siderar al matrimonio como un contrato civil, ya que tanto nues-- tra Constitución como los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, señalan lo siguiente:

El artículo 159 del Código Civil de 1870 definía al ma-- trimonio de la siguiente manera: "El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unen en -- vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a lle-- var el peso de la vida."

El artículo 155 del Código Civil de 1884, reprodujo tex-- tualmente esta definición sobre el matrimonio.

El artículo 130 párrafo tercero de nuestra Constitución vigente expresa: "El matrimonio es un contrato civil. Este y -- los demás actos del estado civil de las personas, son de exclu-- siva competencia de los funcionarios y autoridades del orden ci-- vil en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuer--

(5) Rousseau, Juan Jacobo. El Contrato Social. p. 72.

za y validez que las mismas les atribuyan."

Claramente se aprecia que en nuestra Constitución de -- 1917, se manejó abiertamente la tesis del matrimonio como un -- contrato; con algunos meses de diferencia, la Ley sobre Relaciones Familiares confirmaría en su artículo 13 que el matrimonio es un contrato civil, al establecer que: "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."

Nuestro Código Civil de 1928, no afirma textualmente -- que el matrimonio es un contrato, sin embargo, existen artículos en el mismo que así lo suponen, vgr., el artículo 156 señala: "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio..". De la misma manera el artículo 178 establece: "El contrato de -- matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes."

Los autores que sostienen que el matrimonio es un contrato argumentan que desde su punto de vista éste reúne los elementos de existencia y validez necesarios para crearlo como tal. Por lo que respecta a los elementos de existencia el Código Civil de 1928, en su artículo 1794, señala textualmente: "Para la existencia de un contrato se requiere:

I.- El consentimiento, y

II.- El objeto que pueda ser materia del contrato."

Tratándose del matrimonio, en este caso, el primer elemento consistente en el consentimiento de las partes, se da en el momento en el que los contrayentes manifiestan su voluntad -

de unirse en matrimonio ante el Juez del Registro Civil.

Por otra parte, el objeto consiste en "La entrega recíproca de dos personas en su integridad, con los deberes más amplios y complejos, del más variado orden, en favor del otro cónyuge y de la familia común." (6)

A estos elementos de existencia se debe agregar la solemnidad ya que de acuerdo con el artículo 146 de nuestro Código Civil el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios -- que establece la Ley y con las formalidades que ella exige.

Por lo que respecta a los elementos de validez se requiere que exista la capacidad jurídica de los contrayentes y que su voluntad en el matrimonio no esté viciada. Por lo tanto, se aplica a éste, además de los de existencia, los elementos de validez que deben observarse en todo contrato, consistentes en:

- a) La capacidad de ejercicio;
- b) La ausencia de vicios de la voluntad;
- c) La licitud en el objeto, motivo o fin del acto; y
- d) La formalidad.

Todos estos elementos han ocasionado que se considere al matrimonio como un contrato.

Sin embargo, esta tesis que sustenta que el matrimonio es un contrato no es aceptada por la doctrina moderna, por las siguientes razones:

- A) En principio el matrimonio no tiene carácter eminen-

(6) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p. 214.

temente patrimonial, como sucede con los contratos; las obligaciones que de él derivan son principalmente de carácter moral.

B) Otra de las razones que se dan en contra de esta posición es que en el matrimonio los contrayentes no pueden: "Estipular condiciones y términos, ni adicionar cláusulas o modalidades, ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido por la Ley"; (7) lo que si se puede hacer en cualquier contrato.

C) La disolución del matrimonio no se da, como en todos los contratos, por motu proprio, es decir, con la simple voluntad de las partes, en éste es necesaria la intervención de un Juez de lo Familiar o del Registro Civil, en el caso de un divorcio administrativo.

D) Por lo que respecta al argumento de que en el matrimonio se encuentran tanto los elementos de existencia como los de validez requeridos para la formación de un contrato, esto no es completamente cierto, pues en este caso el matrimonio sólo coincide en algunas características propias de un contrato, pero no con respecto al fondo del mismo.

E) En cuanto a la afirmación hecha tanto en nuestra --- Constitución como en el Código Civil vigente, de que el matrimonio es un contrato, resultan ser actualmente meras declaraciones que respondieron en su momento a una etapa de nuestra historia, en la cual se pretendió evitar que la Iglesia siguiera te-

(7) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p. 287.

niendo el control sobre dicha institución.

1.1.3 Como Contrato de Adhesión.

Un sector de la doctrina sostiene que el matrimonio tiene las características de los contratos de adhesión. De acuerdo con estos una de las partes tiene que aceptar en sus términos - la oferta de la otra, sin posibilidad alguna de variación. En consecuencia, se afirma que el matrimonio es un contrato de adhesión, pues las partes (consortes) no son libres para estipular derechos y obligaciones sino que tienen que acatar lo que dispone la Ley.

"La imposición del Estado de estos derechos y obligaciones se da por razones del interés público, en este caso no puede sostenerse que prevalezca la voluntad de uno de los cónyuges sobre el otro, ya que una de las partes no puede imponer a la otra los derechos y obligaciones que se derivan del matrimonio."

(9)

1.1.4 Como Acto de poder estatal.

Esta tesis es sostenida por Antonio Cicu. Este jurista italiano señala que: "Lo que constituye al matrimonio es la declaración de la autoridad competente en nombre del Estado. En el caso de nuestro país la autoridad competente es el Juez del

(8) Cicu, Antonio. El Derecho de Familia. pp. 312, 313.

Registro Civil." (9)

El artículo 35 de nuestro Código Civil vigente al respecto señala: "En el Distrito Federal, estará a cargo de los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros, residentes en los perímetros de las delegaciones del Distrito Federal, así como inscribir las ejecutorias que declaran la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad para administrat bienes."

En consecuencia, según el pensamiento de Antonio Cicu, no basta la declaración de los contrayentes para unirse en matrimonio y que éste sea válido, sino que esta declaración equivale sólo a un requisito para que el Juez del Registro Civil pueda declararlos marido y mujer, haciendo con ello existente el matrimonio. (10)

Esta tesis es criticada debido a que Antonio Cicu, le concede poca importancia a la declaración de voluntades que deben hacer los contrayentes, no obstante, que de no existir ésta no habría matrimonio.

(9) Cfr. Pérez Duarte y N., Alicia Elena. Diccionario Jurídico Mexicano. T. III. (Voz matrimonio) p. 2086.

(10) Cicu, Antonio. op. cit. pp. 308 y 309.

1.1.5 Como Acto jurídico mixto.

El acto jurídico mixto es aquel que se realiza por la concurrencia de voluntades de particulares y funcionarios públicos, de aquí que según esta tesis se considere al matrimonio como un acto jurídico mixto, pues para su realización es necesario tanto el consentimiento de los consortes como la intervención del Oficial del Registro Civil.

1.1.6 Como Acto jurídico condición.

Esta teoría se debe a León Duguit, quien distingue tres tipos de actos: el acto regla, el acto subjetivo y el acto condición. Este último lo define como: "el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas, que constituyan un verdadero estado por cuanto no se agotan con la relación de la misma, sino que permite una renovación continua." (11)

De acuerdo con Ignacio Galindo, "en el acto condición - los efectos jurídicos del acto se producen cuando se han reunido todos los elementos que la ley establece." (12)

La crítica a esta teoría consiste en que tratándose del matrimonio putativo, aunque este es declarado nulo de todas maneras produce efectos en favor de los hijos o en favor del cón-

(11) Duguit, León. Cit. por Rojina Villegas, Rafael. op. cit. - p. 222.

(12) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. p. 241.

yuge de buena fe, como si dicho acto hubiera reunido todas las condiciones requeridas por la Ley para su validez.

1.1.7 Como estado jurídico.

Para comprender lo que es un estado jurídico y de acuerdo con las ideas de Rojina Villegas, debemos distinguir entre los estados naturales y los estados del hombre. Los estados naturales "son situaciones derivadas de hechos que son independientes del hombre, pero que el derecho organiza para establecer múltiples consecuencias". (13) Los estados del hombre son aquellas situaciones de carácter permanente vinculadas con el hombre y a las cuales regula la Ley. Estos estados del hombre se dividen a su vez en estados de hecho y estados de derecho, los primeros nacen de hechos jurídicos mientras que los segundos nacen de actos jurídicos. Sin embargo, ambos tienen la característica de ser permanente.

El matrimonio es considerado en este caso como un estado jurídico ya que produce situaciones jurídicas permanentes, pues al contraer matrimonio una pareja, ésta está sujeta a un estatuto jurídico que crea derechos y obligaciones entre ellos así como una forma permanente de vida. De esta forma, no puede considerarse al matrimonio exclusivamente como un acto jurídico en tanto que no se agota en el solo momento de su celebración, la necesidad de realizar un propio fin y la vida en común que -

(13) Idem. p. 224.

para ello tiene que seguir la pareja, han provocado que el matrimonio sea considerado como un estado jurídico.

De la exposición hecho con respecto a las ideas de la naturaleza jurídica del matrimonio que hacen diversos autores, concluimos que cada una de ellas tiene cierta aceptación por -- algún sector de la doctrina, sin embargo, ninguna de ellas convence por completo, pues cada persona se inclinará por la que se adecúe a su pensamiento y convicción y refutará todas las -- demás.

1.2 Evolución del matrimonio.

Estudiar la evolución del matrimonio nos ayudará a comprender mejor esta institución en el momento actual.

De acuerdo con Belluscio, "el origen del matrimonio está vinculado al origen de la familia". (14), del mismo modo, -- afirma que a través de la historia de los pueblos, el matrimonio se encuentra regulado ya sea por la Ley o por la religión.

Dentro de esta evolución encontramos diversas etapas -- que nos indican la trayectoria que ha seguido esta institución -- tan importante en nuestros días, a saber: promiscuidad primitiva, matrimonio por grupos, matrimonio por raptó, matrimonio por compra y matrimonio consensual.

1.2.1 Promiscuidad primitiva.

(14) Belluscio, Augusto César. Derecho de Familia. T.I. p. 306.

Durante esta primera etapa no era posible determinar la paternidad debido a la promiscuidad existente. De acuerdo con las hipótesis fundadas de sociólogos, esto trajo como consecuencia que "la organización social de la familia se determinará en relación con la madre, lo que dió origen al matrimonio, pues -- los hijos seguían la condición jurídica y social de la madre".-

(15)

Por otra parte, existen sociólogos que afirman que esta promiscuidad debió ser relativa, pues era posible que el hombre permaneciera al lado de la mujer hasta que naciera el hijo o -- hasta su destete. Es necesario mencionar que las hipótesis existentes en esta primera etapa no han llegado a tener una comprobación indiscutible.

1.2.2 Matrimonio por grupos.

La promiscuidad en esta etapa es relativa, pues debido a la creencia mítica derivada del totemismo que tenían algunas tribus, los miembros de ésta se consideraban hermanos entre sí por lo que debían contraer matrimonio con mujeres de diferente tribu. De esta forma el matrimonio se celebra entre grupos de hombres con grupos de mujeres de distinta tribu y no de manera individual. Es así como sigue manteniéndose el régimen del matriarcado y el hecho de determinar la condición social y jurídica de los hijos de acuerdo con las de la madre, pues no era po-

(15) Engels, Federico. El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. p.35.

sible todavía determinar la paternidad.

1.2.3 Matrimonio por raptó.

A partir de esta etapa encuentra su origen la organización patriarcal.

Esto se debe a que como consecuencia de las guerras y las ideas de dominación, la mujer se consideraba como botín de guerra, adquiriéndola en propiedad. De aquí surge una unión monogámica, por lo que la determinación de la paternidad se hace posible.

1.2.4 Matrimonio por compra.

En esta etapa se consolida la monogamia. El marido tiene derecho de propiedad sobre la mujer, la cual está totalmente sometida a su poder. La organización jurídica de la familia se realiza reconociendo la potestad del esposo. Dicha potestad es reconocida al estilo romano, pues se admite que el padre tiene un poder absoluto e ilimitado sobre todos los miembros de la familia.

1.2.5 Matrimonio consensual.

En esta última etapa el concepto moderno del matrimonio por fin aparece, ya que éste se concibe "como manifestación libre de la voluntad entre el hombre y la mujer que se unen para constituir en estado permanente de vida y perpetuar la especie".

(16)

(16) Rojina Villegas, Rafael. op.cit. p.200.

De acuerdo con Rojina Villegas, se puede afirmar que -- este concepto ha sufrido una evolución que responde a tres factores y de aquí los tres conceptos modernos del matrimonio a sa ber: concepto romano del matrimonio, concepto canónico y concepto laico del matrimonio.

a) Concepto romano del matrimonio.

De acuerdo con la tesis de Reuggiero, el matrimonio romano se integra por dos elementos básicos, el primero es el elemento físico consistente en la unión del hombre con la mujer, - esta unión debe entenderse como una comunidad de vida la cual - se manifiesta al iniciarse la cohabitación. A partir de este momento la mujer es puesta a disposición del marido y comparte su misma posición social. El segundo elemento es el intelectual o psíquico, el cual consiste en la intención de quererse, de -- crear y mantener la vida en común. Esta intención debe ser absoluta, duradera al paso de los años. "En consecuencia, el matrimonio se constituirá con la sola presencia de estos dos factores, sin que se requiera por ejemplo el empleo de formas determinadas o la intervención del Estado". (17)

b) Concepto canónico del matrimonio.

La concepción del matrimonio está determinada por la lucha entre la Iglesia y el Estado. A partir del Concilio de Trento (1563), todo lo relacionado con el matrimonio se reguló canónicamente. Este Concilio ordenó que era necesaria la interven -

(17) Ruggiero, Roberto De. Instituciones de Derecho Civil. T-II. pp. 715-717.

ción del sacerdote para bendecir la unión de los esposos, la -- cual se realizaría después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos ante los fieles congregados en la Iglesia. - En el mismo acto, el sacerdote expediría una partida con el objeto de conservarlo en los registros parroquiales. Paralelamente a esta forma pública del matrimonio, existía también el matrimonio secreto y clandestino el cual se daba en casos excepcionales por circunstancias graves. Este se celebraba ante el párroco, en forma privada y sin que tuviera lugar las publicaciones. Este matrimonio era registrado en libros secretos a los cuales sólo tenían acceso autoridades superiores eclesiásticas.

"El vínculo matrimonial es creado por la voluntad de los esposos, sin embargo, su consagración se da ante la Iglesia -- cuando bendice la unión el sacerdote, elevándolo a la dignidad de sacramento y, como tal, indisoluble pues ha sido instituido por Dios". (18)

Por otro lado, José Castán Tobeñas (19) afirma que el matrimonio en la doctrina católica tiene dos aspectos: el sacramento y el natural. El sacramento o sacramental es el que se -- celebra entre personas bautizadas y el natural entre personas no bautizadas, éste último se denomina también civil o matrimonio legítimo, pues era contraído con sujeción a las normas legislativas o consuetudinarias de un pueblo.

(18) Rojina Villegas, Rafael. op.cit. p.203

(19) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. T. III. pp. 470-471.

c) Concepto laico del matrimonio.

Para el estudio de este concepto es necesario remitirnos a la obra de Ludwing Enneccerus, Theodoro Kipp y Wolf Martín (20) en la que se expresan los motivos que hicieron posible este último concepto a estudiar, permitiendo con ello que ahora la regulación del matrimonio sea únicamente por parte del Estado. Estos factores son tres: el protestantismo, las ideas de la Iglesia - anglicana y las ideas del derecho natural.

El protestantismo es el conjunto de doctrinas religiosas nacidas de la reforma promovida por Lutero. Esta rechaza la idea de que el matrimonio es un sacramento. Lutero sostiene que el matrimonio es "como una cosa externa, mundana, como el vestido, la comida, la casa sujeta a la autoridad secular". (21)

Las ideas de la Iglesia anglicana. Por anglicanismo debemos entender el conjunto de doctrinas político-religiosas que surgieron en Francia en el siglo XVI, las cuales tendieron a restringir la autoridad de la Iglesia por el Estado o la autoridad del Papa por el Concilio, por los Obispos o por el Clero, de esta forma, se extendió una teoría teológica jurídica dentro del matrimonio, conocida como el contrato del sacramento, es decir, la regulación del matrimonio, como contrato era exclusiva del Estado y como sacramento de la Iglesia.

(20) Ludwing Enneccerus, Theodoro Kipp y Wolf Martín. Tratado de Derecho Civil IV. Derecho de Familia I. pp. 13, 14 y 15.

(21) Cfr. Ludwing Enneccerus, Theodoro Kipp y Wolf Martín. op.cit. p. 13.

El derecho natural. De acuerdo con las ideas del derecho natural, también se niega la naturaleza sacramental del matrimonio y toma del galicanismo la concepción del matrimonio -- como un contrato civil, estas ideas originaron que se diera una gran facilidad para el divorcio y secularización la forma de celebración del matrimonio.

Después de que existió un dominio completo de la Iglesia en la regulación del matrimonio, no es sino hasta el siglo XVI que el Estado empieza a recuperar la jurisdicción sobre el matrimonio y se inicia la lucha entre la Iglesia y el Estado por imponer sus condiciones.

En el siglo XVIII, el Estado, comenzó a privar de efectos civiles a los matrimonios contraídos ante la Iglesia cuando carecían de los requisitos establecidos por el gobierno civil.- Francia en el año de 1791, declara en su Constitución que el matrimonio es un contrato civil iniciándose la secularización - - total de la legislación sobre matrimonio.

Así sucedió en varios países con el transcurso del tiempo, entre ellos el nuestro, pues después de una época en que la Iglesia reguló todo lo concerniente al matrimonio y la relación entre los cónyuges, en 1859 el Presidente Benito Juárez promulgó una Ley relativa a los actos del estado civil de las personas, de tal forma, que el matrimonio se convirtió en un contrato civil regulado por el Estado, aunque seguía considerándose-- como indisoluble al igual que por la Iglesia.

Posteriormente, tanto el Código Civil de 1870, como el de 1884, que rigieron el Distrito Federal y Territorios Federa-

les, siguieron considerando al matrimonio como de naturaleza -- civil e indisoluble.

Hasta el año de 1914, el Presidente Venustiano Carranza promulgó una Ley de divorcio, con la cual el matrimonio podía ser disuelto y como consecuencia, dejando en libertad a los cónyuges para entablar una nueva relación.

Por último, la Ley sobre Relaciones Familiares del dos de abril de 1917, también consideró al matrimonio como disoluble e incluyó algunos cambios en la situación jurídica de los bienes de los cónyuges. Esta ley estuvo en vigencia hasta que entró en vigor el Código Civil de 1928, es decir, el 1° de octubre de 1932. (22)

1.3 Definición del matrimonio.

El concepto de matrimonio proviene de la unión de mor- tis que significa madre y de monium que significa carga o gravamen. "Así, etimológicamente matrimonio significa también carga- gravamen, cuidado de la madre más que del padre". (23)

"En la actualidad el concepto de matrimonio se ha manejado desde dos puntos de vista a saber: como un acto jurídico y como un estado permanente de vida de los cónyuges, entendiéndose por matrimonio acto-jurídico el acto por el cual la unión se contrae y, por matrimonio estado, la situación que para los cón

(22) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. pp. 474 y 475.

(23) Ibarrola, Antonio De. Derecho de Familia. pp. 137 y 138.

yuges deriva del acto mismo de la celebración". (24)

A continuación mencionaré algunos conceptos importantes del matrimonio, así como sus autores.

Planiol define al matrimonio como: "el acto jurídico -- por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión-- que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad". -- (25)

Rafael de Pina señala que el matrimonio es "El acto bilateral solemne que produce entre dos personas de diferente -- sexo una comunidad de vida distinta al cumplimiento de los fi-- nes espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la -- situación voluntaria aceptada por los cónyuges". (26)

Alicia Elena Pérez Duarte N. nos dice que el matrimonio es "Una institución o conjunto de normas que reglamentan las re laciones de un acto jurídico solemne". (27)

Galindo Garfias Ignacio y Belluscio Augusto César, defi nen al matrimonio desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida; al respecto, dichos autores -- nos señalan lo que debemos entender por matrimonio en los dos -- sentidos.

(24) Belluscio, Augusto César. Derecho de Familia. T.I. p. 283.

(25) Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. p.306.

(26) Pina, Rafael De. Derecho Civil Mexicano.

(27) Pérez Duarte N., Alicia E. op. cit. p. 2085.

"Matrimonio acto jurídico: el conjunto de Derecho Familiar en virtud del cual un hombre y una mujer realizan una unión reconocida por la ley como base de la familia legítima.

Matrimonio estado: es la institución fundada en la -- unión del hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la perpetuación de la especie y al cuidado de -- la prole". (28)

En nuestra opinión, el matrimonio es una institución -- fundamental del derecho de familia, derivada de un acto jurídico solemne sancionado por el Estado, a través del Juez del Registro Civil, creando un estado de vida permanente y el cual no puede ser extinguido por una sola voluntad, sino por la concurrencia de alguna de las causales que establece el legislador -- para su disolución, o bien por la voluntad de ambos cónyuges.

(28) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. pp. 471 y 472.

CAPITULO II. EFECTOS JURIDICOS DEL MATRIMONIO.

El matrimonio produce efectos jurídicos no solamente -- entre los cónyuges, sino también para los hijos y sobre los -- bienes que constituirán el patrimonio familiar. Para cada caso -- en particular se originan distintas consecuencias, las cuales -- serán estudiadas a continuación.

2.1 Con relación a los cónyuges.

Los efectos jurídicos del matrimonio en relación a los cónyuges pueden considerarse como derechos, cuya característi-- ca fundamental es traer aparejada una obligación correlativa, y están regulados en los artículos 162, 163, 164, 165, 168 y 169-- del Código Civil.

De acuerdo con la regulación establecida en los mencio-- nados artículos del Código Civil, se pueden agrupar en tres los efectos del matrimonio con relación a los cónyuges, éstas son:

- a) El deber de cohabitación.
- b) El deber de fidelidad.
- c) El deber de asistencia.

a) El deber de cohabitación. Este está establecido en -- el artículo 163 del Código Civil, el cual señala que el marido-- y la mujer deben vivir juntos en el domicilio conyugal. Este de -- ber es fundamental en el matrimonio, pues de él depende que se -- cumpla con los fines del matrimonio.

Al respecto, es necesario abordar los conceptos de - -

cohabitación y domicilio conyugal.

Cohabitar significa habitar una misma casa, vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer. (29)

En cuanto al domicilio conyugal el mismo artículo 163 establece que por éste debe entenderse "el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad y consideraciones iguales".

Este artículo ha sufrido dos reformas importantes; la primera en 1954, cuando se estableció la reciprocidad de este deber ya que antes de ella solamente recaía en la mujer la obligación de vivir con el marido; la otra se dio el 27 de diciembre de 1983 al incorporarse a este artículo parte de la definición del domicilio conyugal que ha venido sosteniendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, a éste le falta un elemento muy importante que es el de la exclusividad del hogar, ya que este determina que puedan darse las condiciones para el ejercicio de la autoridad y también cuando existe el abandono.

Por otra parte, según lo establece el propio artículo 163, éste deber sólo puede ser suspendido por un autoridad en dos casos:

1.- Cuando uno de los cónyuges traslade su domicilio a país extranjero (a menos que lo haga en servicio público o social.); y

(29) Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. p. 544.

2.- Cuando lo establezca en lugar insalubre o indecoroso.

Fuera de estas dos hipótesis, si alguno de los cónyuges incumple con el deber de cohabitar por más de seis meses sin -- causa justificada tendrá como sanción la disolución del vínculo matrimonial, de conformidad con el artículo 267 fracc. VIII; -- este mismo artículo señala en sus fracciones IX, XVIII la misma sanción cuando se interrumpe la cohabitación.

b) El deber de fidelidad. La fidelidad tuvo su origen -- en la fundación y expansión de la familia monogámica conyugal -- como célula de la sociedad, sobre todo de la occidental, la -- cual se da como consecuencia de la apropiación privada del -- excedente económico producido socialmente. "Su función princi-- pal y original era la de asegurar la paternidad del esposo propietario privado sobre la descendencia, en tanto sobre ésta, es -- pecialmente en el hijo primogénito, recaerían los bienes del -- padre tras de su muerte". (30)

En la actualidad, si bien es posible seguir aplicando -- la anterior interpretación, siendo un matiz de la misma conce -- bir a la fidelidad en función de la honra y el honor conyugal, -- cabría la posibilidad de usar un enfoque alternativo, según el -- cual la fidelidad es una muestra de respeto entre los cónyuges.

Así, a diferencia del deber de cohabitación, no existe -- una disposición legal en el Código Civil vigente que señale --

(30) Cfr. Engels, Federico. op. cit. p. 52.

expresamente que los cónyuges deban guardarse fidelidad, sin -- embargo, el derecho lo ha impuesto así de una manera indirecta -- pues, en nuestra sociedad el sistema de unión de los sexos es -- monogámico, el cual constituye la base de la familia; a ésta -- debe aunarse que existen también una serie de principios de -- carácter religioso, ético y social, los cuales sólo aceptan la -- relación matrimonial de un solo hombre con una sola mujer.

Este deber de fidelidad y el derecho correlativo de -- exigir del otro cónyuge la misma postura, están garantizados -- indirectamente por el Código Civil, como ya se había mencionado en su artículo 267 fracc. I al establecer como causal de divorcio "el adulterio probado de uno de los cónyuges". En materia -- civil existe adulterio cuando uno de los cónyuges tiene rela -- ción sexual con un tercero independientemente de las circunstan -- cias en que tal relación se consume. Por otro lado, el Derecho -- Penal sanciona también la infidelidad. El artículo 273 de este -- Código establece "que se impondrá prisión hasta de 2 años y pri -- vación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables -- de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo". Por otro lado, el artículo 279 del citado ordenamiento establece: "se impondrá hasta cinco años de prisión y multa hasta de -- quinientos pesos al que, estando unido con una persona en natri -- monio no disuelto o declarado nulo, contraiga otro matrimonio -- con las formalidades legales".

Es pertinente aclarar que el deber de fidelidad no con -- siste exclusivamente en abstenerse de tener relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en evitar realizar cual --

quier acto que lesione la dignidad y el honor de los cónyuges, de tal forma que la realización de un acto de este tipo puede dar lugar a una injuria grave, pudiendo encuadrarse en la fracc. XI del artículo 267 del Código Civil vigente.

c) El deber de asistencia. Establecido por la primera parte del artículo 162, el deber de asistencia consiste en la obligación de los cónyuges de contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. De esta manera, aquellos tienen en su hogar, según el precepto 168 del mismo ordenamiento, autoridad y consideraciones iguales por lo cual de común acuerdo también deben resolver todo lo concerniente a la administración del hogar.

De éste pueden desprenderse dos aspectos: el material y el espiritual. El material comprende la obligación recíproca de proporcionarse alimentos, esta obligación está estipulada incluso en el artículo 302, en tanto a lo que debe entenderse por alimentos el artículo 308 del Código Civil señala que dentro de ellos se encuentran: la comida, el vestido, la habitación, y la asistencia en caso de enfermedad. Los alimentos deben proporcionarse, incluso, después de disuelto el vínculo matrimonial, en consecuencia los cónyuges tendrán la obligación de contribuir económicamente al mantenimiento de su hogar a alimentarse y alimentar a sus hijos, dándoles también a estos educación, de acuerdo a sus posibilidades. Por supuesto, si un cónyuge no está en condiciones para desempeñar alguna actividad remunerativa y carece de bienes propios, no tendrá estas obligaciones, las cuales serán asumidas por completo por el otro cónyuge

según se establece en el precepto 164 del ordenamiento jurídico citado.

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

En cuanto al aspecto espiritual, es quizá éste el más importante de los dos señalados, pues de alguna manera éste -- está conformado por una serie de acciones y medidas cuyo objeto es el cuidado, atención, consideraciones, cooperación, asistencia, apoyo, comprensión, etc., de y entre los cónyuges, quienes habrán de conducirse y tratarse entre sí cordial y armónicamente, así como respetar la integridad física y moral de ambos.

De acuerdo con Ignacio Galindo (31), es sobre todo en este elemento espiritual del deber de asistencia conyugal en -- donde se manifiestan los aspectos ético y religiosos que tuvo el matrimonio en el Derecho Romano y que sigue teniendo en la actualidad, pues es el sustento del matrimonio, de tal forma -- que comprende también a los deberes de cohabitación y fidelidad.

Este deber de asistencia por su alto contenido ético, -- no tiene una sanción pecuniaria, pues el respeto, la comprensión, el apoyo, el amor, etc., son ámbitos pertenecientes a la moral los cuales escapan a la legislación. (32). Lo único que --

(31) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. p. 551.

(32) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. p. 143.

realmente se puede exigir jurídicamente es el pago de alimentos- los cuales pueden ser no sólo para el otro cónyuge, sino también para los hijos habidos en el matrimonio.

Cabe hacer hincapié en este apartado, que de conformidad con el Código Civil la situación jurídica de la mujer en el matrimonio es igual a la del hombre, pues en principio ésta tiene la misma capacidad jurídica que el hombre, según el artículo 2º. del Código Civil; por otra parte, el artículo 168 señala: "el -- marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales...", y de acuerdo con el artículo 169 "los cónyuges-- podrán desempeñar cualquier actividad, excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta..."

3.2 Con relación a los hijos.

Los efectos jurídicos del matrimonio con relación a los hijos pueden clasificarse en tres grupos: a) En cuanto al ejercicio de la patria potestad, b) En cuanto a la legitimidad de -- los hijos y c) En cuanto a legitimación de los hijos "naturales" tras del matrimonio de sus padres.

a) En cuanto al ejercicio de la patria potestad.

En el derecho positivo mexicano la patria potestad ya -- no es el poder o la facultad, exclusiva del padre sobre las personas sujetas a aquélla. Por el contrario, la misma se ha conver-- tido en una serie de derechos y obligaciones, tanto para el -- padre como para la madre, sobre sus hijos menores de edad y los bienes de éstos, si los tienen, con el objeto de darles a ellos-- representación, protección y alimentos garantizados. De acuerdo

con Planiol (33), la patria potestad es "el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.

Sin embargo, la patria potestad no nace de la celebración de un matrimonio, solamente origina la certeza, en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones de la primera en tanto la misma se ejerce también sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio, aún cuando sus progenitores no hayan contraído matrimonio, tanto para los padres como por los abuelos paternos o maternos.

En otras palabras, la patria potestad se puede ejercer sobre los llamados "hijos naturales", los legítimos y los legitimados, ya sea por sus padres o sus abuelos paternos o maternos, según sea el caso y lo dispuesto por la ley.

Esto nos indica como la celebración del matrimonio ya no es el fundamento o principio para atribuir el ejercicio de los derechos y obligaciones de la patria potestad. Al respecto el artículo 414 señala: "La patria potestad sobre los hijos del matrimonio se ejerce: I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y la abuela paternos y III.- Por el abuelo y la abuela maternos."

En cuanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio, el artículo 415 establece que si los dos progenitores lo han recono

(33) Planiol, Ripert. Tratado Elemental del Derecho Civil. T. II p. 251.

cido como hijo o hijos suyos y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad. Por otra parte, el artículo 417 señala que si estos se llegaran a separar y no hubiere acuerdo entre ellos -- continuara ejerciendo la patria potestad el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del -- hijo.

El artículo 418 establece: "A falta de padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refiere las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso."

Este artículo es más flexible que el artículo 414 en -- virtud de que deja al arbitrio del Juez de lo Familiar el determinar el orden de los ascendientes que entrarán al ejercicio de la patria potestad, de tal forma que podemos considerar que en este aspecto se encuentran más protegidos ya que la decisión -- del Juez puede consistir en una mejor solución una vez que haya analizado las circunstancias de cada caso en particular. (34)

Por otro lado, el artículo 420 señala que: "Solamente -- por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en -- el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo falta -- re alguna de las dos personas a quien corresponde ejercer la -- patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de --

(34) Garcia Mendieta, Carmen. Código Civil Comentado. T. I. -- p. 278.

este derecho".

b) En cuanto a la legitimidad de los hijos.

La celebración de un matrimonio otorga la calidad de -- hijo legítimo a los concebidos durante el mismo. De esta forma, el artículo 324 del Código Civil establece que el hijo es legítimo si nace:

A) Después de 180 días de la celebración del matrimonio.

B) Dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio ya sea por nulidad del contrato, muerte - del marido o divorcio.

El inciso A) de este artículo, establece el plazo mínimo de gestación de acuerdo a la naturaleza y el inciso B) el -- plazo máximo, de tal forma que es difícil para los cónyuges destruir esta presunción. Cabe hacer mención que en el inciso B) - el término de los 300 días comenzará a correr una vez que la -- sentencia pronunciada del caso de que se trate, cause ejecutoria, es decir, que no se admite ningún recurso más que el de -- responsabilidad.

El artículo 345 del Código Civil dispone que "no basta el dicho de la mujer para excluir de la paternidad al marido".

c) En cuanto a la legitimación de los hijos "naturales" tras del matrimonio de sus padres.

Para entender este tercer efecto del matrimonio en cuanto a los hijos es necesario dar un concepto de lo que debemos - entender por los mal llamados hijos "naturales", por lo que al respecto Rafael de Pina nos dice: "Los hijos naturales son aquellos que han sido engendrados por personas que no están ligadas

por vínculo matrimonial". (35)

Por otra parte, Montero Duhalt (36), señala que para que se dé la legitimación de estos hijos habidos fuera del matrimonio es necesario:

- 1.- El reconocimiento voluntario del padre.
- 2.- La imputación forzosa de paternidad impuesta por --- sentencia en un juicio de investigación de la paternidad.

1.- El reconocimiento voluntario del padre produce la -- legitimación de los hijos habidos anteriormente a la celebración del matrimonio, de acuerdo con el texto del artículo 354 del - - Código Civil, y trae como consecuencia considerarlos como hijos-nacidos dentro del matrimonio.

Esta es la forma normal en que opera la legitimación, de tal manera que no basta sólo que los padres de un hijo nacido o simplemente concebido celebren matrimonio, sino que se requiere-- además que reconozcan al hijo ya nacido o que simplemente este - concebido.

Por esto, los artículos 354 y 355 del Código Civil res-- pectivamente disponen: "El matrimonio subsecuente de los padres-- hace que se tengan como nacidos de matrimonio, a los hijos nacidos antes de su celebración". "Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben recono--

(35) De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. T. II p. 352.

(36) Montero Duhalt, Sara. op.cit. p. 148.

cerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrado o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres junta o separadamente". Para los hijos concebidos, al respecto el artículo 359 señala: "Pueden gozar también de este derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquella estuviera encinta".

Por lo tanto, en principio la legitimación por subsecuente matrimonio requiere además del acto jurídico del reconocimiento y es por ello que se constituye a través de la fusión de esos dos actos jurídicos independientes.

La legitimidad surtirá efectos legales cuando el hijo haya sido reconocido por el padre y en su respectiva acta de nacimiento esté registrado el nombre de la madre. En este caso, no hace falta el reconocimiento expreso de ella. El mismo efecto surtirá si la madre lo reconoció y en su acta de nacimiento consta el nombre del padre, según se desprende del artículo 356 del Código Civil. Esto ocurre así al suponer la presencia del padre o la madre al momento de extenderse el acta de nacimiento del hijo en cuestión.

Ahora bien, a pesar de haberse hecho el reconocimiento de manera posterior a la celebración del matrimonio de los padres, de acuerdo con el artículo 357, los hijos ganarán todos sus derechos desde cuando aquel se realizó, es decir, surtirá siempre efectos a partir de la realización del matrimonio aún cuando el reconocimiento hubiere sido posterior.

2.- La imputación forzosa de la paternidad impuesta por

sentencia en un juicio de investigación de la paternidad.

Cuando un hijo es procreado y la pareja que lo engendra no se encuentra unida en matrimonio y ante la negativa del -- padre en reconocerlo como suyo, la ley otorga a este hijo con-- juntamente con la madre la acción denominada investigación de - la paternidad. Así, Montero Duhalt señala: que esta acción es - "El derecho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una - -- acción para que, si las pruebas que se pretenden son suficien-- tes a juicio del Juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto". (37)

Esta acción que tiene el hijo para exigir la certeza de su filiación mediante la investigación de la paternidad, ha sido uno de los problemas mayormente debatido en nuestra doctrina, dando con ello lugar a tres problemas a saber: la prohibición - tajante a la investigación de la paternidad, la libertad absolu-- ta para el hijo de indagar su origen y reclamarlo ante los tri-- bunales, y la permisión limitada al mismo, cuando tiene a su -- favor ciertas limitadas pruebas. Por lo tanto, de acuerdo con - el artículo 382 del Código Civil: "La investigación de la pater-- nidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, esta permitida: I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando en la - - época del delito coincida con la de la concepción; II. Cuando - el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre; III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiem--

(37) Montero Duhalt, Sara. op. cit. p. 311.

po en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente; y IV, Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre".

Claramente, podemos observar que la investigación de la paternidad no es libre, pues únicamente se puede realizar en -- los casos que señala el artículo anterior. Al respecto Montero-Duhalt nos dice que en esta última fracc. IV del artículo que nos ocupa basta que el hijo tenga a su favor un indicio de prueba contra el pretendido padre para ejercitar dicha acción en -- contra de éste, dejando así el campo abierto, libre; haciendo -- con ello que tanto en las tres fracciones anteriores, así como en esta última, se requiera un medio de prueba para que proceda dicha investigación de paternidad.

En la fracción I, se tendrá que probar el delito y la -- coincidencia del mismo con la época de la concepción. Es decir, el término que señala el artículo 324 del Código Civil que no -- será menor de 180 días ni mayor de 300; por lo que respecta a -- la fracción II, se tendrá que probar por los medios ordinarios -- que señala la ley, que el hijo ha sido tratado como tal, no sólo por el presunto padre sino también por los familiares de -- éste, así como de proveerlo de alimentos, educación y sobre -- todo de un hogar; en cuanto al último supuesto que contempla la fracción III, hay que probar que la madre habitaba en el mismo -- techo que el pretendido padre y en el tiempo de la concepción; -- por otra parte, el pretendido padre podrá acreditar que en ese -- tiempo le fue imposible tener relaciones sexuales con la mujer -- que le impute la paternidad. El tiempo para ejercitar dicha --

acción está limitado a la vida de los padres o hasta cuatro años posteriores a la mayoría de edad del hijo, según el artículo 388 del Código Civil vigente.

2.3 En relación a los bienes.

Al celebrarse un matrimonio se debe aclarar si se efectuará bajo el régimen de Sociedad Conyugal o el de Separación de bienes, según se estipula en el artículo 178 de nuestro Código Civil. Tales regímenes están sometidos al contenido de las correspondientes capitulaciones matrimoniales a saber:

Las capitulaciones matrimoniales son los pactos celebrados por los esposos o futuros esposos, para constituir ya sea la sociedad conyugal, ya sea la separación de bienes, reglamentado su administración en cualesquiera de los dos casos.

"En la doctrina se estima que el pacto por el que se establece el régimen matrimonial se considera como un contrato, - así vemos en la doctrina francesa (cómo) se le denomina "Contrato Matrimonial" y en la española "Contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio". (38)

El régimen económico matrimonial es una institución jurídica cuya característica es la de ser un complemento ineludible del matrimonio. Por la misma razón, el legislador mexicano debe organizarlo mejor para darle verdadera importancia jurídica, toda vez que actualmente aquella sufre la limitación y, en tér -

(38) Magallón Ibarra, Jorge Mario. El Matrimonio. p. 239.

minos generales desorden en sus preceptos dentro del Código Civil para el Distrito Federal.

Los requisitos y características de las capitulaciones matrimoniales para la sociedad conyugal, según el artículo 189- del Código Civil, son:

a) Lista pormenorizada de los bienes muebles e inmuebles, su valor y sus gravámenes, llevados por cada consorte a la sociedad.

b) Nota detallada de las deudas de cada esposo al momento de efectuarse el matrimonio, señalando si la sociedad responderá de ellas o sólo de las contraídas durante el matrimonio, por uno o ambos cónyuges.

c) Señalamiento expreso de si la sociedad conyugal incluirá todos los bienes de cada consorte o únicamente parte de ellos, aclarando entonces cuáles entrarán a la sociedad.

d) Declaración explícita de si la sociedad conyugal abarcará todos los bienes de los consortes o sólo sus productos, determinándose la parte en la cual los bienes o productos pertenecerán a cada cónyuge.

e) Declaración sobre si el producto del trabajo de cada consorte pertenecerá sólo a quien lo ejecutó, o, por el contrario, si se dará una participación al otro consorte, definiéndose entonces su cuantía.

f) Declaración precisa sobre quién administrará la sociedad conyugal, expresándose claramente las facultades concedidas al administrador.

g) Declaración sobre si los bienes futuros adquiridos -

por los cónyuges, durante el matrimonio, pertenecerán sólo al -
adquirente o si se repartirán entre ellos y en cual proporción.

En fin tal y como se observa de las anteriores conside-
raciones, las estipulaciones sobre el régimen patrimonial de --
matrimonio deben plasmarse con toda claridad y por supuesto re-
guladas debidamente por el legislador. En cuanto a la termina-
ción de la sociedad conyugal, esta podrá darse por concluida --
aún antes de disolverse el vínculo matrimonial, si tal es la de-
cisión de ambos esposos. En caso de ser estos menores de edad, -
se requerirá del consentimiento de quienes permitieron su matri-
monio, ya sea para disolver o modificar el régimen bajo el cual
contrajeron matrimonio, tal y como se puede leer en el artículo
187 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 138 del mismo ordenamiento --
jurídico enumera las razones expresas por las cuales la socie-
dad conyugal podrá terminar, cuando así lo pida solamente algu-
no de los cónyuges, durante el mismo matrimonio. Tales motivos-
son:

a) Por amenaza de ruina del consocio o disminución con-
siderable de los bienes comunes, debida a la negligencia o --
torpeza del socio administrador.

b) Si hay una cesión de los bienes de la sociedad con-
yugal del socio administrador a sus acreedores, sin el expreso-
consentimiento de su consocio.

c) Por quiebra o concurso judicial del administrador.

d) Cuando por diversas razones lo crea conveniente un -
órgano jurisdiccional competente.

La sociedad conyugal podrá terminar también por disolución del matrimonio, y por sentencia de presunción de muerte -- del cónyuge ausente.

La doctrina mexicana tiene en la sociedad conyugal un punto de controversia, el cual es saber si es posible aplicar las características y, sobre todo, disposiciones de la sociedad civil, y por tanto de las personas morales, a la conyugal. Veamos los argumentos en favor y en contra de tal equiparación.

Para el maestro Rafael Rojina Villegas la sociedad conyugal es una personal moral. Así, él señala cómo el pacto de -- los consortes, es decir, el acuerdo de sus voluntades como elemento de consentimiento, para establecer las capitulaciones matrimoniales provoca la creación de una persona moral, en tanto es jurídicamente distinta de las personalidades de los consortes, tiene patrimonio propio, compuesto de activos y pasivos, cuenta con un órgano representativo propio y contempla bases -- para su liquidación.

"Ahora bien, como dentro de la sociedad conyugal sus -- miembros pactan entre sí (o sus representantes), aquella es una sociedad civil, la cual a su vez está considerada como una persona moral en virtud del artículo 25, fracción III, del Código Civil vigente. Por estas razones, la sociedad conyugal conforma una persona moral". Sin embargo, "el artículo 194 es el único -- que viene a constituir una nota discordante dentro de todo el -- sistema regulado por el Código (civil) para la sociedad conyu-- gal. En efecto, dice dicho precepto: "El dominio de los bienes-- comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad".

Ahora bien tal artículo no puede ser entendido en el sentido de que los bienes comunes constituyen una copropiedad entre los -- cónyuges, pues aún cuando dice que el dominio reside en ambos -- mientras subsista la sociedad, no puede tal locución derogar -- todo el régimen que de manera expresa se desprende de los ar -- tículos 183, 188 y 189 del Código Civil, en donde se habla de -- una sociedad, que se regirán por las capitulaciones matrimoniales y en lo que no estuviere expresamente estipulado por las disposiciones relativas al contrato de sociedad". (39)

Una vez que se tiene el consentimiento para el establecimiento de la sociedad conyugal, el maestro Rojina Villegas señala su objeto, forma y capacidad, y así nos manifiesta que el objeto de la sociedad conyugal es el de constituir una persona moral. Su forma es la escritura pública en la cual constarán -- las capitulaciones matrimoniales, en caso de haber pactado los esposos hacerse copartícipes o transferirse la propiedad de -- bienes, cuando éstos requieran de tal requisito para hacer válida la trasiación o modificar las capitulaciones matrimoniales. Finalmente, la capacidad para constituir la sociedad conyugal -- es la misma requerida para la celebraación del matrimonio. Las base para liquidar la sociedad conyugal, también constituyen -- un elemento para equipararla con las personas morales.

Veamos ahora los argumentos hechos para rechazar la tesis que considera a la sociedad conyugal como una persona - - -

(39) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p. 341.

moral. Para ello citaremos las palabras de Ingrid Brena.

"1) El fin de las sociedades civiles es preponderante--
mente económico, en cambio, en la sociedad conyugal es la combi
nación de esfuerzos para la satisfacción de las diversas necesi
dades del matrimonio;

2) La sociedad conyugal carece de personalidad jurídica,
sólo se trata de un patrimonio común;

3) La sociedad civil se establece en un contrato autóno
mo, la conyugal en un contrato accesorio del matrimonio;

4) En la sociedad civil los socios pueden ceder, con el
consentimiento de los asociados, sus derechos, en la conyugal -
ningún cónyuge puede transmitir sus derechos en la sociedad a -
otra persona ni aún con el consentimiento del otro". (40)

En nuestra opinión, ésta controversia se resolverá si -
los artículos del Código Civil, en materia de sociedad conyugal,
se modifican para establecer expresamente si aquella va a cons-
tituir, o no lo hará, una persona moral. De esta manera, los --
derechos e intereses de los cónyuges van a quedar mejor defini-
dos y protegidos, al saberse con certeza la personalidad moral-
o física de la sociedad conyugal, eliminándose los artículos --
contradictorios del Código Civil en materia de propiedad, domi-
nio y administración de la sociedad conyugal.

(40) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídi
CO Mexicano. Tomo P-2. pp. 2945-2946

Veamos ahora las consecuencias generales en caso de terminar la sociedad conyugal por nulidad del matrimonio. Así, - - cuando los cónyuges hayan procedido de buena fe en la celebración de su matrimonio y éste sea declarado nulo, la sociedad - - conyugal subsistirá hasta que se pronuncie sentencia.

Si tan solo uno de ellos procedió de buena fe, aquella continuará hasta el momento cuando cause ejecutoria la sentencia respectiva y si eso conviene el cónyuge inocente. Pero si - - ambos cónyuges actuaron de mala fe, la sociedad conyugal se - - tomará como nula desde el momento de la celebración del matrimonio, siempre y cuando no afecte los intereses de terceras personas.

No tendrá derecho a las utilidades de la sociedad conyugal quien haya obrado de mala fe y provoque la nulidad del - - matrimonio. Aquellas se darán a los hijos o, si no los hay, al cónyuge inocente. Si ambos consortes actuaron de mala fe, las - - mismas se aplicarán a los hijos o si no los hubiere, se repartirán proporcionalmente entre ellos, según haya sido su aportación al matrimonio.

Después de hacerse el inventario de la sociedad conyugal, ésta se disuelve, pagándose créditos y regresando a cada - - cónyuge lo aportado. Si hay sobrante se divide según dicten las capitulaciones. Si hay pérdidas se deducirán de las utilidades - - y si sólo uno dio capital, de éste se deducirá la pérdida - - total.

En cuanto al régimen de separación de bienes existen varias modalidades, según se desprende de la lectura de los ar - -

artículos 207 y 208 del Código Civil para el Distrito Federal, a saber:

"a) Antes de la celebración del matrimonio se pacta, en las capitulaciones correspondientes, el régimen de separación de bienes, adquiridos antes o después de celebrado aquel.

b) Se puede establecer un régimen patrimonial según el cual hay separación de los bienes adquiridos antes del matrimonio, pero se constituye la sociedad conyugal para los obtenidos en la vida matrimonial.

c) El régimen patrimonial se puede cambiar durante la vigencia del matrimonio. De esta forma se puede terminar la sociedad conyugal, si ésta se estableció en las capitulaciones correspondientes. O por el contrario, se puede instaurar aquella si la separación de bienes fue el primer régimen constituido por los consortes, antes de la celebración de su respectivo matrimonio.

d) Si se pacta la separación de ciertos bienes, pero la sociedad conyugal para otros, se establecerá un régimen mixto, de acuerdo con los artículos 207 y 208 de nuestro Código Civil vigente.

Las características de las capitulaciones matrimoniales para el régimen de separación de bienes, son las siguientes:

a) Requieren de un inventario de los bienes de cada consorte, cuando sean sus dueños, al celebrarse el matrimonio.

b) Se debe hacer un desglose de los bienes de cada conyugue al casarse.

c) Se especificará si va a ser absoluta o parcial la

separación de bienes, y

d) Si se pactan antes de la celebración de bienes no es necesaria su escrituración pública, pero requerirán de las formalidades pertinentes para la transmisión de bienes, cuando se pacten durante el matrimonio, en tanto se efectúa un cambio en el régimen económico del matrimonio.

Bajo el régimen de separación de bienes según lo dictamina el artículo 212 del Código Civil, los esposos en exclusiva, mantendrán la propiedad y administración de sus bienes y de los frutos y accesiones de estos últimos. Para complementar lo anterior, también pertenecerán a cada cónyuge sus salarios, sueldos, emolumentos y ganancias, en observancia al precepto 213 -- del citado ordenamiento.

Si por medio de donación, herencia, legado o cualquier otro título gratuito los cónyuges reciben bienes, los mismos -- serán administrados por ambos o por uno, si así lo deciden, en tanto se hace la división correspondiente al estar casados bajo el régimen de separación de bienes.

Finalmente, los cónyuges casados bajo el mismo régimen se dividirán, por partes iguales, la mitad del usufructo por la patria potestad concedido por la ley, según se establece por -- el artículo 217 del Código Civil.

Cabe hacer la aclaración de cómo los efectos legales -- del matrimonio también tienen influencia sobre los bienes donados entre los esposales o entre los cónyuges. Como es bien sabido, la donación antenuptial se lleva a cabo antes de la celebración del matrimonio entre los pretendientes. La ley también-

incluye en este rubro las donaciones hechas por una tercera persona a uno o los dos futuros esposos, siempre y cuando tal acción hubiere tenido como base la celebración del matrimonio próximo de los novios.

Por ningún motivo la ley permite la realización de una donación entre consortes cuyo monto fuere superior a la sexta parte de los bienes del donante, so pena de ser reputada como inoficiosa el exceso de la donación, es decir, se permitirá la donación hasta el monto de la sexta parte de los bienes del donante y será inoficiosa la parte sobrante.

Un aspecto contradictorio sobre las normas reguladoras de las donaciones antenupticiales, lo constituye el hecho de permitirse el cálculo para saber si una donación es inoficiosa o no lo es, por otra parte del cónyuge donatario o inclusive sus herederos, en el momento de haberse hecho la donación o en la época del fallecimiento del donador.

Analicemos esto con más detalle. Si se considera como inoficiosa una donación superior a la sexta parte de los bienes del donante, lógicamente dicha proporción se modificará con variación de los bienes del donador. Si sus bienes crecen, la parte correspondiente a la donación se verá reducida. Por el contrario, si los bienes del donante sufren de una merma, una donación hecha con anterioridad a tal situación definitivamente representará una mayor proporción en relación al monto de los bienes del donante. En resumen, hay una razón inversamente proporcional entre la donación y los bienes del donante. Si estos crecen, la proporción de aquella decrecerá, por el contrario, si los bienes

decrecen, la donación automáticamente representará una mayor --
proporción sobre el monto de los bienes restantes.

Esta es, así, la contradicción de las normas regulado--
ras de las donaciones antenuptiales. El donador o sus herederos
tienen a su alcance una medida legal para hacer reputar judi- -
cialmente una donación, aún cuando la misma haya sido hecha - -
observando escrupulosamente la legislación en la materia.

La solución lógica para el anterior problema es señalar
expresamente cómo no será inoficiosa la donación hecha por uno-
de los cónyuges, cuando por cualquier motivo posterior a la rea-
lización de la misma, la cantidad física o el valor económico -
de los bienes del donante disminuye. La ley también deberá esta-
blecer cómo va a calcular los bienes del donador, o sea, si lo-
va a hacer en términos de cantidades de tales bienes o en fun-
ción de su valor económico en tanto, por poner un ejemplo, un -
bien puede tener un valor hoy y otro mañana, por situaciones --
propias de la economía (inflación, devaluación, revaluación, --
etc.). También puede darse el caso de haber una cantidad mayor-
de bienes del cónyuge donante, en comparación al monto tenido -
al momento de casarse, pero cuyo valor sea, inclusive, menor al
de sus bienes cuando celebró su matrimonio. De ahí la importan-
cia de definir claramente cómo se va a calcular la cuantía de -
los bienes del donante.

Continuando en la materia, las donaciones antenuptiales
pueden prescindir de la aceptación expresa de quien las recibe,
de acuerdo con el artículo 225 del Código Civil, ni se revoca--
rán aquellas por el simple hecho de sobrevenir hijos al donante.

Solamente serán revocadas por ingratitud si la donación fue - - realizada por tercera persona a ambos cónyuges y los dos hayan sido ingratos.

El artículo 228 del Código Civil contiene una poca afortunada redacción al tratar de regular las donaciones antenuupciales. En efecto, tal precepto señala textualmente lo siguiente:

"Las donaciones antenuupciales son revocables y se en--- tienden revocadas por el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando el donante fuera el otro cónyuge".

Si se trata de donaciones antenuupciales, entonces el donatario y el donante no pueden ser cónyuges, por lo tanto no -- puede haber adulterio al no estar casados aún (lo cual no excluye ni impide las relaciones sexuales de los esposales con terceras personas, pero tampoco puede ser llamado adulterio). Tampoco puede haber abandono, justificado o injustificado, del --- domicilio conyugal por cualesquiera de ellos, al no existir - - este jurídicamente hablando, sino hasta después de haberse celebrado el matrimonio.

El citado precepto, entonces debería ser modificado en su redacción. Así, respetando la idea del legislador, el texto del artículo citado aclararía cómo las donaciones hechas en la etapa antenuupcial, o sea, las donaciones antenuupciales, serán - revocables si, después de haberse celebrado el correspondiente matrimonio, el cónyuge donatario haya incurrido en adulterio o abandono injustificado del hogar conyugal, cuando el donante -- hubiere sido el otro cónyuge, teniendo presente cómo el abando-

no injustificado por seis meses o más del domicilio conyugal, de uno de los cónyuges, según el artículo 196 del Código Civil, - - hace cesar para éste los efectos de la sociedad conyugal, a partir del día del abandono, en cuanto le favorezcan.

Finalmente, si el matrimonio no se llegare a efectuar, - por disposición del artículo 230 del mismo ordenamiento jurídico, quedarán sin efecto las donaciones antenuptiales.

También los consortes pueden hacerse donaciones. El Código Civil dedica un capítulo a tal modalidad de la donación en -- tanto la misma afecta las capitulaciones matrimoniales. De esta manera, cuando no sean contrarias al derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos o afecten los pactos hechos por los esposos para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y la administración de estos últimos.

Así, el artículo 286 del Código Civil vigente a la letra dice: " 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".

Por lo tanto, tenemos que existen dos tipos de donaciones dentro del matrimonio, las prenupciales y las efectuadas dentro del matrimonio, las primeras son aquellas que se hacen entre los futuros consortes o de un tercero a uno o a ambos en consideración al matrimonio, y quedan sin efecto si dicho matrimonio no se efectúa, pero celebrado queda consumada tal donación y si por alguna causa se divorcian los bienes donados pasarán al cónyuge inocente, esto es, ya no se devolverán al cónyuge culpable o a -

un tercero que haya efectuado la donación, conservando aquel lo que haya otorgado en donación principal, lo que le entregó su consorte y un tercero antes de celebrarse el matrimonio aunque este último hubiera hecho la donación en consideración al cónyuge culpable.

En caso de muerte cuando no se haya decretado la disolución del vínculo matrimonial por sentencia, se considerará como inocente el que entabló la demanda, conservando éste las donaciones prenupciales, la que en un momento dado pasarán a su muerte a sus herederos.

En cuanto a las donaciones realizadas durante el matrimonio pueden ser revocadas y así lo establece el artículo 233 del Código Civil vigente que a la letra dice: "Las donaciones entre los consortes pueden ser revocadas, mientras subsista el matrimonio, cuando exista una causa justificada para ello, a juicio del Juez".

De lo antes expuesto se desprende que el cónyuge sea culpable o inocente podrá libremente revocar la donación con el objeto de que los bienes que han salido de su patrimonio vuelvan a él y sólo será irrevocable la donación mientras exista el matrimonio.

CAPITULO III. CAUSAS DE SEPARACION.

De acuerdo con nuestra legislación sólo existen dos causas de separación a saber: el mutuo consentimiento de los cónyuges y por ubicarse o tipificarse la conducta de uno de ellos a lo establecido por la ley, dando origen al divorcio necesario.

(41)

Cuando en el seno de la pareja han surgido profundos -- conflictos y su vida matrimonial se caracteriza por la falta de armonía, comprensión y apoyo mutuo, surge el peligro de una futura separación de los cónyuges.

La separación de los cónyuges a causa de las desavenencias surgidas entre ellos, se puede dar de dos maneras diferentes: por intermediación judicial o en forma extrajudicial. A -- continuación estudiaremos el segundo supuesto, o sea, la separación de los cónyuges por mutuo acuerdo extrajudicial, el cual -- no disuelve el matrimonio y posteriormente, analizaremos la separación judicial que produce efectos de extinción del vínculo matrimonial.

3.1 Mutuo acuerdo extrajudicial.

Tal y como lo hemos dejado plasmado la separación extrajudicial es la que realizan los cónyuges sin acudir a una autoridad, ya sea judicial o administrativa como lo sería el Juez del

(41) Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. pp. 575-576.

Registro Civil, es decir, dicha separación solamente es corporal, y no vincular, ya que no obstante que hayan acordado de mutuo acuerdo en vivir separados, permanecen legalmente unidos en matrimonio y todas las consecuencias derivadas de este acto siguen igualmente vigentes, tales como la fidelidad, el deber de asistencia., etc.

3.2 Separación voluntaria unilateral extrajudicial.

Esta separación se da cuando uno solo de los cónyuges decide separarse, haciéndolo igualmente sin acudir al órgano judicial, sin embargo, esta separación a pesar de que tampoco produce la disolución del vínculo matrimonial, si origina trascendentales efectos jurídicos, toda vez que el cónyuge abandonado puede pedir el divorcio.

3.3 La separación involuntaria.

La separación involuntaria de los cónyuges se da cuando uno de ellos se separa del otro, por causas totalmente ajenas a la voluntad de ambos, es decir existe una causa de fuerza mayor que los obliga a separarse el uno del otro aún en contra de la voluntad de ambos por permanecer unidos.

Podemos señalar como causas de separación involuntaria de los cónyuges las siguientes:

I.- Cuando uno de los cónyuges tiene que cambiar de domicilio.

II.- En cumplimiento del Servicio Militar.

III.- La ausencia de uno de los cónyuges.

IV.- La reclusión en prisión de uno de los cónyuges.

I.- Cuando uno de los cónyuges tiene que cambiar de domicilio. Al respecto el artículo 163 segundo párrafo del Código -- Civil vigente señala: "Los tribunales, con conocimiento de causa podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, -- cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso".

II.- En cumplimiento del Servicio Militar. Necesariamente uno de los cónyuges se tendrá que separar del otro, en este caso el varón; por lo regular sucede en casos de guerra.

III.- La ausencia de uno de los cónyuges. El artículo -- 649 del Código Civil vigente señala: "Cuando una persona haya -- desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quien la re-- presente, el Juez, a petición de parte o de oficio, nombrará un depositario de sus bienes, la citará por edictos, publicados en los principales periódicos de su último domicilio, señalándole -- para que se presente un término que no bajará de tres meses, ni pasará de seis, y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes". Por lo que el estado de incertidumbre de si -- esta vivo o muerto es lo que caracteriza a la ausencia desde el punto de vista jurídico.

Por otra parte, es necesario señalar lo que se debe entender por domicilio y ausente.

Domicilio deriva del griego domus-casa y del latín domi-

cilium. (42) Así, domicilio de persona física es aquel lugar de habitación de una persona, el lugar donde tiene su casa (domus).

(43) Jurídicamente hablando el domicilio de acuerdo con el -- artículo 29 del Código Civil vigente señala: "El domicilio de -- las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un -- lugar, cuando permanezca en el por más de seis meses". De esta definición se desprenden dos elementos a saber:

A) La residencia, que se da cuando el individuo radica -- en ese domicilio por más de seis meses.

B) El principal asiento de sus negocios, domicilio que -- consiste en el propósito de esa persona de radicarse en el lu -- gar donde tiene su residencia.

En ocasiones sucede que no se tenga ninguno de estos -- dos domicilios por lo que la ley señala que se reputara domici -- lio el lugar donde se encuentre, artículo 29 del Código Civil -- vigente. Por lo tanto, el domicilio no se desplaza cuando la -- persona haga una estancia en lugar distinto de su morada habi -- tual siendo por tanto la residencia uno de los elementos del --

(42) Velarde Velarde, Calixto. Cit. por Galindo Garfias, Igna -- cio. op. cit. p. 359.

(43) Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. 358.

domicilio, ya que la residencia es el hecho de vivir en un lugar, que por si mismo no produce efectos jurídicos.

También es necesario hablar del domicilio de la mujer casada el cual, según el artículo 163 del Código Civil vigente nos dice que es: "El lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales". Al respecto el maestro Galindo Garfias opina: "El domicilio de la mujer casada es el que ambos consortes fijan como hogar conyugal". (44)

3.4 Separación voluntaria administrativa.

Otra forma de separación que pueden realizar los cónyuges es la separación voluntaria administrativa a la que alude el artículo 272 del Código Civil.

El divorcio por mutuo consentimiento administrativo facilita de una manera extraordinaria la disolución del vínculo matrimonial porque con el simple hecho de cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 272 del Código Civil vigente y que haya transcurrido un año desde que se celebró el matrimonio, se obtiene la disolución del vínculo. El mencionado artículo a la letra dice: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Regis

(44) Idem. p. 362.

tro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y -- manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad - de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de -- los consortes, levantará un acta en que hará constar la solici- tud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratifi- cación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados -- levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspon- diente 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 la sociedad conyugal, y entonces aquellos su- frirán las penas que establece el Código de la materia..."

Del anterior artículo se desprende que para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento administrativo se deben reunir como requisitos indispensables: I.- Tener un año cumplido desde la fecha en que hayan contraído matrimonio; II.- Que los conso- rtes convengan en divorciarse; III.- Que sean mayores de edad; - IV.- Que hayan liquidado la sociedad conyugal; V.- Que se pre- senten personalmente ante el Juez del Registro Civil de la ju- risdicción donde tuvieron ubicado su domicilio a tramitar el -- divorcio; VI.- Que acrediten con actas certificadas de Nacimien- to y Matrimonio que son mayores de edad y que existe el vínculo matrimonial respectivamente; y VII.- No haber procreado - - -

hijos. (45)

En consecuencia, señala Pallares (46), que si se com- -
prueba que uno sólo de estos elementos llegare a ser contrario-
a lo que establece el mencionado artículo el divorcio "No surti-
rá efectos legales", llegando a la conclusión de que se trata--
ría de un acto nulo de pleno derecho, haciéndose acreedores au-
tomáticamente al delito de falsedad en declaraciones ante auto-
ridad pública, regulado en el Código Penal vigente en su artícu-
lo 247 fracción I que a la letra dice: "Se impondrá de dos me--
ses a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: I.- Al -
interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judi- -
cial en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellas falta-
re a la verdad;..."

El divorcio por mutuo consentimiento administrativo era
desconocido por la legislación mexicana hasta el año de 1928, -
cuando se adopta y modifica para aplicarlo sobre las particula-
ridades de nuestra sociedad, de la legislación del Derecho Fami-
liar de la U.R.S.S. de 1922. Así, a partir de 1928 esta figura-
jurídica forma parte de nuestro acervo legal.

Es indispensable para solicitar el divorcio por mutuo -
consentimiento administrativo la mayoría de edad que se obtiene
cuando la persona física cumple los años previstos por la ley, -
y en México el artículo 646 del Código Civil vigente señala: --
"La mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos". Pero no-

(45) Chávez Asencio, Manuel F. op. cit. p. 452.

(46) Pallares, Eduardo. El divorcio en México. p. 39.

solamente se requiere que haya cumplido la edad establecida por la ley, sino que se encuentre en plenitud de la capacidad de goce y de ejercicio. La primera consiste en la aptitud que tiene todo ser humano de ser titular de derechos y obligaciones, y así encontramos varios grados de capacidad de goce a saber: 1.- El grado mínimo de capacidad de goce se da cuando un ser ha sido concebido, pero no ha nacido; 2.- Otra manifestación de la capacidad de goce se da respecto de los menores de edad; 3.- Es la última manifestación de capacidad de goce que tenemos y se da en los mayores de edad que a su vez se subdivide en: a) Mayores de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales y b) mayores de edad sujetos a interdicción por distintas causas --- como son: locura, el idiotismo, el uso de drogas, etc. Artículo 450 del Código Civil.

También lo es que hayan liquidado la sociedad conyugal, entendiéndose ella como: "Un contrato por el que los consortes, al momento o después de celebrar el matrimonio, convienen en -- que cada uno de ellos concede sobre determinados bienes de su propiedad al otro cónyuge una cierta participación en las utilidades de dichos bienes, pagadera a la terminación del mismo contrato". (47) Siempre y cuando se hayan casado bajo ese régimen, si los consortes se casaron por separación de bienes no existe ningún problema porque cada uno conserva los bienes que ya tenía o los que adquirió dentro del matrimonio.

(47) Sánchez Medal, Ramón. De los contratos Civiles. p. 344.

La liquidación de la sociedad conyugal se hará conforme a lo establecido en las Capitulaciones Matrimoniales, en los -- casos prevenidos por el artículo 197 del Código Civil vigente, -- que menciona: "La sociedad conyugal termina por la disolución -- del matrimonio, por voluntad de los consortes, por la sentencia que declare la presunción de muerte del cónyuge ausente y en -- los casos previstos en el artículo 188."

Asimismo, para obtener el divorcio que estamos estudiando se requiere no tener hijos, es decir, no haber procreado -- ningún hijo durante el matrimonio porque en caso de haberlos no procede este divorcio; sino que deberá promoverse un divorcio -- por mutuo consentimiento judicial toda vez que se deben garantizar y asegurar los alimentos de los mismos.

Para conocer de este tipo de divorcio por mutuo consentimiento administrativo es competente única y exclusivamente el Juez del Registro Civil de la jurisdicción donde ubicaron su -- domicilio conyugal los consortes, entendiéndose como tal, según lo señala el artículo 29 del Código Civil vigente que a la -- letra dice: "El domicilio de una persona física es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de estos, el lugar -- donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se -- encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un -- lugar, cuando permanezca en el por más de seis meses". El maestro Rojina Villegas lo define como "El lugar en que una persona

reside habitualmente con el propósito de radicar en él". (48)

Los divorciantes deberán comprobar que son mayores de edad y casados, mediante copias certificadas del Registro Civil que son como lo indica el maestro Rojina Villegas: "Instrumentos en los que constan de manera auténtica los actos o hechos jurídicos relativos al estado civil de las personas". (49)

Cumplidos los requisitos antes mencionados, se levantará el acta de solicitud de divorcio por mutuo consentimiento administrativo, acto seguido se citará a los divorciantes quince días después del levantamiento del acta para que ratifiquen su solicitud y así el Juez de Registro Civil pueda declarar a los promoventes divorciados debiendo tal funcionario hacer la anotación que señala el artículo 291 en el acta de matrimonio respectiva.

El Juez del Registro Civil en este tipo de divorcio tiene funciones parecidas a la del notario porque hace constar los actos efectuados y declara el divorcio, esto es, da fe de la voluntad de los cónyuges de divorciarse, y por medio de un acto de autoridad que le concede el estado disuelve el vínculo matrimonial.

3.5 Separación voluntaria judicial.

(48) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. T.I. p. 187.

(49) Idem. p. 182.

El fundamento legal del divorcio por mutuo consentimiento judicial también denominado divorcio voluntario, aparece en los artículos 267 fracción XVII del Código Civil vigente que a la letra dice: "Son causas de divorcio: XVII.- El mutuo consentimiento", y el artículo 272 del citado ordenamiento el cual en su último párrafo menciona lo siguiente: "Los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, - - ocurriendo al Juez competente en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles".

Esto es, los cónyuges que sean mayores de edad, que no tengan hijos, que hayan liquidado la sociedad conyugal, y que - haya transcurrido un año de que se celebró su matrimonio, son - la únicas personas que pueden promover su divorcio por mutuo consentimiento judicial. (50)

Nos comenta Chávez Asencio que, en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se reglamentó este divorcio por mutuo consentimiento judicial en sus artículos 246 y 231 respectivamente; - - estos Códigos señalaban que cuando ambos cónyuges convinieren - en divorciarse en cuanto al lecho y habitación sólo podría lograrse (ya que en estos códigos no estaba permitido al Juez - - disolver el vínculo matrimonial), ocurriendo por escrito al - - Juez y no podía pedirse "sino pasados dos años de la celebración del matrimonio".

(50) Montero Duhalt, Sara. op.cit. pp. 256-257

El Código de 1870 agregaba: "El divorcio por mutuo acuerdo no tenía lugar después de 20 años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de 45 años de edad". Solicitada la separación -- por mutuo consentimiento judicial, -- en el Código Civil de 1870 -- debían transcurrir tres meses y un mes en el de 1884, para que -- después cualquiera de los dos cónyuges solicitara la resolución -- correspondiente, es decir la separación de los mismos.

El divorcio por mutuo consentimiento judicial (Divorcio Voluntario), no se ha aceptado en todas las legislaciones que -- han acogido dentro de su cuerpo normativo el divorcio vincular, ya que facilita de gran manera la disolución del vínculo matrimonial, poniendo en peligro la estabilidad familiar.

El mutuo consentimiento judicial es una forma de divorcio entre los cónyuges y a diferencia de las causas de separación anteriores, ésta tiene el apoyo en la ley, es decir, se -- hace observando las normas jurídicas establecidas al respecto, -- sin embargo cuenta con un elemento común al de las causas anteriores; no se hace explícita la causa de la disolución del vínculo matrimonial.

La ley de divorcio de 1914 expedida en nuestro país, -- estableció por primera vez este divorcio por mutuo consentimiento de tipo judicial, en donde los consortes podían acudir ante una autoridad judicial (Juez de lo Familiar), a declarar el -- único elemento que se necesita para que se dé este tipo de divorcio: su voluntad de divorciarse.

Nuestro Código Civil vigente toma de esta ley y de la -- Ley sobre Relaciones Familiares el divorcio voluntario de tipo-

judicial, es decir, debiéndose tramitar ante un Juez Familiar - en vía de Jurisdicción Voluntaria como lo previene el Código -- de Procedimientos Civiles al manifestar que en la Jurisdicción- Voluntaria no existe controversia presuponíendose que no la hay, porque voluntariamente los esposos han acordado disolver el vín culo matrimonial, aunque el maestro Eduardo Pallares, sostiene - que debe incluirse dentro de la jurisdicción contenciosa, por - que directamente está interviniendo el C. Agente del Ministerio Público como parte; este representante social examina la vali-- dez del convenio y lo aprueba según lo considere pertinente pro tegiendo los intereses morales y económicos principalmente de - los hijos y de la cónyuge.

Respecto a la competencia para conocer de este tipo de separación por mutuo acuerdo judicial; será competente un Juez de lo Familiar del domicilio conyugal de acuerdo con lo que establece el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Fede-- ral vigente en su artículo 156 a saber: "Es Juez competente: -- Fracción XII.- En los juicio de divorcio, el tribunal del domici-- lio conyugal..." Y así, si se adquirieron bienes dentro de la Sociedad Conyugal, será también competente el Juez del domici-- lio conyugal, no tomándose en consideración la ubicación de los bienes, sino la acción que están ejercitando los cónyuges al -- promover su separación del vínculo matrimonial que los une.

La separación del vínculo matrimonial por mutuo consen-- timiento judicial, exige la comparecencia PERSONAL en las Jun-- tas de Avenencia de los divorciantes (dos para ser exactos), -- y así el artículo 678 del Código de Procedimientos Civiles - --

expresa: "Los cónyuges no pueden hacerse representar por procurador en las juntas a que se refieren los artículos 675 y 676, - sino que deben comparecer personalmente y, en caso, acompañados de tutor especial". De la lectura de este precepto se desprende que el divorcio es un acto personalísimo, debido a que los divorciantes no se pueden hacer representar por un apoderado en - las Juntas de Avenencia, porque lo que se pretende al efectuarlas es la reconciliación de los mismos, cuando el Juez los - -- exhorta y les hace ver cuales son las circunstancias que pueden tener la disolución del vínculo matrimonial.

Si nos encontramos con que uno o ambos de los cónyuges - son menores de edad, deberán tener un tutor, para poder promover su divorcio por mutuo acuerdo judicial como lo establece el artículo 677 del Código de Procedimientos Civiles al señalar -- textualmente: "El cónyuge menor de edad necesita de un tutor es pecial para poder solicitar el divorcio por mutuo consentimiento".

Dentro de esta separación del vínculo matrimonial que - los une a través del divorcio por mutuo acuerdo judicial las -- funciones del tutor son las siguientes: a) Firmar conjuntamente con el cónyuge menor la solicitud de divorcio; b) Intervenir en las estipulaciones y celebración del convenio para proteger debidamente los derechos del menor y las obligaciones que contrae respecto de los bienes de los alimentos y de la custodia de los hijos habidos en el matrimonio; c) Comparecer a las dos juntas - de avenencia, acompañando al menor, el que manifestará su volun tad, de divorciarse, aprobando su tutor dicha manifestación.

Convenio que se anexa a la solicitud del divorcio por mutuo consentimiento judicial.

A la solicitud para divorciarse voluntariamente (mutuo-consentimiento judicial), se debe anexar un convenio y el inventario y avalúo de los bienes (si los hay), de la sociedad conyugal; en el convenio se contemplan cláusulas expresamente señaladas por la ley sin las cuales carece de validez y eficacia jurídica, en consecuencia, de la legalidad del convenio depende la disolución del vínculo matrimonial, ya que el C. Agente del Ministerio Público y el Juez de lo Familiar toman en consideración que se cumpla todo lo señalado en el artículo 273 del Código Civil vigente, que a la letra dice:

Artículo 273: "Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en el que se fijen los siguientes puntos:

- I.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;
- IV.- 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 ejecuto

riado el divorcio, así como la forma de hacer el -- pago y la garantía que debe otorgarse para asegurar lo;

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."

Como se observa del contenido del convenio transcrito - el legislador procura que queden garantizados los derechos de - los hijos, la pensión que se les va a otorgar a estos y al cónyuge acreedor y la forma de garantizarlos durante el procedi- - miento y después de ejecutoriado el mismo, la forma en que se - van a administrar los bienes durante el procedimiento y la li- - quidación de la sociedad conyugal después de ejecutoriado el -- divorcio si bajo ese régimen se casaron. De la lectura del pre- - cepto antes mencionado se desprende que el convenio tiene esti- - pulaciones relativas a los hijos, a los cónyuges, y a los bie- - nes de la sociedad conyugal.

Las estipulaciones relacionadas con los hijos y que de- - ben establecerse en dicho convenio se encuentran reguladas en - las dos primeras fracciones del artículo 273, en la primera por lo regular se estipula que ambos divorciantes van a ejercer la- - patria potestad sobre los menores hijos habidos en el matrimo- - nio, por lo que toca a la guarda y custodia por ser menores de- - edad estos casi siempre quedan a cargo de la divorciante; ya --

que cuando se distribuyen uno y uno, o dos y uno según hayan --
sido los hijos que se procrearon, es casi seguro que el Ministe
rio Público opine que se reserva dar su opinión en tanto los --
hijos queden a cargo de la divorciante, lo anterior porque va --
en perjuicio del núcleo familiar, también fijan los días en que
él que no la tiene podrá llevarlos de paseo, visitarlos e inter
venir en su educación: Y en la segunda se señala la cantidad --
que va a cubrir mensualmente por concepto de pensión alimenti--
cia para los hijos, además se debe otorgar una garantía como lo
señala el artículo 275 del Código Civil vigente, al decir: - --
"Mientras que se decreta el divorcio, el Juez autorizará la se-
paración de los cónyuges de una manera provisional y dictará --
las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los - --
hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos."

La garantía debe de ser de acuerdo con el artículo 317-
del mismo ordenamiento que dice: "El aseguramiento podrá consig
tir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante
a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía --
suficiente a juicio del Juez."

En caso de que no se garantice de alguna de las formas-
establecidas por la ley, no se aprueba el convenio, y por lo --
tanto, no se concede la disolución del vínculo matrimonial.

Otro artículo que alude a la pensión alimenticia es el-
287 del Código mencionado en líneas anteriores, el cual señala:
...Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir,-
en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los
hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que --

lleguen a la mayor edad."

De la lectura anterior se desprende: a) La pensión alimenticia que deben proporcionar los divorciantes a sus hijos -- debe ser de acuerdo a las posibilidades económicas que ambos -- tengan; b) Por lo que se refiere a la mayoría de edad no se -- toma al pie de la letra, porque en los casos de mayores de -- edad incapacitados se les debe proporcionar alimentos en base a lo que señala el artículo 303 del Código Civil vigente que a la letra dice: "Los padres están obligados a dar alimentos a sus -- hijos..."

Y en este caso los incapacitados no están en posibili-- dad de valerse por sí mismos para efectuar algún trabajo y perci-- bir ingresos, para así poder solventar sus gastos, por lo tanto, por medio de su tutor pueden exigir una pensión alimenticia de-- sus padres, indistintamente, aunque estén divorciados.

Las estipulaciones relacionadas con los cónyuges se -- encuentran establecidas en las fracciones III, IV y V del -- artículo 273 del Código Civil vigente:

1º.- En la fracción III se ordena se señale el domici-- lio que habitará cada uno de los cónyuges durante el procedi-- miento y después de ejecutoriada la sentencia de divorcio, y si alguno de ellos va a cambiar de domicilio lo debe de manifestar por escrito al juzgado para que este tenga conocimiento de -- dicho cambio.

2º.- La fracción IV del artículo antes mencionado seña-- la que se debe establecer la cantidad que se va a fijar como -- pensión alimenticia a la mujer por el tiempo que haya durado el

matrimonio, en el caso de que aquella no tenga ingresos propios, la cual disfrutará mientras no contraiga matrimonio nuevamente o se una en concubinato, también el varón tiene derecho a pensión alimenticia si se encuentra imposibilitado para trabajar y carece de ingresos propios y suficientes para sufragar sus gastos -- siempre que no contraiga matrimonio o se una en concubinato. Todo esto de acuerdo con lo que establece el artículo 288 reformado del Código Civil vigente. Se debe señalar además la forma de pago y la garantía para asegurar la pensión alimenticia conforme al artículo 317 del ordenamiento citado.

3º.- La fracción V indica que se debe señalar la manera en que se van a administrar los bienes de la sociedad durante el procedimiento y hasta el momento en que se liquide, y la manera en que se va a efectuar la liquidación así como el nombramiento de las personas que van a ser los liquidadores.

Finalmente, se encuentran las estipulaciones relacionadas con la sociedad conyugal que aparece en la fracción V, del artículo 273 del Código Civil vigente, en donde se debe designar la persona que va a administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, la manera de liquidarla y el nombramiento del liquidador o liquidadores, en caso de que se hayan adquirido bienes mientras permanecieron unidos los cónyuges en matrimonio o que en las estipulaciones matrimoniales se haya especificado que los bienes de uno u otro cónyuge entraban en la sociedad conyugal, en ese momento al convenio se debe anexar un inventario y avalúo de los mismos, si no los hay, se especificará en el convenio que no ha lugar a liquidación porque durante -

el matrimonio no se obtuvieron bienes.

El Ministerio Público dentro del divorcio por mutuo con sentimiento judicial tiene las siguientes funciones:

I.- Intervenir para proteger los derechos e intereses - morales y patrimoniales de los hijos menores de edad e incapaci tados procreados durante el matrimonio.

II.- Comparecer en las dos juntas de avenencia para que manifieste lo que a su representación corresponda.

III.- Manifestar su conformidad en relación al convenio o si lo rechaza, solicitando en todo caso, se complementen los requisitos establecidos por la ley, y únicamente se opone a la aprobación del convenio cuando se establecen cláusulas contra- rias a los derechos, la necesidad y el bienestar de los menores.

IV.- En caso de que se violen los derechos de los meno- res, de los interdictos o de terceras personas, el Ministerio - Público podrá apelar a la sentencia que haya declarado disuelto el matrimonio.

V.- El Ministerio Público puede proponer las medidas -- que juzgue necesarias para el mayor bienestar de los menores e incapacitados habidos en el matrimonio.

Las juntas de avenencia en el divorcio voluntario.

En el divorcio voluntario de tipo judicial hay dos jun- tas de avenencia, en las cuales el Juez de lo Familiar exhorta - a las partes en este caso los divorciantes, para que desistan - de su idea de divorciarse, manifestándoles lo perjudicial que - puede ser para sus menores hijos la separación de ellos.

El artículo 675 del Código de Procedimiento Civiles - -

señala: "Que las juntas se llevarán a cabo después de los ocho - y antes de los quince días siguientes..."

En muchas ocasiones las juntas de avenencia no se celebran en el término fijado por la ley, pero ello no es causa para que se consideren nulas y sólo se declarará la nulidad cuando -- haga falta alguno de los elementos esenciales y que por ello - - cualquiera de las partes se encuentre en estado de indefensión o que el número de días sea tan grande que no se realice el objeto para el que fueron establecidas, que es el de dar un pequeño lapso para que los divorciantes reflexionen sobre la determinación que van a tomar.

La reconciliación en el divorcio por mutuo consentimiento judicial pone fin al procedimiento cuando los cónyuges: "Se unen de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el - - divorcio no hubiere sido decretado..." Según lo establece el - - artículo 276 del Código Civil vigente, esto es, que los esposos vuelvan a vivir juntos, toda vez, que esto hace suponer que se han reconciliado. El artículo 280 del ordenamiento anteriormente citado reafirma lo anterior al decir: "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre (el procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento), si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este -- caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al - -- Juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos - producidos por la reconciliación."

Creo que el legislador en la última parte de este artículo, consideró que no es necesario hacerle conocer al Juez de la

reconciliación, porque con el hecho de no acudir a una junta de avenencia, no desahogar un pedimento hecho por el Ministerio Público, no garantizar la pensión alimenticia mediante alguna de las formas establecidas por el artículo 317 del Código Civil vigente o no presentar una promoción en determinado tiempo, es -- decir, no efectuar ningún movimiento en el expediente se suspende de el procedimiento y se declara sin efecto la solicitud mandándose a archivar el mismo.

El artículo 276 del Código Civil vigente señala que los divorciantes: "No podrán volver a solicitar el divorcio por --- mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación". Cosa que no sucede con el divorcio necesario, debido a -- que hay una causa que está poniendo en peligro la estabilidad emocional de la familia, por lo que la prohibición solamente -- recae en el divorcio por mutuo consentimiento como previamente lo establece la ley.

Contenido de la Sentencia definitiva del divorcio por -- mutuo consentimiento judicial.

Deberá contener:

Primero.- La declaración de la disolución del vínculo -- matrimonial.

Segundo.- La aprobación del convenio, que de no ser -- impugnado por el Ministerio Público o los cónyuges alcanza la -- autoridad de cosa juzgada, y en caso de que se viole dicho convenio, no da lugar a rescisión para que las cosas vuelvan al -- estado en que tenían, como en la rescisión de los contratos, ya que en este caso sólo cabe la posibilidad de lograr la ejecu- -

ción forzosa por medio de la vía judicial, promoviendo ante el mismo juzgado que decretó el divorcio un incumplimiento de convenio.

Tercero.- Los cónyuges no podrán contraer matrimonio -- sino hasta pasado un año de que haya causado ejecutoria la sentencia de divorcio.

Cuarto.- Declarar disuelta la sociedad conyugal si en tal caso se celebró en el matrimonio, debiendo ser liquidada en ejecución de sentencia.

Quinto.- Se ordena se gire oficio o exhorto remitiendo copia certificada de las siguientes constancias: Sentencia Definitiva que se dictó en el procedimiento del divorcio por mutuo-consentimiento y auto que la declare que ha causado ejecutoria, al C. Juez del Registro Civil de su jurisdicción, al del lugar en donde se llevó a cabo el matrimonio y a fin de que se dé cumplimiento con lo que establece el artículo 291 del Código Civil vigente a efecto de que se levante el acta de divorcio correspondiente y se haga la anotación marginal en la de matrimonio.- La falta de inscripción en el Registro Civil no priva a la sentencia de su autoridad y fuerza, pero para probar el estado civil de las personas es necesario que se haga mediante un acta del Registro Civil.

La apelación en el divorcio por mutuo consentimiento judicial.

El artículo 681 del Código de Procedimientos Civiles señala que: "La sentencia que decreta el divorcio por mutuo consentimiento es apelable en el efecto devolutivo. La que lo nie-

que es apelable en ambos efectos."

A la sentencia que concede el divorcio puede apelar el Ministerio Público por considerar que no se llenaron los requisitos establecidos por la ley, y cualquiera de los consortes -- que al revisar el convenio crea que no se establecieron las -- cláusulas acordadas entre ellos y como la apelación se admite -- en el efecto devolutivo, no se suspende la ejecución de la sentencia, por lo tanto, la sentencia de divorcio puede ejecutarse otorgando el divorciante que no apeló la fianza correspondiente para el caso de que se revoque la sentencia. También podrá interponer el recurso de apelación cualquiera de los cónyuges -- cuando se niegue el divorcio o contra los puntos resolutive de la sentencia que modifique una o varias cláusulas que establecieron en su convenio respecto de la situación de los hijos, -- así como de la liquidación de la sociedad conyugal y la pensión alimenticia; en cualquiera de los dos casos anteriores la apela ción se admite en ambos efectos suspendiéndose la ejecución de la sentencia, mientras el tribunal de alzada revisa a través de los agravios presentados, si la negativa del Juez de primera -- instancia estuvo conforme a derecho.

El superior en este caso la Sala que conoce del asunto, puede revocar la sentencia concediendo el divorcio por considerar que el convenio si reunió todos los requisitos establecidos por la ley o puede confirmar la sentencia que negó el divorcio, quedando en tal caso como último recurso el juicio de amparo.

Caducidad de la instancia en el divorcio por mutuo consentimiento judicial.

Primeramente, es necesario dar la definición de lo que debemos entender por caducidad, la cual dice el maestro Pallares es: "La extinción de la instancia judicial porque las dos partes abandonen el ejercicio de la acción procesal. El abandono se manifiesta en que ninguna de ellas hace en el proceso las promociones necesarias para que éste llegue a su fin". (51)

Y así el artículo 679 del Código de Procedimientos Civiles alude a la caducidad de la instancia en el divorcio por mutuo consentimiento al decir: "En cualquier caso en que los cónyuges dejaren pasar más de tres meses sin continuar el procedimiento, el tribunal declarará sin efecto la solicitud y mandará a archivar el expediente".

3.6 Por causas establecidas en la ley (Divorcio necesario o contencioso.)

Como lo hemos dejado asentado en el cuerpo del presente trabajo, nuestro legislador contempló el divorcio de separación corporal hasta los Códigos de 1870 y 1884 y no fue sino hasta 1914, cuando apareció una forma radical de separación vincular, esto es, el divorcio basado en una causal previamente establecida en la ley, que disolvía legalmente el matrimonio.

En nuestro vigente Código Civil se establece esta postura, al expresar en su artículo 266 que: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de -

(51) Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Civil Procesal. - p. 119.

contraer otro".

La doctrina interpretando este artículo sostiene:

"El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud de cual se disuelve el vínculo conyugal, y el contrato de matrimonio concluye, tanto en relación a los cónyuges - - como respecto de terceros". Eduardo Pallares. (52)

Rafael de Pina señala que: "El divorcio es la extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada - de modo expreso". (53)

El divorcio necesario o contencioso fue enérgicamente - combatido y así, en Francia desapareció en 1816 para reaparecer nuevamente hasta 1884; este tipo de divorcio fue conocido por - las civilizaciones más antiguas y en la legislación mexicana -- aparece por primera vez en la ley de divorcio de 1914 y así te- nemos que la principal característica de este tipo de divorcio, es que los cónyuges, disuelto el matrimonio, pueden contraer -- nuevos nupciales.

El divorcio necesario o contencioso requiere: I.- De la existencia de un matrimonio válido; II.- Cuando los cónyuges -- sean menores de edad, y deseen divorciarse necesitan de un - -- tutor dativo y éste autoriza con su firma y en unión del pupilo los escritos que se presentan durante todo el trámite de divor-

(52) Pallares, Eduardo. op. cit. p. 36

(53) Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. p.338.

cio; el tutor prácticamente se limita a asistir al cónyuge en el procedimiento de divorcio que puede ser por mutuo consentimiento judicial (nunca en el administrativo) y el contencioso, -
III.- La legitimación procesal: los cónyuges son los únicos que tienen interés legítimo y personalísimo de obtener la disolución del matrimonio, por lo tanto, no se pueden hacer o representar en el juicio de divorcio administrativo o voluntario.

En cuanto al divorcio necesario o denominado contencioso a estudiar se encuentra reglamentado principalmente a lo largo de las dieciocho causales que actualmente contiene el artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Dentro de estas causales es pertinente mencionar que algunas de ellas fueron reformadas y otras adicionadas en el año de 1983 y que entraron en vigor a partir del 26 de marzo de 1984; siendo éstas fundamentalmente la fracción VII que se refiere a la enajenación mental incurable de alguno de los cónyuges y que establece como requisito indispensable para que opere como causal de divorcio que previamente exista una declaración de interdicción, hipótesis que vino a cambiar la anterior estructura que establecía que la citada enfermedad la sufriera el cónyuges por más de dos años y hasta entonces podía promoverse el juicio respectivo. Asimismo la fracción XII de este mismo artículo se refiere a la causal de divorcio fundada en la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas por el artículo 164 y 168 del Código Civil antes mencionado pero la novedad estriba en que ya no se requiere promover previamente el juicio correspondiente para hacer valer estos

derechos, como se indicaba antes de estas reformas.

Mención especial debe hacerse por lo que respecta a la fracción XVIII puesto que se trata de una adición al artículo en cita y que textualmente dice: 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 cualquiera de ellos".

Como puede observarse de lo anterior, actualmente la pareja puede disolver el vínculo matrimonial sin esgrimir cuestiones de fondo, pues independientemente de la vida que haya llevado el supuesto principal consistente en acreditar que durante -- más de dos años no han hecho vida común, lo que evidentemente -- abre la posibilidad para disolver relativamente fácil el matrimonio.

Atendiendo al contenido de cada una de las cláusulas que reglamenta el citado artículo 267, algunos autores, entre ellos el maestro Rojina Villegas hacen una clasificación de las mismas de la siguiente forma:

PRIMERO.- Los que implican delitos entre los cónyuges -- que comprenden las fracciones I, III, IV, XI, XIII y XVI; las -- que implican delitos de un cónyuge contra los hijos que se encuentran en la fracción V y las que implican delitos contra terceras personas que se establecen en la fracción XIV.

SEGUNDO.- Las que constituyen actos o hecho inmorales, -- como son las que se encuentran en las fracciones II, III y V.

TERCERO.- Las contrarias al estado matrimonial y el incumplimiento de las obligaciones fundamentales dentro del matri-

monio y aparecen en las fracciones VIII, IX, X, XII y XVIII.

CUARTO.- Algunos vicios o enfermedades señaladas por la ley, y las tenemos estipuladas en las fracciones VI, VII y XV.

Algunos autores señalan que existen dos tipos de divorcio a saber: el divorcio sanción que es para las causales que implican delitos, hechos inmorales, vicios, estados contrarios al matrimonio e incumplimiento de las obligaciones maritales en cuanto que destruyen la vida en común. Y el divorcio remedio -- que se ha creado para proteger al cónyuge sano y a los hijos, -- cuando el otro padezca de alguna enfermedad crónica e incurable y que además sea contagiosa y hereditaria.

El maestro Rojina Villegas hace mención al criterio -- sustentado por el profesor Francisco Consentini, el cual divide a las causales en cinco grandes grupos:

PRIMER GRUPO: Causas criminológicas, dentro de las que se encuentran.- El adulterio de cualquiera de los cónyuges, -- cuando no haya sido consentido o perdonado, el hecho de atentar contra la vida del cónyuge o los hijos, sufrir condena por delitos infamantes, las lesiones, la servicia y las injurias, el -- intento de prostituir a la mujer, a los hijos y corromperlos y finalmente el abandono de la familia.

SEGUNDO GRUPO: Las causas simplemente culposas, dentro de las cuales aparecen: el abandono del hogar, cuando no tenga carácter punible, el quebrantamiento de los deberes conyugales, la injuria, la ausencia y la separación injustificada contra la voluntad del otro cónyuge.

TERCER GRUPO: Causas eugenésicas, dentro de las cuales-

-
**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

- 79 -

tenemos: la locura incurable, las enfermedades crónicas o incurables, contagiosas o hereditarias, en las cuales se incluyen, las enfermedades venéreas, la impotencia incurable, el alcoholismo habitual o consuetudinario y el uso inmoderado de drogas.

CUARTO GRUPO: Causas objetivas e inculpables, dentro de ellas figuran: la separación libremente estipulada y consentida por ambos cónyuges por tiempo superior a seis meses, la ausencia involuntaria, la enfermedad mental, la enfermedad que sufre cualquiera de los cónyuges libre de negligencia o malicia y la separación con o sin causa por más de dos años de cualquiera de los cónyuges.

QUINTO GRUPO: Causas indeterminadas dentro de las cuales podemos citar: relajación del vínculo conyugal por distintos motivos imputables a cualquiera de los cónyuges que lleguen a hacer insoportable la vida y perturben las relaciones matrimoniales.

Por su parte el maestro Eduardo Pallares, clasifica a las causales de divorcio de la siguiente manera:

"a) Causas en las que los tribunales gozan de cierta -- facultad discrecional para decretar el divorcio o abstenerse de hacerlo teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que la ley considera como causas, por ejemplo cuando se trata de injurias graves, servicias, calumnias, etc.

b) Causas en las que los tribunales no tienen facultades discrecionales, por ejemplo, el adulterio, el abandono del hogar por más de un año, la falta de pago de los alimentos, etc.

c) Causas que implican hechos culpable o comisión de un

delito por parte del cónyuge demandado como: el adulterio, la incitación a la violencia, la corrupción de la mujer, etc. En sentido opuesto hay causas que no tienen esa naturaleza por ejemplo: las enfermedades que se especifican en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil vigente.

d) Causas que comprenden el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales, en especial las relativas a suministrar alimentos al otro cónyuge y a sus hijos y la de vivir en el domicilio conyugal. En oposición a estas causas se encuentran las que revelan una condición de inmoralidad del cónyuge culpable.

e) Causas que deben producir la disolución del matrimonio, sea por motivo de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas, en la imposibilidad de continuar cumpliendo con sus obligaciones familiares". (54)

Ahora bien, vamos a hacer un análisis de cada una de las causales que se pueden invocar para obtener el divorcio vincular necesario iniciando con:

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

Francisco de la Vega manifiesta que el significado de adulterio es: "La relación carnal-coito normal, completo o incompleto-de un casado con una persona que no sea su cónyuge". (55)

Respecto de esta causal en el Código Civil vigente no -

(54) Pallares, Eduardo. op.cit. pp. 62-63.

(55) González de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado. p. 340.

encontramos ninguna definición de adulterio, por lo que se deduce de los diferentes conceptos que protegen el matrimonio, en virtud de que una vez celebrado los cónyuges quedan sujetos a observar la conducta propia de su nuevo estado civil y uno de los deberes fundamentales del matrimonio es precisamente la fidelidad entendida ésta como la prohibición para tener relaciones sexuales en su sentido más amplio con terceras personas, pues en el supuesto de que así sucediera el cónyuge que incurra en esta violación, estará dando motivo para la disolución del vínculo matrimonial, con todas sus consecuencias legales.

Si bien es cierto, que desde el punto de vista civil - esta causal resulta de difícil comprobación directa, no lo es menos, el hecho de que el cónyuge inocente pueda en un momento dado probar la conducta ilícita de su cónyuge a través de los distintos medios de prueba que la ley establece.

Por otra parte, desde el punto de vista penal el adulterio se encuentra previsto y sancionado en el código de la materia en los artículos 273 y 310, por lo que para invocar estos hechos como causal de divorcio necesariamente se tendrá que obtener una sentencia condenatoria, en razón que de esta manera quedaría probada fehacientemente la conducta ilícita del cónyuge culpable, luego entonces una simple querrela no es suficiente para demostrar esta causal.

"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".

En relación con esta causal se puede establecer que su -

esencia misma reside en la confianza que los prometidos deben tenerse desde el momento mismo de la celebración del matrimonio, ya que si la mujer oculta deliberadamente su estado de embarazo y éste no es obra de su consorte, -está incurriendo en una falta de probidad y por lo tanto con posterioridad va a ser motivo de graves desavenencias conyugales, amén de que el marido podrá -- válidamente desconocer a ese hijo en el supuesto de que nazca fuera de los términos establecidos por la ley o que demuestren que no tuvo acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días que precedieron al nacimiento del hijo; en la inteligencia de que en esta causal también se requiere para su comprobación, de la existencia de una sentencia definitiva en donde consta -- que se ha declarado ilegítimo a ese hijo.

En estas condiciones, si la mujer al momento de celebrar el matrimonio se encuentra en estado de embarazo lo normal y correcto es que lo haga del conocimiento tanto de su futuro marido como del Juez del Registro Civil, con el propósito de -- que aquel consienta en ese hecho, ya sea porque él haya sido el autor o consienta dicho embarazo y en su caso el hijo sea considerado como de matrimonio.

"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".

Se dice y se sostiene que una de las bases principales para que un matrimonio viva armónicamente es la moralidad, el -

respeto, la consideración y ayuda mutua, ya que sólo de esta -- manera podrá constituirse una familia debidamente integrada y - cimentada para la realización de los fines superiores que tiene encomendada la organización familiar, por tanto, cuando el marido rompe con estos principios esta minando las bases primordiales de la familia, pues el hecho de inducir a su mujer a la - - prostitución, consintiendo en que un tercero tenga relaciones - carnales con ella con el objeto de obtener dinero, alguna remuneración o cualquier otro beneficio en forma directa o indirecta, está conduciéndose en sentido contrario a la institución matrimonial. Desde el punto de vista civil cuando se dan estos -- supuestos la mujer puede demandar la disolución del vínculo matrimonial probando los hechos mediante alguno de los medios que establece el Código de Procedimientos Civiles.

Pero si desde el punto de vista civil esta conducta del marido da origen al rompimiento del vínculo matrimonial, desde el punto de vista penal se equipara al delito de lenocinio previsto y sancionado con pena corporal y pecunaria en el Código - Penal en sus artículos 200 y 207 respectivamente, pues en el caso concreto se estará comerciando con el cuerpo de su cónyuge, - lo que definitivamente va en contra de la moralidad que debe -- existir entre los cónyuges y en la sociedad, por lo que, obteniendo una sentencia condenatoria se tendrá la prueba fehaciente para que prospere esta causal.

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

Cuando alguno de los cónyuges motiva, alienta o provoca al otro para la comisión de algún delito cualquiera que sea su naturaleza, está demostrando que no tiene la consideración, ni le está proporcionando la protección debida, que constituye uno de los principios básicos del matrimonio, debido a que desde -- que se celebra este contrato el hombre y la mujer se deben protección en todos los sentidos para que de esa manera puedan cumplir con la misión que tienen encomendada, de ahí que si no se da dicha protección prácticamente se está demostrando que no -- tiene interés en preservar el matrimonio, pues es lógico supo--ner que al invitarlo a la concepción de un delito está buscando un motivo o una razón para terminar con el lazo conyugal y esta conducta no necesariamente debe darse en forma pública sino que en determinadas ocasiones puede originarse de manera privada, -- como quiera que sea, lo determinante es la incitación a la violencia y por tanto, también esta causal puede invocarse por el cónyuge que fue motivado, demostrando por los medios de prueba -- que se estimen convenientes, que fue compelido a dicha acción -- por su consorte y esto también se sanciona en el aspecto penal -- de acuerdo con la integración del tipo atendiendo a las circunstancias que se hubieren suscitado, lo que en un momento dado -- con esas mismas constancias del ámbito penal podrá comprobarse -- esta causal.

"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".

El espíritu de esta causal radica fundamentalmente en -

la protección y seguridad que los padres deben dar a sus hijos, máxime cuando se trata de menores que por su corta edad no pueden subsistir por sí mismos y por lo tanto dependen de sus progenitores para satisfacer sus necesidades, de tal suerte, que cuando el hombre o la mujer se conducen con manifiesta inmoralidad dentro de su hogar o en presencia de sus hijos, están distorsionando el ejemplo y las buenas costumbres que deben imperar en toda familia en la inteligencia, de que en este aspecto pudiera ocurrir una confusión respecto de que hechos o conductas constituyen actos inmorales ya que cada persona tiene su propia concepción de la moral y en ese sentido considero que debe entenderse como todo aquello que implique una conducción a la perversidad.

Comparativamente, esta causal tiene relación con el delito de corrupción de menores previsto y sancionado en los artículos 201 y 202 del Código Penal, en donde se hace acepción de lo que abarca este delito al mencionar que lo comete quien procure o facilitare su depravación sexual, si es púber, la iniciación en la vida sexual o la depravación de un impúber, o los induzca, incite o auxilie en la práctica de la mendicidad, de hábitos viciosos, a la ebriedad, a formar parte de una asociación delictuosa o a cometer algún delito; en síntesis, comparto el criterio de que por corrupción de menores debe entenderse todo lo que induzca a un menor a modos deshonestos de vida, o bien a alterar sus normas de conducta de modo que se produzca su perversión, su depravación o el relajamiento de su voluntad. Finalmente, cabe aclarar que la corrupción no sólo puede darse-

en los hijos menores de edad, sino también en aquéllos que --
hayan alcanzado la mayor edad.

En relación a las causales VI y VII que se refieren a:
"Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad cró-
nica o incurable que sea, además contagiosa o hereditaria, y la
impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el --
matrimonio".

"Padecer enajenación mental incurable, previa declara--
ción de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente",
respectivamente, tienen un significado especial en razón de que
su esencia misma no es la de establecer la culpabilidad de algu-
no de los cónyuges para disolver el vínculo matrimonial, sino -
que el legislador entendió que en algunos casos representa un -
peligro tanto para el cónyuge sano como para los hijos, la vida
en común, porque lo que se trata de proteger es precisamente --
que haya un principio de seguridad y de sanidad para el buen --
desarrollo de la familia y por ello estas causales presentan --
dos posibilidades a elección de los cónyuges, consistentes en -
que se pueden utilizar tanto como causal de divorcio, como para
solicitar una mera separación de cuerpos; esto es, terminar la-
vida en común con todas sus consecuencias legales, o bien sola-
mente la separación de cuerpos subsistiendo todas las obligacio-
nes y derechos inherentes a la institución matrimonial a dife-
rencia de las demás causales que establece la ley, estas dos no
requieren, por su propia naturaleza de un lapso determinado para
ejercitar la acción, sino que basta con determinar en el caso -
de la primera el padecimiento de alguna de las enfermedades a -

que se refiere, mediante la certificación médica correspondiente, y por lo que hace a la segunda de acuerdo con la última reforma se necesita la previa declaración de interdicción respecto del cónyuge demente, por lo que como se observa, en estos casos no opera la caducidad y así nos lo señala el maestro Rojina Villegas en la siguiente forma: "Para las causas que implican delitos, hechos inmorales o incumplimiento de las obligaciones conyugales el término de caducidad de seis meses se concede para que se haga valer la acción de divorcio, la ley presume perdonada la falta, por grave que sea, si no se entabla la demanda dentro del término de seis meses, y se extingue la acción de divorcio por el perdón, bien expreso, bien tácito. Tratándose de enfermedades no podemos considerar que haya un hecho imputable, que haya una culpa susceptible de perdón. Ni podemos interpretar tampoco que por el transcurso de seis meses se pudiera extinguir la acción de divorcio en función del perdón. Es decir, desde el punto de vista racional, el término de caducidad no debe operar". (56)

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

La acción de separar significa: "Establecer distancia o aumentarla, entre algo o alguien y una persona, lugar o cosa -- que se tome como punto de referencia". (57)

El maestro Eduardo Pallares señala que el verbo separar

(56) Rojina Villegas, Rafael. op.cit. T.II. p. 475.

(57) Diccionario Enciclopédico Espasa-Calpe. Tomo 21. p. 345.

gramáticamente significa: "Poner 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". (58)

La separación injustificada de la casa conyugal es un estado contrario al matrimonio. Dentro del estado matrimonial la obligación que es fundamental, es la de hacer vida en común, esto es, que los consortes vivan bajo el mismo techo, ya que si no hay vida en común no se puede cumplir con los fines naturales del matrimonio como lo es la procreación de los hijos sobre los que ejercerán la patria potestad ambos, además de que se deben ayudar mutuamente, no sólo en lo que se refiere a los alimentos, sino también debe haber ayuda de carácter moral, espiritual, la obligación de fidelidad y débito carnal que implica un hecho imputable debido a que rompe la vida matrimonial y no sólo consiste en el acto de dejar la casa o el domicilio conyugal. Así tenemos que el Código Civil vigente en su artículo 163 considera el domicilio conyugal como: "El lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges en el que ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales". Esto es la casa habitación donde los esposos residen habitualmente, hacen vida en común y cumplen con las finalidades del matrimonio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha afirmado-- que la separación del domicilio conyugal consiste en que uno de

(58) Pallares, Eduardo. op. cit. p. 75.

los cónyuges rompa sus relaciones matrimoniales con el otro y --
deje de cumplir con las obligaciones que derivan del vínculo --
matrimonial, sea porque no suministre alimentos, no cuide a sus
hijos, ni los asista en caso de enfermedad y se desatienda por--
completo de sus deberes familiares.

Por otro lado, la separación no significa necesariamente
que el cónyuge culpable abandone sus obligaciones conyugales,
porque puede ser que él se haya ido sin tener alguna causa jus--
tificada y que siga cumpliendo con sus obligaciones alimenta--
rias, en este caso no deja a su familia sin medios para subsis--
tir, por lo tanto no se dará una causa de divorcio. Pero si el
abandonado es total no sólo se podrá ejercitar la acción de di--
vorcio sino también la acción penal.

Por lo que se refiere a la acepción "Causa justificada",
ésta es muy amplia o varía según los diversos factores, como --
son: la educación, las costumbres, la religión, etc. de los con--
sortes, la causa no necesariamente debe tener carácter legal, -
puede ser de distinta naturaleza ya sea moral o social, la cau--
sa además debe ser grave, no debe ser simple pretexto para lo--
grar la disolución del vínculo matrimonial.

"IX.- La separación del hogar conyugal originado por --
una causa que sea bastante para pedir el divorcio; si se prolon--
ga por más de un año sin que el cónyuge que se separa entable--
la demanda de divorcio".

Consideramos que es motivo suficiente para separarse, --
que el otro cónyuge haya dado causa bastante para que pueda - -
ejercitar el derecho de solicitar el divorcio, y así si el - -

cónyuge inocente no hace valer su acción dentro de los seis - - meses que le concede la ley para entablar la demanda de divor--
cio por tener alguna causa justificada para solicitarlo, se - -
entiende que dicha causa ha quedado perdonada y a partir de ese
momento empieza a correr el término de seis meses para que el -
cónyuge que inicialmente fue culpable entable su demanda de di-
vorcio, y es en ese momento cuando se convierte en ofendido y -
el cónyuge inocente se convierte en ofensor, por no haber ejer-
citado su derecho en el momento oportuno, como lo señala la ley
respectiva en el artículo 278 al decir: "El divorcio sólo puede
ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y den-
tro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a -
su noticia los hechos en que se funde la demanda".

Es por lo anteriormente expuesto que los legisladores--
dieron la posibilidad al cónyuge culpable de que pasado un año-
de que se hubieren separado, sin que su consorte ejercitara la-
acción de divorcio, entonces el tiene la posibilidad de hacerlo,
ya que al encontrarse separado es un estado contrario al matri-
monio, porque uno de los fines principales del derecho positivo
es el de dar seguridad a las personas y no hay nada más negati-
vo que una situación indeterminada debido a que aunque se esté-
casado civilmente y con las obligaciones propias que concede el
matrimonio y se vive de hecho como si no lo estuvieran y con --
determinadas restricciones por no encontrarse divorciados.

La causal que estamos estudiando no se puede ejercitar-
ante los tribunales si no existe domicilio conyugal, que es el-
requisito indispensable de la misma, porque puede ser que los -

consortes vivan en calidad de arrimados con sus padres o algún pariente, por lo tanto, si no lo hay, no se da el supuesto que exige la ley mediante esta causal.

Tampoco se podrá ejercitar esta causal cuando los cónyuges se hayan separado de común acuerdo, ya sea para que la - -- mujer se vaya a vivir a un lugar distinto o el marido cambie su residencia a otro lugar por motivos de trabajo.

"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 ésta que proceda la declaración de ausencia".

Como puede observarse en esta causal lo que da motivo a la disolución del vínculo matrimonial es justamente el que no - se cumpla con uno de los fines fundamentales del matrimonio - - como es la vida en común que expresamente lo establece el ar - tículo 163 del Código Civil vigente, pues el hecho de no saber el paradero o la existencia del cónyuge ausente significa que - está incumpliendo con sus obligaciones por lo tanto, al cónyuge presente se le concede la acción para solicitar la disolución-- del vínculo matrimonial; en la inteligencia de que la sola de-- claración de ausencia o la presunción de muerte no significa -- que con ello se disuelva el vínculo matrimonial, sino sólo es-- la prueba fehaciente para acreditar la causal que se analiza, - para que el juzgador esté en condiciones de poder decretar el - divorcio.

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

Siendo esta causal una de las más socorridas para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, es conveniente primeramente definir lo que es sevicia, amenazas e injurias y así Fernando Couto al que hace mención el maestro Rojina Villegas - manifiesta lo siguiente: "La sevicia la constituye malos tratamientos de obra que revelan crueldad en quien los ejecuta, aunque, sin embargo impliquen un peligro para la vida de las personas. Amenazas son los actos en virtud de los cuales se hace nacer en un individuo el temor de un mal inminente sobre su persona, sus bienes, o sobre las personas o bienes de seres que le son queridos.

Finalmente injuria es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de manifestarle al otro desprecio, o con el fin de hacerle una ofensa". (59)

Conviene mencionar que para que opere esta causal el demandante deberá exponer con toda precisión y claridad los hechos y circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se profirieron las injurias, las amenazas o bien, en que consistió la sevicia, para que en todo caso el juzgador esté en condiciones de poder analizar y determinar si la conducta del cónyuge culpable realmente es ofensiva o constituye un grave obstáculo para la continuación de la vida en común, por lo que será necesario allegarse los elementos y condiciones de cada pareja en particular, como son: sus costumbres, sus creencias, su cultura, su --

(59) Couto, Fernando. Cit. por Rojina Villegas, Rafael. op.cit. T. II. p. 449.

condición social, etc. Ya que lo que para unos pudiera representar una ofensa o una humillación, para otros pudiera entenderse como una manera particular de convivencia.

También los supuestos de esta causal no sólo dan origen a la disolución del matrimonio sino que en todo caso, cabe la posibilidad de que el cónyuge inocente pueda querrellarse por esos malos tratamientos o humillaciones y ofensas de que ha sido víctima.

"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".

Se comprende esta causal en el sentido de que contiene -- parte del deber de ayuda y socorro mutuo que se deben los cónyuges, como es el aspecto material, por lo que si el obligado no -- satisface esta prestación está demostrando su falta de interés -- para la continuación de la vida conyugal y consecuentemente da -- motivo para que el cónyuge acreedor ejercite la acción de divorcio. Aclarándose que en su actual redacción esta causal ya no -- prevee como antes de la reforma que necesariamente se agote el -- procedimiento de reclamación de alimentos para que opere como -- causal, sino que ahora sólo es preciso acreditar la falta del -- cumplimiento de la obligación alimentaria para que proceda dicha causal. Por otro lado, también se contiene el incumplimiento de -- alguno de los cónyuges a lo establecido en el artículo 168 del --

Código Civil vigente, consistente en la igualdad de autoridad y consideraciones relativas al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes -- que adquieran, por lo que, cualquier controversia que se suscite en relación a estos principios, también serán causa suficiente para disolver el matrimonio, pero desde luego, que signifique la imposibilidad para continuar la vida conyugal, por lo -- que el solo capricho o pretexto de alguno de los consortes en este sentido no debe ser suficiente para terminar con la vida matrimonial.

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

Se deduce de esta causal que cuando uno de los cónyuges denuncia infundadamente al otro, está dando a entender que -- entre ellos se ha perdido el nexo afectivo que debe prevalecer en toda unión matrimonial y por tanto, al efectuar dicha acusación se busca el alejamiento conyugal; en la inteligencia de -- que para que opere esta causal es necesario que el cónyuge acusado resulte absuelto en la sentencia penal y para ello contará con el término de seis meses para ejercitar la acción correspondiente, contados a partir de la fecha en que dicha resolución -- quede firme, aclarando que no se podrá invocar esta causal si la acusación resulta cierta.

Desde el punto de vista meramente civil el afecto marital se ha perdido lo más conveniente es la disolución del vínculo matrimonial a efecto de que no se provoquen situaciones de --

mayor gravedad que puedan repercutir no sólo en la persona de los propios consortes sino en los intereses de los hijos, que en - - última instancia pienso, es el valor mayor que debe protegerse, - pues en ocasiones es preferible que los hijos reciban la educación de uno solo de sus progenitores, a verse envueltos en constantes conflictos matrimoniales protagonizados por sus padres, -- por eso es de mucha importancia el concepto que al respecto sustenta Fernando Couto al que menciona Rojina Villegas: "Mucho tiene que ser seguramente el desprecio que el cónyuge acusador tenga por su consorte, cuando lo cubre de oprobio, arrastrándolo, -- por medio de una acusación falsa, ante los tribunales, y mayor - será todavía el que la víctima de la calumnia sienta por aquel, - al considerar que ni el cariño prometido, ni el respeto a la propia honra, han sido obstáculo a contenerlo en sus infames designios. En estas condiciones ¿Podrá restablecerse la vida común? - Evidentemente que no; la armonía del matrimonio estará rota y -- el divorcio no vendrá más que a darle forma legal a esta ruptura". (60)

"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 mayor de dos años".

Para entender el espíritu de esta causal se hace necesario establecer el significado de la palabra infamia, la cual de acuerdo con los diccionarios quiere decir: "Denigrante, deshonoroso, descrédito. Quitar la fama, honra y estimación a una persona

(60) Rafael Rojina Villegas. op. cit. p. 456.

o a una cosa personificada". (61)

Aplicada esta definición al divorcio, se deduce que un delito infamante será aquel que cause o provoque deshonra o -- descrédito a alguno de los cónyuges, dependiendo desde luego - de la clasificación que se haga de los hechos que se dice infa mantes, como acertadamente no lo señala el maestro Ignacio Galindo Garfias al decir: "Debe tenerse presente para calificar la infamia del delito si por su naturaleza, o por las circunstancias en que se cometió, ponen de manifiesto la notoria perversidad del cónyuge a quien se le imputan esos hechos, como - sucedería en el caso de un homicidio perpetrado con brutal - ferocidad. No lo sería en el caso de un homicidio en riña en - que el homicidio hubiera sido provocado.

Son delitos infamantes también aquellos comprendidos - dentro de la clasificación contra la integridad y el honor de la nación". (62)

En este sentido lo que el legislador trato de proteger es tanto el honor del cónyuge inocente como el de los hijos, - pues cuando uno de los cónyuges ha cometido hechos delictuosos de tal manera graves que afecten la reputación y el buen nombre de la familia, el cónyuge inocente puede ejercitar la acción de divorcio con el propósito de salvar dicho honor y para que socialmente no se le señale o humille; en este caso el - -

(61) Diccionario Enciclopédico Espasa- Calpe. T. 14. p. 597.

(62) Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. p. 593.

Juez de lo familiar debiera juzgar si dicha conducta realmente-- provoca descrédito, porque a nadie se le puede obligar a seguir unida a una persona que puede representar serio peligro para su integridad física, como sería el caso de que uno de los cónyuges cometiera un homicidio con todas las agravantes de ley, en consecuencia para que pueda invocarse como causal de divorcio - se requiere la sentencia respectiva en donde aparezca la responsabilidad del cónyuge y además que la sanción sea mayor de dos años de prisión.

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

La hipótesis que se contiene en esta causal es de verdadera trascendencia en la vida matrimonial, pues por lo general cuando algunos de los cónyuges es aficionado a las apuestas o a los juegos de azahar, provocan desestabilidad en su hogar - no sólo en forma emocional sino principalmente en el aspecto -- económico, pues es claro, que quien tiene arraigado este vicio-- constantemente pone en juego su fortuna personal y la de su familia, lo que desde luego va a producir la alteración de la vida en común.

De igual forma el cónyuge que es aficionado a ingerir - bebidas embriagantes o a hacer uso de drogas enervantes al grado de considerar como una enfermedad a la primera, las que también van a originar un desequilibrio total en las relaciones -- conyugales, pues por una parte, por la normal relación sexual -

con su cónyuge está en posibilidad de procrear un hijo y bajo --
tales circunstancias puede dar origen a que los hijos nazcan con
ciertas deformaciones anatómicas. Y por otro lado también va a -
generar una alteración en la economía del hogar, pues en lugar -
de cubrir las necesidades del hogar y su familia, el dinero lo -
destina para la satisfacción de su hábito.

En tal virtud el legislador quiso plasmarlo en esta cau-
sal para dar la posibilidad al cónyuge inocente o al cónyuge sa-
no de solicitar la disolución del vínculo matrimonial, pues se--
ría contrario a todo sentido común que se obligará a la continua
ción de la vida matrimonial existiendo estos obstáculos porque -
en un momento dado podría degenerar en situaciones mucho más - -
graves.

"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 base de un año de prisión".

Dentro del matrimonio, la vida en común exige que exista
entre los cónyuges la confianza y la seguridad absoluta con to--
dos sus derechos y obligaciones y principalmente por lo que hace
a su situación patrimonial, por lo que cuando uno de los cónyu--
ges lesiona o atenta contra los bienes del otro, rompe con estos
principios y provoca la desconfianza y la inseguridad que concomi-
tamente va a producir continuas desavenencias conyugales, - -
pues ante tal situación ambos estarán cuidándose uno del otro.

"XVII.- El mutuo consentimiento".

Como su nombre lo indica, estimo que no se trata propia-

mente de una causal de divorcio, ya que se requiere del concurso de la voluntad de ambos consortes para disolver el vínculo matrimonial y por tanto se remite a lo establecido por los artículos 272 y 273 del Código Civil vigente ya se trate de un divorcio administrativo o bien de un divorcio judicial voluntario.

"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".

De acuerdo con las adiciones que se hicieron a este artículo 267 del Código Civil vigente se abre la posibilidad para cualesquiera de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial sin especificar concretamente la razón o la causa por la cual se pide el divorcio, sino simple y llanamente justificar que ambos consortes han vivido separados por más de dos años, sin que durante ese tiempo se haya hecho vida en común.

También considero que la separación por más de dos años es un estado contrario a la vida matrimonial, debido a que los cónyuges no hacen vida en común, es decir, no cumplen con los fines del matrimonio como son: la ayuda mutua, ejercer ambos padres la patria potestad sobre sus hijos, la procreación de los mismos, la obligación de fidelidad, el débito carnal, etc.

Finalmente tenemos que la disolución del vínculo matrimonial puede originarse cuando se dan los extremos a que se refiere el artículo 268 del Código Civil vigente que a la letra dice: "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere

desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, este 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 o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

De acuerdo con este precepto se considera que el cónyuge que ha sido demandado injustificadamente se le ha causado una injuria y por lo tanto se le concede la facultad para demandar a su vez la disolución del vínculo matrimonial con base a la sentencia absolutoria o de acuerdo con el estado procesal en que se haya presentado el desistimiento.

Modalidades del divorcio necesario o contencioso.

El juicio de divorcio necesario presenta algunas modalidades como son las siguientes: I.- Es una acción del estado civil y por su propia naturaleza es un juicio plenario, quedando agotado el litigio con la sentencia ejecutoriada.

II.- Es una sola instancia, ya que no se envía de oficio a la sala a revisión.

III.- La prueba testimonial es válida aunque la rindan parientes, amigos sirvientes, etc; porque son las personas que con mayor frecuencia se percatan de los problemas que viven los consortes.

IV.- Una modalidad muy especial en el divorcio necesario o contencioso, es el hecho de que el Ministerio Público no tiene intervención en el juicio como si lo es en el divorcio por mutuo consentimiento judicial.

V.- Puede ser binstancial porque es apelable la sentencia definitiva.

Presupuestos del divorcio contencioso o necesario. Para que se dé la acción de divorcio se requieren ciertos presupuestos a saber: 1) Debe existir un matrimonio válido.

2) Deben existir una o varias causales que se produzcan a favor del cónyuge inocente.

3) Se debe ejercitar antes de que caduque la instancia.

4) Se debe promover ante un Juez competente.

5) El promovente deberá tener capacidad procesal.

6) La demanda debe ajustarse a los preceptos legales, y

7) No debe haber existido por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito.

Competencia para conocer del divorcio contencioso. La competencia para conocer del divorcio contencioso o necesario se encuentra determinada en el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles que señala: "Es Juez competente: XI.- Para decidir las diferencias conyugales y los juicios de nulidad de matrimonio, lo es el del domicilio conyugal". Esto es, el domicilio que hayan habitado hasta antes de intentar la acción de divorcio, pero puede suceder que ya no exista tal y entonces la competencia se determinará en razón del domicilio del cónyuge abandonado, como lo establece el numeral citado en su fracción XII que a la letra dice: "En el juicio de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado".

Características del divorcio contencioso o necesario. La

acción de divorcio presenta las siguientes características: a) Es una acción declarativa, de condena y constitutiva. Se puede determinar que es una acción declarativa debido a que en ella se declara la culpabilidad de uno de los cónyuges y se concede al otro el derecho de solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

Se le considera como una acción de condena, ya que al cónyuge culpable por regla general se le aplican todas las consecuencias legales que conlleva el divorcio, dentro de las que está la pérdida de la patria potestad o la suspensión de ella, el pago de una pensión alimenticia, el pago de daños, etc., -- actualmente todo a criterio del Juez.

Es una acción constitutiva, porque mediante esta se -- pone fin a un estado de derecho como es el matrimonio y se -- constituye otro muy distinto como lo es el divorcio.

b) Es una acción sujeta a caducidad. Entendiendo por -- caducidad, la extinción de una acción, de una facultad jurídica por el simple transcurso del tiempo que la ley determine, y así en el artículo 278 del Código Civil vigente aparece lo -- siguiente: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses -- siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos -- en que funde la demanda".

La acción de divorcio se extinguirá, si no se hace valer dentro del término de seis meses de que se tenga conocimiento de un hecho que constituya la causal de divorcio; pero -- debemos tener en cuenta que no todas las acciones de divorcio --

están sujetas a caducidad, porque ello depende la naturaleza de la acción de que se trate, y entonces debemos hacer la distinción entre acciones de tracto sucesivo y las de realización --- instantánea. Las primeras son aquellas que día a día se cometen y dentro de ellas encontramos al abandono injustificado, la ausencia y las enfermedades crónicas o incurables y mientras se encuentre en una de las situaciones antes mencionadas podrá - el cónyuge inocente o el cónyuge sano intentar la acción de divorcio. Y las segundas que son las causas de realización instantánea o momentánea son aquellas en que una situación no se prolonga en el tiempo, sino que se realiza en un momento dado, y entre ellas tenemos las injurias, el adulterio, la propuesta -- del marido para prostituir a su mujer o la corrupción de los -- hijos, son situaciones que si pueden definirse en el tiempo y en el término de caducidad se toma desde el momento en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento de que sucedieron los hechos.

Existen otras causales que se podrán hacer valer hasta - que exista una sentencia de orden penal como son aquéllas en -- las que se comete un delito, y otras más que aunque se cometa - un delito no es necesario que exista sentencia de un Juez penal ya que el Juez familiar podrá apreciarlas libremente.

c) Es una acción que se encuentra dentro del estado civil y así el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles - tácitamente lo expresa al señalar: "Las acciones del estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, - defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconoci- - miento, emancipación tutela, adopción, divorcio y ausencia o --

atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para que se anulen o ratifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones de estado civil perjudican aún a -- los que no litigaron. Las acciones del estado civil fundadas en la posesión de estado producirán el efecto de que se ampare o -- restituya a quien la disfrute contra cualquier perturbador". -- Quedando mediante el ejercicio de la acción, disuelto el matrimonio, estando a partir de ese momento los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio con las restricciones que marca la ley al respecto.

d) Es una acción que se intenta ante un Juez de lo familiar de primera instancia y que en un momento dado por inconformidad de una de las partes puede llegar a segunda instancia y -- hasta una tercera que es el juicio de amparo.

e) La acción se extingue por reconciliación o perdón expreso o tácito así el artículo 279 del Código Civil vigente establece lo siguiente: "Ninguna de las causas enumeradas en el -- artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito; no se considera perdón tácito -- la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario ni -- los actos procesales posteriores".

Ahora bien, la palabra perdón no hace suponer que exista un cónyuge culpable y uno inocente, esto es, que exista una -- causa de divorcio, como son: los delitos los hechos inmorales o -- las conductas culposas, no así la locura, las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias y la impotencia -- incurable para la cópula. Así el maestro Rojina Villegas plasma

en su libro la idea del autor Castán Tobeñas el que manifiesta: "El perdón no es un hecho de la vida anímica interior, sino - - exteriorización de este hecho (la exteriorización de que la - - ofensa producida por la otra parte, no existe ya) y, a la vez, - declaración, (por ello casi siempre va implícita tácitamente en el perdón) de estar dispuesto a continuar con el matrimonio". - (63)

También el perdón nos hace comprender que alguna de las causales ha sido aceptada expresa o tácitamente por el cónyuge culpable y además no obstante de reconocer su culpa obtiene el perdón del cónyuge inocente.

El perdón deberá tener como resultado final el cumplimiento de los deberes fundamentales del matrimonio como son: la cohabitación, la fidelidad y la ayuda mutua. El perdón puede -- existir y otorgarse antes o después de que se inicie la demanda de divorcio si se otorga con anterioridad a la misma el cónyuge inocente podrá oponer la excepción del perdón a fin de que no - se declare probada la acción de divorcio y se le absuelva, y si se otorga dentro de la tramitación del juicio y antes de que se dicte la sentencia, el cónyuge demandado deberá manifestarle al Juez el perdón por la parte actora.

El artículo 280 refiere que: "La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentra, si no hubiera sentencia ejecutoriada. En este

(63) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. T. II pp. 494-495.

caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al Juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación".

Cuando no exista una causa definida que nos permita que haya un cónyuge culpable y un cónyuge inocente y que el primero no admita la culpa, ni existan pruebas fehacientes, el que se -- considere inocente, podrá reanudar su vida matrimonial, encontrándonos en ese momento frente a la figura jurídica de la reconciliación.

Se considera que ha habido reconciliación cuando los -- cónyuges cohabitan, esto es, cuando viven bajo el mismo techo, -- sin ser necesario que entre ellos haya débito carnal, siempre y cuando cumplan con todas las demás obligaciones inherentes al -- matrimonio.

f) La acción de divorcio es susceptible de renuncia o -- desistimiento, todas las causales que se encuentran señaladas en el artículo 267 del Código Civil vigente son susceptibles de renuncia y esta figura jurídica se puede presentar:

- 1.- Antes de que se intente la acción.
- 2.- O cuando ya se haya intentado la misma.

En los casos mencionados, existirá una causa de divor -- cio ya consumada, pero en la primera el cónyuge inocente no ejercita el derecho que le concede la ley, esto es, no se ejercita -- la acción, y en la segunda ya lo hace.

El artículo 281 del Código Civil vigente decía lo si -- guiente "El cónyuge que no haya dado causa el divorcio puede antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, -

prescindir de sus derechos y obligar al otro a reunirse con él; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron al juicio anterior, pero si por otros nuevos, aunque sean de la misma especie". De la lectura anterior se desprende que el cónyuge inocente podía reconciliarse con su consorte y vivir nuevamente juntos y si quería ejercitar por una segunda ocasión el divorcio, ya no se podría fundamentar en la causal invocada sino por hechos posteriores aunque fuesen de la misma naturaleza por ejemplo; Laura solicita su divorcio necesario por la causal XI consistente en la sevicia ocurriendo ante el Juez competente el 5 de enero del año en curso, ejercita su acción pero posteriormente se desiste y resulta que el 10 de octubre su consorte vuelve a golpearla, estará aquella en posibilidad de demandarle nuevamente el divorcio por la sevicia causada en las últimas fechas.

El artículo a que estamos haciendo mención se reformó el 27 de diciembre de 1983 entrando en vigor noventa días después de su publicación, quedando de la siguiente manera: "El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior, pero si por otros nuevos, aunque sean de la misma especie, o por hechos distintos que legalmente constituyan causa suficiente para el divorcio". En este numeral va implícita la palabra perdón, esto es, si el cónyuge inocente, aún ejercitada la acción y dentro--

del juicio, otorga el mismo al cónyuge culpable, el primero no podrá ejercitarla nuevamente por ese motivo, sino por uno igual o distinto. Antes de la reforma de este artículo no se hablaba de perdón, sólo se dejaba entrever que podía haber existido reconciliación de los consortes, pero con la reforma sufrida ya se habla de perdón entre los cónyuges, el cual se debe comunicar al Juez para poner fin al litigio.

Por otra parte, el desistimiento lo define el maestro - Eduardo Pallares como: "El apartarse del ejercicio de un derecho o facultad procesales, ya iniciadas". (64)

Y las únicas personas que pueden desistirse del divorcio son los consortes, los cuales son los titulares de la acción y lo pueden hacer de manera escrita u oral, haciéndolo constar en los autos y tal desistimiento no debe estar sujeto ni a plazo ni a condición.

Ahora bien, el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 34 establece: "Intentada la acción y fijados los puntos cuestionados, no podrá modificarse ni alterarse, salvo en los casos en que la ley lo permita. El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin consentirlo el reo. En todos los casos el desistimiento produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de la demanda y obliga al que la hizo a pagar las cosas y los daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contrario".

(64) Pallares, Eduardo. op.cit. p. 252.

En el caso de desistimiento de la demanda se requiere - el consentimiento del demandado para que sea válido, en tanto, - que en el de la acción no es indispensable ese requisito.

Tenemos que el desistimiento produce los siguientes - - efectos:

1) Si se desiste de la demanda la persona que la ha - - efectuado, pierde los derechos y situaciones favorables a ella - que se han producido en la instancia y ésta se sobresee, esto - es, se considera que el proceso no ha existido.

2) Si el desistimiento es de la acción, se produce la - pérdida del derecho que el actor hizo valer en el juicio.

g) Es una acción cuya finalidad es obtener la disolu- - ción del vínculo matrimonial o la separación de cuerpos también denominada de lecho y habitación la cual se estatuye en el - -- artículo 277 del Código Civil vigente.

Mediante el ejercicio de esta acción también se produce una sanción para el cónyuge culpable, que puede consistir en la pérdida de la patria potestad y en el pago de una pensión ali- - menticia si el Juez lo considera pertinente.

h) La acción de divorcio se extingue por la muerte de - cualquiera de los cónyuges. Y así específicamente lo establece el artículo 290 del Código Civil vigente al señalar: "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 hubiera existido dicho juicio".

La acción de divorcio se extingue por la muerte de cual quiera de los cónyuges, debido a que se da por terminado el ---

juicio sin que se defina quien es el cónyuge culpable y quien es el cónyuge inocente y sin tomar en consideración las pruebas ofrecidas y desahogadas en el juicio aunque se encuentre debidamente probada la acción.

i) La acción de divorcio se otorga solamente al cónyuge inocente y para tal efecto tenemos el artículo 278 del Código Civil vigente. Esta acción, nuestro Código Civil se la otorga tanto al cónyuge inocente, que es el que está sufriendo alguna de las causales y la deberá ejercitar dentro de los seis meses a partir del día en que tuvo conocimiento de la causal de divorcio; y en caso que el cónyuge demandado considere que él también tiene una causal, la deberá hacer valer en la contestación de la demanda, reconviniendo de ella al cónyuge actor dentro del término que establece la ley que es el de nueve días para contestar la demanda principal.

j) Es una acción ordinaria civil porque así lo establece el Código de Procedimientos Civiles y da lugar a un juicio de esta naturaleza.

3.6.1. Como acto previo en el juicio de divorcio y en el de nulidad de matrimonio.

En tanto se decreta el divorcio, el Juez tendrá la facultad para separar físicamente a los cónyuges divorciantes, de una manera provisional, tal y como lo señala el texto del artículo 205 del Código de Procedimientos Civiles vigente; el Juez además dictaminará las medidas pertinentes para garantizar la subsistencia de los hijos.

Las medidas provisionales en el juicio de divorcio contencioso o necesario se encuentran establecidas en el artículo 282 del Código Civil vigente que a la letra dice: "Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I.- Se deroga.

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

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;

IV.- Las que estime convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso;

V.- Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

De la lectura del precepto anterior se desprende que se toman medidas en relación a los cónyuges, a los hijos y a los -

bienes.

La fracción II señala que se deberá decretar la separación provisional de los cónyuges teniendo el Juez facultades -- para decretar tal separación. Así los artículos 205 al 217 del Código de Procedimientos Civiles se refieren a la separación de personas como acto prejudicial, los cuales conceden a los jueces de lo familiar la facultad para decretar la separación provisional cuando se haya presentado una solicitud por escrito en la que se señalen las causas, el domicilio, la existencia de -- los hijos menores, tomando aquel las medidas necesarias para -- que materialmente se efectúe la separación y notificando la resolución al otro cónyuge a efecto de que se abstenga de impedir la separación o causar molestias a su consorte, con el apercibimiento de ley.

También el Juez deberá ordenar como lo establece la -- fracción III del artículo 282 del Código Civil vigente, el señalamiento de una pensión alimenticia por medio de alguna de las formas que establece el artículo 317 del mismo ordenamiento, -- tanto para el cónyuge inocente como para los hijos habidos en -- el matrimonio y ordenar el aseguramiento de la misma.

La fracción IV del mismo numeral pienso que es obsoleta debido a que ahora la mujer ejerce la administración de sus bienes, en tanto, que anteriormente el hombre era el que al casarse administraba todo los bienes de la esposa. Ahora bien, los -- bienes de la sociedad conyugal los podrá administrar indistintamente el marido o la mujer según se haya estipulado en las capitulaciones matrimoniales. En caso de que la mujer le haya otor-

gado a su marido un poder a fin de que administre sus bienes lo podrá revocar al presentar su demanda de divorcio o cuando su esposo la hubiere formulado a efecto de que no se le causen perjuicios en sus bienes.

La fracción V del artículo en cita indica que deberán tomarse las medidas provisionales cuando la mujer quede embarazada, dichas medidas se encuentran en el Código Civil vigente pero no en el capítulo relativo al divorcio sino en el de las precauciones que deben adoptar cuando la viuda quede encinta, esto es, al presentar la demanda de divorcio la mujer que se encuentre embarazada deberá hacerlo del conocimiento del Juez dentro del término de 40 días a fin de que se notifique al marido y además se dicten las medidas necesarias para evitar la suposición del parto o que se substituya el recién nacido, y se presumirá como hijo legítimo al nacido dentro de los trescientos días siguientes a la separación provisional dictada por el Juez.

La fracción VI se refiere a la medida consistente en determinar a cargo de quien deberán quedar los hijos habidos en el matrimonio, en caso de que ambos pierdan la patria potestad o que de común acuerdo señalen al cuidado de quien van a quedar, ya que la ley lo que pretende es proteger a los hijos menores.

Con las reformas efectuadas al Código Civil vigente de 27 de diciembre de 1983 y que entraron en vigor el 26 de marzo de 1984 (noventa días después de su publicación) se adicionó a esta fracción, estableciendo que los hijos menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, por lo que, pienso-

que esta reforma se incorpora nuevamente ya que los menores requieren de cuidado y atenciones especiales que solamente puede proporcionar su madre, ya que el hombre por tener que trabajar no le es tan fácil brindar la atención debida y los dejaría con personas extrañas que no les proporcionarían la adecuada atención y en muchas ocasiones ni cariño y algunas otras hasta les ocasionarían lesiones por los golpes que les propinaran.

Esta fracción también señala que solamente que exista peligro grave para el desarrollo de los hijos menores no se que daran al cuidado de la madre. Creo que solamente se privara de ellos cuando la madre tenga alguna enfermedad que sea contagiosa y que implique peligro para sus hijos, así como la conducta inmoral y la embriaguez consuetudinaria.

3.6.2. Como efecto definitivo de la sentencia de divorcio y en el de nulidad de matrimonio.

Una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, los cónyuges quedarán separados definitivamente. Los efectos legales del divorcio serán estudiados en el siguiente capítulo de esta tesis.

En este punto solo queda destacar cómo el Juez de primera instancia remitirá copia de la sentencia correspondiente al Juez del Registro Civil ante quien se celebró matrimonio, el cual levantará un acta y publicará un extracto de la resolución, durante un tiempo de 15 días en las mamparas destinadas al efecto.

CAPITULO IV. EFECTOS DE LA SEPARACION.

4.1. Con relación a los cónyuges.

El principal efecto y objeto de la separación vincular de los cónyuges a que nos hemos referido y analizaremos en este capítulo es el que se refiere al Artículo 266 del Código Civil vigente, el cual nos dice que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de celebrar uno nuevo. Tal es la concepción del divorcio dentro de nuestra legislación. Veamos entonces los efectos legales de la sentencia de divorcio en relación a los cónyuges.

El artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal reafirma la entera capacidad de los ex-cónyuges para contraer un nuevo matrimonio, una vez ejecutoriado el divorcio. Sin embargo, la anterior disposición ocurre de manera diferente para los antiguos consortes.

Efectivamente, si los cónyuges se divorciaron por mutuo consentimiento, se podrán casar una vez transcurrido un lapso de un año, después de ejecutoriado el divorcio.

Ahora bien, para el caso de divorcio necesario o contencioso, el plazo legalmente establecido para la celebración de un nuevo matrimonio válido es diferente, dependiendo de la cualidad de inocente o culpable, de la causa del divorcio, y si es hombre o mujer.

En el caso de ser el cónyuge culpable de la causa de divorcio, sea hombre o mujer, éste deberá esperar necesariamente un tiempo de dos años para volver a casarse, contados a partir

de cuando se decretó el divorcio, en observancia del segundo párrafo del artículo 283 del ordenamiento jurídico citado.

Para el caso de ser el cónyuge inocente, si es hombre, no se estableció en el precepto arriba citado un tiempo mínimo para volver a tener la facultad de casarse. Si es mujer, es necesario recurrir al artículo 158 del mismo ordenamiento civil, en el cual se señala cómo la mujer sólo podrá celebrar un nuevo matrimonio trecientos días después de la disolución de su anterior matrimonio, salvo si dentro de tal plazo da a luz a un hijo. Este tiempo podrá contarse, en caso de divorcio, a partir de la separación física de los esposos.

La anterior disposición tiene como objetivo evitar la confusión de la paternidad del recién nacido, es decir, saber quién es el padre: el primer marido, del cual la mujer está divorciándose o ya se ha divorciado, o su nueva pareja. Sobre la legitimidad o ilegitimidad del recién nacido se ampliará más en el siguiente punto de la presente tesis.

Otro de los efectos legales de la sentencia de divorcio hacia los cónyuges está relacionada con la pensión alimenticia, en tanto los alimentos son una consecuencia de la consanguinidad, el matrimonio y el divorcio. De esta manera, el artículo 302 del Código Civil vigente señala cómo la Ley determinará cuando subsistirá la obligación de darse alimentos, en caso de divorcio.

La pensión alimenticia presenta variantes de acuerdo al tipo de divorcio ejecutoriado. Si es divorcio necesario, el Juez sentenciará al culpable del mismo el pago de alimentos a favor -

del inocente, para lo cual habrá de tomar en cuenta las circunstancias del caso, como por ejemplo, la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica.

Siendo el derecho de alimentos una facultad jurídica -- del alimentista de exigir a otra persona lo necesario para vivir, tal obligación podrá cumplirse de dos maneras diferentes: -- Mediante el pago de una pensión o mediante la incorporación del alimentista en la casa del deudor. Sin embargo, si el acreedor se opone a esta última situación, el Juez entonces deberá fijar la manera de ministrar los alimentos, de acuerdo al artículo 309 del Código Civil.

Cuando la pensión alimenticia es una consecuencia de la sentencia del divorcio, el artículo 310 del mismo ordenamiento establece la imposibilidad de pedir la incorporación del acreedor alimentista a la casa de su deudor alimentista, si el primer o es el cónyuge divorciado. "Además, existe también inconveniente legal para la incorporación cuando el que debe dar alimentos haya sido privado del ejercicio de la patria potestad -- como ocurre en los casos de divorcio o bien, cuando se impone tal consecuencia en calidad de pena para los casos previstos -- en el artículo 444. Evidentemente que en estos distintos casos -- no podrá el deudor alimentario incorporar al acreedor, pues entonces de hecho continuaría ejerciendo la patria potestad o -- bien, privaría de ese derecho a la persona que conforme a la -- ley tuviera la facultad de desempeñarla" (65)

El artículo 288 del Código Civil señala que en los casos de divorcio necesario el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

Si se tratare de un divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir una pensión alimenticia en un tiempo igual al de la duración de su matrimonio, si ella no tiene ingresos suficientes y mientras no se case de nuevo y no se una a otra persona en concubinato, de acuerdo al texto del artículo citado (el 288) en su segundo párrafo. Cabe aclarar como para el divorcio por mutuo consentimiento, el mismo precepto sí señala el derecho de alimentos del hombre, si está incapacitado para trabajar, sus ingresos sean insuficientes para mantenerse y no se case nuevamente o se una en concubinato.

El Código Civil para el Distrito Federal no señala si los cónyuges tienen el derecho de pedirse una pensión alimentaria en el caso de divorciarse según los términos del artículo 272 del mismo ordenamiento jurídico, es decir, en caso de efectuar un divorcio administrativo.

"Además, por su especial procedimentalismo en su realización y ejecución, que lo caracterizan como un acto puramente administrativo, se desprende que éste tipo de divorcio es un acto (...) tendiente a disolver todo vínculo legal que pudiera seguirlos uniendo. Tomando en cuenta que no existen intereses económicos, ni están en juego los intereses de los hijos, ni tampoco se perjudican derechos de terceros, la ley no establece otorgamien-

to de pago de pensión alimenticia a ninguno de los cónyuges -- divorciantes, en virtud de que nuestro Derecho de divorcio se base en la teoría de la culpabilidad y, en su caso ambos divorciantes son culpables, por lo que la ley no establece cargas económicas y procede, previos trámites legales a disolver, a declarar que el matrimonio de los actores queda disuelto, pues al legislador le interesa preponderantemente que los hogares no sean medios propicios de constantes desavenencias y disgustos". (66)

4.2. Con relación a los hijos.

Tres son los efectos legales de la sentencia de divorcio en relación con los hijos del matrimonio desavenido;

- a) En cuanto a la legitimidad o ilegitimidad del hijo;
- b) En cuanto a la patria potestad, y
- c) En cuanto a la pensión alimenticia para los hijos.

Respecto a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer separada judicialmente o divorciada de su marido pueden darse los siguientes casos:

- I.- Se presumirá la legitimidad del hijo como producto de la pareja en proceso de divorcio, si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes al de la separación judicial de sus padres, conforme lo señala la fracción segunda del artículo 324 del --

(66) Montero Duhalde, Sara. Derecho de Familia. p. 255.

Código Civil para el D. F.

El padre podrá impugnar su paternidad si demuestra la imposibilidad física para haber tenido relaciones sexuales con su consorte, esto dentro del período de los 120 días anteriores al de los trescientos días señalados en el párrafo anterior. -- Además, la legitimidad tampoco va a poder ser desconocida, aunque el marido compruebe el adulterio de su mujer y a pesar de que ella reconozca su falta y confiese que su cónyuge no es el padre de su hijo.

II.- Será considerado hijo nacido dentro del matrimonio de sus padres, si el hijo nace dentro de o después de los trescientos días contados a partir de la separación judicial, pero antes de haberse pronunciado la sentencia. Según sea el interés del marido, éste deberá demostrar no ser el padre del niño.

III.- Cuando el niño naciera después de ser pronunciada la sentencia, ya han pasado los trescientos días desde la separación judicial, pero no el mismo período para la sentencia de disolución, aquél va a ser considerado como nacido dentro del matrimonio de sus padres. Según sean sus respectivos intereses, la madre deberá demostrar la paternidad de su ex-marido del recién nacido y el padre deberá negarla con pruebas, como por ejemplo, demostrando no haber tenido relaciones sexuales con su ex-cónyuge.

IV.- Finalmente, si el niño nace después de haber trans

currido los trescientos días de la sentencia de divorcio, ya no habrá presunción de legitimidad de la paternidad del ex-marido de la madre.

En lo referente a la patria potestad de los hijos, la respectiva sentencia de divorcio deberá definir su situación. Para resolver todo lo concerniente a los derechos y obligaciones de la patria potestad, como por ejemplo, su pérdida, limitación o suspensión, el Juez competente tendrá las más amplias facultades de esta materia, quien además deberá entender de manera especial la custodia de los hijos, según lo dictamina la reforma al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 1983.

Es importante destacar cómo el anterior texto del artículo 283 del Código citado señalaba los casos en los cuales el cónyuge culpable de la causa de divorcio perdía temporal o definitivamente la patria potestad y cuándo, después de la muerte del cónyuge inocente, la podía recobrar. Vemos entonces cómo la reforma hecha no determina nada en relación a la situación anterior. Pero en cambio, otorga al Juez las más amplias facultades para disponer sobre la patria potestad. Por regla general, ésta se otorga al cónyuge inocente.

Por otra parte, los padres, a pesar de su divorcio, están obligados a cumplir sus deberes para con sus hijos, de manera especial, atender su educación y subsistencia, independientemente de haber perdido uno de ellos la patria potestad de forma proporcional a sus bienes e ingresos y hasta la mayoría de edad

de sus hijos.

En opinión de Sara Montero Duhalt y otros prestigiados-especialistas en Derecho Familiar, el hecho de limitar el otorgamiento de alimentos en base a la mayoría de edad de los hijos va en contra del principio de dar alimentación en razón de los requerimientos y necesidades de quienes los van a recibir y de la capacidad de quien habrá de darlos, como es el caso de las personas de edad avanzada de una determinada familia. Ninguna razón jurídica puede justificar el anterior trato discriminatorio, menos aún para hijos agredidos con la desintegración de los hogares de los padres divorciados. Al respecto, la citada especialista propone lo siguiente:

"La (Suprema Corte de Justicia) ha decidido en favor de los hijos y extiende su derecho a alimentos por tiempo más largo que la mayoría de edad. La parte final (del artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal) debiera modificarse en el mismo sentido que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia". (67)

El pago de la pensión alimenticia puede ser garantizada por medio de la hipoteca, la prenda, la fianza o el depósito de una cantidad suficiente para cubrir los alimentos de los hijos, en observancia a lo dispuesto por el precepto 317 del Código Civil vigente. Finalmente, la pensión alimenticia aprobada por la sentencia de divorcio podrá modificarse, al estar basada en

(67) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Coed. U.N.A.M. y Edit. Porrúa, S.A. México, 1980. p. 1189.

las posibilidades pecunarias del deudor alimenticio y a las -- necesidades del acreedor alimenticio.

4.3. En relación a los bienes.

En cuanto a los bienes conyugales, el cónyuge culpable del divorcio necesario perderá todo lo dado o prometido, por éste u otra persona, a su pareja al celebrarse el matrimonio. - Por la misma razón, el cónyuge inocente conservará todo lo recibido teniendo el derecho de reclamar todo lo pactado en su provecho, según lo estipula el artículo 289 del Código Civil.

De acuerdo al último párrafo del artículo 288 del mismo ordenamiento jurídico, si por causa del proceso de divorcio se originan daños o perjuicios a los bienes o intereses del -- cónyuge inocente, el cónyuge culpable habrá de responder por los mismos como si fuese autor de un hecho ilícito, indemnizando por ello a la parte agraviada.

Finalmente, el artículo 287 del Código Civil señala cómo se disolverá la sociedad conyugal, si bajo este régimen se celebró el matrimonio, por efecto de la sentencia de divorcio procediendo entonces la división y repartición de los bienes -- comunes. La anterior operación deberá tener presente la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones pendientes entre los cónyuges, o los derechos de los hijos.

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

1.- De acuerdo con los antecedentes expuestos sobre el matrimonio, hemos visto como éste nunca ha permanecido estático. Por el contrario, muestra un constante cambio conforme la sociedad ha ido evolucionando. Así, desde la promiscuidad sexual hasta la monogamia conyugal y desde el matrimonio por raptó o por decisión de los padres, hasta la libre y voluntaria decisión de unirse en matrimonio, dicha institución se ha convertido en la célula de la sociedad.

2.- La sentencia de divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges divorciantes en total libertad para reiniciar su vida marital. El Código Civil decreta diferentes plazos a los cónyuges para poder celebrar un nuevo matrimonio, -- según hubiesen sido culpables o inocentes de la demanda de disolución del vínculo matrimonial, si se trata de divorcio voluntario, administrativo o contencioso y si es el hombre o la mujer, sin embargo en la práctica es difícil verificar que --- efectivamente estos plazos se cumplan.

3.- Mientras se decreta el divorcio, el Juez tiene la facultad de separar físicamente a los cónyuges, como acto previo al juicio de divorcio. El Código Civil no dice nada al respecto si se trata de un juicio de nulidad matrimonial. Como tampoco --- ordena lo contrario, se abre la posibilidad de ser separados -

por el Juez, como acto previo al juicio de nulidad de matrimonio.

4.- Dada la práctica diaria en los Tribunales, sería conveniente que en el juicio de divorcio contencioso necesario, se hiciera obligatoria la comparecencia del C. Agente del Ministerio Público, tal y como ocurre en el divorcio voluntario, con el propósito de proteger tanto los intereses y derechos de los menores como de los cónyuges, pues actualmente sólo comparece el Representante Social en este tipo de juicio a petición de alguno de los interesados o del Juez.

5.- Propongo que se derogue la fracción XVII del artículo 267- del Código Civil vigente, y se adicione un artículo que regule el divorcio por mutuo consentimiento.

La anterior propuesta tiene como base, que el divorcio voluntario no es propiamente una causal, porque en éste, no se acredita los extremos como se realiza en las demás fracciones contempladas por el numeral 267 del Ordenamiento en cita.

6.- En materia de donaciones antenuptiales, la presente tesis propone una mejor redacción del artículo 228 del Código Civil vigente para aclarar cómo las donaciones hechas en la etapa antenuptial serán revocables si, después de celebrado el matrimonio correspondiente, el cónyuge donatario incurre en adulterio o abandono injustificado del hogar conyugal, teniendo también presente en este último punto lo estipulado por el - -

artículo 196 el cual señala que cesarán los efectos de la -- sociedad conyugal en cuanto le favorezcan al cónyuge que haya abandonado el domicilio conyugal y no comenzarán de nuevo sino por convenio expreso.

7.- Los novedosos adelantos científicos provocarán cambios en los postulados jurídicos y principalmente en materia de divorcio. Lo mismo pasará con las nuevas y futuras concepciones -- sobre el matrimonio y la familia. Por lo que propongo se modifiquen los artículos referentes a estas materias adecuándose -- a los cambios surgidos en las ciencias, por ejemplo reformar -- los plazos para contraer un nuevo matrimonio una vez disuelto -- el anterior.

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

- 1.- ARIAS, JOSE. Manual de Derecho Romano. Editorial Guillermo Kraft. Buenos Aires.
- 2.- BONNECASE, JULIEN. Elementos de Derecho Civil. Editorial José M. Cajica Jr. México, 1946. T. III.
- 3.- BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN Y BIALOSTOSKY, SARA. Compendio de Derecho Romano. Editorial Pax. México, 1975.
- 4.- DE IBARROLA, ANTONIO. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.
- 5.- DE PINA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México, 1975.
- 6.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. El Código Penal Comentado. Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.
- 7.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. 4a. Edición.- Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.
- 8.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. 31a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.
- 9.- LEMUS GARCIA, RAUL. Derecho Romano (Personas, Bienes y

Sucesiones). Editorial Limsa. México, 1959.

10.- MONTERO DUHALT, SARA. Derecho de Familia. 3a. Edición.- Editorial Porrúa, S. A. México, 1987.

11.- PALLARES, EDUARDO. Derecho Procesal Civil. Editorial -- Porrúa, S. A. México, 1976.

12.- PALLARES, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S. A. México, 1978.

13.- PALLARES, EDUARDO. El divorcio en México. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.

14.- PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II. Derecho de Familia. Editorial -- Cultura, S. A. Habana Cuba, 1946.

15.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. T. II. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

16.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil Mexicano. T. I. (Introducción, Personas y Familia). Editorial, Porrúa, S. A. México, 1976.

17.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. (Contratos). Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.

18.- ROUSSEAU, JUAN JACOBO. El contrato social. Editorial -
Porrúa, S. A. México, 1980.

19.- RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones de Derecho Civil.-
(Derecho de la obligación, Derecho de Familia y Derecho Heredi-
tario) Instituto. Editorial Rius; España, 1946 T. II. V. I.

20.- SOTO ALVAREZ, CLEMENTE. Selección de Términos Jurfidi-
cos, Polfticos, Económicos y Sociológicos. Editorial Limsa. - -
México, 1981.

21.- VALVERDE VALVERDE, CALIXTO. Tratado de Derecho Español.
T. IV. Derecho de Familia. Editorial Cuesta. Madrid, 1976.

22.- Diccionario enciclopédico Espasa-Calpe. Tomo 9. Editorial-
Espasa Calpe, S. A. Madrid, 1979.

23.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurfdi
co Mexicano. Coed. U.N.A.M. y Editorial Porrúa, S. A. México, -
1989.

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

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES.