



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

INEFICACIA DE LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 267
DEL CÓDIGO CIVIL COMO CAUSAL DE DIVORCIO
EN VIRTUD DE LA SUPLENCIA QUE DE LA MISMA
HACE LA FRACCIÓN XVIII.

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

JORGE DE LA VEGA OSTRIA

MEXICO, D. F.



1994

DERECHO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

A mi Padre:

Enrique de la Vega Illescas.

Por sus consejos que guiaron mi vida
gracias.

A mi Madre:

Dolores Ostria Mateos

Por su nobleza, por todo ello
gracias.

**INEFICACIA DE LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO
CIVIL COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN VIRTUD DE LA
SUPLENCIA QUE DE LA MISMA HACE LA FRACCION XVIII**

CAPITULO I
Generalidades sobre el Matrimonio y el Divorcio.

- 1.- Matrimonio
- 2.- Divorcio

CAPITULO II
Antecedentes Generales del Divorcio

- 1.- Antecedentes del Divorcio en Roma
- 2.- Antecedentes del Divorcio en España Antigua
- 3.- Antecedentes del Divorcio en Francia Antigua

CAPITULO III
**Antecedentes del Divorcio antes del Código Civil para el Distrito
Federal de 1928**

- 1.- Antecedentes del Divorcio en México Antiguo
- 2.- Antecedentes del Divorcio en el Código Civil para el Estado Libre de Oajaca de 1827 - 1828
- 3.- Antecedentes del Divorcio en el Código Civil del Estado de Veracruz Llave de 1868
- 4.- Antecedentes del Divorcio en los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884
- 5.- Antecedentes del Divorcio en la Ley sobre Relaciones Familiares

CAPITULO IV

El Divorcio en la Legislación Vigente

- 1.- El Divorcio en la Doctrina
- 2.- El Divorcio en la Jurisprudencia
- 3.- El Divorcio en el Código Civil para el Distrito Federal

CAPITULO V

Análisis de la Declaración de Ausencia y de la Presunción de Muerte

- 1.- La Declaración de Ausencia
- 2.- La Presunción de Muerte

CAPITULO VI

Estudio de la Fracción X y de la Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal

- 1.- Presupuestos de la Fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal
- 2.- Consecuencias Derivadas de la Invocación de esta Fracción X del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal
- 3.- Presupuestos de la Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal
- 4.- Consecuencias Derivadas de la Invocación de la Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal
- 5.- Última Reflexión sobre la Ineficacia de la fracción X del Artículo 267 del Código Civil para Distrito Federal

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	I
 CAPITULO I	
Generalidades Sobre el Matrimonio y el Divorcio	
Matrimonio.....	2
Divorcio.....	11
 CAPITULO II	
Antecedentes Generales del Divorcio	
Antecedentes del Divorcio en Roma	14
Antecedentes del Divorcio en España Antigua	17
Antecedentes del Divorcio en Francia Antigua	20
 CAPITULO III	
Antecedentes del Divorcio Antes del Código Civil para el Distrito Federal de 1928	
Antecedentes del Divorcio en el México Antiguo	28
Antecedentes del Divorcio en el Código Civil para el Estado Libre de Oajaca de 1827-1828	31
Antecedentes del Divorcio en el Código Civil del Estado de Veracruz Llave de 1868	38
Antecedentes del Divorcio en los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884.....	44
Antecedentes del Divorcio en la Ley Sobre Relaciones Familiares	61
 CAPITULO IV	
El Divorcio en a Legislación Vigente	
El Divorcio en la Doctrina	70
El Divorcio en la Jurisprudencia	79
El Divorcio en el Código Civil para el Distrito Federal	90

CAPITULO V

Análisis de la Declaración de Ausencia y de la Presunción de Muerte

La Declaración de Ausencia.....	98
La Presunción de Muerte	102

CAPITULO VI

Estudio de la Fracción X y de la Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal

Presupuestos de la Fracción X del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.....	105
Consecuencias Derivadas de la Invocación de esta Fracción X del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.....	108
Presupuestos de la Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.....	110
Consecuencias Derivadas de la Invocación de la Fracción XVIII del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.....	112
Ultima Reflexión Sobre la Ineficacia de la Fracción X del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.....	113

CONCLUSIONES	116
---------------------------	------------

CONCLUSION FINAL	118
-------------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	122
---------------------------	------------

INTRODUCCION

Es de explorado Derecho que las relaciones familiares son la base de la sociedad de todas las culturas. Algunos tratadistas dan mayor importancia al Derecho Penal ó al Derecho Administrativo, según sea su especialidad, sin embargo no podemos dejar a un lado que el derecho penal, administrativo, y laboral por mencionar algunos, no existirían sin la sociedad, siendo la familia célula primaria de la sociedad, consideramos más importante ésta por ser precisamente el génesis de donde parten todas las relaciones, digamos ahora administrativas, penales o laborales

En este orden de ideas, y una vez establecido la importancia del derecho de familia, es menester de ocuparse de la perfección de ésta, que indiscutiblemente nuestras leyes relativas a la materia, procuran alcanzar ese objetivo, sin embargo hay relaciones familiares que por alguna u otra razón no pueden alcanzar esa comunidad de objetivos. Y por eso nuestro Derecho Positivo Mexicano a dictado la pauta para que las uniones entre el hombre y la mujer que no hayan alcanzado la supremacía de la ayuda mutua, la procreación de la especie y la convivencia bajo un mismo techo, puedan disolver el vínculo conyugal legal que los une, así pues, a partir del divorcio vincular que se estableció por primera vez en México a partir de la Ley de Relaciones familiares de 1917, y con el transcurso de los años y con éste la adquisición de nuevos valores morales y éticos, nuestra ley respectiva ha otorgado al ciudadano nuevas reglas para disolver el vínculo matrimonial para aquellos que no han alcanzado los objetivos del matrimonio.

Pero a pesar de ello, nuestro Código Civil (consideramos) no es perfecto, pues siendo obra del hombre, y siendo el hombre, imperfecto, nuestras leyes no pueden ser perfectas

Y haciendo un estudio de las causales de divorcio que establece el artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, encontramos diversas,

contradicciones, e inobservancias y como consecuencia de ello ineficacias de varias causales, tal como acontece con la fracción X del artículo antes referido.

La ineficacia de la fracción X del artículo 267 como causal de divorcio, encuentra su suplencia en la fracción XVIII del mismo artículo, y es precisamente el objetivo de esta tesis demostrar la ineficacia de la fracción X ante la suplencia de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil de 1928.

Para demostrar lo anterior, hemos dividido el presente trabajo en seis capítulos, siendo el primero sobre las generalidades del matrimonio y del divorcio, entendemos que es necesario estudiar antes al matrimonio pues de lo contrario no podemos entender al divorcio. Así en este capítulo, estudiamos la historia del matrimonio, su definición y como se contempla esta figura jurídica en el Derecho Positivo Mexicano. Finalizamos este capítulo en una breve semblanza del divorcio.

El Segundo Capítulo, versa sobre los antecedentes y generalidades del divorcio, haciendo hincapié el divorcio en Roma, en España Antigua y Francia Antigua buscando en éste encontrar los justificativos del divorcio en México.

Continuando con el Tercer Capítulo, hacemos una pausa en los antecedentes del divorcio antes del Código Civil para el Distrito Federal de 1928, por lo que nos remitimos a los antecedentes del Divorcio en México, a si como los del primer Código Civil de Iberoamérica, nos referiremos al del Estado Libre de Oajaca de 1827 - 1828; no pudimos dejar a un lado el de Veracruz Llave de 1868, e inevitablemente analizamos los de 1870 y 1884 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California. El análisis no sería completo sino entrara al estudio de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, toda su vez que, es este instrumento el que contempla por primera vez el divorcio vincular.

Visto lo anterior se hizo necesario analizar el divorcio en la legislación vigente, en este Capítulo Cuarto, contemplamos el trato que le da la doctrina al divorcio, y éste no sería completo sin la opinión que la Suprema Corte de Justicia

de la Nación que a través de su jurisprudencia hace del divorcio (sólo sobre lo que hace a los causales antes referidas).

Y por último nos referimos al divorcio en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

El Capítulo Quinto, versa sobre el análisis que se hace de la declaración de ausencia y de la presunción de muerte enfocados primordialmente como causales de divorcio.

El Capítulo Sexto, se refiere al estudio de la fracción X y a la XVIII del artículo 267 del Código Civil, en este capítulo se estudia los presupuestos y las consecuencias derivadas de la innovación de estas causales de divorcio, para determinar con una última reflexión de la ineficiencia de la fracción X del artículo 267, en virtud de la suplicencia que de la misma hace la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente.

C A P I T U L O I
GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO Y EL
DIVORCIO

- 1.- **Matrimonio**
 - A.- **Justificación**
 - B.- **Definición**
 - C.- **Historia del Matrimonio**
 - D.- **Matrimonio en el Derecho Positivo Mexicano**
- 2.- **Divorcio**

1.- MATRIMONIO

A.- Justificación

Si bien es cierto que nuestro trabajo versa sobre el divorcio, específicamente sobre las fracciones X y XVIII del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; no es menos ciertos que es prácticamente imposible, lógica y jurídicamente, entender el divorcio sin antes saber y entender el origen de esta figura jurídica, es decir, cuál sería el presupuesto para la existencia del divorcio.

Entendemos pues, que para que podamos hablar de divorcio debemos estudiar antes el matrimonio.

Sin embargo, el estudio que hagamos del matrimonio no será exhaustivo, pues como ya hemos indicado nuestro tema versa sobre la ineficacia de la fracción X del artículo 267 del Código Civil como causal del divorcio, en virtud de la suplencia que de la misma hace la fracción XVIII.

Entendiendo el porqué del estudio del matrimonio, pasamos a definirlo.

B.- Definición

"El matrimonio, considerando etimológicamente, ha recibido ese nombre de la palabra mater (madre) y no el nombre pater (padre) porque, por una parte, la madre siempre se considera como cierta, y no al padre, y por otra parte, el niño como pequeñuelo necesita más de la ayuda materna que de la paterna".¹

También conocemos a esta institución como "unión conyugal" (con jugium), indicando que el matrimonio es como un yugo común, porque el hombre y la mujer se unen perpetuamente bajo el mismo yugo

1 Reynoso Cervantes, Dr. Luis. El Matrimonio como Institución. Pág. 1, Publicaciones DVC IN ALTVM, México, 1959

En la actualidad, aunque se sigue utilizando el término unión conyugal para referirnos al matrimonio, este ya no es perpetuo, al menos en nuestra legislación vigente. También se llama "nupcias o conubio" (nubo; velar, cubrir), porque según un antiguo rito las mujeres que contraían matrimonio solía cubrirse con un velo de color de fuego encendido, indicando amor.

Con el término "casamiento", se indica la misma unión, derivando este concepto de "casa".

Al hombre en matrimonio, se le llama marido- "maritus: más maris: sexo masculino), y a la mujer: "uxor" (la mujer casada) del verbo latino "ungo" (untar, ungir), porque según costumbres de los romanos, la mujer una vez conducida a la casa del marido, "ungía" el lecho nupcial para evitar todos los males.²

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., nos dice: "Matrimonio (del latín matrimonium) son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. la primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de cerrar una unidad de vida entre ellos, la segunda al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión; la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.

De ahí se puede afirmar que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne.³

2 Gasparri.- Tractatus Canonicus de Matrimonio, vol. I, Paris 1892.

3 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM Tomo VI, pág. 149, México, 1984.

A su vez, Eduardo Pallares expone:

"El matrimonio puede ser considerado desde varios puntos de vista, a saber":

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

El acto de matrimonio es de naturaleza civil, y desde las Leyes de la Reforma expedidas por Juárez en el Puerto de Veracruz, el día 23 de Julio de 1859, dejó de ser una acto religioso para convertirse en un contrato sujeto a la autoridad igualmente civil.

Puede también considerarse el matrimonio como una institución social, porque tiene los caracteres que se atribuyen a las instituciones jurídicas, que son las siguientes:

Un conjunto de normas jurídicas debidamente unificadas, que reglamentan determinadas funciones o actividades sociales cuya importancia sea tal, que merezcan estar sujetas a la tutela del Estado en forma especial.

Por lo que concluimos, que el matrimonio, es la unión de un hombre y una mujer, de cuya unión se persiguen tres objetivos:

- 1.- La perpetuación de la especie humana
- 2.- La ayuda mutua
- 3.- La convivencia en el hogar conyugal. Esta unión debe ser sancionada por quien tenga facultades para ello. En nuestro Derecho Positivo Mexicano, es el Estado quien sanciona la voluntad de los pretendientes.

C.- Historia del matrimonio

a.- El primer antecedente del matrimonio.

La unión del hombre y la mujer, lo encontramos en el Génesis que es el primer libro de la Biblia, en éste explica que la primera unión fue monógama, a saber: la de Adán y Eva, esta es dada como compañera a aquél, porque no era bueno que estuviera solo, a los dos se les dice que crecieran y se multiplicarán, y que fueran dos en una sola carne, dice el Génesis.

"Siendo la unidad y la indisolubilidad los fines esenciales de esta unión. Las deformaciones de este ideal fueron inevitable después del pecado original".⁵

b.- En el pueblo Ario

Tiene una organización patriarcal; reinaba la monogamia, posteriormente se estableció una poligamia intermedia y, finalmente es una poligamia absoluta.

En estas épocas el matrimonio poseía un carácter religioso, pues se debía realizar ante al sacerdote, dándose las manos derechas de los contrayentes y pronunciándose ciertas formalidades sagradas.

c.- En los pueblos de oriente (el hebreo y el indio)

En el hebreo, consistía en la unión estable del hombre y de la mujer para tener descendencia.

Se hacían primero los desposorios o esponsales y pasados seis meses o un año, se llevaba a cabo la conducción solemne de la esposa a la casa del esposo, con la cual comenzaba la ceremonia del matrimonio y terminaba con la bendición del rabino, la colocación del anillo en el dedo de la esposa por el

⁵ Petruso José Miguel, Sagrada Biblia, pág. 5, Editorial Alfredo Ortells, Undécima Edición, Valencia (España).

esposo, quien le decía: "te mantendrás esposa mía según el rito de Moisés y de Israel", con la lectura del acta en la que se hacía constar la dote recibida por el esposo.

d.- En la India

En un principio el matrimonio era monógamo, más adelante la poligamia se permitió a los ricos, reyes y brahmanes.

e.- En Grecia

El matrimonio se fundamentaba en el culto doméstico para que los manes de su familia fuesen felices en ultratumba. Era obligatorio y monógamo, pero después se introdujo el concubinato y los cortesanos. La ceremonia del casamiento era eminentemente religiosa, en la casa paterna de la mujer se ofrecía un sacrificio en honor de los dioses protectores del himeneo.

El padre entregaba a su hija al pretendiente, la cual, después de haber tomado el baño nupcial, se trasladaba en un carro vestida de gala, de blanco, cubierto el rostro con un velo y la cabeza con una corona a la casa del pretendiente, quien simulaba un rapto y la obligaba a entrar a su casa, el padre de la muchacha la entregaba al esposo diciéndole: "te concedo a mi hija para que deis a la República legítimos ciudadanos".

f.- En Roma

En el antiguo derecho fue siempre severamente monógamico y consistía en la convivencia del hombre y de la mujer con intención de ser marido y esposa, esto es, de procrear hijos y constituirse en una sociedad perpetua, e íntima. Más tarde, los jurisconsultos fijándose más en la unión en sí misma, consideraron como efecto principal el de introducir la patria potestad y como consecuencia, la entrada de la mujer en el culto doméstico del marido.

"El matrimonio no exige ni solemnidades de forma ni de la intervención de autoridad alguna, sea esta civil o religiosa; la ley misma no nos ofrece un modo regular de constatarlo. Cuando dos personas hacen vida marital, es una cuestión muy delicada, sabe que si su unión constituye un matrimonio o se trata de un concubinato. De hecho, sin duda alguna, las pruebas no faltaron, pues los esposos habrán redactando un escrito *tabulae instrumentum*, dotale con el fin de constar el dote de la mujer, o bien otras convenciones matrimoniales. Aún más, ordinariamente el matrimonio habrá estado rodeado de pompas exteriores y solemnidades que la ley no ordena pero que las costumbres lo imponen" ⁶

Los emperadores Teodosio y Valentiniano, decidieron que a falta de pruebas, siendo las personas de la misma condición y honorables, llevaron una vida en común, se presume la existencia del matrimonio.

En Roma había dos clases de matrimonio, *cum manu* y *sine manu*, en el primero de los casos, la mujer pasaba a formar parte de la familia del marido, y en calidad de hija de éste o de quien ejerciera la patria potestad en la *domus*, lo cual implicaba que tenía que participar en el culto privado de la familia de su esposo e inclusive podía heredar de esta familia, perdiendo por supuesto, todo derecho con respecto a su familia natural.

En el segundo caso, la mujer salía de su familia natural, no haciéndose por tanto agnada de la familia de su marido, éste no adquiría sobre ella ninguna potestad; la mujer ocupaba ante el marido el mismo plano de igualdad y seguía conservando su culto privado, así como los derechos con su familia natural, como el derecho a heredar.

Los requisitos para contraer matrimonio, son los siguientes:

⁶ Bravo Valdés, Beatriz y otro, *Derecho Romano, Primer Curso de Derechos Romano*, pág. 134, Editorial Pax, México, 1978.

1.- Pubertad es la aptitud en el hombre de engendrar y en la mujer de concebir, siendo que uno de los fines del matrimonio es la perpetuación de la especie humana, la pubertad de las mujeres se fijó a la edad de doce años: en cuanto al varón, los proculeyanos la fijaron a los catorce, en tanto que los sabinianos requerían de una inspección corporal para saber si el varón era apto para engendrar o no.

Finalmente, Justiniano la fija a los catorce años.

2.- El consentimiento de los contrayentes, de los cuales deriva que un incapacitado mental no podía expresar libremente su voluntad; en consecuencia a un puber en pleno uso de sus facultades mentales no se le podía imponer un matrimonio que no quisiera.

3.- El consentimiento de pater familias. El derecho de los ascendientes para consentir o prohibir el matrimonio de sus descendientes, deriva de la potestad paterna del que goza el pater familiar, de tal suerte, que cualquiera que sea la edad del hijo, necesitará del consentimiento del pater familias.

4.- El connubium. Es la aptitud legal para contraer las iustae nuptiae. No todas las personas gozaban de este derecho, pues era un derecho exclusivo de los patricios, de donde se deriva que un patricio no podía contraer iustae nuptiae con un plebeyo, pues de hacerlo, a esta unión se le consideraba ilegítima; concubinatio.

g.- Los Germanos

La institución del matrimonio se encontraba organizado por el sistema patriarcal, monógamo. solamente los principales con "honor" podían tener varias esposas, también por lo general, era indisoluble e intervenía el elemento religioso. Se realizaba por la "Coemptio", por medio de la cual, el padre vendía a su futuro yerno su poder sobre su hija, (compraventa simbólica). También tenía lugar por medio del rapto, y solamente surtía efectos cuando la familia de la mujer reconocía la legitimidad del vínculo.

h.- El feudalismo

El matrimonio estuvo durante la edad media, sujeto a las leyes de la iglesia que lo consideraban un sacramento y sostenían fuertemente su unidad e indisolubilidad. Aunque existían matrimonios clandestinos que se fundaban en la "affectio maritalis", y también se manifestaron algunas reminiscencias del derecho romano primitivo.

i.- Los Tiempos Modernos

Dos son los elementos que influyeron en la institución jurídica del matrimonio; El protestantismo y la Revolución Francesa. La consecuencia es conocida; ya no se considera al matrimonio como sacramento, se suprime la intervención de la iglesia y se sustituye por la del Estado. En tal forma, que el divorcio y el matrimonio civil son las instituciones características de la época moderna.

j.- Matrimonio en el Derecho Positivo Mexicano

El matrimonio en nuestro Derecho Positivo Mexicano, se encuentra regulado en el Capítulo II, Título Quinto Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y abarca del artículo 146 al artículo 182, después de este artículo se contempla los referentes a la sociedad conyugal, donaciones entre consortes, matrimonios nulos e ilícitos, etc.

De cualquier forma, el Código Civil no da una definición expresa del matrimonio sin embargo, de los artículos 146 y 178 se desprende que la naturaleza del mismo es un contrato, asimismo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de su reforma de 1993 en la primera parte de su artículo 130, define al matrimonio como un contrato. siendo que no es el motivo de esta tesis la institución del matrimonio. sólo nos limitaremos a decir que el mismo debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige, es decir, ante los Jueces del Registro Civil y que

tiene por objeto la perpetuación de la especie humana, la ayuda mutua y la convivencia en el hogar, y que de acuerdo al primer objetivo y en concordancia con el artículo 148 del Código en comento, solo pueden contraer matrimonio personas de distinto sexo, pues de acuerdo al artículo invocado el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce, si cualquier de ellos no ha cumplido dieciocho años, requerirán de consentimiento de quien ejerza la patria potestad, o en su defecto, obtener dispensa del Jefe del Departamento del Distrito Federal, a través de los Delegados Políticos, esto para el caso que los ascendientes nieguen su consentimiento, pues a falta de los mismos y del Tutor en su caso, suplirá el consentimiento el Jefe de lo Familiar.

Los requisitos para la celebración del matrimonio, son los que se desprenden del artículo 156 interpretado a contrario sensu, pues este artículo habla de los impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio.

Asimismo, la legislación vigente otorga a la mujer igualdad de derechos y obligaciones, de tal suerte que los cónyuges están obligados a contribuir cada uno con su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, para lo cual vivirán juntos en el domicilio conyugal, y contribuirán al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, en consecuencia, el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales.

Esta unión puede declararse nula, si se celebra concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156, o que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103, en algunos casos el matrimonio es nulo de pleno derecho y en otros casos sólo es ilícito, y así también dependiendo de la causa de nulidad, el matrimonio puede convalidarse.

Hacemos hincapié, que la nulidad no es lo mismo que el divorcio, pues aunque ambas figuras disuelven el vínculo matrimonial, la primera encuentra sus causales antes de celebrarse el matrimonio, y el divorcio encuentra su origen en causas que sobreviven después de celebrado el matrimonio y que se encuentran contempladas en las fracciones del artículo 267, del Código Civil.

2.- DIVORCIO

"El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo matrimonial y el contrato del matrimonio concluye, tanto con relación a los cónyuges, como respecto con terceros" ⁷

Por su parte, el Código Civil en su artículo 266 dispone que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Actualmente, el Derecho Positivo Mexicano dispone dos forma de disolver el vínculo matrimonial:

La primera es voluntario, y éste se puede llevar a cabo ante el Juez del Registro Civil, si los cónyuges son mayores de edad, no tiene hijos y no tienen bienes; para el caso que los hubiera, tenemos, el divorcio voluntario judicial que se tramita ante un juez de lo familiar, donde éste deberá constatar que son mayores de edad o en caso contrario, cerciorarse de que el que otorgó el consentimiento para la celebración del matrimonio de un menor, de el consentimiento para su disolución; habiendo hijos, el Juez de lo Familiar y con la supervisión del ministerio público, deberá asegurarse de la guarda y custodia de los menores de edad habidos en el matrimonio y por último, el Juez aprobará con anuencia del ministerio público el convenio que los cónyuges hayan exhibido para la liquidación de la sociedad conyugal, que también versará sobre la guarda y custodia de los menores hijos.

La otra forma de divorcio es el contencioso y éste sólo podrá pedirse por el cónyuge inocente, fundamentándose para ello en cualquiera de las causales previstas en el artículo 267, o por lo dispuesto en el artículo 268 del Código Civil. A esta clase de divorcio se le conoce como vincular, porque disuelve el vínculo conyugal, en contraposición tenemos el divorcio no vincular que es la separación

7 Pálares, ob. cit. pág. 36

de cuerpos en cuanto al lecho y la habitación, subsistiendo el vínculo matrimonial y las obligaciones que de este se desprenden, encontramos su fundamentación en el artículo 277 del Código Civil vigente.

Toda vez que el motivo de nuestra tesis es el divorcio necesario, su estudio específico se tratará en los siguiente capítulos.

CAPITULO II

ANTECEDENTES GENERALES DEL DIVORCIO

- 1.- Antecedentes del Divorcio en Roma**
- 2.- Antecedentes del Divorcio en España Antigua**
- 3.- Antecedentes del Divorcio en Francia Antigua**

1.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN ROMA

"Parece cierto que el divorcio en cuanto al vínculo, existió en el Derecho Romano desde las épocas más remotas, y que podía pedirse sin causa jurídica que lo justificare, a pesar de la afirmación de Plutarco, que atribuye a Rómulo una fantástica ley que determinaba las causas legítimas del divorcio"¹

Lo anterior expuesto por el maestro Eduardo Pallares, se contradice en lo que nos exponen Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González, ellos dicen

"En Roma fue un principio generalmente admitido que el matrimonio podía disolverse con entera libertad, tal como se contraía. Sin embargo, mientras las costumbres romanas conservaron su vigor, el divorcio no se practicó, Roma contaba con más de cinco siglos cuando vio el primer divorcio, el de Spyrius Carvilius Ruga, por causa de esterilidad de su mujer. Tres siglos más tarde las costumbres habían cambiado, el divorcio se permite sin restricción y llega a ser bajo el Imperio el modo ordinario de disolución del matrimonio"²

El matrimonio en Roma, podía disolverse por otras causas que no eran precisamente en virtud del divorcio, pues en un principio y durante siglos, el pater familias tuvo el poder de romper el matrimonio de lo sometidos a su autoridad, Antonio el Piadoso y Marco Aurelio hicieron cesar el abuso; podía también disolverse el matrimonio por la esclavitud como pena del Derecho Civil; por cautividad, pero el matrimonio se considera subsistentes si los 2 esposos son hechos prisioneros juntos, y juntos obtienen la libertad, pero si sólo uno cae cautivo o sólo uno regresa del cautiverio, Justiniano dispone que la cautividad de uno de los esposos no disuelve el matrimonio sino pasados 5 años; y finalmente por muerte de uno de los esposos. Hasta antes de los emperadores cristianos, la

1 Eduardo Pallares, El Divorcio en México Edit. Porrúa, pág. 11, México 1968.

2 Bravo Valdés Beatriz y otro. Derecho Romano. Primer Curso de Derecho Romano. Edit. Pax. México. pág. 143, México 1978.

mujer no podía volver a contraer nupcias sino hasta pasados 10 meses, los emperadores cristianos exigieron 12 meses, este impedimento tiende a evitar la confusión sanguínea, si se incumplía este plazo, los esposos se hacían acreedores de la nota de infamia, pero subsistía el matrimonio, en cambio el viudo podía contraer matrimonio cuando quisiera

Respecto a la disolución del matrimonio por causas de divorcio, explican los romanistas que no era necesaria una causa determinada para legitimar el divorcio, porque la institución del matrimonio romano se fundaba no sólo en el hecho de la cohabitación, sino en el afecto conyugal, por tanto, cuando este desaparecía era procedente el divorcio.

Así se infiere del Código de Justiniano en el Texto relativo a las estipulaciones inútiles (VIII-38-2) por lo tanto, en el derecho clásico se deshacía el matrimonio mediante un procedimiento contrario al que le dió nacimiento, si se contrajo por la de la Confareatio, el divorcio se llevaba a cabo por la Difareatio, si era por la de la Coemptio, entonces procedía la Remancipatio.

Hubo sin embargo, una excepción a la regla general y es la contenida en la Ley *Fulia Demaritandis Ordinibus*, que prohibía a la liberta casada, divorciarse sin consentimiento.

La facilidad de obtener el divorcio, produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de dicha situación, para satisfacer sus caprichos amorosos y hacer perder al matrimonio la estabilidad y la dignidad moral y religiosa que antes tenía. La decadencia en las costumbres en esta materia fue muy grande, al extremo que el filósofo Séneca pudo decir: "¿que mujer se sonroja actualmente de divorciarse, desde que ciertas damas ilustres no cuentan su edad por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos?, se divorcian para volverse a casar, se casan para divorciarse".

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

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

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

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

- 1.- La alta traición oculta del marido
- 2.- Atentado contra la vida de la mujer.
- 3.- Intento de prostituirla.
- 4.- Falsa acusación de adulterio.
- 5.- Que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella, de un modo ostensible con persistencia, no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes.

Finalmente, el Emperador Justiniano prohibió el divorcio por mutuo consentimiento, pero su sucesor Justino, hubo de restablecerlo porque la opinión pública se lo exigió.

2.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN ESPAÑA ANTIGUA

LAS SIETE PARTIDAS

Ahora pasaremos a los antecedentes españoles del divorcio, tales como la Ley de las Siete Partidas y el Fuero Juzgo, leyes que precedieron a la nuestra y en parte estuvieron vigentes en México.

Las Siete Partidas se ocupan del divorcio en el título noveno. Se encuentran, entre las más importantes, las siguientes leyes:

La Segunda, que autoriza el divorcio por causa del adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de este delito, que acuse a su mujer. Si no lo hace, peca mortalmente. La acusación deberá presentarse ante el obispo o ante un oficial mayor.

La Tercera Ley autoriza también la separación de los esposos, cuando el matrimonio se celebró no obstante existir un impedimento derimente y también si los esposos son cuñados. En este caso, se trata más bien de pedir la anulación del matrimonio y no el divorcio.

En este caso, la acción es pública, porque puede ejercitarla cualquier persona.

La Cuarta Ley, prohíbe que pidan la acción mencionada las siguientes personas: El que supiese que estaba en pecado mortal o que se le probase estarlo, a menos que le correspondiese hacerlo por parentesco. Tampoco deberá oír al que lo hiciese con intención de utilizarse de alguna cosa de aquellos a quienes acusa, ni el que hubiese recibido dinero u otra cosa por esta razón, siempre que se le pudiese probar.

No hay que olvidar, que en la España Antigua todo lo concerniente al matrimonio y al propio divorcio, pertenecía a la jurisdicción eclesiástica y que la

iglesia, mediante decretales, resolución de concilios y el código canónico, era la que reglamentaba esas materias. No obstante que tratan del divorcio, tal como Fuero Juzgo que a continuación se estudia.

FUERO JUZGO

En el Fuero Juzgo encontramos en el libro Tercero, Sexto título, las siguientes disposiciones

La Ley Segunda dice:

Si pecado es yacer con la Mulier aliena, mayormiente es pecado en dejar la suya con que se casó por su grado

Porque son algunos que por cobdicia o por lujuria lexantas sus mujeres e van a casar con las alienas, facemos esta constitución:

- 1.- Que ningún homé non lexe su mugier sin on por aduleterio nin se parta della por escriptura ni por testimonias nin por otra manera.
- 2.- Más si el marido descubriese el adulterio a la mulier. el Juez la debe meter en su poder que faga della lo que quiciere.
- 3.- E si quicier tomar orden, al sacerdote sepa la voluntad damos; è si amos quicieren ninguno dellos non se pueda casar de aqui adelante con otri.
- 4.- E si alguno se partiere de otra manera de su mulier. i ende ficiere escripto. non vala este escripto e la mulier aya las arras quel diera el marido è toda su buena quita.
- 5.- Y el marido que ficiere facer a la mulier escripto de tal partimiento o que la dexar sin escripto è se casare con otra, debe recibir doscientos azotes, e seer sennalado la idamente, y hechado de la tierra por sempre
- 6.- E por que las miules sueelen dejar los maridos mas amenudo con amor de los reyes o de los grandes homes. por ende mandamos que si alguna mulier. se quiciere partir de su marido e cesar con otri,

sea tornada en primer del primero marido è aia aquella pena cual diximos de uso del marido

- 7.- Todavía si el marido es tal que yace con varones, o si quicier que faga sin mulier adulterio con otri mandamor que la mulier pueda casar con otri si quisiere Mas si por aventura el marido fuere dado por siervo a alguno si la mulier quiere partir dèl, non puede casar fasta que sea muerto.

En el fuero real, la ley nueve. Título I, Libro II, autoriza el divorcio en cuanto al vínculo cuando alguno de los cónyuges, o los dos, quieran disolver el matrimonio para entrar en una orden monástica; pero siempre que el matrimonio no se hubiese consumado

3.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN FRANCIA ANTIGUA

La indisolubilidad del matrimonio bajo el derecho antiguo.

Las legislaciones de la antigüedad admitían el divorcio. El Derecho Romano lo autorizaba en forma amplia, sin intervención del juez, y hasta sin exigir el consentimiento recíproco de las partes; la repudiación unilateral era posible por parte de la mujer lo mismo que por parte del marido. Los abusos del divorcio fueron una de las causas de la disolución de la sociedad romana.

La introducción del principio de la indisolubilidad del matrimonio se debe a la Iglesia,³ esta luchó contra las leyes romanas y las costumbres germánicas que autorizaban el divorcio y logró poco a poco obtener su supresión

Como no era posible mantener ciertos hogares, profundamente desunidos, la iglesia creó la separación de cuerpos que no es otra cosa sino el divorcio disminuido en sus efectos, y conservó la palabra misma de divorcio, pero indicando que se reducía a una simple separación de habitación (*divortium quod torum et menssum*). Los esposos separados no podía volverse a casar; mantener enim *vinculum conjugale* inter eos.⁴

Otro cambio se produjo: mientras que el divorcio antiguo resultaba de la sola voluntad de los esposos, la separación tenía que ser pronunciada en justicia; la jurisdicción competente era la de la Iglesia⁵ Esta regla se fundaba sobre la necesidad de comprobar la existencia de una causa suficiente de separación, y ha sido mantenida en la legislación moderna del divorcio y de la separación

3 Pothier, *Ibid.*, Núm. 525

4 Olivier Martin, *La ense du manage dans la législation intermediaire*, Tesis, Paris, 1901; Cruppi, *le divorce sous la Revolution*, Tesis, 1910, Hayem, *Polémiques de Presse sur L'institution du Divorce* (año IX a XI), 1910

5 Montesquieu, *Lettres persanes* (L. 117); cons. Voltaire, *Dict. philos. V. Adultère*

de cuerpos, con la variante de que la competencia corresponde a los tribunales civiles.

En nuestro antiguo derecho, la mujer podía pedir la separación sin que las causas de su demanda fuesen limitativamente determinadas: eran dejadas al arbitrio y la prudencia de los jueces.⁶ El motivo más corriente era el mal trato del marido con la mujer. En cuanto al marido, sólo podía pedir la separación por adulterio de su mujer.⁷

El divorcio y la separación de cuerpos bajo la Revolución.⁸ El principio de la indisolubilidad del matrimonio era contrario a las tendencias individualistas

Abandonado por la Reforma, que había restablecido el divorcio en los países protestantes del siglo XVI, había sido condenado en Francia en el siglo XVIII por varios filósofos.⁹

El legislador de la Revolución, que no veía en el matrimonio sino un contrato civil, no dudó en instaurar el divorcio al mismo tiempo que suprimía la separación de cuerpos (20 de septiembre de 1792). El divorcio era admitido por causas numerosas tales como la emigración, la locura, la separación de uno de los esposos durante cinco años; era también aceptado por consentimiento mutuo y por incompatibilidad de caracteres. El procedimiento se redujo hasta una extrema facilidad por el decreto del 4 Floreal, año II. Los resultados de esta legislación fueron abrir la puerta a abusos tales que el legislador se espantó, un Decreto del 15 Thermidor año III volvió a la ley de 1792. No fue sin embargo suficiente para "atajar el torrente de inmoralidad que producian esas desastrosas leyes"¹⁰

Obra de transacción entre los principios antiguos y las nuevas ideas, el

6 Véase las estadísticas citadas por M. Oliver Martin, pág. 255 y sigs.

7 Potnier, *Ibid.*, núm. 525.

8 Olivier, Martin, *la crise du mariage dans la législation intermédiaire*, tesis, París, 1901; Cruppi, *Le divorce sous la Révolution*, Tesis, 1910; Hayem, *Polémiques de Presse sur L'institution du Divorce (año IX a XI)*, 1910.

9 Montesquieu, *Letres persanes* (L. 117); cons. Voltaire, *dict. Philos. V. Adulteré*.

10 Véase las estadísticas citadas por M. Oliver Martin, pág. 255 y sigs.

Código Civil no suprimio el divorcio, la influencia de Bonaparte fue factor en su conservación.¹¹ Pero se tomaron precauciones para poner fin a los abusos, las causas de divorcio fueron menos numerosas, el divorcio por incompatibilidad de caracteres fue suprimido: se hizo más difícil el divorcio por consentimiento mutuo, en fin el acceso al divorcio se hizo menos fácil por el hecho de un procedimiento largo y complicado. El promedio de divorcios en París bajó a cincuenta por año y el máximo a setenta y cinco

El divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido; La separación de cuerpos en el estado de dos esposos que han sido dispensados por lo Tribunales de la obligación de vivir juntos; difiere del divorcio solamente en que los lazos del matrimonio se debilitan sin romperse, y suprimiendo la obligación relativa a la vida en común. El divorcio y la separación de cuerpos no pueden obtenerse mas que por una sentencia judicial y por las causas determinadas por la ley.

En el Código Civil de 1804, el divorcio era una causa de impedimento para un nuevo matrimonio entre los esposos divorciados. La ruptura, una vez consumada, debía ser definitiva. Se esperaba, por medio de esa regla, obligar a los esposos a reflexionar antes de consumarla y evitar los divorcios entablados a la ligera, que los esposos estimaron como situaciones provisionales. No obstante, la base no era exacta porque puede dudarse de que por el carácter irreparable de la ruptura se haga vacilar a los esposos en provocarla; y en cambio, el interés de la familia destruida por el divorcio, ¿no es acaso, el de permitir que se restaure el hogar primitivo cuando el esposo se vea libre de nuevo? Estas últimas consideraciones movieron el interés del legislador de 1884. Sin embargo, mantuvo la prohibición del matrimonio, cuando la segunda unión había terminado también por un divorcio, considerando que el cónyuge daba con ello prueba de su inconstancia. Este juego del matrimonio y del divorcio fue estimado por el legislador como un abuso, y juzgó intolerable el espectáculo de una persona, que dos cónyuges se disputan, y que se case periódicamente con el uno y después

11 Bonnacase, La philosophie du Code Napoléon, Rev. Gen. du droit, 1921, pág. 192 y siguientes.

con el otro. La prohibición se completó con la imposibilidad de divorciarse de nuevo cuando era posible el matrimonio (art. 295, párr. 2).

Nuevas leyes han modificado esas disposiciones: la ley de 5 d abril de 1919 han suprimido la disposición que prohíbe el divorcio en el caso de segundo matrimonio, La de 27 de marzo de 1924, ha atenuado notablemente la prohibición del matrimonio entre los antiguos esposos divorciados

1.- El matrimonio no esta ya prohibido cuando hay hijos o descendientes habidos en el primer matrimonio, la consideración del interés de los hijos en la restauración de la unión de que han nacido, ha vencido a toda otra. Y creemos que es preciso equiparla a los hijos legítimos con los hijos ilegítimos, aunque no sean "habidos en matrimonio", puesto que tiene el mismo interés en la reconstrucción del hogar de sus padres

2.- Cuando no hay descendientes del primer matrimonio, se admite un nuevo matrimonio entre los esposos primitivos, en el caso de fallecimiento del segundo cónyuge, y ellos aún cuando el segundo matrimonio se haya disuelto por el divorcio, si la defunción es posterior al divorcio. Por lo tanto, únicamente en el caso de que el segundo cónyuge divorciado vive todavía, es cuando resultará imposible el nuevo matrimonio con el primer cónyuge.¹²

El principio del divorcio por causas determinantes. La legislación francesa solamente admite el divorcio por las causas determinadas por los art. 229 a 232; adulterio, sevicia o injurias graves, condena a pena aflictiva e infamante. Este principio no existía en el derecho romano, que no le pedía cuentas a los esposos sobre el motivo que los llevaba a separarse y que no determinaba, ni limitaba las causas de ruptura. Ciertamente Justiniano imponía penas, a veces muy graves al esposo que repudiaba a su cónyuge "sine ulla causa", pero la repudiación no era por ello menos válida y el matrimonio quedaba disuelto. El principio de divorcio por causas determinadas procede por las ideas modernas que han hecho

12 Pothier, *Ibid.*, núm. 525.

restablecer el divorcio, o sea que el matrimonio es una institución perpetua por naturaleza y el divorcio no es sino un remedio a las situaciones excepcionales.

Revolución Francesa

El pensamiento cristiano dejó huellas profundas, pero con la revolución francesa en 1789 se dió un gran paso atrás en materia familiar al quitarle al matrimonio un carácter religioso y conceptuarlo como un contrato, el cual se consideraba como la simple manifestación del consentimiento, y se mina la principal fuente de la familia. Mazeaud afirmaba "cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo, así cabe disolver el matrimonio por voluntad común. El derecho revolucionario admite, pues el divorcio por mutuo consentimiento."¹³

Fue este principio de libertad el que llevó a los revolucionarios a permitir la disolución del matrimonio; y el de igualdad, a distinguir que había una familia natural y una legítima. Respecto a los principios generales de la familia, Mezeaud expresaba: "Debería haberlos incitado a suprimir la autoridad marital y la autoridad paterna".

Respecto a la autoridad paterna se pensó en un Tribunal de Familia y en un Juez para resolver sobre la discrepancia entre el padre y el hijo, además de otros proyectos en los que se confiaba la educación de los hijos al Estado, y otras afirmaciones donde se pretendía, según Danton "restablecer ese gran principio que parece desconocerse, el de que los hijos pertenecen a la República antes de pertenecer a los padres".¹⁴

Producto de la Revolución Francesa fue el código de Napoleón. Este fue una combinación entre el derecho antiguo y el revolucionario. Separándose de la opinión de Planiol, Bonnecase señala que el Código Napoleón no tuvo nada de espíritu de moderación y cordura en el Derecho de Familia y que "la obra de la revolución francesa respecto a la familia no es precisamente de aquellas que la

13 Castan Tobeñas. Op. cit. pág. 39

14 Op. cit., pág. 56.

honran. Puede resumirse en una frase. La revolución no reconocía la familia como una unidad orgánica".¹⁵

Respeto del matrimonio, la Constitución en su Título II, artículo 7, señalaba: "La ley únicamente considera al matrimonio como un contrato civil". Sobre el particular, Bonnacase señala su inconformidad y hace notar que éste y las demás disposiciones del Derecho de familia trataron "con verdadera pasión de destruir (derribar) la familia", lo que confirma la ley del divorcio de 1792 que plantea tres formas posibles: la demencia o locura de uno de los esposos; el acuerdo mutuo de ambos y; la posibilidad del divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges.

Pero también lo que le preocupó mucho, fue la igualdad de los hijos naturales y así afirma: "Sin embargo, a fin de demoler mejor esa vieja institución que era la familia ilegítima, la Convención juzgó conveniente aportar, mediante la ley del 12 brumario del año II una piedra más al edificio del divorcio, dando a los hijos naturales, en la familia, un derecho hereditario igual al de los hijos legítimos"

Señala, se destruyó la patria potestad y el propio Bonnacase cita a Camboceres al decir que "en el preámbulo del primer proyecto, había tenido la osadía de profanar la autoridad paterna en los siguientes términos: "La voz imperiosa de la razón se ha hecho oír; ha dicho: No hay ya patria potestad; establecer sus derechos sobre la coacción es engañar a la naturaleza

Se establece la autoridad marital absoluta, siendo incapaz la mujer para el manejo de sus bienes.

Todo esto es producto de la filosofía del Código Napoleón, una filosofía individualista y espiritualista, y se señala que en el dominio de la familia se reduce a una reducción rigurosa y meramente matemática de los derechos absolutos del individuo. La familia, considerada en su naturaleza orgánica cede su lugar en él, de una manera exclusiva al reinado anárquico de las pasiones individuales. Lo

15 La Filosofía de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Editorial José María Cajiga Jr., Puebla, México, 1945. pág. 108

anterior equivale a decir que el derecho de familia de la revolución fue respecto del derecho sanamente entendido una de las negaciones más célebres de la historia.*

El cambio de ideas y estructuras continúa paulatinamente en los primeros siglos de la edad moderna y se acelera en el siglo XVII por el movimiento filosófico de la Ilustración. Los filósofos ilustrados concretan la composición del grupo familiar a los padres y los hijos; mantienen la independencia de éstos; defienden la licitud y conveniencia del divorcio. Y estos principios antitradicionales, que inspiran tan intensamente la efímera legislación revolucionaria francesa, calan en el Código de Napoleón, el cual aún dejando de lado muchas de las exageraciones revolucionarias, no puede ya retornar a la situación anterior. La concepción familiar en este Código, y, a partir de la segunda mitad del siglo XIX en los movimientos feministas han de influir decisivamente en las ulteriores codificaciones de los países europeos.

Por esta época, la Reforma venía afirmando la autoridad del Poder Civil en el tema del matrimonio, y esta postura, junto con la de los países católicos de no reconocer otra forma matrimonial que la canónica, creó un problema en toda Europa: si se consideraba la unidad de forma matrimonial, ni los protestantes podían contraer matrimonio en país católico, ni los católicos en país protestante. El remedio fue el matrimonio civil subsidiario, que facilitaba una forma matrimonial a los desidentes del culto oficial. A la vez, la tendencia a la secularización fue introduciendo el matrimonio civil obligatorio, en países no católicos y luego reconocido por el Código Napoleón como única forma posible: dicho texto legal establece, incluso, su procedencia obligatoria, prohibiendo a los Ministros de cualquier culto, llevar la anterior forma religiosa.¹⁶

El matrimonio civil se generalizó en el siglo XIX, bien en forma única, bien como electivo.

16 José Luis de la Cruz Verdejo y Francisco de Asís, Sancho Rebullida. Op. Cit. Tomo I, Pag. 27.

CAPITULO III
ANTECEDENTES DEL DIVORCIO ANTES DEL CODIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928.

- 1.- Antecedentes del Divorcio en México Antiguo.
- 2.- Antecedentes del Divorcio en el Código Civil para Estado Libre de Oajaca de 1827 - 1828.
- 3.- Antecedentes del Divorcio en el Código Civil del Estado de Veracruz Llave de 1868.
- 4.- Antecedentes del Divorcio en los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884.
- 5.- Antecedentes del Divorcio en la Ley sobre Relaciones Familiares.

1.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MEXICO ANTIGUO.

En derecho, propiamente no existía el divorcio, pero los jueces cuando se presentaba alguno de los cónyuges solicitándolo se resistían a otorgarlo y solamente después de reiteradas gestiones, autorizaba al peticionario para hacer lo que quisiera. El quejoso podía entonces separarse del otro cónyuge, lo que de hecho equivalía al divorcio.

La autorización judicial de que hemos hablado solamente se daba cuando tenía por fundamento alguna causa de divorcio, y se reconocía como tales: La diferencia de caracteres, la mala conducta de la mujer, la esterilidad.¹

En casos de divorcio, los hijos pertenecían al esposo y las hijas a la esposa, y el culpable perdía la mitad de sus bienes.²

Los divorciados no podían volver a casarse, la infracción se castigaba con la muerte.³

Como había separación de bienes durante el matrimonio, pues se registraba lo que cada cónyuge había aportado, en caso de divorcio, no siendo culpable ninguno de los consortes, se le devolvía lo que a cada quien le pertenecía.

Así pues, tenemos que la única manera de disolver el matrimonio era mediante decisión judicial, y como ya lo hemos referido, la petición de divorcio no era vista con agrado entre los aztecas, de hecho los jueces en su resolución no especificaban que daban por terminada la relación marital, sino que dejaban en posibilidad a los cónyuges de hacer lo que conviniera a sus intereses. Los jueces por consiguiente permitían la separación, pero no lo ordenaban, resistiéndose autorizar directamente el divorcio.

1 J. Kohler, *El Derecho de los Aztecas*. Traducción del Alemán por el Licenciado Carlos Rovalo y Fernández. Prólogo del Licenciado Miguel S. Macedo; Edición de la Revista Jurídica en la Escuela Libre de Derecho, 1924, pág. 45.

2 Leyes de Netzahualcoyotl, Núm. 17 en la Traducción de Kohler citado por Lucio Mendieta y Nuñez, *el Derecho Precolonial*. Sexta Edición, México 1992, pág. 101.

3 Kohler, *Ob. Cit.*, pág. 45.

El hombre que repudiaba y se separaba de su mujer sin mediar la orden del Juez, era castigado con la pena infame de chamuscamiento del cabello

En el caso del matrimonio temporal no había mayor problema para la disolución del mismo, y siempre era a instancia del marido.

Así también tenemos que entre las causales de divorcio que conocieron los aztecas, están las que podía alegar el marido, a saber: Porque la mujer se mostrara pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, así como por ser estéril.

A su vez, la mujer podía pedir la disolución del matrimonio, y aunque Kohler dice ignorar los motivos, Soustelle dice que podía ser por malos tratos y golpes, falta de cumplimiento en las obligaciones de manutención o porque el marido abandonara a sus hijos.

Por su parte, López Austin, lo mismo que Antonio Ibarrola, hablan de un divorcio voluntario en que ambas partes se presentaban ante el Juez y declaraban su voluntad de separarse, el Juez los amonestaba y les hacía ver el mal ejemplo que representaba para la sociedad y finalmente al igual que el divorcio necesario los dejaba hacer lo que creyeran conveniente.

Kohler sin referirse específicamente a un divorcio voluntario, habla de la posibilidad de divorciarse, alegando intemperancia de caracteres, que de comprobarse, no ocasionaba pena alguna "como consecuencia de la separación, los hijos eran atribuidos al esposo y las hijas a la esposa. La parte culpable perdía la mitad de sus bienes" ⁴

Se entiende que en caso de divorcio voluntario, se le restituía a cada quien la parte que hubiera aportado al matrimonio

4 Kohler, Ob. Cit. pág. 54.

Con la separación, quedaba estipulada la prohibición de que los divorciantes se volvieran a casar, y en caso de incumplimiento de esta disposición, la pena era de muerte

Por lo que toca al adulterio, que si bien es cierto era considerado como delito, no puede decirse que era causal de divorcio. La primera, porque sólo era imputable a la mujer casada, y la segunda, porque de comprobarse se castigaba con la pena de muerte, no con la disolución jurídica del vínculo matrimonial. En el caso que mediara perdón del ofendido, cosa que además era mal vista, se castigaba al hombre si volviera a tener relaciones con la adúltera, y no se consideraba divorcio conceptualmente hablando.

La dificultad que oponían los jueces, ya no para otorgar el divorcio, pues nunca lo hacían en forma expresa, sino para dejar en libertad a la pareja de actuar a su conveniencia, es una clara muestra de que, a través del derecho de familia, el pueblo azteca buscaba a toda costa mantener unido al grupo.

2.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE DE OAJACA DE 1827-1828.

"Siempre se había creído que el primer Código Civil de América hispano-portuguesa fue el de Bolivia del 22 de octubre de 1830 y que el primero de la misma materia expedido en nuestra Patria, fue el del Estado de Veracruz Llave de 17 de diciembre de 1868" ⁵

Y sigue diciendo el maestro, que la verdad es otra, pues el primer ordenamiento en la materia, tanto de Iberoamérica como de México, es el Código Civil del Estado de Oajaca expedido separadamente entre libros sucesivos por el II Congreso Constitucional de dicha entidad federativa en las siguientes fechas:

El primer libro precedido por el título preliminar: el día 31 de octubre de 1827, el segundo el 2 de septiembre de 1828 y el tercero el 29 de octubre del mismo año de 1828, en la inteligencia que estos libros fueron respectivamente promulgados por los señores gobernadores Don José Ignacio de Morales, Don Joaquín Guerrero y Don Miguel Ignacio de Iturrizarria, el 2 de noviembre de 1827 el inicial, el 4 de septiembre de 1828, el siguiente el 14 de enero de 1829 el último.

La codificación consta de un título preliminar de 13 artículos, le sigue el libro primero denominado De las personas, y comprende del artículo 14 al 389; el segundo, llamado De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad, contiene los artículos 390 al 570, y el tercero, intitulado De los diferentes modos de adquirir la propiedad, empieza con el artículo 571 y termina con el 1415, sin que en ninguno de dichos libros aparezca un sólo artículo transitorio.

Así pues tenemos, y una vez que hemos dado un panorama general de este primer ordenamiento jurídico de Iberoamérica como lo llama el doctor Raúl

5 Ortiz Urquidí, Dr. Raúl. Oajaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana, Editorial Porrúa, México 1974, pág. 9.

Ortiz Urquidí, pasamos el estudio de la materia propia de nuestra tesis, que es el divorcio.

Esta materia se encuentra contemplada en el título sexto del primer libro llamado del divorcio y que contemplan los artículos que van del 144 al 168, permitiéndonos transcribir los más importantes y por supuesto los relacionados con nuestro tema:

Art. 144. Por divorcio se entiende solamente la separación de marido de Muger, en cuanto al lecho y habitación, con la autoridad del Juez. Hay divorcio perpetuo y temporal.

Art. 145. El marido puede pedir el divorcio perpetuo por causa de adulterio de su muger. De la misma manera la muger puede pedir divorcio perpetuo por causa de adulterio de su marido.

Art. 146. De las demandas de divorcio por causa de adulterio conocerá exclusivamente el Tribunal Eclesiástico.

Pero este no podrá admitir dichas demandas, sin que se le haga constar que ha precedido el juicio de conciliación y que las partes no se han avenido.

Art. 147. La acción de divorcio será extinguida por el perdón y reconciliación de los esposos, verificada después del adulterio; y aún cuando dicha reconciliación haya sido hecha después de intentada la demanda y aún en cualquier estado en que se halle el juicio.

Art. 148. Sin embargo, se podrá intentar nueva demanda de divorcio por otro adulterio cometido después de la reconciliación y perdón del anterior

En este caso podrá alegarse el adulterio perdonado en apoyo de la nueva demanda.

Art. 149. Si el actor en divorcio niega la reconciliación, el acusado estará obligado a probarla.

Art. 150. Se extingue también la acción del divorcio por adulterio si el acusado prueba que el actor ha cometido también adulterio, sobre el cual no ha recaído perdón.

Art. 151. La mujer acusada o actora en divorcio por adulterio puede dejar la habitación de su marido durante el pleito y pedir una pensión alimenticia sobre los bienes de la comunidad y en falta de éstos, sobre las del marido proporcionada a las facultades de éste que además los gastos del pleito.

El Juez Civil señala la casa donde la mujer deba residir y fijará la pensión de alimentos que el marido debe provisionalmente pagarle.

Art. 152. La mujer está obligada a justificar su residencia en la casa señalada por el Juez, siempre que al efecto sea requerida. Por falta de esta justificación el marido podrá rehusarle la pensión alimenticia.

Art. 153. Los hijos continuarán provisionalmente al cuidado del padre, ya sea actor, ya sea acusado de adulterio; a menos que el Juez Civil a virtud de la demanda de la madre o de los parientes ordenase otra cosa para el mayor bien de los hijos.

Art. 154. La mujer casada o actora por causa de adulterio podrá en cualquier estado de la causa, comenzando desde la data en que se dio traslado de la demanda, ecijir que sean inventarios por el Juez o alcalde de su domicilio los bienes muebles de la comunidad.

El marido responderá de estos bienes como un depositario de ellos.

Art. 155. Toda obligación contraída por el marido que no sea necesaria para la administración de los bienes la comunidad, toda enajenación de los

bienes raíces de la comunidad, hechos después de las demandas de divorcio, serán declarados nulos.

Art. 156. Feneada la causa de divorcio se pasará a testimonio de la sentencia ejecutoriada al Juez Civil de domicilio de los litigantes para los demás efectos que haya lugar.

Art. 157. Declarado el divorcio perpetuo por sentencia ejecutoriada, solamente el consorte inocente podrá obligar al culpado, a reunirse de nuevo y vivir como casados.

Art. 158. Además de las penas que se establecerán en el Código Penal contra los adúlteros, deben perder los condenados como tales, todas las donaciones, que les hicieron antes del matrimonio los consortes inocentes, y éstos podrán retener las que aquellos les hicieron.

Art. 159. Si al esposo que obtuvo el divorcio no quedose bienes suficientes para subsistir, el Juez podrá concederle sobre los bienes del consorte culpable, si los hubiere, una pensión alimenticia, que no podrá exceder de la tercera parte de las rentas de éste.

Esta pensión será revocable en el caso que deje de ser necesaria.

Art. 160. Los hijos serán confiados al esposo que obtuvo el divorcio; a menos que el Juez en virtud de la demanda de los parientes, ordenasen para él mejor bien de los hijos, que todos o algunos de ellos sean confiados al cuidado del otro esposo o de otra tercera persona.

Art. 161. Cualesquiera que sea la persona a la que los hijos hayan sido confiados, el padre y la madre conservarán respectivamente el derecho de inspeccionar la manutención y educación de los hijos, y serán obligados a contribuir para estos objetos en proporción de sus facultades.

Art. 162. El marido y la muger podrán pedir divorcio temporal:

PRIMERO: Por que uno de los consortes haya caído en herejía o apostasía justificados: pero en este caso si el consorte apóstata o hereje se convierte, el católico está obligado a reunirse con él.

SEGUNDO: Cuando la muger temiese ser complicada en los crímenes de su marido, que pudieran causarle la pérdida de su vida, de su honor, o de sus bienes, porque corriese peligro de ser reputada cómplice de aquél.

TERCERO: Por la locura o furor de uno de los consortes, si el otro corriese peligro de su vida o de padecer otro daño muy grave: pero esto se entiende en el caso de que usando de precaución no pueda libertarse del peligro.

CUARTO: Por causa de crueldad y malos tratamientos, sea en obras, como golpes, heridas, u otras considerables sean en palabras ultrajantes y frecuentes transportes, sea por medio de amenazas capaces de inspirar miedo en un varón constante.

La acción que proviene de esta cuarta causa así como de las otras tres, compete no sólo a la muger sino también al marido.

Art. 163. Cuando cesóse la causa que motivó el divorcio temporal, o si el que causo los malos tratamientos diere seguridades de su enmienda, el consorte inocente está obligado a reunirse y continuar en su matrimonio.

Art. 164. El conocimiento de las causas de divorcio sea temporal o perpetuo, corresponde al Tribunal Eclesiástico exclusivamente en lo relativo a la separación de los consortes y declaración del divorcio; pero no deberá admitir demandas de divorcio de cualquier clase que sean, sin que se le haga constar de que se celebró el juicio de conciliación y que en el no hubo advenimiento de las partes.

Art. 165. En los casos en que haya lugar a pedir el divorcio temporal, por causa de malos tratamientos de injurias graves, o el perpetuo por

causa de adulterio, son libres los casados para ocurrir a sus respectivos curas a fin de que con los consejos y la persuasión se consiga su transacción, enmienda y reconciliación.

Art. 166. Las providencias a que se dicen lugar los demandados y sentencias de divorcio temporal o perpetuo corresponden exclusivamente al Juez Civil.

Art. 167. Las disposiciones prevenidas en este Título en virtud de las demandas de divorcio por causa de adulterio, relativas al depósito de la muger, señalamiento de casa en que ella debe recidir provisionalmente, obligación de justificar su residencia en ella, pensión alimenticia que el marido debe pagar a la muger, gastos del pleito y la designación de la persona a quien los hijos del matrimonio deben ser confiados, son enteramente aplicables a las demandas de divorcio temporal.

Art. 168. En el caso que la crueldad y malos tratamientos sean causados por la muger, el marido no está obligado a darle de sus bienes pensión alguna para alimento.

Según se desprende de la transcripción de los artículos que del Código Civil Oaxaqueño hace relativa al divorcio, en primer lugar tenemos que el divorcio es no vincular, y en segundo lugar se establecen dos clases de divorcio, el perpetuo y el temporal; el primero refiere como causa el adulterio, y el segundo contempla como causal la herejía o apostasía de uno de los cónyuges, también contempla la locura, la crueldad y malos tratamientos.

Y por último, podemos agregar que este divorcio no vincular se divide en dos etapas, la primera ante el Tribunal Eclesiástico, quien será el órgano que decrete o no el divorcio, la segunda ante los Tribunales Civiles, que son los encargados de dar cumplimiento a las providencias y a las sentencias que se deriven del juicio de divorcio.

No encontramos dentro de las causales de divorcio, la voluntad de las partes para disolver el vínculo matrimonial, como tampoco encontramos que la separación de uno de los cónyuges del hogar conyugal por algún tiempo determinado, sea también causal de divorcio.

3.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE DE 1868.

El Código a comentar, fue expedido el 17 de diciembre de 1868, mediante el decreto número 127, siendo Gobernador del Estado, el C. Licenciado Francisco H. y Hernández, mismo que según el artículo 1º del mencionado decreto, dispuso que su observación sería a partir del 5 de mayo de 1869.

De entre los artículos de este Código que tratan el divorcio, encontramos que van del 225 al 248 inclusive, y que son del tenor literal siguiente:

Art. 225. Los casados podrán separarse temporal o perpetuamente, en los casos en que haya lugar el divorcio.

Art. 226. El divorcio no disuelve el matrimonio, de manera que alguno de los divorciados pueda contraer otro matrimonio o faltar a la fidelidad a que le obliga el que es objeto del mismo divorcio; pero suspende la vida común de los casados de alguna de las obligaciones consiguientes al matrimonio.

Art. 227. El mutuo consentimiento de los cónyuges para divorciarse no autoriza su separación voluntaria, ni produce efecto alguno civil.

Art. 228. Son causas legítimas para el divorcio:

I. El adulterio, menos cuando ambos cónyuges se hayan hecho reos de este crimen, o cuando el esposo prostituya a la esposa con su consentimiento; más en caso de que lo haga por la fuerza, la mujer podrá separarse del marido por decisión judicial, sin perjuicio de que este sea castigado conforme a las leyes. Este caso, así como el de concubinato público del marido, dan derecho a la mujer para entablar la acción de divorcio por causa de adulterio.

II. La acusación de adulterio hecha por el marido a la mujer, o por esta a aquél, siempre que no la justifiquen en juicio.

III. El concubito con la muger, de suerte que resulte contra el fin esencial del matrimonio.

IV. La inducción con pertinencia al crimen, ya sea que el marido induzca a la muger, o esta a aquél.

V. La crueldad excesiva del marido con la muger, o la de esta con aquél.

VI. La enfermedad contagiosa de alguno de los esposos grave de tal manera que comprometa la existencia del otro.

VII. La demencia de uno de los esposos, cuando fundamente de lugar a temor por la vida del otro.

En todos estos casos, el ofendido justificará en la forma legal su acción ante el juez competente de primera instancia, y éste, conociendo en juicio sumario, fallará inmediatamente que el juicio esté perfecto, quedando en todo caso a la parte agraviada el recurso de apelación y demás correspondientes.

Art. 229. El divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro del año en que hayan acaecido o llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

Art. 230. La acción de divorcio es común al marido y a la muger.

Art. 231. Lo es igualmente la de adulterio. A ninguna persona, que no sea el marido o la muger, se permite el ejercicio de esta acción, ni aún la demanda del adulterio.

Art. 232. El divorcio que se conceda por alguna de las causas comprendidas en las fracciones 6ª y 7ª del artículo 228, será precisamente temporal, y en cuanto a la obligación de cohabitar, quedando subsistentes las demás obligaciones del cónyuge que haya solicitado el divorcio para con el demente o enfermo.

Art. 233. Aunque el adulterio no sea causa para el divorcio, según la excepción de la fracción 1ª del artículo 228, los jueces podrán o no conceder el que se solicite por esta razón, según las circunstancias del caso y de las personas.

Art. 234. La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto ulterior aún la ejecutoria dictada en él; pero los interesados deberán ponerla en conocimiento del tribunal que entiende en la causa, si aún se está instruyendo.

Art. 235. La ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con su muger, después de haber dejado el domicilio común.

Art. 236. Al admitir la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptan provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. Separar a los cónyuges en todo caso.

II. Depositar en casa de honor a la muger, si se dice que es culpable en la causa alegada para el divorcio, y el marido lo pidiere. La casa del depósito será designada por el juez. En caso de que la causa porque se pida el divorcio no suponga culpa en la muger, ésta no se depositará sino a solicitud suya.

III. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observando lo dispuesto en los artículos 237 y 238.

IV. Señalar y asegurar alimentos a la muger, y a los hijos que no queden en poder del padre.

V. Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicio a la muger.

VI. Decretar en su caso las prevenciones que la ley establece respecto a mugeres que quedan encinta

Art. 237. Ejecutoriado el divorcio, quedan los hijos o se pondrán bajo el poder y protección del cónyuge no culpable: si ambos lo fuesen, se proveerá a los hijos de curador. Los menores de tres años, se mantendrán hasta que cumplan esa edad, en poder de la madre, a no ser que el Juez crea, por justas causas, deber disponer otra cosa.

Art. 238 Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, los tribunales podrán acordar, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores de los menores, cualquiera otra providencia que sea más benéfica a éstos.

Art. 239. En los juicios de divorcio son admisibles, como testigos, aún los parientes y domésticos de los cónyuges, reservándose al Juez el parecer de la fe que deba dársele según las circunstancias del caso y personas.

Art. 240. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre las personas y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará a la muerte de éste, si el divorcio se ha declarado por las cinco primeras causas señaladas en el artículo 228. En los demás casos se les proveerá de tutor a la muerte del padre o madre inocente.

Art. 241. El padre y la madre quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, aunque pierdan la patria potestad.

Art. 242. 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 tiene derecho a reclamar lo pactado en su provecho.

Art. 243. El divorcio ejecutoriado hace volver a cada consorte sus propios bienes, y habilita a la mujer para contratar y litigar sobre los suyos sin licencia de su marido.

Art. 244. La culpabilidad del marido que da causa al divorcio determina el derecho de la mujer para exigirle alimentos.

Art. 245. Cuando sea la mujer culpable del divorcio por cualquier causa, el marido conservará la administración de los bienes del matrimonio y dará alimentos a la mujer, pero si ésta fue culpable del divorcio por adulterio, no tendrá derecho a alimentos

Art. 246. La muerte de cualquiera de los cónyuges, acaecia durante el juicio de divorcio, le da fin en todo caso, y los herederos del muerto tienen los mismo derechos y obligaciones que si no hubiera habido juicio.

Art. 247. En todo caso de divorcio los procedimientos y audiencias serán secretos.

Art. 248. El adulterio no será causa precisa de divorcio cuando el que lo invoca es convencido de haber cometido igual delito, o haber inducido al adulterio al que lo cometido, pero queda a discreción del juez otorgarlo o no, conforme al artículo 233.

Este es el segundo Código Civil que rigió en el México Independiente aunque sólo fue aplicable al Estado de Veracruz Llave, así como el anterior sólo fue aplicable al Estado de Oaxaca.

Según se desprende de los artículos transcritos, el Código en el estudio adopta alguna de las disposiciones del Código Civil Oaxaqueño, y omite otras como es el caso de los Tribunales Eclesiásticos; sigue imperando el divorcio no vincular.

Asimismo, encontramos que entre las causales de divorcio que contempla este ordenamiento jurídico, no prevé la separación de los cónyuges o el abandono que uno haga del otro como casual de divorcio.

4.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN LOS CODIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1870 Y 1884.

Los códigos en cuestión tiene una diferencia escasa de cinco lustros, y en virtud de que son similares, salvo algunas cuestiones que muchas veces no son de fondo sino de redacción y de acomodo en sus artículos de ambos Códigos, así pues, tenemos que en la exposición de motivos del Código de 1884, la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, después de hacer un examen a la iniciativa presentada por el Poder Ejecutivo, considero que el Código Civil de 1870, redactado en su origen por Don Justo Sierra, y que fue reformado aprovechando los avances de la legislación española y francesa, no quería decir que careciera de defectos que siempre tiene las obras del hombre, y por lo mismo, se hallan en un estado constante de perfectibilidad, y por tanto tiene que ser reformado, ya sea porque en un principio no se observen imperfecciones que pudieran tener, ya porque en la práctica se presentan casos nuevos o no previstos en la legislación vigente, y siendo frecuentes las consultas que se hacían a la Secretaría de Justicia sobre diversos puntos de aplicación se determinó hacer un nuevo estudio del Código y reformarlo en todas aquellas partes que fuere preciso, para que sus disposiciones se hallaran en armonía con las necesidades que hoy tiene la sociedad mexicana

Estableciéndose como regla que las reformas no se extenderían más allá de los que fuere absolutamente indispensable para satisfacer las necesidades sociales y para dar claridad a algunos preceptos que no aparecieran suficientemente explícitos y para suprimir todo aquello que por carecer de aplicación práctica y que sólo servirán para ocasionar cierta confusión.

Así pues, tenemos que en el título V. Capítulo V, que trata del divorcio en su artículo 226 que se correlaciona con el artículo 239 del Código de 1870, disponen que el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspenden solo algunas de las obligaciones civiles que se expresaron en los artículos relativos de este código.

Por lo que tenemos que el divorcio como conocemos hoy en día, o sea el divorcio vincular no estaba regulado como tal en los Códigos en estudio, sin embargo y a pesar de ellos fueron reformados diversos preceptos, tales como:

En el artículo 240 del Código de 1870 corresponde al artículo 227 del Código de 1884, que al ser reformado estableció algunas causas legítimas del divorcio que no estaban comprendidas en el Código anterior, tales como: El hecho de que la mujer de a luz un hijo concebido antes de celebrarse el matrimonio, y que judicialmente sea declarado ilegítimo a instancia del marido; el abandono del domicilio conyugal sin justa causa, cualquiera que sea el tiempo de duración y sin que sea necesario que se prolongue por más de dos años, aún cuando haya justa causa, si ésta es bastante para pedir el divorcio se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió pida la separación; las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para con el otro; la negativa de uno de los cónyuges a administrar al otro alimentos; los vicios incorregibles de juego o embriaguez; una enfermedad crónica incurable que sea también contagiosa o hereditaria, siempre que sea anterior al matrimonio y no haya tenido conocimientos de ella el otro cónyuge, y por último, la infracción de las capitulaciones matrimoniales. El mutuo consentimiento también fue adicionado como causal legítima de divorcio; pero esto no constituye una reforma sustancial, sino solamente de orden y método, pues el código de 1870 reconoce ya el divorcio voluntario por consentimiento de ambos cónyuges.

El Código de 1884 suprime el artículo 245 del Código anterior que establece que el adulterio no es causa precisa de divorcio, cuando el que intenta éste, es condenado de haber cometido igual delito o de haber inducido al adulterio al que lo cometió; dejando, sin embargo, al Juez la facultad de decretarlo, si lo cree conveniente, atendidas las circunstancias del caso.

El artículo 247 del Código de 1870 dispone que el divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad. Esta restricción pareció infundada a la Comisión por no existir las mismas circunstancias para el divorcio necesario.

En cuanto al divorcio voluntario, no se hizo más reforma que de simplificar el procedimiento, pues la Comisión consideró que el Código de 1870 fijaba largos plazos para las juntas que establece reformandose los artículos 250 a 259.

Los artículos del Código de 1870 relacionados con el de 1884, son del tenor siguiente:

1870	1884
Artículos	
239	226
El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio: suspende sólo alguna de las obligaciones civiles, que se expresaron en los artículos relativos de este Código.	Idem
240	227
Son causas legítimas de divorcio:	Idem.
1ª. El adulterio de uno de los cónyuges:	I. Idem.
2ª La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer:	II. El hecho que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
3ª La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal:	III. Idem. 2a.

- 4ª El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos o la convivencia en su corrupción.
- 5ª El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años.
- 6ª La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél.
- 7ª La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro:
- IV. Idem. a la 3ª
- V. Idem a la 4ª cambia convivencia por tolerancia.
- VI. El abandono del domicilio conyugal sin justa causa o aún cuando sea con justa causa si siendo ésta bastante para pedir el divorcio, se prolonga por más de un año el abandono sin que el cónyuge que lo cometió intente el divorcio:
- VII. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro:
- VIII. Idem, a la 7ª; cambia al por contra.
- IX. La negativa de uno de los cónyuges a administrar al otro alimentos conforme a la ley:
- X. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez:
- XI. Una enfermedad crónica e incurable que sea también

contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge:

XII. La infracción de las capitulaciones matrimoniales:

XIII. El mutuo consentimiento.

242

El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando en él concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que el adulterio haya sido comedito en la casa común:

2ª Que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal:

3ª Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima

4ª. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

228

Idem.. sólo cambia la primera parte: el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio;

243

Es causa de divorcio el conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, ya lo sean estos, de ambos, ya de uno sólo de ellos. La convivencia debe consistir en actos positivos sin que sean causas de divorcio las simples omisiones.

244

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

245

El adulterio no es causa precisa de divorcio, cuando el que intenta éste es convencido de haber cometido igual delito, o de haber inducido al adulterio al que lo cometió. El Juez sin embargo, puede otorgar el divorcio, si lo cree conveniente, atendidas las circunstancias del caso.

229

Idem.

Solo cambia convivencia por tolerancia.

230

Idem.

246

Cuando ambos consortes convengan en divorciarse, en cuanto al lecho de habitación, no podrán verificarlo sino ocurriendo por escrito al Juez y en los términos que expresan los artículos siguientes: En caso contrario aunque vivan separados se tendrán como unidos para todos los efectos legales del matrimonio.

247

El divorcio por mutuo consentimiento no tiene lugar después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga más de cuarenta y cinco años de edad.

248

Los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho de habitación acompañarán a su demanda una escritura que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación.

249

Mientras se resuelve de un modo definitivo sobre la separación, los cónyuges viviran y administrarán los bienes de manera que hayan convenido, sujetándose este convenio a la

231

Idem

232

Idem.

Cambia escritura por convenio.

aprobación judicial.

250

La separación no puede pedirse sino pasados dos años de la celebración del matrimonio. Presentada la solicitud, el Juez citará a los conyuges procurará restablecer entre ellos la concordia, y si no lo lograre aprobará el arreglo provisorio con las modificaciones que crea oportunas y no citará a una nueva junta hasta después de tres meses.

251

Pasados los tres meses solo a petición de alguno de los conyuges citará el Juez a otra junta, en la que los exhortara de nuevo a la reunión; y si esto no se lograre, dejará pasar aún a otros tres meses.

252

Vencido este segundo plazo, si alguno de los conyuges pidiere que se determine sobre la separación, el Juez decretará ésta, siempre que le conste que los conyuges quieren separarse libremente.

233

Idem.

Se agregan los siguientes términos: Pasados dos años después de la celebración.

Con audiencia del Ministerio Público y cuidado de que no se violen los derechos de los hijos o de un tercero.

Se deroga

Y no citará nueva junta hasta después de tres meses.

234

Transcurrido un mes desde la celebración de la junta que previene el artículo anterior, a petición de cualquiera de los conyuges el Juez citará otra junta en que los exhortará de nuevo a la reunión, y si esto no se lograre, decretará la separación siempre que le conste separarse libremente, y mandará reducir a es-

critura pública el convenio a que se refiere el artículo anterior.

253

Al decir su separación, el Juez aprobará el convenio de que habla el artículo 249, si por él no se violan los derechos de los hijos o de un tercero

Similar al 232 y 233

254

La sentencia admite los recursos que se conceden a los juicios de mayor interés

255

Si dentro de los ocho días siguientes a cualquiera de los plazos señalados en los artículos 250 y 251, no promueven algunos de los cónyuges dichos plazos correrán de nuevo.

256

Mientras no cause ejecutoria la sentencia que se pronuncie sobre la separación, sólo podrán observarse los arreglos provisorios en lo que no perjudiquen los derechos de terceros.

257

La sentencia que aprueba la separación, fijará el plazo que ésta debe durar conforme al convenio de las partes con tal de que no exceda de tres años.

235

Idem
Se suprime: con tal que no exceda de tres años.

258

Si pasado este término los consortes insisten en la separación el Juez procederá como está prevenido en los artículos 248 a 257, duplicado todos los plazos en ellos.

259

Los mismo se hará si concluido el término de la segunda separación insisten en ella los consortes; pero en esta vez no se duplicarán en ella los plazos. Los dispuesto en este artículo se observará siempre que concluido el término de una separación; los consortes insistan en el divorcio

260

Los cónyuges de común acuerdo pueden reunirse en cualquier tiempo.

261

La demencia, la enfermedad declarada contagiosa o cualquier otra calamidad semejante de uno de los cónyuges no autoriza el divorcio; pero el Juez con conocimiento de causa, y sólo a instancia de uno de los consortes, puede suspender breve y sumariamente en cualquiera de dichos casos la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones para con el cón-

236

Los dispuesto en los artículos anteriores se observará siempre que al concluir el término de una separación, los cónyuges insistan en el divorcio.

237

Idem.

Idem.

Se agrega:

Salvo el caso de la fracción 11ª. del artículo 227.

yuge desgraciado.

262

El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de un año después que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda.

263

La reconciliación de los cónyuges deja sin efecto ulterior la ejecutoria que declaró divorcio. Pone también término al juicio, si aún se está instruyendo pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al Juez, sin que la omisión de esta noticia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

264

La ley presume la reconciliación cuando después de decretada la separación o durante el juicio sobre ella, ha habido cohabitación de los cónyuges.

239

Idem.

240

Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 227 puede alegarse para pedir el divorcio, cuando haya mediado perdón o remisión expresa o tácitamente.

241

Idem.

242

Idem.

265

El cónyuge que no ha dado causa al divorcio, puede aún después de ejecutoriada la sentencia, 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 anterior, aunque si por otros nuevos aún de la misma especie

243

Idem.

266

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia se adoptarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes: 1ª Separar a los cónyuges en todo caso:

1ª. Depositar en casa de persona decente a la mujer, si se dice que está ha dado causa del divorcio y el marido pidere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el Juez. Si la causa por la que se pide divorcio, no supone culpa en la mujer, está no se depositará sino a solicitud suya.

3ª. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos, observándose lo dispuesto en los artículos 268, 269 y 270.

4ª. Señalar y asegurar alimentos a la mujer y a los hijos que no queden en poder del padre.

244

Idem.

Sólo cambia fracción III artículos 245, 246 y 247.

5ª. Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios a la mujer.

6ª. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto a las mujeres que quedan en cinta.

267

En los juicios de divorcio son admisibles como testigos aún los parientes y domésticas de los cónyuges: quedando reservando al Juez, la calificación de la fe que deba darse a de dichos, según las circunstancias.

268

Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fuesen y no hubiera otro ascendiente en que recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en sus respectivos casos.

245

Idem. Sólo cambian los artículos 446, 447 del artículo 458.

269

Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, los Tribunales podrán acordar, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se le considere benéfica a los hijos menores

246

Idem. Se agrega: Antes que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los Tribunales

270

El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

271

El cónyuge que diere causa de divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero las recobrará, muerto éste; si el divorcio se ha declarado por las causas 3ª, 5ª y 6ª, señaladas en el artículo 240.

272

En los demás casos, y no habiendo ascendiente en que recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los hijos a la muerte del cónyuge inocente.

273

El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se hubiese 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 proyecto

274

Ejecutoriado el divorcio vuelven a cada consorte sus bienes propios; y

247

Idem.

248

Idem.

Se agrega

Al menos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto aquel, si el divorcio se ha declarado por las causas 7ª, 8ª, y 12ª, señaladas en el artículo 227.

249

Idem.

250

Idem.

251

Idem.

a la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dió causa al divorcio.

275

Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos, aún cuando posea bien propio, mientras viva honestamente.

252

Idem.

276

Cuando la mujer dé causa para el divorcio, conservará el marido la administración de los bienes comunes y dará alimentos de la mujer, si la causa no fuere adulterio de ésta

253

Idem.

277

La muerte de uno de los cónyuges acaecida durante el pleito de divorcio, pone fin a él, en todo caso y los herederos del muerto tiene los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera pleito.

254

Idem.

278

En todo juicio de divorcio las audiencias serán secretas, y se tendrá como parte al Ministerio Público

255

Idem.

279

Ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el Juez de Primera Instancia

256

Idem.

remitirá al del estado Civil, copia de ella y éste, al margen del Acta de Matrimonio pondrá nota, expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el Tribunal que lo declaró

Como puede observarse, ni el artículo 240 del Código Civil de 1870, ni el artículo 227 del Código Civil de 1884, establecen como causal de divorcio la declaración de ausencia o la presunción de muerte, eso si el artículo del primer ordenamiento invocado en su fracción 5ª establece como causa de divorcio el abandono sin causa justa el domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; y la fracción VI del segundo ordenamiento establece la misma causal aun cuando el abandono sea con justa causa y este es por más de un año.

Hacemos resaltar estas disposiciones, así como el hecho de que los Códigos en estudio no contemplan la declaración de ausencia y la presunción de muerte como causales de divorcio, a diferencia de nuestro actual Código Civil vigente.

Entendemos que es así, porque una declaración de ausencia o de presunción de muerte es una circunstancia que una vez probadas hacen de ellas una causal más fuerte, que una simple ausencia por más de dos años; sin embargo toda vez que nuestro derecho positivo mexicano contempla el abandono como causal de divorcio por más de dos años sin importar la causa y origen que le haya motivado, consideramos que ésta última causal desplaza a la declaración de ausencia y presunción de muerte.

En la inteligencia que ambos causales tienen diferentes resultados, sobre todo por lo que hace a los bienes, pero por lo que hace al divorcio como tal, la ausencia por más de dos años desplaza a las demás causales, si el objeto es el divorcio, y si el fin son los bienes, éstos se pueden resolver con independencia del divorcio

Sobre el particular y dado que es nuestro tema, volveremos más adelante.

De lo anterior se desprende que en los códigos en estudio estaba permitido el divorcio no vincular, no así el vincular, es decir, se permitía la separación de cuerpos, pero no la disolución del vínculo matrimonial.

5.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

Volviendo un poco atrás y a fin de dar paso a la Ley sobre Relaciones Familiares, es necesario tocar brevemente la legislación conocida como la **desacralización o secularización** del matrimonio y de la familia que llevó a cabo el Presidente Benito Juárez tanto en las Leyes de Reforma como en el Código Civil de 1870, ya estudiado.

Mediante la ley del matrimonio civil y la Ley del Registro Civil, ambos de julio de 1859, se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él en adelante sólo un contrato civil; se encomendaron las solemnidades del mismo a los Jueces del estado Civil, a quienes también se encargó en libros especiales de los registros de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, adopciones y defunciones; y se proclamó reiteradamente la **indisolubilidad** del matrimonio, ya que solamente la muerte de uno de los cónyuges podía disolverlo, y únicamente se permitió el divorcio-separación por las causas previstas en la Ley.

A su vez, el Código Civil de 1870 completo y desarrollo la organización de la familia y del matrimonio, estableciendo en su artículo 239, que el divorcio no disolvía el vínculo del matrimonio y sólo suspendía alguna de las obligaciones civiles, tal como ya se ha estudiado en el punto que antecede.

Por lo que hace el Código Civil de 1884, que suprime al de 1870, al respecto el gran Jurisconsulto Jacinto Pallares expresó:

"En cuanto al nuevo Código Civil, no tiene más novedad importante que haber establecido el principio o sistema del libre testamentifacción, obedeciendo más bien al deseo de favorecer a un altísimo funcionario, cuyas desavenencias de familia exigieran esa reforma, que a un sentimiento de interés general" ⁶

⁶ Jacinto Pallares, Curso Completo de Derecho Mexicano, Tomo II, pág. 568.

Esta versión se apoya en el hecho de que la comisión de 1882 para la revisión del Código Civil de 1870, presentó un primer Proyecto de Reforma cuyo texto conservaba el sistema de herencia forzosa, pero al ser sometido por el Ministro de Justicia, Lic. Joaquín Baranda a un acuerdo especial con el Presidente de la República General Manuel González, se adoptó el principio de la libre testamentifacción en el proyecto definitivo que se presentó como iniciativa del Ejecutivo ante la Cámara de Diputados en el año de 1883.

Había una razón de peso, nos referimos al sonadísimo juicio de divorcio o de separación personal, promovido en 1885 por Doña Laura Mantecón de González en contra de su esposo el General Manuel González que fuera Presidente de la República durante el período comprendido de 1880 de cuyos autos aparece que dicha señora estuvo separada durante el período Presidencial de su marido, quien tenía interés personal en hacer partícipe de su fortuna a varios hijos naturales habidos fuera de su matrimonio, para lo cual necesitaba de la libre Testamentifacción que se estableció durante su gobierno en el Código Civil de 1884.⁷

A pesar de todo el Código Civil de 1884 en su artículo 226 establece que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial; y que al igual que el Código Civil de 1870 suspende sólo alguna de las obligaciones civiles.

Finalmente, a fines del siglo pasado, se trató sin éxito de introducir en México el divorcio vincular.

A este respecto, el artículo 23, Fracción IX de la Ley Orgánica del 14 de diciembre de 1874, que reglamentó las adiciones Constitucionales del 25 de septiembre de 1873 durante el gobierno del Presidente Sebastián Lerdo de Tejada, para elevar a rango constitucional las leyes de Reforma, establecida que "El matrimonio civil no se disuelve más que por la muerte de uno de los cónyuges".

⁷ Información producida por la señora Laura Mantecón de González ante la Tercera Sala del Tribunal Superior en el Juicio de Divorcio que sigue contra su esposo el señor General Don Manuel González, México, 1886, Tipografía de J. Reyes Velasco

Así las cosas, el 30 de octubre de 1891 el Diputado Juan A. Mateos, presentó una iniciativa ante la Cámara de Diputados para que se derogara la citada fracción IX y se permitiera el divorcio en cuanto al vínculo. Las diversas Comisiones de la Cámara de Diputados a las que pasó para estudio tal iniciativa, calificaron de inconstitucional dicha fracción, removiendo así el principal obstáculo legal para el divorcio vincular y propusieron la derogación no sólo de esa fracción IX, sino de otras fracciones más del propio artículo 23 de la mencionada Ley Orgánica, por considerar que no era un asunto de la competencia de la Federación, aduciendo que tal correspondía a la de los Estados conforme al artículo 117 de la Constitución de 1857.

Tiempo después, cuando era todavía sólo el jefe de una de las diversas bandas en plena guerra civil mexicana, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz, dos intempestivos decretos, uno del 29 de diciembre de 1914 y otro de 29 de enero de 1915, para introducir de improviso el divorcio vincular, ya que por el primero modificó la mencionada ley orgánica de 1874 de las adiciones y reformas a la Constitución que reconocían la indisolubilidad del matrimonio, y por el segundo decreto, reformó a distancia, también de Veracruz, el Código Civil del Distrito Federal, para "establecer la palabra divorcio, que antes solo significaba la separación del lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima".

En la exposición de motivos de tales decretos, se esgrimieron razones como estas:

"El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen las costumbres públicas; da mayor

estabilidad a los afectos y a las relaciones conyugales; asegura la felicidad de un mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida" ⁸

Pero hay que ver que tan fútiles argumentos y la sorpresiva precipitación para abrir la más ancha puerta del divorcio, sólo tienen como única explicación el interés muy personal de dos Ministros de Carranza, el Ingeniero Félix F. Palivicine y el Lic. Luis Cabrera, que planeaban ya desde entonces sus respectivos divorcios ⁹

Ya nos hemos referido a los intentos divorcistas que antecedieron a la Ley Sobre Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 que promulgo también Carranza usurpando funciones legislativas que no tenía y haciendo por tanto, que tuviera un grave "vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida". ¹⁰ Según se hizo notar entonces en el Organo de la Barrera Mexicana de Abogados

Esta Ley produce cinco innovaciones; pues efectivamente produjeron una transformación sustancial en la familia y en el matrimonio, que pueden condensarse en cinco puntos, a saber.

Matrimonio disoluble, igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio, igualdad de puro nombre de todas las especies de hijos naturales, introducción de la adopción y sustitución de régimen legal de gananciales por el de separación de bienes

Así pues, siendo que el tema de nuestra tesis versa sobre el divorcio, nos avocamos a la primera de las cinco innovaciones a que hemos hecho referencia, así tenemos:

-
- 8 El Constitucionalista, periódico oficial de la Federación, Veracruz, Ver., 2 de enero de 1915.
- 9 R. Sánchez Medal, El Divorcio Opcional, México 1974, págs. 19 a 29.
- 10 V. E. Matus, El Divorcio y la Nueva Ley Sobre Relaciones Familiares, El Foro, 1a. Epoca, Tomo II, núm. 25, México, Julio de 1919, págs. 7 a 9.

Que esta ley formula la misma definición de matrimonio que tanto el Código Civil de 1870 como el de 1884: pero en la inteligencia que sustituye el adjetivo **indisoluble** por el de **disoluble**, en esta forma define:

"Contrato Civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo **disoluble** para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". (Art. 13). De esta manera confirmo la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación civil y enumero las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el mutuo consentimiento cuyo procedimiento reguló además en el mismo texto de dicha ley.

Finalmente, transcribimos las disposiciones que reglamentan la materia de divorcio en la Ley sobre Relaciones Familiares en lo sustancial:

Artículo 75.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Artículo 76.- Son causas de divorcio:

I.- El adulterio de alguno de los cónyuges;

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

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

IV.- Ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llevar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, o cualquier otra enfermedad crónica incurable, que sea, además contagiosa y hereditaria;

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

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

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

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

IX.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por lo cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años,

X.- El vicio incorregible de la embriaguez;

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

XII.- El mutuo consentimiento.

La causal V y la VI del artículo anterior, sólo estipula como causal del divorcio el abandono injustificado del domicilio conyugal durante seis meses consecutivos; o bien la ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio

Hemos de situarnos en el momento histórico en el cual entró en vigor la ley en comento, así como la duración del mismo, y de sobra se sabe, que se expidió cuando todavía el país se encontraba convulsionado por una guerra civil, y que durante su vigencia, las confrontaciones civiles no habían cesado, por lo que las ausencias de uno de los cónyuges -principalmente el varón- era totalmente incierta, ya sea por haber sido muerto, o bien abandonar el terruño, y con ello a su familia en busca de una paz.

Así mismo, tenemos que la ausencia de uno de los cónyuges, no necesitaba de una previa declaración de ausencia, ni mucho menos una presunción de muerte, pues las fracciones V y VI, no requieren de dichos requisitos, sólo establecen que será causa de divorcio la ausencia por más de un año.

Si en aquella época de guerra y de guerrillas, que cualquiera pudiera haber fenecido por las luchas internas del país, no se requería una declaración de ausencia o de presunción de muerte como causal de divorcio, encontramos inexplicable, que hoy por hoy en los albores del tercer milenio, en que la patria goza de estabilidad política, civil y social se pretenda que se requiera como causal de divorcio la presunción de ausencia o la declaración de muerte -salvo hoy a fines de tercer milenio la guerrilla del Estado de Chiapas-; pero no olvidemos que nuestro actual Código vigente, data de 1928.

Luego entonces, no había razón ni motivo de incluir, como se hizo, una fracción X que contemplara como causal de divorcio la declaración de ausencia, o en su caso, la presunción de muerte.

El legislador, al agregar la fracción XVIII del artículo 267 de nuestro Código Civil vigente, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, debió adrogar la fracción X del artículo en comento, toda vez que, si el legislador al agregar la última fracción del artículo mencionado, estipuló que no importará la causa por la cual los cónyuges se hubieren separado si esto tenía más de dos años, procedía -previa demostración- el divorcio, resulta que esta fracción XVIII del artículo 267, a todas luces desplazó y logró la ineficacia jurídica a la causal prevista por la fracción X del artículo citado, y en tal

idea, la legislación vigente encuentra una contradicción, y por lo mismo, una injustificación por parte del legislador, al no haber adrogado la fracción X del artículo comentado; y que precisamente es la causa y motivo de la presente tesis.

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION VIGENTE.

- 1.- El Divorcio en la Doctrina**
- 2.- El Divorcio en la Jurisprudencia**
- 3.- El Divorcio en el Código Civil para el Distrito Federal.**

1.- EL DIVORCIO EN LA DOCTRINA

El maestro Don Ramón Sánchez Medal, en su libro de Derecho de Familia en México ¹, divide en cuatro estadios los cambios que ha sufrido el derecho de familia, a saber:

PRIMERO.- La etapa de la **desacralización** o **secularización** de la familia y del matrimonio en la legislación del Presidente Benito Juárez.

SEGUNDO.- La etapa de la **transformación esencial** de la familia y del matrimonio en las leyes de la revolución por el Presidente Venustiano Carranza y Plutarco Elías Calles.

TERCERO.- La etapa de la **desintegración** de la familia y del matrimonio en la última legislación del Presidente Luis Echeverría.

CUARTO.- Las **diferentes alternativas jurídicas** para la familia y el matrimonio en la época actual.

En la segunda etapa, que el maestro Sánchez Medal denomina **transformación esencial**, cita a Don Eduardo Pallares en el comentario que hiciera a la segunda edición de la Ley de Relaciones Familiares, en el año de 1923, y que es del tenor siguiente.

"Al comentar en 1917 la ley, dijimos que tendía a disolver el grupo familiar y a darle una fisonomía yanqui. Nuestras predicciones se han cumplido. Una ola de inmoralidad se extiende a través de toda la sociedad, se apodera de la juventud y pervierte el corazón de la mujer. Las costumbres norteamericanas han penetrado en nuestra alta sociedad y en la clase media, trastornándolo todo, y sin apoyarse en los antecedentes de raza, historia y de temperamento que en los Estados Unidos pueden servir para disminuir los efectos perniciosos de la amoralidad femenina "

1 Sánchez Medal, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, ed. Porrúa, México, 1979.

"Muchas de las leyes revolucionarias, y principalmente la Constitución de 1917, han quedado letra muerta en materias importantes. No así la Ley de Relaciones Familiares, que en lo relativo al divorcio ha tenido una eficacia alarmante. El número de divorcios se ha multiplicado de manera escandalosa. Las uniones conyugales son efímeras, y la responsabilidad del hogar disminuye día con día. El imperio romano vino por tierra, entre otras causas, por las costumbres corruptas que se enseñaron de todas las clases sociales. ¿qué podremos esperar del pueblo mexicano que jamás ha gozado de la energía y la organización estupenda que dieron prestigio a los gloriosos latinos?"

"La generación actual, ha sido maestra en el arte de destruir, y no contenta con derribar ídolos políticos e instituciones añejas, entró al santuario de la familia y con la tea incendiaria de la frivolidad y de la inmoralidad acabo con los dioses Penates y marchitó el corazón mismo de las nuevas generaciones. Vivimos para el presente y olvidamos a los que nos van a suceder, a quienes les debemos una herencia de mejores ideas y más sanos principios."

"La campaña contra la natalidad, la disminución de ésta, los novísimos vicios que engendran las drogas heroicas, hablan más claro que todo lo que pudiéramos decir para demostrar el ocaso de las virtudes familiares y la degeneración de la raza"

"Cuando el pueblo mejicano perfeccione su sentido moral, lo haga más delicado y fino, entonces mirara con repugnancia la Ley de Relaciones Familiares por su espíritu mercantil, por la grosería de concepciones que le sirven de base y su falta de idealismo." ²

En igual sentido se expresó Pablo Macedo, que a su vez expone: "Es interesante señalar la falta de seriedad científica que presidió su elaboración (Ley Sobre Relaciones Familiares) pues apoyándose, al decir de sus autores, en las trascendentales reformas operadas en el campo político cuyas tendencias ha

² Eduardo Palières. Ley Sobre Relaciones Familiares comentada y concordada con el Código Civil vigente y leyes extranjeras. Segunda Edición. Librería Bourent, París, México, 1923 págs 23 a 25.

dejado consignadas, se extremaba al concepto civilista del Contrato de Matrimonio; se afirma que era necesario elevar la dignidad de la mujer y de los hijos, y se dejaba a la una y a los otros, en numerosos aspectos, en condición inferior a la que antes tenían; y diciéndose que precisaba reforzar la unidad de la familia, se le quitaba su carácter justo, se le desintegraban en su funcionamiento por la división de la autoridad y se le aniquilaba en sus fines por medio del divorcio".³

Ramón Sánchez Medal hace eco de lo expresado por los anteriores autores y hacen una comparación con nuestro Código Civil vigente, y así dice:

"El Código Civil del 30 de agosto de 1928, continuo sustancialmente los lineamientos de la Ley sobre las Relaciones Familiares, con estas variaciones:

1.- Suprimió del texto de la ley sustantiva la reglamentación del divorcio voluntario, el cuál en la Ley Sobre Relaciones Familiares quedaba sujeto a tres juntas con intervalos de un mes entre cada una de ellas (artículo 82). Para dar mayor lugar a la reflexión a quienes pretendían divorciarse. Por el contrario, el Código de 1928 liberalizó el trámite de los divorcios voluntarios, dejando al Código de Procedimientos Civiles la regularización de la materia, el cual solamente exigió dos en vez de tres juntas, y fijo un brevísimo plazo de ocho a quince días entre una y otra.

2.- Introdujo el Código Civil el divorcio administrativo, que prácticamente convirtió al matrimonio en una especie de arrendamiento voluntario, por virtud del cual los cónyuges podían darlo por terminado a su placer en el momento que lo decidieran.

Acerca de este nuevo divorcio administrativo, se hizo notar entonces que su origen se encuentra "en los artículos 91 y 92 del Código de la Familia de la Rusia Soviética, ya que en el primero de ellos establece: "si hay consentimiento

³ Pablo Macedo. La Evolución del Derecho Civil. Evolución del Derecho Mexicano (1912-1942). Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Tomo II, Editorial Jus, México 1943, pág. 84.

mutuo de los dos esposos, la demanda de disolución de matrimonio puede presentarse bien al Tribunal Local, bien al órgano del Registro Civil de los matrimonios en que se conserva la inscripción del matrimonio en cuestión", y que el artículo 92 dispone "el Jefe del Registro Civil, de las actas del estado Civil después de asegurarse que la demanda de disolución de matrimonio emana efectivamente de los dos consortes, procede a la inscripción del divorcio y entrega a los antiguos esposos, si así lo desean, certificados de divorcio".

Con toda razón expresó en esa época un escritor: "Lo que más me ha maravillado es no encontrar en las observaciones que hicieron varios abogados al Proyecto de 1928, advertencias de la Barra de abogados y entre los folletos a que dio origen la publicación del nuevo Código Civil ninguna crítica sobre este divorcio a la minuta cuya trascendencia funesta parece que pasó inadvertida para los juristas de México

Las consecuencias sociales más desastrosas tienen que producirse al abrirse la puerta franca al abuso social de cambiar a la mujer de maridos y el marido de mujeres":⁴

3.- Pretendió suprimir todo régimen legal de bienes en el matrimonio y para ello obligó en teoría a los contrayentes a que en el acto mismo de celebrar su matrimonio eligieran expresamente y reglamentaran, o la sociedad conyugal o la separación de bienes.

4.- Otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna, no sólo el derecho del apellido, sino también el derecho a alimentos y derecho a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido, derechos éstos que categóricamente les había negado la Ley Sobre Relaciones Familiares. Asimismo, añadió a los casos de acción de investigación de la paternidad que había autorizado este último ordenamiento, el del hijo natural nacido en concubinato, siempre que el nacimiento ocurriera después de los 180 días de iniciado éste y dentro de los 300 días de haber cesado la vida en común.

⁴ Roberto Cosío y Cosío, Influencia de Francisco Consegna sobre el Nuevo Código Civil, México, MCMXXIX, págs. 15 y 16.

5.- En los casos de concubinato único y no adúlterino, fecundo en hijos con duración no menor de cinco años, estableció sólo en favor de la concubina, derechos hereditarios en la sucesión intestada del concubinario, o derechos alimenticios en la sucesión testamentaria del concubinario, pero en uno y en otro caso, en una proporción menor que la que le correspondería a la esposa y cuando, precisamente, por haber fallecido el concubinario, se había extinguido la unión irregular y no existía ya entonces el peligro de que se considerara el concubinato en el mismo nivel que el matrimonio como el origen y fundamento de la familia, aparte de que esta concepción excepcional se estableció en el fondo como un velado remedio en beneficio de la viuda de un matrimonio canónico en una época en que todavía no se generalizaba entre las mayorías de condición humilde el matrimonio civil, cosa que en la actualidad ya ha cambiado en gran escala.

6.- Amplió, sin razón ni explicación alguna, la obligación de proveer de alimentos, ya que no los circunscribió solamente al cónyuge.

Eduardo Pallares, en su libro *El Divorcio en México*⁵ al hablar del divorcio, expresa lo siguiente: "Según queda dicho, la Ley que estableció en México el divorcio en cuanto al vínculo, fue la expedida en el Puerto de Veracruz, por el primer jefe del Ejército Constitucionalista, C. Venustiano Carranza el día 12 de abril de 1917."

"Antes de ella, sólo se autorizaba por el Estado, el divorcio en cuanto al lecho y a la habitación que dejaba vivo el matrimonio y no permitía a los divorciados contraer otro nuevo. La importancia de esta reforma, la subrayé en el comentario a la Ley de que se trata, publicado por mi poco tiempo después de la promulgación del propio ordenamiento, dije entonces:

"La nueva Ley Sobre Relaciones Familiares es profundamente revolucionaria, y destructora del núcleo familiar. Sacude al edificio social en sus cimientos, y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una nueva era. Es, al

5 Eduardo Pallares *El Divorcio en México*. Editorial Porrúa. Sexta Edición, México 1991. pág. 35.

mismo tiempo, obra de sinceridad y de valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y la censura de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas, mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea, y la desarrollaron con lógica implacable".

Y sigue diciendo el maestro Eduardo Pallares:

"El Estado se encuentra ante el problema de, si es o no conveniente el divorcio en cuanto al vínculo. En la solución del mismo, hay que tener en cuenta:

A) La subsistencia de los matrimonios mal avenidos, o en los cuales uno de los cónyuges sea indigno de continuar siendo el titular de los derechos, poderes y facultades que derivan del matrimonio, es evidentemente un mal social que es preciso remediar por los pésimos ejemplos que produce, sobre todo respecto de los hijos.

B) A su vez, el divorcio produce consecuencias funestas para ellos y trae consigo la disolución de la familia, y el peligro de que se multipliquen los mismos divorcios, y se convierta el matrimonio en una institución de tal manera frágil, que sólo sirva para permitir a los esposos satisfacer pasiones temporales y dar rienda suelta a sus costumbres disolutas.

C) También hay que tener en cuenta, que el instinto sexual y las necesidades a que da nacimiento, son muy poderosos y difíciles de dominar, de tal manera que, si no se permite el divorcio en cuanto al vínculo, obliga a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del mismo matrimonio "

Como se ve, el problema del divorcio está relacionado con la aptitud de los cónyuges a refrenar sus instintos sexuales, sea en el mismo matrimonio o fuera de él, cuando están separados.

Por lo mismo, es posible afirmar que la evolución de la especie humana no ha alcanzado el grado de moralidad suficiente para soportar la indisolubilidad del

matrimonio, por lo que debe considerarse el divorcio como un mal necesario a fin de evitar otros mayores, e injusticias increíbles".

Por su parte, el maestro Antonio de Ibarrola expone:⁶

"El divorcio es actualmente un abismo y resulta interesante observar que los abismos se atraen reciprocamente. "A byssus abyssum invocat" y dice que además, que el divorcio, tal como se concibe en la actualidad, viene a concluir con un hogar. Dos personas que se han hecho mutuamente desdichadas, van a seguir tratando de hacer también infelices a otras, en una cadena que no termina nunca, porque el divorcio no tiene limitación alguna. Y vivir en un hogar truncado, marca a los hijos, quiérase o no, para toda la vida, es perpetuo el estigma de una criatura a la cual le falta el calor de un verdadero hogar, de un hogar completo. En bien malas condiciones crece el hijo de divorciados".

Y eso que estamos hablando de divorcios realizados en lo que podría llamarse las mejores condiciones.

Ignacio Galindo Garfias⁷, anota:

"El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. En consecuencia la cohesión y estabilidad del grupo social, exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes. Esta exigencia social se impone, en interés del cuidado y la educación de los hijos".

El divorcio, disolviendo el matrimonio destruye al mismo tiempo al grupo familiar, y con ello, priva a los hijos del medio natural y adecuado para su mejor desarrollo físico, moral e intelectual.

6 Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México 1993, pág. 303.

7 Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Primer Curso. Parte General, Personas, Familia, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1993, pág. 562.

Prescindiendo de consideraciones ético-religiosas, el divorcio se encuentra en pugna con los intereses superiores de la colectividad social y por lo tanto, no se le puede aceptar, por lo menos en un principio, como una institución deseable; antes bien, se justifican las medidas que en diversos países se han adoptado para evitar los divorcios o para hacer difícil la disolución del vínculo matrimonial. Al respecto no debe de existir discusión sobre el particular. Por lo tanto, el problema socio-jurídico del divorcio no se plantea en esos términos. Se presenta a discusión, considerando la cuestión desde el punto de vista más humano, en el sentido de cuáles deben ser los motivos que en la Ley se consideren como causas justificadas de divorcio; porque la resolución judicial que declara la disolución del vínculo, debe ser pronunciada, en el caso de que de hecho, el estado matrimonial ya ha desaparecido entre los consortes.

La cuestión se desplaza a la comprobación fehaciente, concientizada, de que efectivamente ya no subsiste, entre los consortes que pretenden divorciarse, la situación socio-familiar de un verdadero matrimonio. No puede pensarse que en este caso, la sociedad tenga interés en mantener el vínculo jurídico.

Dice Rafael Rojina Villegas⁸, que si el Estado debe tener injerencia en las relaciones del derecho familiar, a lo cual contesta afirmativamente, toda vez que al estar en juego los intereses de la familia, de la sociedad, y consecuentemente del Estado, éste si debe intervenir en las relaciones familiares, viene en su constitución, modificación y extinción, o a través de una función de supervisión, para restringir, ampliar, modificar o revocar poderes familiares.

En todos los actos del derecho familiar, generalmente el Estado interviene para su constitución.

Nada de extraño tiene que el divorcio, como un acto de disolución del matrimonio, tenga que llevarse a cabo ante un funcionario del Estado y que no

⁸ Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Porrúa, México 1979, pág. 492.

tenga validez alguna la disolución matrimonial, si no se autoriza mediante una resolución judicial, o en su caso, ante el Oficial del Registro Civil en el divorcio administrativo.

Sigue diciendo el maestro Rojina Villegas, que relacionado el problema ético del derecho de familia con el caso específico del divorcio, partiendo de que el derecho de familia representa un máximo ético. Tal parece que el divorcio implica una solución contraria a los principios morales, y así es como generalmente se le ha considerado. Se ha pensado que el divorcio fomenta la inmoralidad en las relaciones familiares y que viene a constituir un principio de disolución de la familia misma, pero a su vez, motiva la corrupción de los hijos.

2.- EL DIVORCIO EN LA JURISPRUDENCIA.

De acuerdo a nuestra materia de estudio, hemos investigado la causal X del artículo 267 del Código Civil vigente, de la cual no hemos encontrado ni Tesis ni Jurisprudencia emitida por la Corte en el sentido que la presunción de ausencia o la declaración de muerte sean causales para invocar el divorcio necesario, pero si en cambio, hemos encontrado diversas Tesis que hablan, ya sea del abandono del hogar conyugal o del propio cónyuge en diversas circunstancias, pero que de una o de otra manera hablan de la separación de los cónyuges que de acuerdo con la fracción XVIII, del artículo 267 del Código Civil vigente, dan pauta para adecuarse a la causal antes mencionada, en este orden de ideas, tenemos las siguientes Jurisprudencias relacionadas con el abandono del hogar y/o de uno de los cónyuges, por más de dos años de separación, para que cualquiera de ellos demande el divorcio necesario, sin importar la causa que haya dado origen a tal separación; y son las siguientes:

"DIVORCIO, COMPETENCIA EN CASO DE, CUANDO AMBOS CONYUGES SE DICEN ABANDONADOS Y NO EXISTE YA EL DOMICILIO CONYUGAL. (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE TAMAULIPAS Y VERACRUZ) - De conformidad con lo dispuesto por los artículos 32 y 33 del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando las leyes de los Estados cuyos jueces compitan, tengan la misma disposición respecto al punto jurisdiccional controvertido conforme a ellas se decidirá la competencia. En caso de que aquéllas leyes estén en conflicto, las competencias que promuevan los jueces de un Estado a los de otro se decidirán con arreglo a la sección segunda del Capítulo Segundo de dicho ordenamiento legal. Por su parte, el artículo 27, párrafo segundo, del precitado Código, dispone que el Juez del domicilio conyugal es el competente para conocer de los negocios de divorcio y, tratándose de abandono de hogar, lo será el del domicilio del cónyuge abandonado. De la lectura de la fracción XII del artículo 195 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tamaulipas y de la fracción XII del artículo 116 del ordenamiento adjetivo civil para el Estado de Veracruz se deduce que no existe en dichos códigos la misma disposición, pues el primero únicamente contempla la regla general de competencia para los casos de divorcio, señalado como juez

competente al del domicilio conyugal, en tanto que el segundo consagra tanto la aludida regla general, como específica para el supuesto particular de que en juicios de divorcio se alegue como causal el abandono de hogar, en cuyo caso será competente el juez del domicilio del cónyuge abandonado, en consecuencia, al no existir la misma disposición en ambos Códigos, es aplicable para dilucidar el conflicto competencial, lo preceptuado por el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 27. Ahora bien, resulta que si las reglas de competencia que para los juicios de divorcio en general y en especial para el caso en que se invoque como causal es abandono de hogar, consagradas en este último ordenamiento jurídico, no pueden aplicarse para resolver el conflicto planteado, porque no obstante que las partes acepten que el domicilio conyugal estuvo ubicado en un mismo lugar, ambos cónyuges afirmen que se separaron de él después de haber sido abandonados por su consorte, cuestión ésta que debe dilucidarse en la sentencia definitiva que se dicte en su oportunidad; es decir, no pudiendo decidirse al momento de resolver el conflicto competencial quién es el cónyuge abandonado, no es posible determinar la competencia en función ni del cónyuge abandonado, ni en razón del domicilio conyugal, al no existir ya éste, motivo por el cual debe aplicarse la regla general para las acciones del estado civil, preceptuada en la fracción IV del artículo 24 del citado Código Federal, que dispone que por razón de territorio, es competente el Juez del domicilio del demandado, tratándose de acciones de estado civil, como es la de divorcio.

Competencia civil 232/82.- Jueces Segundo de Primera Instancia del Distrito Judicial de Jalapa, Estado de Veracruz y de Primera Instancia del Ramo Civil de Ciudad Victoria, Estado de Tamaulipas.- 3 de marzo de 1983.- Unanimidad de 4 votos - Ponente: Gloria León Orantes. Vols. 169-174, 4a. parte, p. 81."

"DIVORCIO COMPETENCIA EN CASO DE, CUANDO AMBOS CONYUGES SE DICEN ABANDONADOS (LEGISLACIONES FEDERAL Y DE LOS ESTADOS DE GUERRERO Y TAMAULIPAS).- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 32 y 33 del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando las leyes de los Estados cuyos jueces compitan, tengan la misma disposición respecto al punto jurisdiccional controvertido, conforme a ellas se

decidirá la competencia. En caso de que aquellas leyes estén en conflicto, las competencias que promuevan los jueces de un Estado a las de otros, se decidirán con arreglo a la sección segunda del Capítulo Segundo de dicho ordenamiento legal, por su parte, el artículo 27, párrafo segundo, del precisado Código en consulta, dispone que el juez del domicilio conyugal es el competente para conocer de los negocios de divorcio y tratándose de abandono de hogar, lo será el del domicilio del cónyuge abandonado. El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tamaulipas, en la fracción XII del artículo 195, establece que es juez competente para conocer de los juicios de divorcio el del domicilio conyugal y por su parte el ordenamiento adjetivo civil para el Estado de Guerrero dispone, en la fracción XII del artículo 158, que en los juicios de divorcio es competente el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio de cónyuge abandonado. De lo anterior se deduce que en estos dos últimos códigos adjetivos no existe la misma disposición, pues en el primero, únicamente se contempla la regla general de competencia para los casos de divorcio, en tanto que el segundo consagra además de la aludida regla general, la específica para el supuesto en que se alegue como causal de la disolución del vínculo el abandono de hogar, en consecuencia, al no existir la misma disposición en ambos Códigos, es aplicable para dilucidar el conflicto competencial lo preceptuado por el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 27. Ahora bien, resulta que las reglas de competencia que para los juicios de divorcio en general y en especial para el caso en que se invoque como causal el abandono de hogar, consagradas en este último ordenamiento jurídico, no pueden aplicarse para resolver el conflicto a estudio, ya que los dos cónyuges afirman ser abandonados y así también ambos señalan que el último domicilio conyugal estuvo establecido en diferentes lugares, cuestiones estas que deben resolverse en la sentencia que se dicte en cuanto al fondo del negocio, por ser puntos controvertidos torales, por lo que no siendo posible jurídicamente determinar la competencia en función del cónyuge abandonado, ni tampoco en función del domicilio conyugal, debe aplicarse la regla general para las acciones del estado civil, preceptuada en la fracción IV del artículo 24 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que establece que por razón de territorio es competente el Juez del domicilio del demandado tratándose de acciones de estado civil.

Competencia 137/83.- Jueces de Primera Instancia de lo Civil y Familiar de Ciudad Mante, Estado de Tamaulipas y de Primera Instancia del Ramo civil del Distrito Judicial de Hidalgo, Estado de Guerrero. 11 de junio de 1984.- 5 votos.-

Ponente: Gloria León Orantes.

Precedentes:

Quinta Epoca:

Tomo XCIV. Pág. 1907.

Vols. 181-186, parte. p. 160."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE NECESIDAD DE PRECISAR DESDE EL ESCRITO DE DEMANDA LA UBICACION DE TAL DOMICILIO (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS).- El actor en un juicio de divorcio por la causal en referencia, debe precisar desde su escrito inicial, entre otras cosas, la ubicación del domicilio conyugal, pues resulta evidente que si no lo hace no tendrá la oportunidad de probar ese extremo en términos del artículo 293 del Código Procesal Civil del Estado de Chiapas, el que, interpretado a contrario sensu, prohíbe la recepción de pruebas que no se refieran a los puntos cuestionados, ya que de no ser así equivaldría a considerar que a través de los distintos medios de convicción que el enjuiciante rindiera, quedarían fijadas las cuestiones debatidas, mismas que el actor no concretó suficientemente en su demanda y con lo cual quedaría en estado de indefensión la parte reo, al no estar en aptitud de suscitar controversia al respecto.

Amparo directo 5590/77.- Juventina Caridad López de Guzmán.- 5 de junio de 1978.- 5 votos.- Ponente: Salvador Mondragón Guerra. Vols. 109114, 4a. parte, p. 97."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE NECESIDAD DE ACREDITAR LA FECHA EXACTA DE SEPARACION, PARA COMPUTAR EL TERMINO QUE LA LEY SEÑALA PARA ESA CAUSAL.- tratándose del abandono del domicilio conyugal, como causal de divorcio, para que la acción pueda estudiarse, es fundamental señalar la fecha exacta desde la cual se debe computar el término de seis meses que la ley señala para esa causal, con el objeto de que la parte contraria pueda oponer sus excepciones y

defensas, pues de otra manera, de no establecerse ese requisito, se violaría la garantía de audiencia, y las autoridades de instancia no pueden variar ese elemento constitutivo de la acción.

Amparo directo 1565/76.- Dalia Patricia Ochoa Molina.- 10 de junio de 1977.- 5 votos.- Ponente: Raúl Lozano Ramirez. Vols. 97-102. 4a. parte, p. 58."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE NECESIDAD DE ACREDITAR LA FECHA DE SEPARACION.- Si no se acredita la fecha de la separación, no se puede determinar si la misma duró seis meses consecutivos.

Sexta Epoca.

Amparo directo 636/67.- Delfina Rayas Rodríguez.- Unanimidad de 4 votos. Volumen CXXVII, Cuarta Parte, Pág. 17.

Amparo directo 1693/67.- Margarita Blancas Brindis de García.- 5 votos. Volumen CXXIX, Cuarta Parte, Pág. 40.

Séptima Epoca:

Amparo directo 251/72.-Amelia Méndez de Carrión.- Unanimidad 4 votos. Volumen 50, Cuarta Parte, Pág. 23.

Amparo directo 5810/72.- María Guadalupe López de Ulloa.- 5 votos. Volumen 64, Cuarta Parte, Pág. 25

Amparo directo 200/76 - Ana María Nese de Frias.- 5 votos. Volúmenes 97-102, 4a. parte, p. 247."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE NECESIDAD DE ACREDITAR LA FECHA DE SEPARACION.- Si no se acredita la fecha de la separación, no se puede determinar si la misma duró seis meses consecutivos.

Amparo directo 200/761 - Ana María Nese de Frias.- 13 de abril de 1977.- 5 votos.-

Ponente:

J. Ramón Palacios Vargas.

Precedentes:

Sexta Epoca:

Volumen XXXIV, Cuarta Parte, pág. 95.

Volumen CXXVII, Cuarta Parte, pág. 17.

Volumen CXXIX, Cuarta Parte, pág. 40.

Séptima Epoca:

Volumen 50, Cuarta Parte, pág. 23.

Volumen 64, Cuarta Parte, pág. 25.

Vols. 97-102, 4a parte, p. 58."

"DIVORCIO, ABANDONO DE DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE NECESIDAD DE ACREDITAR LA FECHA DE SEPARACION.- Para que prospere la acción de divorcio por abandono del hogar conyugal, es requisito indispensable que se acredite en autos la fecha del abandono, sea éste de origen injustificado o se haya tornado de ese carácter, porque en el primer caso, si no se acredita la fecha de la separación, no podrá determinarse si la misma duró seis meses consecutivos y, en el segundo caso, porque al no acreditarse la fecha de la separación, tampoco podrá determinarse el término legal dentro del cual debió ejercitar su acción el abandonante con causa, para que su separación no se tornara injustificada.

Amparo directo 4167/73.- Juan Carlos Rodríguez.- 14 de enero de 1976.- 5 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez.
Vol. 85, 4a. parte, p. 33."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE, CUANDO LOS CONYUGES VIVEN EN CALIDAD DE ARRIMADOS.- Si en un juicio de divorcio se demuestra la no existencia del domicilio conyugal, puesto que así lo manifiestan los contendientes, quienes vivieron en calidad de "arrimados" en el hogar de la madre del esposo, aún cuando esa circunstancia no se haya hecho valer en vía de excepción o defensa, puede el órgano jurisdiccional examinarla para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la acción, sin incurrir con ello en ninguna infracción legal.

A.D. 4334/69.- Aurora Rodríguez Vergara.- 18 de Junio de 1970.- 5 votos.-
Ponente: Mariano Azuela.
Vol. 18, 4a. parte, p. 45."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE, CUANDO EL CONYUGE ABANDONADO TRASLADA SU DOMICILIO A OTRO LUGAR.- Si el cónyuge abandonado, al estar transcurriendo el término de seis meses que señala la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, traslada el domicilio conyugal a otro lugar, es necesario para que opere la causal de divorcio por abandono a que se contrae la referida fracción, que haya requerido a su consorte para que se incorporara al nuevo domicilio para que pueda subsistir el abandono, pues es insuficiente el solo hecho de que su conyuge conozca la ubicación del nuevo domicilio para que puedan desprenderse su obligación de integrarse al mismo.

Amparo directo 2937/68.- Jorge Garmendia Zaragoza.- 15 de febrero de 1974.- 5 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez.
Vol. 62, 4a. parte, p. 31."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE, CONFESION FICTA COMO UNICO ELEMENTO PROBATORIO ES SUFICIENTE.- Es cierto que, por regla general, cuando a una de las partes se le tiene tácitamente por confesa, existe la presunción de que los hechos materia de las posiciones calificadas de legales, son ciertos (presunción que, conforme al artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, admite prueba en contrario, siempre que ésta no importe una excepción no opuesta en tiempo oportuno); sin embargo, tratándose de acciones de divorcio, esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en forma reiterada ha sostenido que las pruebas que aporte la parte actora para acreditar las causales en que fundamenta su demanda, deben ser de tal naturaleza, que produzcan en el ánimo del juzgador la certeza de los hechos materia de las mismas, de manera que la sola presunción que engendra la confesión ficta, si no está adminiculada con ningún otro elemento probatorio que confirme la existencia y realización de

tales hechos, es insuficiente para decretar la disolución del vínculo matrimonial. Razonamiento éste que se robustece si se atiende a que, esta misma Sala ha sostenido que, cuando en un juicio de divorcio promovido por abandono del hogar conyugal, se ha establecido la confesión ficta en relación con las causas que dieron lugar a que la demanda consumara ese abandono, si el actor no demuestra con prueba alguna no ser ciertos los hechos invocados por la propia demanda en su escrito de contestación a la demanda, como justificativos del abandono del hogar conyugal, la confesión ficta debe tenerse como suficiente para tener por acreditada la existencia de tales hechos y, por lo mismo, el Juez ante quien se demande el divorcio por la causal mencionada, no debe tener como probada la acción ejercitada y si, en cambio, debe tener por justificados los hechos que determinaron el abandono del hogar conyugal.

Amparo directo 5759/73 - Antonio Barragán Cerda. - 17 de marzo de 1977.-
5 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez.

Amparo directo 5758/74. - Miguel Langle Vázquez - 7 de febrero de 1977.- 5
votos.

Precedentes:

Quinta Epoca

Suplemento de 1956, pág. 200.

Vols. 97-102, 4a. parte. p. 55 "-Volumen 74, Cuarta Parte, pág. 56.

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE CONFESION FICTA - La confesión ficta de la parte demandada no basta para decretar el divorcio por abandono del domicilio conyugal, cuando no se demuestra la inexistencia de tal hogar. Como la confesión ficta sólo produce una presunción que admite prueba en contrario, faltando la demostración de la existencia del hogar la presunción que se deriva de la confesión ficta de la parte demandada en el sentido de que ésta abandonó el domicilio conyugal, sin causa justificada, no tiene plena eficacia, cuando no ha sido acreditada por el actor la existencia de tal hogar.

Amparo directo 179/74 - Alfonso Raimundo Rodríguez Ramírez.- 13 de
noviembre de 1975. Unanimidad de 4 votos - Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Precedente:

Sexta Epoca

Volumen CXXIX. Cuarta Parte, Pág. 40."

Volumen 83, 4ª parte, p 29

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE CONFESION CUALIFICADA (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA).- La naturaleza de la confesión y las razones en virtud de las cuales se le atribuye eficacia probatoria, imponen el principio de indivisibilidad de la misma, en virtud del cual, si ella es cualificada e individua, no puede, para los efectos de su valoración, aceptarse en una parte y desecharse en otra; o no se le atribuye eficacia probatoria o se considera probado el hecho confesado en los términos estrictos en que expresamente lo fue. En un caso, si la demandada afirma que no se separó del domicilio conyugal por propia deliberación suya, sino que lo hizo por la razón que explica, esa parte de su confesión introduce un elemento que cambia la substancia o naturaleza del acto que se le impula consistente en la separación injustificada del domicilio conyugal. Si la esposa, en realidad, niega el abandono del domicilio conyugal por determinación voluntaria y propia o exclusiva de ella, su confesión es indivisible y por tanto no puede tomarse como prueba para demostrar la separación injustificada del hogar, elemento sine qua non para la existencia jurídica de la causal prevista en la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil del Estado de Coahuila.

Amparo directo 3356/61.- Guadalupe Cárdenas Rico. 25 de enero de 1963.- 5 votos.- Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.- Vol. LXVII, 4a. parte, p. 52."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- Si no se demuestra la existencia del domicilio conyugal de las partes, esto determina la improcedencia del divorcio por la causal de abandono del domicilio conyugal

Amparo directo 4879/61.- Rogelio Ramírez Ramírez. 25 de septiembre de 1962.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.
Vol. LXIII, 4a. parte, p. 36."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- La causal de divorcio de abandono del domicilio conyugal es de tracto sucesivo o realización continua.

Amparo directo 5546/61.- Roberto Dominguez Sánchez.- 23 de septiembre de 1962.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Precedentes:

Volumen IV, Cuarta Parte, Pág. 114.

Volumen LXI, Cuarta Parte, Pág. 128.

Vol. LXIII, 4a. parte, p. 36."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- Las visitas esporádicas que el esposo haga al hogar conyugal, no constituyen una interrupción de la causal de abandono del domicilio conyugal, máxime si el esposo admite que desde que se iniciaron las desaveniencias con la esposa, cesaron todas las relaciones íntimas de ambos.

Amparo directo 4984/59.- Rosendo Jiménez Castro.- 29 de Agosto de 1962.- 5 votos.- Ponente Rafael Rojina Villegas.
Vol. LXII, 4a. parte, p. 90."

"DIVORCIO, ABANDONO DEL DOMICILIO CONYUGAL COMO CAUSAL DE.- La demanda por abandono de hogar, si bien se puede instaurar en cualquier tiempo después de los seis meses del abandono, por el cónyuge no culpable, no podrá hacerse antes de que transcurra ese tiempo. El abandono o separación del hogar conyugal que la Ley establece con causal de divorcio, no puede consistir en la sola circunstancia de que el cónyuge demandado esté separado o ausente del domicilio conyugal por seis meses o más sin que a esa separación acompañe también el incumplimiento de las obligaciones que tiene el cónyuge respecto del otro, y además, debe ser injustificada.

Amparo directo 4701/59.- Artemio Juárez Martínez.- 22 de junio de 1962.- Mayoría de votos.- Ponente: José López Lira - secretario José Castro Estrada.
Vol. LX, 4a. parte, p. 76."

De conformidad con las tesis anotadas, la fracción XVIII del artículo 267, es suficiente para demandar el divorcio, no importando cual sea la causa de separación y lo que es más aún, no se requiere de otro requisito, ni juicio para decretarlo basta demostrar la separación por más de dos años.

Y entonces preguntamos, ¿donde queda la declaración de ausencia y la declaración de muerte.?

Contestamos: Qué es ineficaz así como lo es inobservante tal cual circunstancia se demuestra por el simple hecho que la jurisprudencia, que son criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto, no aporta criterio alguno, y a las pruebas me remito.

3.- EL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, fue elaborado en uso de la facultad que el Congreso de la Unión confirmó al Poder Ejecutivo por decretos de 7 de enero, 6 de diciembre de 1926 y 3 de enero de 1928, fue prolongado por el Presidente de la República, General Plutarco Elías Calles, el 30 de agosto de 1928, y a pesar de haber sido publicado en el Diario Oficial de la Federación en diversos números, a partir del 26 de mayo de 1928 hasta el 31 de agosto del mismo año, no inició su vigencia sino hasta 4 años después, debido a la oposición de los conservadores que pugnaban por evitar la expedición de un Código de notables cambios, como por la necesidad de que se concluyeran la revisión del Código de Procedimientos Civiles.

El Código Civil de 1928, ha sido considerado, justamente, como una gran obra legislativa de la época, consecuencia de que el proyecto fue elaborado por eminentes juristas que fueron los licenciados Francisco H. Ruíz, Ignacio García Tellez, Rafael García Peña y Fernando Moreno. Se logró un equilibrio de ideas en virtud de que el licenciado García Tellez era progresista, el licenciado García Peña tradicionalista conservador y el licenciado Francisco H. Ruíz, pudo, con sus opiniones moderadas, establecer un justo medio.

Habían transcurrido 44 años desde la expedición del Código Civil de 1884, y los acontecimientos políticos, sociales y económicos, trajeron consigo cambios radicales que se reflejan de manera esencial en la vida civil, no respondió ya a las necesidades de la época, sus principios resultaban anacrónicos y urgía la revisión total del Código de la materia para adaptarlo a los nuevos principios de la transformación social. En efecto, el Código Civil de 1884 siguió la tradición romana, tuvo la influencia del Código de Napoleón del cual tomó los principios rectores del individualismo puro que predominó durante el siglo XIX.

Por otra parte, tuvo también como antecedentes el derecho español, inbuido del canónico, por haber regido durante la colonia y aún en los primeros años del México Independiente. Todo esto, aunando a las tradiciones y costumbres de la época, dió como resultado una obra legislativa reflejo de su tiempo, caracterizada por la preeminencia del varón sobre la mujer y los hijos, desigualdades entre los hijos legítimos y los naturales, derechos de propiedad ilimitados, autonomía de la voluntad, etc., tenía que perecer ante los embates del tiempo y las nuevas corrientes del pensamiento.

Los inicios del siglo XX traen consigo un cambio radical de ideas, se deja sentir un espíritu de solidaridad social, una tendencia a la socialización del derecho, que agudizada, se convierte en la orientación socialista que se hace parte en el código soviético de 1922.

Antes, en el año de 1910, la Revolución Mexicana deja sentir en todos sus aspectos las corrientes sociales. Se dicta la Constitución de 5 de Febrero de 1917, en donde se plasman las ideas revolucionarias, y la legislación civil no podía escapar a tan trascendentales reforma. Estas aparecen, en primer lugar, en la Ley de Divorcio de 1914, en donde se implanta el divorcio vincular; posteriormente, en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, y por último, en el Código Civil de 1928, considerado como un código social en el cual se trato de armonizar los intereses individuales con los de la sociedad.

El Código Civil vigentes, se encuentra dividido en cuatro libros; anterior al primero, encontramos un título de disposiciones preliminares. El Primer Libro, denominado de las personas, abarca todo lo relacionado a ellas, por lo que podemos decir que se ocupa del derecho de familia.

El segundo libro del código, se denomina de los bienes, pero no sólo abarca a éstos, sino también a los derechos reales, con la salvedad de la prenda e hipoteca, comprendidos en la segunda parte del último libro, o sea en la parte correspondiente a los contratos en particular. El mismo libro segundo, comprende también la prescripción, que es uno de los medios o modos de adquirir los derechos reales un lado, o de liberarse de las obligaciones por otro, siendo que

por esto, el estudio de la prescripción positiva llamada también usucapión se contemple en los derechos reales. y de la negativa o deliberatoria, se contemple en la Teoría General de las Obligaciones.

El Tercer libro se denomina de las sucesiones, y el cuarto de las obligaciones, divido éste último en tres partes, en la primera se sistematiza todo lo relativo a las obligaciones en general; en la segunda lo concerniente a las diversas especies de contratos; y en la tercera concurrencia, prelación de créditos y el Registro Público.

De tal forma, que el Código Civil se divide en libros, éstos a su vez, en títulos, y éstos en capítulos.

Por lo que hace el divorcio, este se encuentra contemplado en el Libro Primero, Título Quinto, Capítulo X, y comprende los artículos que van del 266 al 291 inclusive.

El artículo 266 dispone el divorcio vincular, esto es, que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. siendo el divorcio la única forma legal de extinguir un matrimonio en vida de los cónyuges, mismo que debe ser decretado por autoridad competente y en base a causas específicamente señaladas por la Ley.

Si el matrimonio no es válido, no opera el divorcio, en todo caso, los presuntos cónyuges deberán demandar su nulidad.

Si durante el procedimiento del divorcio muere uno de los cónyuges, se pone fin al juicio, y subsistirá el matrimonio para todos los efectos legales a que haya lugar.

Así como el artículo 267 establece el divorcio vincular, el artículo 277 establece el divorcio no vincular o separación de cuerpos que no extingue el matrimonio, y sólo puede ser decretado en los casos de enfermedad física o mental; como consecuencia de este divorcio no vincular, sólo se suspende para lo

cónyuges la obligación de cohabitar, pero quedan subsistentes las demás obligaciones del matrimonio.

El divorcio puede ser administrativo o judicial:

Es administrativo el que se tramita ante el Oficial del Registro Civil, y solo en el caso de que no existan hijos o no hubiere bienes en el matrimonio.

El Judicial se da para el caso de que existan hijos y bienes, y éste puede ser voluntario o necesario.

NO VINCULAR (art. 277)

D		ADMINISTRATIVO (272)
I		
V		
O	VINCULAR (art. 266)	VOLUNTARIO (art. 273)
R		
C	JUDICIAL	
I		
O		NECESARIO (art. 267- 268 - 269 - 270-278)

El necesario sólo puede pedirse por las causas que señala el artículo 267 y por la señalada en el artículo 268; el artículo 267 dispone:

Son causas de divorcio:

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI.- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respeto del cónyuge demente;
- VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

- X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que preceda la declaración de ausencia;
- XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de cónyuge para el otro;
- XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendiente a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;
- XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- 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 señalado en la ley una pena que pase de un año de prisión;
- XVII.- El mutuo consentimiento;

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.

Por su parte, el legislador reguló como causal en forma autónoma, fuera de los enumerados anteriormente, la que se establece en el artículo 268 en el sentido que el cónyuge demandado, a su vez, podía demandar el divorcio del cónyuge que no probó la causal invocada o que se desistió unilateralmente de la acción intentada. Esto fue con el propósito de evitar la instauración de divorcios frívolos, haciendo valer una falsa causa.

Toda vez que el estudio de la presente tesis, versa sobre la fracción X y XVIII del artículo 267, estos merecen especial estudio, mismo que se hará en el Capítulo VI de este trabajo; por lo que en este apartado sólo nos limitaremos a la mención de las causales de divorcio, tal y como ya se hizo.

CAPITULO V
ANALISIS DE LA DECLARACION DE AUSENCIA Y DE LA
PRESUNCION DE MUERTE

- 1.- La declaración de Ausencia
- 2.- La presunción de Muerte

1.- LA DECLARACION DE AUSENCIA

En México se han dado casos de desaparición de personas en forma masiva, baste recordar las guerrillas de los años 70's, y que hoy en día treinta años, después trae consecuencias, como es el hecho de que grupos políticos reclamen la presencia de más de 500 personas, que al decir de éstos fueron detenidos por instituciones gubernamentales.

Esto es sólo un ejemplo de personas ausentes e ignoradas en forma masiva y que tuvo por origen un movimientos guerrillero, otro ejemplo de personas ausentes e ignoradas, lo encontramos cuando en la Ciudad de México, específicamente en septiembre de 1985, un terremoto la devastó, lo que trajo como consecuencia la muerte y la desaparición de ciento de personas, esto fue por una causa de la naturaleza, aquella por una causa política. Y así podemos citar miles de ejemplos de personas desaparecidas o ignoradas por sus familiares.

Ahora, hay que ver que en este tercer milenio por venir en que la urbe llamada Ciudad de México, que cada vez se acrecenta más y más, tanto en su infraestructura, avenidas, calles, comercios, etc., así como en su población, ésta última está expuesta a todo tipo de percances, y lo mismo puede perecer arrollado por un vehículo automotor, o perecer a manos de un asaltante cualquiera; nadie está exento en esta ciudad de sufrir un accidente en virtud del cual los familiares ignoren su paradero, ya sea por haberse perdido en la gran ciudad o por haber fallecido en la vía pública por accidente o por causas naturales, sin que haya sido posible su identificación; o que por propia voluntad se exilien, sin dejar rastros de su paradero.

Esto da origen a presupuestos y circunstancias de derecho, que solo encuentran solución en una declaración de ausencia y, posteriormente, en una presunción de muerte

Nuestro Derecho Positivo Mexicano, regula los casos en que una persona haya desaparecido y se ignore su paradero, así pues tenemos que el Capítulo I, Título Undécimo del Libro Primero, trata sobre los ausentes e ignorados.

En nuestro lenguaje cotidiano, ausente es el que no está presente en el lugar. Jurídicamente la figura de la ausencia tiene una connotación diferente. Ausente es, para la legislación, la persona cuyo paradero se ignora, de quien no se ha tenido noticias y ha desaparecido de sus lugares habituales, sin dejar razón de su paradero.

Así pues, tenemos que el artículo 649 del Código Civil, dispone que cuando una persona ha desaparecido y se ignora el lugar donde se halle, se le citará por medio de edictos publicados en los periódicos de su último domicilio, indicándole que deberá presentarse en un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis meses. Remitiendo copia de este edicto a los cónsules mexicanos en el extranjero donde se pueda presumir se encuentre el ausente.

Señala el artículo 654, que si la persona no se presenta en el término antes aludido, ya sea por sí misma o por conducto de algún apoderado, se procederá al nombramiento de un representante que intervenga en la celebración y ejecución de actos jurídicos en nombre y por cuenta del ausente.

A partir de entonces, cada año se publicarán nuevos edictos llamado al ausente, si este no dejó apoderado será por dos años, y si dejó apoderado será por tres años, los cuales se publicarán durante dos meses con intervalos de 15 días.

Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado representante, podrán pedir la declaración de ausencia:

- I.- Los presuntos herederos legítimos del ausente;
- II.- Los herederos instituidos en testamento abierto;

III.- Los que tengan algún derecho u obligación que dependan de la vida, muerte o presencia del ausente; y

IV.- El Ministerio Público. (art. 673).

Si el juez encuentra fundada la demanda, ordenará que se publique durante tres meses con intervalos de 15 días, nuevos edictos en los términos antes señalados. Si pasan cuatro meses desde la última fecha de publicación y no se tuviere noticias del ausente, el juez declarará la ausencia

Esta declaración de ausencia se volverá a publicar, como antes ya se indicó, tres veces cada 15 días.

Como puede observarse, para que la declaración de ausencia legalmente sea hecha causal de divorcio, según lo dispone la fracción X del artículo 267 del Código en estudio, deberán transcurrir por lo menos tres años, dos meses, quince días.

Esto sin contar el tiempo que los interesados solicitaron el nombramiento del representante legal del ausente; y si a éste agregamos que no se cumplen con las formalidades esenciales del procedimiento, esto en razón de los términos judiciales que marca el Código de Procedimientos Civiles, en cumplimiento por lo dispuesto en el artículo 17 Constitucional que señala que la expedición de la justicia debe ser gratuita y expedita.

Pues es de sobra conocido, porque no decirlo de explorado derecho, que en México la impartición de la justicia no es, ni gratuita ni expedita, pues para el caso de querer que nuestro asunto se ventile rápidamente, tenemos que promover económicamente, y ni aún así logramos que la impartición de la justicia sea expedita y que se cumplan con los términos señalados en los códigos procedimentales

Si a los tres años, dos meses, quince días, sumamos el tiempo que nos llevará el procedimiento para lograr la declaración de ausencia, podemos asegurar sin lugar a duda, que este tiempo será de por lo menos cinco años.

La declaración de ausencia interrumpe la sociedad conyugal, a menos de que en las capitulaciones matrimoniales se haya estipulado que continúe.

La simple declaración de ausencia por si sola, no decreta la ruptura del vínculo matrimonial pues como lo requiere la fracción X del artículo 267, se tendría que solicitar previa sentencia, y con ésta, iniciar un juicio de divorcio necesario, que presumiblemente nos llevará otros dos años, por lo que, en síntesis, para que una persona pueda lograr su divorcio vincular, necesitaría de por lo menos siete años, cuando en dos años de acuerdo a la fracción XVIII del artículo en comento, sólo se precisaría de dos años, sobre el particular será estudio del capítulo siguiente.

2.- La Presunción de Muerte

Esta materia se encuentra regulada en el Capítulo V del Título Undécimo, Libro Primero.

Para la presunción de muerte del ausente, la ley dispone tres presupuestos, a saber:

El primero de los presupuestos es el requisito previo de declaración de ausencia legalmente hecha, y que hayan transcurrido seis años desde la misma para que el juez declare la presunción de muerte.

El segundo, sólo se requiere que hayan transcurrido dos años para declarar la presunción de muerte del ausente, si éste ha desaparecido por tomar parte en una guerra, por encontrarse a bordo de un buque que naufrage, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante.

Finalmente, cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y exista fundada presunción de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro o catástrofe, bastará el transcurso de seis meses contados a partir del acontecimiento, para que el juez de lo familiar declare la presunción de muerte.

El artículo 705, dispone que se publicará la solicitud de declaración de presunción de muerte sin costo alguno y hasta por tres veces durante el procedimiento, que en ningún caso excederá de treinta días. Lo anterior sólo es aplicable para el último de los supuestos.

De lo anterior, podemos concluir que en el mejor de los casos, y de acuerdo al tercero de los supuestos, sólo requeriremos de seis meses para la declaración de presunción de muerte, y esto sólo porque se tiene la certeza de que el desaparecido se encontraba en el lugar del siniestro.

Pero la lógica nos permite dilucidar que si tenemos la certeza de que el ausente ha desaparecido en el siniestro, entonces estamos hablando de que el cónyuge ausente, es cónyuge superviviente, luego entonces es viudo (a), y en este orden de ideas, un viudo no puede divorciarse de un matrimonio que ya no existe, pues este terminó con la muerte del otro cónyuge.

CAPITULO VI
ESTUDIO DE LA FRACCION X Y DE LA FRACCION XVIII
DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL

- 1.- Presupuestos de la Fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.
- 2.- Consecuencias Derivadas de la Invocación de esta Fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.
- 3.- Presupuestos de la Fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.
- 4.- Consecuencias Derivadas de la Invocación de la Fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.
- 5.- Ultima Reflexión sobre la Ineficacia de la Fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

1.- Presupuestos de la Fracción X del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Dice el artículo 267 del Código Civil en su Fracción X:

Son causas de divorcio:

- 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 preceda la declaración de ausencia.

Ya decíamos que la sentencia que declare la ausencia de una persona o la presunción de muerte que de ésta se haga, no disuelve por sí misma del vínculo matrimonial; pues esta sentencia constituye el documento base de la acción para demandar el divorcio necesario. Se entiende que ésta es una situación de hecho que no permite la realización de los fines naturales del matrimonio, pues al suspenderse la vida en común, no puede cumplirse con los tres fines del matrimonio, que son:

La perpetuación de la especie humana, la ayuda mutua, y la convivencia en el hogar conyugal.

Tal como lo dijimos en el Capítulo V de este trabajo, la declaración de ausencia requiere de varios años por lo que resulta más conveniente para el cónyuge presente, fundar su demanda de divorcio en el abandono del domicilio conyugal o en la separación de hecho por más de dos años, tal como lo dispone la fracción XVIII del artículo 267 que más adelante se estudiará.

Tenemos así que el término para decretar la declaración de ausencia es de tres años, dos meses, quince días, sin contar el tiempo efectivo que dure el procedimiento ante el juez de lo familiar, y tal y como ya lo hemos asegurado, la sentencia de divorcio fundada en la declaración de ausencia, la obtendremos en no menos de cinco años.

Por lo que, si el fin mediato es la obtención de la disolución del vínculo conyugal, resulta por demás ineficaz tramitar un previo juicio, que requiere el transcurso de varios años para, posteriormente, demandar el divorcio, y en este orden de ideas, la disolución la obtendremos aproximadamente en siete años.

Y por lo que hace a la presunción de muerte, cambian los presupuestos, toda vez que para decretar la presunción de muerte se requieren seis años a partir de la declaración de ausencia, esto en el primer supuesto, mismo que la fracción X del artículo 267 no contempla como causal de divorcio, pues sólo es causal de divorcio los supuestos que se derivan del segundo y del tercer párrafo del artículo 705, esto es:

Se requerirán dos años para declarar la presunción de muerte en el caso que el individuo haya desaparecido al tomar parte en una guerra, o por encontrarse a bordo de un buque que naufrage, o al verificarse una inundación u otros siniestros semejantes.

En el tercer supuesto, sólo se requerirá el transcurso de seis meses si la desaparición sea consecuencia de incendio, explosión, terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria, y que exista la presunción fundada de que en dicho siniestro se encontraba el desaparecido.

En estos dos últimos supuestos, no se requiere una previa declaración de ausencia.

En este orden de ideas tenemos que, el primer supuesto no es causal de divorcio, y no así los dos siguientes, que de conformidad con la fracción X del artículo en estudio, si son causales de divorcio; respecto a estos dos últimos supuestos, decimos que adolecen de toda ineficacia legal como causales de divorcio, pues en ambas hipótesis ya no estamos hablando de una desaparición o ausencia prolongada, de una presunción de muerte, luego entonces, al cónyuge presente debe considerársele presuntamente viudo, recordemos que el matrimonio puede terminar precisamente con la muerte de uno de los cónyuges.

Líneas atrás, decíamos que si el fin mediato es la disolución del vínculo conyugal, resultaría por demás absurdo, fundar la causal en la declaración de ausencia o en la presunción de muerte.

Pero si el fin no es la disolución del vínculo matrimonial, sino la distribución de los bienes que hubiese podido tener el declarado ausente o el presunto muerto, valga pues la declaración de ausencia y/o la presunción de muerte.

La pregunta en este caso es, que es lo más conviene al cónyuge presente:

Si su interés es la disolución del vínculo matrimonial, está la puede fundar en la causal XVIII del artículo 267. Pero si el interés es económico, surgen varias hipótesis, pues hay que ver si el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes, si hay hijos menores, o si han cumplido la mayoría de edad. Esto es tema del siguiente apartado.

2.- CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA INVOCACION DE ESTA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Evidentemente, la primera consecuencia, si es que procede la acción intentada, será la sentencia que declare la disolución del vínculo matrimonial.

Por lo que hace a los bienes, dice el artículo 286, que 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. Sin embargo como la causal proviene de la declaración de ausencia o de la presunción de muerte, los bienes previamente han tenido otro destino.

Primeramente se le nombrará un depositario, mientras se nombra un representante que será el legítimo administrador de los bienes del ausente.

Una vez declarada la ausencia, si hubiere testamento el juez dará posesión provisional de los bienes a los herederos testamentarios, y en su defecto a los que fueran legítimos al tiempo de la desaparición.

Declarada la presunción de muerte, los presuntos herederos entrarán en posesión definitiva de los bienes.

En el caso de divorcio, si los cónyuges se encuentran casados bajo el régimen de separación de bienes, no hay ningún problema, pues cada cónyuge conservará los suyos, pero el problema estriba en que pasará con los bienes del cónyuge ausente, los mismo acontece en el caso de sociedad conyugal, una vez liquidada la misma, que va a pasar con dichos bienes, ya como cónyuge divorciado con tiene derecho a una porción hereditaria, lo que no acontece en la declaración de ausencia y presunción de muerte que como cónyuge presente puede heredar del desaparecido, aunque claro, si éste regresa recuperará sus bienes.

Luego entonces, el cónyuge presente deberá inclinarse por lo que más le convenga de acuerdo a su situación en particular y a la de los bienes del ausente.

3.- PRESUPUESTOS DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Esta fracción es de reciente creación, pues fue adicionada al artículo 267 por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1983.

Realmente constituye una verdadera innovación en materia de divorcio, pues al invocarla no hay necesidad de probar si hubo causas justificadas o no para la separación, lo único que importa es el hecho físico de que los cónyuges tengan más de dos años separados. Como ya lo hemos manifestado, con la separación de los cónyuges se rompe la convivencia, que es uno de los fines del matrimonio, si la separación se prolonga por más de dos años, la ley presume que el vínculo afectivo que unía a los consortes ha desaparecido, y no se justifica mantener la relación conyugal que no tiene un cometido real entre los consortes. Y lo más importante como resultado del juicio fundado en esta causal, no habrá ni cónyuge inocente, ni cónyuge culpable, con las consecuencias legales que ello implica.

El texto de esta causal es el siguiente:

Artículo 267.- Son causas de divorcio:

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.

Derivado de lo anterior, el único presupuesto para que opere la causal en comento, es que los cónyuges estén separados por más de dos años, no importante cual es el origen de esa separación, que bien puede ser una ausencia prolongada sin que se sepa el paradero del ausente, o bien una presunción certera de que uno de los cónyuges ha perecido en un siniestro.

Para el caso de que ignoremos el paradero o lugar de radicación, o bien el lugar donde se pueda localizar al cónyuge ausente, el Código de Procedimientos Civiles, establece el mecanismo para emplazar al demandado del cual se ignora su paradero, y que es a través de edictos.

Las consecuencias derivadas del divorcio por invocación de la fracción XVIII del artículo 267, son las que se estudiarán en el apartado que sigue.

4.- CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA INVOCACION DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En primer lugar, y ya lo hemos dicho, en este supuesto no habrá ni cónyuge culpable ni cónyuge inocente, en este orden de ideas, si el matrimonio fue celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, una vez liquidada ésta, cada consorte tendrá pleno dominio sobre los bienes que le correspondan. En el caso de separación de bienes, cada cónyuge conservará lo que le pertenece.

Ahora bien, si las capitulaciones matrimoniales disponen otra cosa, se atenderán a dichas disposiciones.

Por lo que hace a los bienes del cónyuge ausente, se estará a lo dispuesto por el testamento si lo hubiere, y una vez que haya sido decretada la presunción de muerte.

En caso de no existir testamento, se estará a las reglas de sucesión legítima, en cuyo caso, por supuesto, el excónyuge presente quedará excluido de dicha sucesión.

5.- ULTIMA REFLEXION SOBRE LA INEFICACIA DE LA FRACCION X DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Tenemos que hacer hincapié. que el motivo del presente trabajo versa sobre el divorcio, y si en el contenido del mismo hemos tocado otros temas, que si bien es cierto están relacionados con el divorcio, ello no quiere decir que nos hemos apartado del objetivo, lo anterior viene a colación, porque al hablar de la declaración de ausencia y de la presunción de muerte, nos dimos cuenta que el fin primordial de estas dos figuras jurídicas es netamente patrimonial, es decir, ambas figuras buscan la solución del patrimonio del ausente.

Y nuestro tema no versa sobre las cuestiones económicas que del divorcio se desprendan. Aunque, si bien es cierto, la fracción X del artículo 267 incluye como causal del divorcio la declaración de ausencia o la presunción de muerte, en su caso, decimos que es ineficaz dicha causal, por las siguientes razones:

Por lo que hace a la declaración de ausencia como causal de divorcio, su declaración conlleva un término excesivamente largo para el fin que se busca, es decir, la disolución del vínculo matrimonial, cuando para obtener esta sentencia tenemos la fracción XVIII del artículo en estudio.

Hay que ver, como ya lo hemos indicado, que la declaración de ausencia busca fines preponderantemente económicos para dar solución al patrimonio del ausente, su fin mediato no es el divorcio, probablemente, una vez hecha la declaración de ausencia, surja la necesidad en el cónyuge presente de entablar la disolución del vínculo matrimonial que lo unía con el cónyuge ausente, pero esta necesidad es meramente secundaria.

Y en el tema que nos ocupa, el fin mediato es el divorcio, por lo que, si lo que se busca es la disolución del vínculo matrimonial como fin principal, resulta absurdo e ineficaz promover un juicio de declaración de ausencia con todas sus complicaciones como son: tiempo excesivo, gastos exagerados, etc.

Aunque claro, los gastos referentes a un divorcio necesario, cuando la persona está ausente, que es el caso que nos ocupa, probablemente sean los mismos, pero no tiene por que erogarse doblemente.

No olvidemos, e insistimos en ello, que el resultado que se pretende obtener es la disolución del vínculo matrimonial, no es materia de esta tesis los efectos patrimoniales que conllevan uno y otro caso. la esencia de este trabajo es el divorcio y en este orden: de ideas es ineficaz la previa declaración de ausencia.

Por lo que hace a la presunción de muerte, esta también lleva implicaciones con motivo o fin, la solución del patrimonio del presunto muerto.

Son tres los supuestos para demandar la presunción de muerte, la primera requiere la declaración de ausencia, esta no es causal de divorcio. Los otros dos supuestos se enmarcan dentro de una presunción plenamente manifiesta de que la persona de que se trata ha fallecido como consecuencia de un hecho real, trátase de guerra, de naufragio de buque, o de algún siniestro en el cual se sabe a ciencia cierta que la persona de que se trata ha fallecido, resulta pues ilógico que se pretenda que la presunción de muerte sea causal de divorcio, pues si a la persona se le tiene presuntamente muerta, al matrimonio se le debe considerar presuntamente disuelto, tal y como lo indica el artículo 290 del Código Civil que la muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio.

En este caso, proponemos que la presunción de muerte debe dejar de existir como causal de divorcio, y si en cambio subsistir como manera de liquidar el patrimonio del ausente, tal y como si se tratara de la muerte de uno de los conyuges, con todos y cada uno de los presupuestos de derecho que nacen cuando alguno de los cónyuges fenece.

Esto traería como consecuencia, que se disolviera el vínculo del matrimonio, subsistiendo todos los derechos que tiene el cónyuge superstite, sin llegar al extremo del divorcio, de tal suerte que se disuelva el vínculo matrimonial y el cónyuge presente adquiere la calidad de viudo (a), con todos sus derechos.

Viéndolo de este modo, también la presunción de muerte resulta ineficaz para demandar el divorcio necesario pues, repetimos, si hay una presunción de muerte, hay una presunción de que el matrimonio se ha extinguido.

Tendríamos así, que el matrimonio puede acabarse por:

- 1.- Nulidad del mismo
- 2.- Muerte de uno de los cónyuges.
- 3.- Divorcio.
- 4.- Presunción de muerte.

Notese que agregamos la presunción de muerte como un modo de extinguir el matrimonio

Pensamos que el legislador de 1983, al adicionar la fracción XVIII al artículo 267, debió derogar la fracción X del mismo precepto, y tal vez, en un artículo 267 bis, disponer que la presunción de muerte presume la extinción del matrimonio.

Por lo que hace a la declaración de ausencia, ésta simplemente derogarla.

Por todo lo anteriormente asentado, es indiscutible que la fracción X del artículo 267 es ineficaz como causal de divorcio, pues existen otras causales dentro del mismo ordenamiento que traerían el mismo resultado, pero en un tiempo relativamente breve comparado con el requerido para la declaración de ausencia.

CONCLUSIONES

- 1.- En el Derecho Positivo Mexicano, el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer, cuya finalidad es la perpetuación de la especie humana, la ayuda mutua y la convivencia en el hogar conyugal. La voluntad de unirse en matrimonio la sanciona el Estado.
- 2.- Nuestra legislación admite el divorcio vincular, que como su nombre lo indica, disuelve el vínculo matrimonial y con ello todos los derechos y obligaciones derivados del mismo, y su principal efecto es que deja en aptitud de contraer nuevas nupcias a los excónyuges.
- 3.- Asimismo nuestro Código Civil contempla el divorcio no vincular, que consiste únicamente en la separación de cuerpos, subsistiendo todos los derechos y obligaciones nacidas del matrimonio, y, por tanto en él los cónyuges no recuperan su capacidad matrimonial.
- 4.- Nuestro Derecho Positivo Mexicano, dispone de dos formas de disolver el vínculo matrimonial: El voluntario y el necesario. El divorcio voluntario a su vez se divide en administrativo y judicial; el administrativo se da cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos y se casaron bajo separación de bienes o disolvieron su sociedad conyugal; el judicial voluntario tiene lugar cuando no se dan los supuestos anteriores. El Judicial necesario procede cuando se dan cualquiera de las fracciones del artículo 267 del Código Civil en vigor, pudiendo solamente invocarlos el cónyuge que no haya dado causa a el
- 5.- El Código Civil vigente data de 1928, y a pesar de que ha sido considerado como una gran obra legislativa de su época, a través de los años ha sufrido diversas modificaciones en gran parte de el, y por lo que hace al divorcio la más importante fue la publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, en la que se adiciona una última fracción al artículo 267, en virtud de ella cualquiera de los cónyuges puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial si tienen más de dos años separados,

independientemente del motivo que haya originado dicha separación, en ese supuesto no existe cónyuge culpable ni cónyuge inocente

- 6.- Por su parte la fracción X del artículo 267 establece como causal de divorcio, la declaración de ausencia o la presunción de muerte según sea el caso, sin embargo para que proceda el divorcio fundándonos para ello en esta hipótesis, se requiere sentencia de esta declaración de ausencia o de la presunción de muerte, lo que no se logrará sino hasta haber transcurrido por lo menos tres años desde que se hubiere ausentado del lugar de su residencia ordinaria y se ignore el lugar donde se halle el cónyuge, lo anterior, en virtud de los términos y plazos que fija el Código Civil para obtener esta declaración
- 7.- Visto lo anterior, consideramos que si se tiene al alcance la fracción XVIII del artículo 267 para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, no hay necesidad de promover un previo juicio como lo sería el de declaración de ausencia o el de presunción de muerte, pues de así hacerlo, estamos hablando de que para obtener el divorcio requerimos de por lo menos cinco años.
- 8.- La acción a invocar dependería exclusivamente del fin que se persiga; si se pretende el destino del patrimonio del presunto ausente, valga pues la declaración de ausencia; en tanto, si el fin perseguido es la disolución del vínculo matrimonial basta y sobra la invocación de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil.
- 9.- En este orden de ideas, proponemos que nuestra legislación, debe modificarse y contemplar las siguientes maneras de extinguirse el matrimonio
 - 1.- Nulidad del mismo.
 - 2.- Muerte de uno de los cónyuges.
 - 3.- Divorcio
 - 4.- Presunción de muerte

Agregamos la presunción de muerte como forma de extinguir el matrimonio, ya que si se presume a un cónyuge muerto el cónyuge superstite es presunto viudo. Notese que no es como causal de divorcio, sino como una forma de extinguir el matrimonio

- 10.- Así concluimos que el legislador de 1983 al adicionar una nueva fracción al artículo 267 del Código Civil, debió derogar su fracción X; y tal vez, en un artículo 267 bis disponer que la presunción de muerte, presume la extinción del matrimonio

- 11.- Por todo lo anteriormente expuesto, es indiscutible que la fracción X del artículo 267 del Código Civil vigente, es ineficaz como causal de divorcio, pues existen otros supuestos dentro del mismo numeral, como lo es la fracción XVIII que desembocarían en el mismo resultado, es decir el divorcio.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Código Civil del Estado Libre de Oajaca de 1827-1828.
- 2.- Código Civil del Estado de Veracruz Llave de 1868.
- 3.- Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884.
- 4.- Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
- 5.- Bravo Valdés, Beatriz y otro. Derecho Romano, Primer curso de Derecho Romano. pág. 134, Editorial Pax, México. 1978.
- 6.- Bonnacase, La philosophie du Code Napoleón, Rev. Gen. du droit, 1921, pág. 192 y siguientes.
- 7.- Castón Tobeñas. Derecho Civil Español Común y Foral T. I, vol. I, edic. Madrid 1936.
- 8.- Cosío y Cosío, Roberto. Influencia de Francisco Consegnerini sobre el nuevo Código Civil, México MXMXXIX, págs. 15 y 16.

- 9.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM tomo VI, pág. 149, Méx. 1984.
- 10.- De la Cruz Verdejo, José Luis y Francisco de Ases. Sánchez Rebullida, op. cit. Tomo I, pág. 27
- 11.- De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México 1993, pág. 303.
- 12.- El Constitucionalista, periódico oficial de la Federación, Veracruz, Ver., 2 de enero de 1915.
- 13.- Gasparri. *Tratatus Canonicus del Matrimonio*, Vol. I, París 1892.
- 14.- Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General, Personas, Familias. Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1993, pág. 582.
- 15.- Información producida por la señora Laura, Mantecón de González ante Tercera Sala de Tribunal Superior en el Juicio de Divorcio que se sigue contra su esposo el señor General Don Manuel González, México, 1886, tipografía de J. Reyes Velasco.

- 16.- Koheler, J. El Derecho de los Aztecas. traducción del Aleman por el Licenciado Carlos Rovalo y Fernández, Prólogo del Licenciado Miguel S. Macedo; Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México, 1924, pág. 45.
- 17.- La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Editorial, José María Cajica Jr. Puebla, México, 1945, pág. 108.
- 18.- Leyes de Netzahualcóyotl, núm. 17 en la Traducción de Koheler citado por Lucio Mendieta y Nuñez, el Derecho Procesal. septa Edición, México 1992, pág. 101.
- 19.- Macedo, Pablo. La Evolución del Derecho Civil. Evolución del Derecho Mexicano (1912-1942). Publicaciones de la escuela Libre de Derecho, Tomo II, Editorial Jus, México, 1943, pág. 84.
- 20.- Montesquiu, Lettres persanes (L. 117); cons. voltaire, Dict. philos. V. Adultere.
- 21.- Oliviere Martín, La crise Du mariage dans le legislation intermediose, Tesis, París, 1901; Cruppi, le divorcie sous la Revolución, Tesis, 1910; Hayem, Poléquimes de Presse sur L' Institution du Divorce (año IX a XII), 1910.
- 22.- Ortiz Urquide, Raúl. Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana. Editorial Porrúa, S.A. México 1974, pág. 9

- 23.- Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, pág. 36. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición, Méx. 1968
- 24.- Petisco, José Miguel, sagrada Biblia, pág. 5, editorial Alfredo Oriells, Undécuna Edición, Valencia, España.
- 25.- Pothier, Ibid., Nú., 525.
- 26.- Pallares, Jacinto. Curso Completo de Derecho Mexicano, Tomo II, pág. 568.
- 27.- Pallares, Eduardo. Ley Sobre Relaciones Familiares comentada y acordada en el Código Civil siguiente y leyes extranjeras, segunda edición, librería Bouret, París. México, 1923. págs. 23 a 25.
- 28.- Pallares, Eduardo. El Divorcio en México, Editorial Porrúa, Sexta Edición. México 1991. pág. 35.
- 29.- Reinoso Cervantes, Dr. Luis. El Matrimonio como Institución, pág. 1, Publicaciones D. V. C. in ALTUM, México, 1959.
- 30.- Rogina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Editorial Porrúa. México, 1979, pág. 492.

- 31.- Sánchez Medal Ramón. Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México, Editorial Porrúa, México. 1979.
- 32.- Sánchez Medal Ramón, El Divorcio Opcional, México 1974, pág. 19 a 29.
- 33.- Tesis. 1910. Hayem, Palémiques de Presse sus L' institution deu Divorce (año IX a XI), 1910.
- 34.- V. E. Matus, El Divorcio y la Nueva Ley Sobre Relaciones Familiares, El Foro, 1ª. Epoca, Tomo II, núm. 25 México, julio de 1919, págs. 7 a 9.