

581
26j



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**EL DIVORCIO POR LA SEPARACION
CONYUGAL DURANTE MAS DE
DOS AÑOS**



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JESUS MIRANDA CHAVEZ

ASESOR DE TESIS: LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA

FALLA DE ORIGEN



MEXICO, D. F.

1995

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Cd. Universitaria, D.F., a 2 de junio de 1995

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

El alumno JESUS MIRANDA CHAVEZ, pasante de la carrera de Licenciado en Derecho, ha estado inscrito en este Seminario a mi cargo, a fin de elaborar la tesis profesional intitulada "EL DIVORCIO POR LA SEPARACION CONYUGAL DURANTE MAS DE DOS AÑOS"

Después de haber leído el trabajo recepcional aludido, estimo que satisface los requisitos que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado Aplicable, por lo que considero que puede ser imprimido para su ulterior sometimiento a sínodo en el examen profesional correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

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



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL


LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA

JBf/sci

A LA MEMORIA DE MI PADRE EL SEÑOR JESUS MIRANDA ESQUIVEL:

A MI MADRE LA SEÑORA CATALINA CHAVEZ VDA. DE MIRANDA:

**DEDICO LA PRESENTE TESIS PROFESIONAL, CON PROFUNDO CARIÑO
Y GRATITUD A MIS QUERIDOS PADRES POR SU INFINITO AMOR,
COMPRINSON Y EJEMPLO, HAN SIDO GUIA DE MI VIDA, Y A QUIENES DEBO
CUANTO SOY, COMO RECONOCIMIENTO A TODOS SUS ESFUERZOS.**

A MI ESPOSA LETICIA ANAYA DE MIRANDA:

**POR LOS MOMENTOS DE AMOR Y FELICIDAD QUE HINOS VIVIDO
DENTRO DE NUESTRO MATRIMONIO Y POR LA CONFIANZA Y APOYO QUE ME
BRINDO PARA LA ELABORACION DE ESTE TRABAJO.**

A MIS HIJAS ANNAID Y DANIELA:

POR QUE SU EXISTENCIA PROVOCA MI FELICIDAD.

A MIS HERMANOS:

**MARIA CRISTINA,
EPREN.
MARIA TERESA Y
JOSE ANTONIO:**

CON EL CARINO FRATERNAL QUE NOS UNE.

A MI DIRECTOR DE TESIS EL LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA

**COMO UN SINCERO TESTIMONIO DE GRATITUD POR LA VALIOSA AYUDA Y
ORIENTACION QUE ME BRINDO, DURANTE LA ELABORACION DE ESTE TRABAJO.**

AL LIC. GABRIEL MORENO SANCHEZ.

EN AGRADECIMIENTO AL APOYO QUE ME BRINDO.

**A LOS LIC. VICTOR MANUEL GIORGANA LOPEZ DE RIVERA Y
VICTOR MANUEL GIORGANA FRUTOS:**

**POR LOS CONSEJOS Y APOYO QUE ME HAN BRINDADO EN MI PRACTICA
FORENSE.**

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

A MIS MAESTROS.

A MIS SINODALES.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS.

INDICE

**EL DIVORCIO POR LA SEPARACION CONYUGAL
DURANTE MAS DE DOS AÑOS.**

I N D I C E

PAG.

INTRODUCCION:

CAPITULO I :

1

1.- La separación conyugal durante más de dos años como causal de divorcio.

1.1.- El Código Civil vigente y la fracción XVIII del artículo 267.

8

1.2.- La Doctrina y la fracción XVIII del artículo 267

10

1.3.- La Jurisprudencia y la fracción XVIII del artículo 267

17

1.4.- Los Usos Sociales y la fracción XVIII del artículo 267

24

CAPITULO II :

30

2.- Teleología de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil.

2.1.- La exposición de motivos del Decreto que adicionó el artículo 267 con la fracción XVIII del Código Civil Vigente

39

2.2.- Opiniones Doctrinales relativas a la teleología de la fracción XVIII del artículo 267 de Código Civil Vigente.

52

2.3.- Los fines del derecho familiar y la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente.

56

CAPITULO III :

63

3.- Precisiones sobre las consecuencias del divorcio declarado con fundamento en la actualización de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente.

3.1.- La aplicación de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente y la necesidad de los alimentos.

70

3.2.- La aplicación de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente y la Patria Potestad.

79

3.3.- La aplicación de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente y el patrimonio familiar.

87

CAPITULO IV :	94
4.- Propositiones del sustentante para la consecuencia que se origina en la aplicación de la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente.	
4.1.- Lagunas legales en el Código Civil Vigente respecto a la fracción XVIII del artículo 267.	98
4.2.- Imprecisiones de la jurisprudencia respecto a la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente.	102
4.3.- Multitud de consecuencias jurídicas, familiares, sociales y económicas respecto a la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil Vigente.	107
Conclusiones.	115
Bibliografía	117
Legislación Consultada	118
Oficinas Públicas Visitadas	118

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

El objetivo del presente trabajo de tesis, es principalmente ofrecer un planteamiento sobre la importancia que tiene la familia frente al divorcio, a efecto de que la primera no pierda paulatinamente su importancia pues esta es la base de la sociedad.

Por ello, realizo un análisis de los motivos que tuvo el legislador para adicionar la causal XVIII al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, la cual a su letra dice "La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual será invocada por cualquiera de ellos".

Dentro del presente trabajo analizaré los objetivos que el legislador trato de dar a la presente causal que esta vigente desde mil novecientos ochenta y cuatro, y que según el legislador con ella mejoraría, la preservación del núcleo familiar; así mismo pretendía la igualdad entre los cónyuges, la protección a los hijos y a las relaciones familiares.

A diez años de vigencia de la causal XVIII, la cual es motivo del presente trabajo, se ha observado que el objetivo que el legislador pretendió darle a dicha causal no se ha cumplido; por lo contrario, la adición de dicha causal al artículo 267 del Código Civil ha fomentado más divorcios y con ello ha provocado la desintegración de los vínculos familiares, poniendo en riesgo a la familia siendo que es la célula social.

Si el objeto del Derecho es regular la vida del hombre en sociedad, debe fundarse en la naturaleza, es decir, en la ciencia de la vida individual y colectiva; luego entonces la importancia del derecho y muy especialmente del Derecho de Familia, debe considerarse con mayor cuidado, toda vez de que su origen trata de lo más íntimo del ser humano, sus relaciones conyugales y familiares,

toca valores éticos, morales y jurídicos todos en combinación, porque no se pueden excluir unos ni otros, debiéndose buscar su armonía.

Pero en virtud de que la causal en estudio, no cumple debidamente con los objetivos de la naturaleza del Derecho Familiar, además de que tiene múltiples deficiencias y contraviene varios principios jurídicos, la consideró ineficaz totalmente y su vigencia puede traer graves consecuencias sociales si continúa en vigor, aunque no se perciban aun, a la larga se verán sus resultados negativos en la sociedad.

Se debe reglamentar el divorcio, no para facilitar las disoluciones matrimoniales, sino para conceder los instrumentos de solución a situaciones irremediables de inestabilidad matrimonial, las cuales es necesario atender.

La historia marca que los pueblos mas fuertes eran aquéllos en los que la familia estaba sólidamente constituida, en consecuencia, se debe tratar de crear leyes que fortalezcan a la familia y no que tiendan a destruirla.

CAPITULO I

I).- LA SEPARACION CONYUGAL DURANTE MAS DE DOS AÑOS COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges, que deja en aptitud de contraer otro. Nuestro ordenamiento jurídico permite la disolución del vínculo matrimonial, sobre la base de que muchas veces las consecuencias para la familia, serían peores si prevaleciera el matrimonio; se puede decir que se permite como un mal necesario. Al respecto los doctrinarios señalan:

La palabra matrimonio proviene del latín "matrimonium", la cual deriva a su vez de las voces matriz y munium, que significan carga, gravamen y cuidado de la madre.

"Según Escriche es la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se une en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte.

"Para Ahrens es la unión formada entre dos personas de sexo diferente a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física y de todas las relaciones que son su consecuencia."⁽¹⁾

A fines de la época clásica del Derecho Romano, Modestino nos da la siguiente definición de matrimonio:

⁽¹⁾ De Ibarrola, Antonio, "Derecho de familia", Editorial Porrúa, 3ra. Edición, México 1984, pág. 111.

"Conjunctio maris et femine, consortium omnis vite, divine et humani juris communicatio"⁽²⁾, es decir:

Unión del hombre y la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos.

El matrimonio lo define nuestra Legislación Civil como un contrato, celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal o separación de bienes.

Así el maestro José Puig Brutau, identificó a la sociedad conyugal, "como una masa común de bienes con la totalidad o como parte de los de uno y otros cónyuges, para atender con sus rentas a los gastos de la familia, los tipos más importantes"⁽³⁾

En la separación de bienes, cada cónyuge conserva la propiedad y la administración de los bienes que tenía al contraer el matrimonio, y si la separación es total como sucede normalmente, también de los productos de esos bienes y durante los que se adquirieran en el matrimonio, por lo tanto los consortes pueden disponer de sus respectivos bienes sin necesidad de tener autorización de su cónyuge, para poder tener derecho o utilizar ese bien.

El matrimonio, sin importar cuál es su régimen, puede darse por terminado por medio de la figura jurídica del divorcio, según establece el maestro Antonio de Ibarrola, al señalar: "La disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía respecto a ellos o respecto a terceros".⁽⁴⁾

En nuestra legislación encontramos tres tipos de divorcio:

-
- (2) Petit Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Porrúa, 8a. Edición, México 1991, pág. 109 .
(3) Puig Brutau, José, "Compendio de Derecho Civil", Volumen IV, Editorial Bosch, S.E. México 1980, pág. 72 .
(4) De Ibarrola, Antonio, Op. Cit., pág. 151 .

El Administrativo ;

El Voluntario, y

El Necesario

Divorcio Voluntario de tipo Administrativo.- Este tipo de divorcio, al igual que el divorcio voluntario de tipo judicial, tiene como requisito sine qua non el consentimiento de los consortes y al respecto el maestro Rafael Rojina señala:

"La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades, que menciona el artículo 272, que transcribiré después, los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyecto del Código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución, lo es también el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario, será de interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruentes con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial". (5)

Este tipo de divorcio es el más rápido y más sencillo que nuestra legislación establece, tratando con esto de hacer una descarga en el trabajo de los juzgados familiares, los cuales

(5) Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de derecho Civil", T. I, Editorial Porrúa, S.E. México 1989, pág. 361 .

El Administrativo ;

El Voluntario, y

El Necesario

Divorcio Voluntario de tipo Administrativo.- Este tipo de divorcio, al igual que el divorcio voluntario de tipo judicial, tiene como requisito sine qua non el consentimiento de los consortes y al respecto el maestro Rafael Rojina señala:

"La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita en forma indebida la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, ya que llenándose ciertas formalidades, que menciona el artículo 272, que transcribiré después, los consortes pueden acudir ante el Oficial del Registro Civil para que se levante un acta que dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyecto del Código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que es de interés general y social al que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución, lo es también el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario, será de interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruentes con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial". (5)

Este tipo de divorcio es el más rápido y más sencillo que nuestra legislación establece, tratando con esto de hacer una descarga en el trabajo de los juzgados familiares, los cuales

(5) Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de derecho Civil", T. I, Editorial Porrúa, S.E. México 1989, pág. 361.

se encuentran con trabajo excesivo. Sin embargo, me permito discrepar de la opinión del maestro Rojina Villegas, toda vez que considero que es más nocivo para la misma sociedad, tener parejas que viven continuamente en circunstancias de confrontamiento, creando situaciones de conflicto, creando personas con problemas, los cuales reflejan en su trabajo, con las personas que los rodean, siendo más perjudicial mantener el matrimonio, y por la rapidez con que se obtiene el divorcio, consideramos una acertada decisión del legislador el haber instituido el divorcio denominado voluntario de tipo administrativo.

Divorcio Voluntario .- Este tipo de divorcio es similar al anterior, pero se realiza ante la presencia judicial y no ante el Juez del Registro Civil; en ambos es requisito indispensable que exista la voluntad de los cónyuges. Para poderlo realizar, se exige lógicamente mayores formalidades, porque en ocasiones existen hijos o sociedad conyugal los que son motivo de tutela legal y corresponde al Juez Familiar y al Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado, velar por los intereses familiares, y a efecto de que quede salvaguardada la subsistencia por medio de una pensión alimenticia que en cada caso y en vista de las necesidades del acreedor y las posibilidades del obligado alimentario, el Juez la determinará, siendo esto el principal motivo del divorcio voluntario de tipo judicial.

El fundamento jurídico de este tipo de divorcio lo encontramos plasmado en la parte final del artículo 272 del Código Civil.

El procedimiento de divorcio en comento se inicia presentando una solicitud ante el Juez de lo Familiar, conteniendo la voluntad de los consortes de dar por terminado el matrimonio, y debe acompañarse además el convenio a que se refiere el artículo 273 antes transcrito ; si el régimen del matrimonio fue el de sociedad conyugal, admitido a trámite el divorcio se señalará una fecha para que tenga verificativo la primera junta de avenencia, previa vista al C. Agente del Ministerio Público, junta en la cual se exhortará a los cónyuges para que desistan de su intención de divorciarse en atención al daño que se pueda provocar

a los menores con la separación y además de que al ser la familia la célula de la sociedad, su disolución la daña; si los cónyuges insistieran en su deseo de divorciarse, el Juez señalará una segunda junta de avenencia que deberá efectuarse entre los ocho y quince días siguientes, en la cual se volverá a exhortar a los cónyuges para que se reconcilien, que de no ser posible y si en el convenio quedaran garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, oyendo el parecer del Agente del Ministerio Público, el Juez dictará sentencia decretando la disolución del vínculo matrimonial.

Divorcio Necesario.- Es la terminación de las diferentes relaciones contraídas en el contrato de matrimonio entre los cónyuges, no así en el caso de existir hijos, con relación a ellos. ⁽⁶⁾

Este divorcio se puede demandar por cualquiera de las causales contempladas en el artículo 267, de nuestro Código Civil, el cual establece:

"Son causas de divorcio :

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

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

"III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo 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;

⁽⁶⁾ Cfr., Sánchez Medal Ramón, "Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México". Editorial Porrúa, S.E. México 1979, pág.115

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

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

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

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

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

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

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

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

"XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos

tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

"XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por el 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 bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de personas extrañas, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

"XVII.- El mutuo consentimiento..."

La fracción XVIII no la he incluido en virtud de que es tema del primer inciso del presente capítulo, la cual analizaré a continuación, no sin antes señalar que el legislador ha considerado que alguna de las anteriores conductas por parte de cualquiera de los cónyuges deja en aptitud al otro cónyuga de demandar la disolución del vínculo matrimonial, es decir el divorcio, para lo cual deberá de iniciar el procedimiento respectivo ante el órgano jurisdiccional.

1.1.)- EL CODIGO CIVIL VIGENTE Y LA FRACCION XVIII DEL ARTÍCULO 267 .

Nuestro Código Civil vigente publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928, en vigor a partir del 1o. de octubre de 1932 , según decreto publicado en el mismo Diario el día 1o. de septiembre de 1932, regula como causal de divorcio lo establecido por el artículo 267 fracción XVIII.

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

Esta disposición tan empleada por lo litigantes es un precepto legal con infinidad de lagunas, en virtud de que rompe con todas las reglas establecidas para los divorciantes, es decir, no existe un cónyuge culpable ante esta causal, lo que evidentemente trae consigo numerosas consecuencias.

El juicio se inicia con la presentación de la demanda, motivada en la existencia de alguna de las causas señaladas con anterioridad, describiendo en forma circunstanciada los hechos que dieron origen a la causal, para que una vez admitida la demanda, se ordene el emplazamiento del demandado y este proceda a contestar refiriéndose a los hechos que se le imputan y en donde se motiva la causal de divorcio.

Formulada la contestación de demanda, se cita a las partes a la audiencia previa y de conciliación, en la cual se depura y se propone a las partes alternativas de solución al conflicto que se somete a consideración del juzgador, que es el divorcio, según lo prevenido por el artículo 272- A del Código de Procedimientos Civiles.

De no existir arreglo conciliatorio alguno, se abrirá el juicio a prueba, concediendo a las partes el término de diez días para que las ofrezcan, de acuerdo a lo previsto por el artículo 290 del ordenamiento anteriormente señalado.

Concluido el término de ofrecimiento de pruebas, el Juez dictará el auto admisorio de pruebas, en el que ordenará la recepción de aquellas que se encuentren relacionadas con los puntos controvertidos y desechando las que no tuvieran relación con la litis. En el mismo auto debe señalarse día y hora para que tenga lugar la audiencia de desahogo de pruebas y alegatos en el juicio, y desahogadas las pruebas y alegatos, deberá dictarse la sentencia definitiva, misma que de resultar procedente la reclamación ejercitada, debe establecer la disolución del matrimonio y la terminación a sociedad conyugal.

Dentro del procedimiento cualquier cónyuge podrá invocar la causal en comento, para lo cual bastará con acreditar la separación de los cónyuges por más de dos años, esto generalmente se realiza por medio de la prueba testimonial.

Al respecto Goldschmidt dice : "Testigo es toda persona distinta de las partes y de sus representantes legales, que depone sobre sus percepciones sensoriales concretas, relativas a hechos y circunstancias pretéritas". (7)

Testigo.- "Es testigo en derecho procesal la persona que sin ser parte en el proceso, emite declaraciones sobre datos que no había adquirido para el declarante, en el momento de su observación, con la finalidad, común a toda prueba, de provocar la convicción judicial en un determinado sentido". (8)

(7) Citado por Pallares, Eduardo: "Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, 12a. Edición, México 1986, pág. 686 .

(8) Casso y Romero, Eduardo, "Diccionario de Derecho Privado" Editorial Labor, S.E. Barcelona España 1970, pág. 70 .

"La prueba de testigos consiste en la declaración presentada por terceros que no son partes en el juicio, pero que han percibido por sí mismos el hecho sobre el cual declaran o sea que lo hayan visto testigos oculares o que lo hayan oído testigos auriculares. Aunque esta prueba es de gran importancia y constituye a veces el único elemento con que se puede acreditar ante el juez la verdad de un hecho, tiene muchos inconvenientes porque los testigos pueden declarar contrariamente a la verdad voluntaria o involuntariamente" (9)

1.2).- LA DOCTRINA Y LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267.

En principio debo mencionar que no se encuentran antecedentes de la causal que se estudia en los códigos civiles de 1870 y 1884, al igual que en la Ley sobre Relaciones Familiares. Básicamente los antecedentes los encontramos en los códigos civiles de los Estados de Sonora y Zacatecas, en los que se establece como causal de divorcio 'La separación del hogar conyugal por desavenencia entre los cónyuges, si se prolonga por más de un año; en este caso cualquiera de ellos puede pedir el divorcio' (arts. 357 Fc. IX y 425 Fc. VIII, respectivamente).

El motivo de ello, es que dicha causal fue agregada a nuestro Código Civil para el Distrito Federal el día 27 de diciembre de 1983, entrando en vigor a los 90 días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Es importante hacer notar que varios juristas han hecho diferentes críticas respecto a la causal que se estudia, lo que ha provocado como es común, la inquietud en los tratadistas para efectuar un estudio detallado de las consecuencias y beneficios que dicha causal origina; para ello citaré únicamente dos de ellos, no por ser los únicos, si por que considero que con el estudio de ambos realizan, claramente nos podemos dar cuenta esencialmente

(9) Añalón, Enrique, "Introducción al Derecho", Editorial Porrúa, 6a. Edición, México 1960, pág. 730.

de los puntos positivos y negativos que la multicitada causal tiene. En principio cito a la Dra. Sara Montero Duhalt, quien califica a la causal en estudio de peligrosa y al respecto nos dice que al momento de dictarse la sentencia definitiva de divorcio que se encuentre fundado en la causal en estudio existe "la particularidad de que no habrá calificación de cónyuge inocente ni culpable; no se tendrá tampoco derecho a alimentos. De allí que hemos calificado a esta fracción de sumamente peligrosa, pues desprotege fundamentalmente a la mujer que ha dedicado sus años de matrimonio a los trabajos del hogar. La cónyuge que ha desempeñado algunos o muchos años de su vida en las labores antes mencionadas- tareas no remuneradas-, puede sufrir esta clase de divorcio por parte del marido que simplemente se separe de hecho del domicilio conyugal. Si durante la separación por más de dos años el marido ha pasado o no pensión alimenticia al grupo familiar, o al cumplirse ese período, podrá pedir divorcio basado en la causal XVIII y en la sentencia no se le podrá obligar a pasar alimentos a su esposa que no tenga ingresos suficientes por no estar preparada para el trabajo fuera de casa, pues su actividad anterior fue exclusiva dentro del hogar durante el tiempo que duró el matrimonio.

"Se podrán objetar los anteriores argumentos en el sentido de que (la esposa o el esposo en su caso) tienen a su alcance las causales de abandono injustificado del hogar conyugal" (art. 267 Fc.VIII) para demandar divorcio a su cónyuge abandonado y así obtener la calidad de cónyuge inocente y el correspondiente derecho a alimentos; sin embargo, la mayor parte de nuestra población desconoce sus derechos, o deja pasar el tiempo esperando la vuelta del cónyuge "descarriado"; o sus sentimientos religiosos le impiden divorciarse, o tantas y tantas cuestiones que pueden darse y que se darán en nuestra realidad si la norma que comentamos no se adiciona con el derecho a alimentos que tendrá, a juicio del juez, el cónyuge que los necesite en razón del divorcio obtenido por la causal de separación de hecho que dure más de dos años.

"La ley en general, pero muy especialmente el derecho de familia, debe establecer con sentido profundamente humano la protección de los miembros del grupo familiar que se encuentran más vulnerables a sufrir una situación de desventaja y de injusticia: Los menores de edad, las mujeres dedicadas a los trabajos del hogar, los incapacitados, los enfermos, los ancianos, etc." ⁽¹⁰⁾

La primera consecuencia que contempla la Dra. Sara Montero Duhalt es la de los alimentos entre consortes y para los hijos; al respecto la ley claramente ordena en qué casos y condiciones se debe cubrir esta prestación, cuando hablamos de un divorcio necesario o un voluntario, pues en ambos casos como ya lo dije, existe disposición expresa, sin embargo, en la causal que se estudia no se puede decir lo mismo, ya que el procedimiento no se ajusta al del divorcio voluntario, pero sí al procedimiento de divorcio necesario, con la salvedad de que en esta causal no existe cónyuge culpable ni inocente, y es precisamente lo que provoca una laguna, (pues como lo cuestiona la Dra. Sara Montero Duhalt), qué sucede si uno de los cónyuges al decretarse el divorcio fundado en la causal que se estudia, no tiene la capacidad física para cubrir sus necesidades alimentarias? ; o bien, qué sucede con los hijos menores de edad o declarados en estado de incapacidad? ; los legisladores no tomaron en consideración este problema.

Dada la importancia que tiene dicha omisión, he considerado necesario dedicar un apartado dentro del presente trabajo de tesis; para el estudio de dicha omisión, en el cual se tratarán de estudiar a fondo las consecuencias y proponer algunas soluciones al respecto.

Otro de los tratadistas que han estudiado dicha causal es el jurista Manuel F. Chávez Asencio, el cual realiza su sentido preguntándose si realmente se evita la destrucción o la desestabilización del matrimonio con esta causal. Lo detalla de la siguiente manera:

⁽¹⁰⁾ Montero Duhalt, Sara. "**Derecho de Familia**", Editorial Porrúa, 1ra. Edición, México 1984, págs. 237 y 238.

"Repudio. En nuestro Derecho con esta causal se establece el divorcio unilateral al permitir que cualquiera de los cónyuges, "independientemente del motivo", demande el divorcio al haber transcurrido más de dos años de la separación, no obstante que el otro consorte no desee el divorcio. Prácticamente se legaliza el repudio, con grave peligro para la integración conyugal y familiar. Fácilmente, sólo por el transcurso del tiempo, puede unilateralmente terminarse el matrimonio. Son impredecibles las graves consecuencias que pueden acarrear. Si el divorcio por mutuo consentimiento es de suyo grave, cómo pretender proteger al matrimonio y a la familia, si basta el deseo de uno de los consortes para extinguir el matrimonio"(11).

Atendiendo el criterio que aporta el maestro Manuel Chávez Asencio en el párrafo que antecede, se puede decir que, la causal XVIII que fue incrementada al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, trae considerables consecuencias, pues ésta legaliza el repudio, lo que provoca un grave peligro para la integración conyugal y familiar; la aplicación de ésta causal rompe el principio general de la validez de los contratos, es decir, si el matrimonio es considerado un contrato, como tal se le debe de respetar, esto es con fundamento en el artículo 1797 del ordenamiento anteriormente invocado, el cual a su letra dice:

"Artículo 1797 .- La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Obedeciendo el texto del numeral anteriormente transcrito, se puede decir que el contrato por naturaleza, en un acuerdo de voluntades entre dos o más personas que tiene como finalidad un intercambio de intereses recíprocos, y su validez y su cumplimiento no

(11) Chávez Asencio, Manuel F. "La familia en el Derecho", Editorial Porrúa 2a. Edición, México, 1990. pag. 524

pueden dejarse únicamente al arbitrio de una de las partes, teniendo como consecuencia si esto sucediera, la violación del principio de paridad, que constituye su esencia. La fuerza obligatoria del contrato, requiere esencialmente de ese acuerdo de voluntades sobre un objeto lícito y posible.

Ahora bien, el contrato de matrimonio reviste cierta solemnidad, de tal forma que para celebrarlo es necesario cumplir con sus formalidades que establece la propia ley, luego entonces, para su disolución se requieren de igual forma el cumplimiento de ciertos requisitos; como dice el doctrinario que se comenta: "si el matrimonio se celebra ante el Juez del Registro Civil, de igual forma para su disolución se debe de hacer ante el Juez de lo Familiar", es decir, que para que pueda ser decretada la disolución del vínculo matrimonial, es necesario que un Juez conozca del asunto para que sea éste el que se encargue de proteger los derechos que pueden existir sobre los integrantes de la familia llámense cónyuge inocente o hijos.

En base a lo que ha quedado señalado en líneas anteriores, se dice que la causal XVIII contenida en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, rompe el principio general de validez de los contratos, esto es en base a que, el cónyuge que invoca esta causal, puede ser el mismo que originó el distanciamiento.

"Actuación judicial. Esta extraña causal deja al juez en mero papel de cronometrista. Debe sólo comprobar el transcurso de más de dos años desde la separación, para que necesariamente, independientemente de que se acredite culpa o no, que exista justificación o no en la separación, que exista una familia que se destruye, deba decretar el divorcio, aún cuando de los hechos o elementos de juicio que se le aportaron se deduzca la necesaria protección del matrimonio.

"Puede darse el caso de que uno de los consortes esté luchando por la continuidad del matrimonio, no sólo en beneficio propio, sino también en protección y ayuda de los hijos. Basta que el otro, que puede ser el culpable, se separe, para que este mismo pueda unilateralmente destruir la familia, sin que el juez o autoridad alguna pueda acudir en auxilio de quien busca la permanencia de la institución, que es la base y fundamento de una sociedad bien integrada".⁽¹²⁾

La finalidad del legislador al crear esta causal fue pensando en evitar la desintegración del matrimonio y regularizar la situación que guardaban varios matrimonios al encontrarse separados por más de dos años, tiempo que exige esta causal; pero realmente el cometido de la causal XVIII, es todo lo contrario. Pues si realmente la finalidad del legislador fue proteger el matrimonio, debió ser muy cuidadoso en la redacción del texto de la causal que se estudia, pues por su simple lectura se puede dar cuenta uno que la misma facilita el camino hacia el divorcio, pues no exige que se cumpla otra cosa más que la separación de los cónyuges por más de dos años.

Este requisito puede ser provocado por uno de los cónyuges, ya que éste puede separarse de su pareja por el tiempo que ordena la causal, amén de que el cónyuge "abandonado" no desee el divorcio, bien sea por aspectos sociales, económicos o morales. Pero qué sucede durante el tiempo que la pareja se encuentra separada en cuanto a los hijos, o en cuanto a sus bienes y principalmente en cuanto a los alimentos?

Dada la importancia que tiene esta interrogante he considerado necesario dedicar un apartado en el presente trabajo de tesis para tratar de dar alguna solución al respecto.

"Rompe el principio de limitación de causa. La frase 'independientemente del motivo', no puede interpretarse en el sentido que en esta causal quepan, o puedan hacerse valer,

(12) Chávez Asencio, Manuel F. Op Cit. Pág. 525.

situaciones conyugales o familiares previstas en las otras causales; es decir, si alguno de los consortes se coloca dentro de una causal prevista en el artículo 267, sólo por esa causal puede demandarse el divorcio, sin ser posible que por analogía o mayoría de razón se pueda tener como comprendida o resumida en esta fracción que se comenta. No puede ser una síntesis de todas las causales. Si se invoca la causal que prevé la situación de hecho generada por el cónyuge culpable, no podrá invocarse la que se estudia, porque es de estricta aplicación cada una. Cómo entender la estricta aplicación de esta causal? En primer término, que sólo puede invocarla un cónyuge no culpable; no se establece en beneficio de los culpables para destrozar matrimonios. La acción de divorcio se da al consorte inocente, respetando el principio jurídico de que el culpable no puede generar la disolución del matrimonio. En segundo término, será para solucionar situaciones de indefinición: Están o no casados? En tercer lugar, nunca un cónyuge culpable debe intentar esta causal; debe ser suficiente para que no prospere, que el demandado señale que el actor se encuentra, o se encontraba, dentro de uno de los supuestos previstos en las otras causales de divorcio".⁽¹³⁾

La causal XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, rompe la técnica jurídica, en cuanto a que el divorcio únicamente puede ser demandado por el cónyuge inocente, como lo ordena el artículo 278 del mismo ordenamiento el cual a su letra dice:

"Artículo 278.- El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a sus noticia los hechos en que se funde la demanda"

Nuevamente nos encontramos en otra consecuencia que trae la simple redacción de dicha causal, pues, cómo es posible que el propio cónyuge "culpable" pueda invocar esta

(13) Chávez Asencio, Manuel F. Op Cit. Pág. 526

causal, si el legislador le da esa oportunidad, le está dando la alternativa de que incurra en el incumplimiento de sus obligaciones inherentes al matrimonio y aún más le está dando todas las facilidades para llevar a cabo la disolución de su vínculo matrimonial.

"Contra la permanencia del matrimonio. Esta causal viola el principio consagrado en la Constitución de promoción y protección a la familia y al matrimonio. El artículo 4 después de hablar de la igualdad ante la ley del varón y la mujer, señala que 'ésta (la ley) protegerá la organización y el desarrollo de la familia'. Aquí se encuentra una nota característica de la legislación familiar. Además de ser reguladora de las relaciones conyugales y familiares, corresponde al Estado y a la ley proteger y desarrollar a la familia, y, consecuentemente, al matrimonio, lo que implica la existencia de normas protectoras y promotoras dentro del Derecho de familia". (14)

La finalidad del legislador al momento de crear dicha causal fue con el objeto de regularizar algunos matrimonios que se encontraban separados por más de dos años, o más tiempo, así mismo fue con el fin de proteger los intereses de la familia y a los integrantes de esta, y tal parece que con dicha causal fue todo lo contrario, pues ni regularizó dichos matrimonios, ni salvaguardó los intereses de la familia.

1.3.- LA JURISPRUDENCIA Y LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencias firmes al respecto, las cuales transcribiré a continuación. Cabe hacer mención que la fuente material del conocimiento fue, en este caso el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México:

(14) Chávez Asencio, Manuel F. Op Cit. Pág. 526

"DIVORCIO. APLICACION RETROACTIVA DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.- Si dentro de los dos años de separación de los cónyuges, a que se refiere la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, se incluye algún tiempo anterior a la fecha en que entró en vigor la citada norma jurídica, existe una aplicación retroactiva de dicha disposición, en perjuicio del cónyuge demandado, al afectar su estado jurídico matrimonial y los derechos y prerrogativas legales que conciernen al mismo, en contravención a la garantía de irretroactividad de la Ley consagrada en el artículo 14 constitucional, pues aunque existen diferencias de consideración entre las diversas teorías existentes sobre el tema, se puede estimar que, utilizando diferentes caminos y conceptos, la generalidad de ellas coinciden en que cuando los efectos jurídicos de una Ley no comprendidos en la anterior, se atribuyen a hechos ocurridos bajo la vigencia de esta última, se da la retroactividad, situación que ocurre en el supuesto planteado, porque el Código Civil indicado no contempla como causal de divorcio anteriormente la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente de la causa que le diera origen, de manera que la que entonces existió en esas condiciones entre los miembros de algunos matrimonios no puede generar un motivo suficiente para disolver el vínculo matrimonial, y si se le da ese efecto jurídico se está aplicando la nueva Ley a situaciones ocurridas con anterioridad, obrando sobre el pasado.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO EN MATERIA CIVIL.

Amparo directo 335/85.- María Gómez Rocha.- 14 de marzo de 1986.- Unanimidad de votos.- Ponente" Efraín Ochoa Ochoa.- Secretario: Pablo Galván Velázquez.

Sostiene la misma tesis:

Amparo directo 321/85.- María Clara Zurita Galván de Cortés Camarillo.- 20 de marzo de 1986.- Unanimidad de Votos.- Ponente: Leonel Castillo González.- Secretario: José Juan Bracamontes Cuevas.

Amparo directo 59/88.- María de la Cruz Lourdes Samaniego de Cícero.- 28 de enero de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: Leonel Castillo González.- Secretario: José Juan Bracamontes Cuevas.

PRECEDENTES: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 8a. EPOCA,
TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO, ENERO-JUNIO DE 1988, 2a. PARTE 1

"DIVORCIO. ELEMENTOS DE LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS.- La fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal establece como causal de divorcio necesario '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 (sic) de ellos'. Después de haberse hecho un estudio profundo del contenido de esta norma, en el que se tomaron en cuenta una fuente inmediata, las acusas reales que la originaron y los fines perseguidos, este Tribunal considera que, la causal de divorcio que contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casadas sólo mantiene el vínculo jurídico formal, el que en realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentran en esta situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo en esta causal, deben reunirse los dos siguientes elementos; a) que la separación se dé en el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como puede ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de hijos, la perpetuidad de la especie; etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquier índole que así lo revelen; b) que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapsos de la

separación, ya sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, la tramitación en forma voluntaria por vía correspondiente o actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio".

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

AMPARO DIRECTO 2109/90.- Gaspar Gómez Ruiz.- 31 de mayo de 1990.- Unanimidad de votos.- Ponente: Leonel Castillo González.- Secretario: J. Jesús Contreras Coria.

PRECEDENTE Séptima Época, Volúmenes 205 216, Sexta Parte, Pág. 194.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 8a. EPOCA, TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, ENERO-JUNIO DE 1990, 2a. PARTE 1, TOMO V.

"DIVORCIO. CAUSAL PREVISTA EN LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. SEPARACION POR ORDEN JUDICIAL.- La interpretación de la citada fracción, no debe hacerse válida para toda hipótesis relativa a la separación de los cónyuges por más de dos años por cualquier motivo, sino que debe tomarse en cuenta que cuando uno de ellos se separe del domicilio conyugal, no en forma voluntaria que refleje su desinterés en permanecer unido al domicilio, que seria únicamente el caso previsto en la disposición que funda la causal, sino que lo haga cumpliendo con una determinación judicial que haya ordenado su separación, por virtud de una demanda de divorcio presentada en su contra, en diverso juicio, pero que no llevó por medio la intención de romper con el lazo afectivo que le unía con su cónyuge, considerando además que, si no existe prueba de que dicha medida haya quedado sin efectos, no puede estimarse que la separación sea motivada por el desinterés de permanecer en el hogar conyugal, ya que de admitir que dicha medida si puede configurar la causal de divorcio a que se refiere la fracción XVIII del aludido artículo 267, se llegaría al absurdo de desconocer los alcances de tal medida y la justificación de la causa de la separación, y en tales condiciones, para evitar

una demanda con base en la separación, se tendría que desobedecer la decisión judicial de separarse del domicilio conyugal, lo cual es inadmisibile".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3962/88.- David Bordaty Japchik.- 16 de enero de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Martín Antonio Ríos.- Secretario: Mario Alberto Adame Nava.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, OCTAVA EPOCA, TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITOS, ENERO-JUNIO 1989, 2a. PARTE 1.

"DIVORCIO. LA CAUSAL PREVISTA EN LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO COMPRENDE LA SEPARACION DECRETADA POR ORDEN JUDICIAL .- La separación de los cónyuges decretada judicialmente, no puede servir de base para efectuar el cómputo de los dos años a que se contrae el artículo 267 fracción XVIII del Código Civil, porque ese no fue el espíritu que animó al legislador para recoger en la ley dicha causal de divorcio, sino que en todo caso, la ratio legis es que la separación debe derivarse estrictamente de la voluntad de los esposos y no de una causa extraña como en el caso del decreto judicial que así lo establece, pues dicha voluntad es lo que en realidad acredita, demuestra o justifica, el absoluto desinterés que tienen los cónyuges para preservar la familia constituida y los fines que persigue la institución del matrimonio."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2218/89.- Guillermina Barrera Benitez.- 29 de junio de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera.- Secretario: Miguel Angel Castañeda Niebla.

PRECEDENTE: SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, OCTAVA EPOCA TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITOS, ENERO-JUNIO 1989, 2a. PARTE 1.

"DIVORCIO. SEPARACION POR MAS DE DOS AÑOS COMO CAUSAL DE. DEBE SER CONTINUA.- El lapso de separación por más de dos años que se establece en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, para que opere la causal de divorcio, debe ser continuo, y si el mismo es interrumpido no opera tal causal ya que de ninguna forma puede aceptarse que dos cónyuges estén separados y salgan juntos a pasear, así como que conviven, por más que uno de ellos argumente que lo hizo para acompañar a sus hijas, por lo que se debe determinar que esos hechos son una manifestación de que un matrimonio convive en forma normal, y en todo caso para establecer lo contrario, debió acreditarse plenamente que existió la separación continua por más de dos años de los cónyuges".

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3543/88.- María Esther Lozano Dávila.- 24 de noviembre de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Becerra Santiago.- Secretario: Miguel Vélez Martínez.

PRECEDENTE: Octava Epoca, Tomo II, Segunda Parte-1, página 233,

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 8a. EPOCA, TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, JULIO-DICIEMBRE 1990, 2A. PARTE 1, TOMO VI.

"DIVORCIO. VISITAS DEL CONSORTE AL DOMICILIO CONYUGAL NO INTERRUMPEN EL TERMINO QUE PREVE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, COMO CAUSAL DE.- Las visitas que hizo el consorte al domicilio conyugal no interrumpen el término de dos años que prevé la fracción XVIII del precepto citado, como causal de divorcio, porque no tuvieron como finalidad el restablecimiento de las relaciones conyugales, y durante tales visitas no es factible que el actor haya cumplido las obligaciones que impone el estado matrimonial, entre las cuales destaca la convivencia de los consortes en el hogar conyugal, lo que permite presumir el cumplimiento de otros deberes, tales como proporcionar ayuda y protección al otro cónyuge y a los hijos, y socorrerse mutuamente; por tanto, al suspenderse la vida en común, se falta

al cumplimiento de la obligación consistente en que los consortes vivirán juntos en el domicilio conyugal, prevista por el artículo 163 del ordenamiento legal citado, y se torna imposible la realización de los fines del matrimonio".

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3265/89.- Felipe Rodríguez Baena.- 5 de octubre de 1989.- Unanimidad de votos.- Ponente: Raúl Ponce Farías.- Secretario: Daniel Patiño Pereznegrón.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, OCTAVA EPOCA,

TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITOS, JULIO-DICIEMBRE 1989, 2A. PARTE 1, TOMO IV.

"DIVORCIO. LA SEPARACION A QUE SE REFIERE LA CAUSAL PREVISTA EN EL ARTICULO 267 FRACCION XVIII DEL CODIGO CIVIL, NO ENTRAÑA NECESARIAMENTE EL ABANDONO DE TODAS LAS OBLIGACIONES CONYUGALES.- Las causales de divorcio previstas en las fracciones VIII y IX del artículo 267 del Código Civil, difieren de la establecida en la fracción XVIII del propio dispositivo legal, pues ésta alude a la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación. En esta hipótesis efectivamente, no se hace referencia al concepto del domicilio conyugal; comprobada la separación de los cónyuges, la causal procede con independencia de que se acredite o no la existencia del domicilio conyugal. Sin embargo, lo anterior no impide que tal separación pueda acreditarse por el hecho de que los cónyuges viven en domicilios diversos, ya que esta situación, por regla general, demuestra que los consortes no cumplen con uno de los fines esenciales del matrimonio: la vida en común. La Ley no acepta que este estado de vida, de hecho, contrario al matrimonio, se prolongue por mucho tiempo. Son graves los inconvenientes que acarrea, por lo que, independientemente del motivo de la separación, se estableció la causal de divorcio que se examina; de otra manera se consentiría la existencia de una situación anormal. Es cierto que, en estricto

sentido, puede existir separación física sin que ello constituya causal de divorcio. En estos casos sería injusto e ilógico establecer la separación como motivo de divorcio, pero si la separación es voluntaria y de esa manera no se cumplen los fines del matrimonio, no existe razón para mantener esa situación anómala. Cualquiera de los cónyuges puede pedir el divorcio en esta hipótesis. De suma importancia es subrayar que la separación no entraña necesariamente el abandono de todas las obligaciones conyugales. La separación de los cónyuges por más de dos años es una causal de divorcio autónoma e independiente de cualquier otra. La negativa de los consortes a cumplir con sus obligaciones previstas en el artículo 164 es una causal diversa a la que se examina, la cual tiene como origen el que no se cumpla con el estado matrimonial. Sin embargo, los actos que revelan el cumplimiento de algunas obligaciones conyugales, así como el ejercicio de la patria potestad por parte de la cónyuge, no suponen la convivencia necesaria para realizar el estado matrimonial; un modo permanente de vida en que exista la vida en común bajo un mismo techo. Vale reiterar que no es posible autorizar una manera de vida contraria a estado matrimonial que se prolongue de manera indefinida. Por tanto, no existe violación alguna al principio de que el tribunal debe examinar los elementos de procedencia de la acción, los cuales en la especie sí fueron satisfechos, dado que está debidamente justificada la separación de los cónyuges por más de dos años".

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO EN MATERIA CIVIL.

Amparo directo 308 88.- Hugo Rafael Vázquez Badillo.- 3 de marzo de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente José Becerra Santiago.- Secretario. Marco Antonio Rodríguez Barajas.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 8a. EPOCA, TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, ENERO-JUNIO de 1988, 2a. PARTE 1

1.4.- LOS USOS SOCIALES Y LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267.

Para realizar el estudio correspondiente a los usos sociales y la fracción XVIII del artículo 267, es importante formar un breve concepto de los *usos sociales*; para ello es indispensable dividir el concepto, es decir, en principio se analizará la palabra usos. El maestro Luis Recasens Siches nos dice en su obra denominada "Sociología" que "Los usos, en tanto que meros usos y nada más que como tales, son modos colectivos de conducta, pero no son considerados como obligatorios", el mismo maestro nos dice más adelante que, "El uso consiste, pues, en una regularidad de hecho en la conducta, sin que esa regularidad entrañe ningún sentido normativo. En ese respecto, puede decirse que el uso no está dotado de 'validez', puesto que nadie exige su cumplimiento.

"En cambio, cuando un uso es considerado como pauta obligatoria de comportamiento dentro de un grupo social, entonces recibe el nombre de costumbre, así pues, costumbre es un uso del que se predica 'validez', 'normatividad' y por consiguiente 'obligatoriedad'."⁽¹⁵⁾

Continuando con la idea respecto al concepto de usos sociales, corresponde a continuación analizar el término *sociales*; para ello el Diccionario de la Lengua Española nos dice que deriva "(Del Lat. *socialis*) Adj. Perteneciente o relativo a la sociedad o a las contiendas entre unas y otras clases." A su vez la palabra 'sociedad' deriva y significa según el Diccionario Jurídico Mexicano "(De la palabra latina *societas* (de *secius*), que significa reunión, comunidad compañía.

Se dice que la sociedad es unión moral porque requiere del acuerdo libre e inteligente de varios hombres para conseguir un fin común. El fin puede ser de diversa naturaleza: mercantil, política, cultural, educativa, recreativa, etc."

⁽¹⁵⁾ Recasens Siches, Luis. "Sociología", Editorial Porrúa, 8a. Edición, México, 1966. págs. 218 y 219.

Ahora bien, teniendo ya los dos conceptos de las palabras *usos sociales*, se puede dar una definición completa y la cual sería:

La reunión colectiva de dos o más individuos que buscan como finalidad encontrar un comportamiento adecuado a las diferentes formas de vida, siendo estas de carácter jurídicas, culturales, recreativas, religiosas, etc.

Atendiendo la definición que antecede, se puede decir que el matrimonio es la unión de dos personas (entiéndase de diferente sexo, masculino y femenino), que principalmente buscan que su matrimonio sea regulado por una conducta de tipo moral o religioso, sabiendo de antemano, que en caso de que dicha conducta no sea cumplida correctamente, no existirá sanción externa, únicamente interna, por ejemplo: Llega el fin de semana, y la mujer le pide a su esposo que vayan a la iglesia; el hombre rehusa a dicha petición, por "x" circunstancias; dicho comportamiento no tendrá ninguna sanción, debido a que no es una obligación asistir a la iglesia los fines de semana; otro ejemplo que se puede citar es el siguiente: Un matrimonio es invitado a una reunión de "etiqueta", sin embargo el hombre no lleva la ropa adecuada para ello, simplemente se presenta en camisa, pantalón vaquero y zapatos deportivos, la simple forma de vestir de dicha persona no trae como consecuencia una sanción, dado que se trata de reglas de tipo social, las cuales únicamente ocasionarían una crítica a la persona que la efectuó.

Las personas que se unen en matrimonio civil y eclesiástico lo hacen precisamente para que éste se regule por las normas jurídicas y ciertas reglas de tipo moral o religioso, esto es debido a que la gente considera que el matrimonio por su naturaleza, esta destinado a la permanencia y consecuentemente a la estabilidad familiar, por lo que no debe encontrarse con la inconsciencia de disolverlo fácil y rápidamente, sino que debe contemplarse uno de los actos más trascendentes del ser humano.

Ahora bien, entrando a la aplicación de dichos *usos sociales* con la fracción XVIII, se puede decir que el legislador tomó como base la situación de incertidumbre en que vivía un gran número de parejas en nuestra sociedad por estar separados, y juzgó necesario crear por esta razón la causal en estudio, pero el legislador antes de crear la causal que se analiza, debió sostener su exposición de motivos con hechos reales del por qué de esas separaciones y no crear una causal que tuviera tantas consecuencias tanto jurídicas como morales y religiosas.

Si existen tantas parejas separadas, no es por falta de una causal de divorcio eficaz que regularice su situación, sino más bien creo que falta interés en muchas de estas parejas para resolver su situación, porque el Código Civil del Distrito Federal (art.267), contiene entre otras muchas causales de divorcio la señalada en las fracciones VIII y IX; en ambas se contempla la separación como base para demandar la disolución del vínculo matrimonial, pero con la gran diferencia de que en estas dos causas de divorcio se deben dar necesariamente ciertos supuestos, y en la causal XVIII no importa el motivo, la causa, y aun más; no se pide que se cumpla con las obligaciones inherentes al matrimonio, solo importa la separación de los cónyuges por más de dos años.

Por lo anterior debo insistir en la extrema importancia de que el legislador al crear normas de derecho familiar, lo haga consciente de la realidad social existente, tratando sobre todo de prever futuros problemas jurídicos-sociales, planeando estudios profundos de los problemas sociales, antes de crear normas que provoquen desestabilidad social, como la causal de divorcio en cuestión; esto para evitar que al ser aplicada dicha norma, no resulten más inconvenientes que perjudiquen, en lugar de mejorar la convivencia social. Pienso definitivamente que la causal XVIII golpea directamente el principio de estabilidad en el matrimonio, al conceder a cualquiera de los cónyuges tan amplia libertad para disolver su matrimonio, lo que repercute definitivamente en el núcleo familiar y por supuesto en la sociedad, sobre todo en la actualidad cuando la sociedad mexicana enfrenta una severa

crisis familiar, que para evaluarla basta plantear algunos indicadores, como por ejemplo: la falta de comunicación, presentándose esta primero a nivel de los cónyuges, es decir, los esposos en su mayoría no dialogan, no se comunican ni en forma verbal, ni en forma corporal, no discuten sus diferencias, sino que guardan silencio y con este conservan resentimientos entre ambos, lo que en cierta forma, impide la integración real de la familia y deteriora la relación familiar.

Otro indicador es de tipo económico, el cual trae como consecuencia injusticia social; es decir, la gran mayoría de las familias que componen la sociedad de nuestro país, viven en condiciones económicas difíciles, lo que provoca que no cumplan debidamente sus fines básicos, sobre todo en las grandes ciudades donde la participación de la mujer en el proceso económico de producción es cada vez mayor, al colocarse en empleos no siempre bien remunerados, en virtud de las carencias económicas que afectan a su familia.

En el caso del hombre, en algunas ocasiones se coloca en más de un empleo, lo que ocasiona que se mantengan alejados del núcleo familiar, consecuentemente, se reducen las posibilidades para encontrarse con su pareja y resolver los problemas; lo importante es destacar que en muchos casos no los dialogan, no los tratan de resolver; ante dicho problema muchos matrimonios optan por el camino más fácil: separarse, si a esto agregamos facilidad legal para la disolución del matrimonio, en consecuencia viene la desintegración de la familia.

A diez años de vigencia, esta causal es una de las más utilizadas para disolver el vínculo matrimonial, pero no por las parejas que integran aquellos casos previstos por el legislador, sino que en muchas ocasiones es utilizada para defraudar la ley, parejas que aparentemente se encuentran en el supuesto que determina dicha causal, y de esa manera consiguen fácil y rápidamente el divorcio, sin ninguna sanción ni problema posterior y de inmediato ambos divorciados quedan en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

Algunos de los jueces con los que he platicado me expresaron su opinión al respecto a la causal que se estudia, los cuales en su mayoría manifestaron que había sido una muy buena medida del legislador al crear la causal en cuestión, toda vez que con ella no es necesario ventilar los problemas de los cónyuges, ni los someten a un juicio largo, en el que tengan que demostrar hechos quizá vergonzosos.

No obstante la opinión de los juzgadores, considero que a ellos les parece una gran aportación del legislador, debido a que con ello disminuyen considerablemente el trabajo, concretándose únicamente a computar el término de dos años, durante el cual los divorciantes comprueban que estuvieron separados, elemento esencial para que se resuelva la cuestión de fondo, considerándola aun más favorable debido a quien invoca dicha causal la duración del juicio es aproximadamente de dos a tres meses, lo que a nivel judicial se considera benéfico al liberar al juzgado de un expediente o varios según sea el número de estos juicios.

Es por ello que pienso que la causal de divorcio contenida en la fracción XVIII del artículo 267 tiene trascendencia negativa en la sociedad, porque deteriora y debilita el núcleo social que es la familia, que se forma a través del matrimonio, por lo que considero necesario que la misma se derogue, aun más cuando ya existen dos causales que regulan la separación de los cónyuges y las cuales no revisten tanta libertad.

C A P I T U L O II:

2.- TELEOLOGIA DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL.

Es de suma importancia determinar la finalidad de esta décima octava fracción del artículo 267 del Código Civil, como causal de divorcio, misma que se agrega a las ya existentes, es decir, cuál es la razón de ser, o la causa de esta disposición específica, cuáles fueron los motivos o propósitos del legislador para su creación.

Para ello, es importante en principio, remitimos a las fuentes formales del derecho, ya que son estas las que nos indican como debe ser creada una ley, al respecto, el maestro Eduardo García Maynez nos dice: "En la terminología jurídica tiene la palabra *fuentes* tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado, Se habla en efecto, de fuentes *formales, reales e históricas* del derecho.

"Por fuente formal entendemos los procesos de manifestación de las normas jurídicas.

"Llamamos fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas.

"El término fuente histórica, por último, aplíquese a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.), que encierran el texto de una ley o conjunto de Leyes. En este postrer sentido se dice, por ejemplo, que las *Instituciones*, el *Digesto*, el *Código* y las *Novelas*, son fuentes del derecho romano.

"La concurrencia de los elementos que integran los procesos legislativos, consuetudinario y jurisprudencial, condiciona la validez formal de las normas que los mismos

procesos engendran. De aquí que el exámen de las fuentes formales implique el estudio de los elementos integrantes de las mismas.

La reunión de éstos es indispensable para la formación de los preceptos del derecho. Se trata de requisitos de indole puramente extrínsecas, lo que equivale a declarar que nada tiene que ver con el contenido de las normas, es decir, con lo que los preceptos jurídicos en cada caso prescriben. Este contenido deriva de factores enteramente diversos. Así por ejemplo, en los casos de la legislación, encuéntrase determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas y culturales de las personas a quienes la Ley esta destinada y, sobre todo, por la idea del derecho y la exigencia de la justicia la seguridad y el bien común, todos estos factores, y muchos otros del mismo juez, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asume el carácter de *fuentes reales*. La relación entre estas y las formales podrían explicarse plásticamente diciendo que las segundas representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las primeras".⁽¹⁶⁾

Es importante determinar de qué forma fueron aplicadas las fuentes a las que me he referido anteriormente, para la creación de la fracción XVIII, misma que se estudia en el presente trabajo de tesis; para ello, en principio me referiré a las *Fuentes Formales* de la siguiente manera:

Las *Fuentes Formales*.- Como ya quedó apuntado, se refieren a los hechos que el legislador observa, para posteriormente, si tal es su criterio, dar las normas que regulen el orden social; al respecto el maestro Clemente Soto Alvarez, nos dice: "Fuente Formal son los procesos de creación de las normas jurídicas y estas se clasifican generalmente en tres grandes grupos que son:

(16) García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho" Editorial Porrúa 3a. Edición, México 1949, Págs. 65 y 66.

a).- La Legislación.- que es el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan reglas jurídicas de observancia general a las que se les da el nombre de leyes.

b).- La Costumbre.- Es la repetición de un proceder o comportamiento del que el ánimo popular tiene la reconvicción de que es obligatorio observarlo.

c).- La Jurisprudencia.- Conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales." (17)

De las opiniones doctrinarias que han quedado apuntadas en líneas anteriores, se puede apreciar claramente que el legislador partió de esta fuente, es decir, primero se propuso el texto de la adición de la causal que se estudia, esto fue hecho por las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados (Proceso Legislativo).

Ahora bien, siguiendo con el orden de ideas, otra de las fuentes que se aplicaron para la creación de la causal XVIII que se estudia, son las Fuentes Reales, para tener un concepto más amplio de las mismas, fue necesario consultar el Diccionario Jurídico Mexicano, el cual en su tomo IV, nos dice: "Las Fuentes Reales se refieren a los hechos que el legislador observa para posteriormente si, tal es su criterio, dar las normas que regulen el orden social".

En este caso el legislador manifestó su inquietud al estudio de esta causal, basándose en las experiencias del Foro Nacional, pues, este señaló que "era frecuente

(17) Soto Alvarez, Clemente. "Introducción al Estudio del Derecho" Editorial Limusa. 1a. Edición, México 1974. Pág. 38.

observar la separación de los cónyuges, por largo tiempo sin que exista formalmente una causa suficiente para demandar el divorcio necesario y sin que convenga en solicitar la disolución del vínculo matrimonial mediante el juicio de divorcio voluntario".

Por último me referiré a las Fuentes Históricas.- El legislador no apoyó su estudio en ninguna fuente histórica, toda vez que no existe antecedente respecto a esta causal XVIII, tanto en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como en la Ley Sobre Relaciones Familiares, pues como ya lo expresé anteriormente, esta causal fue propuesta por las Comisiones Unidas de Justicia del Distrito Federal de la Cámara de Diputados, teniendo como finalidad, regularizar el gran número de matrimonios que se encuentran desintegrados desde hace tiempo.

Por lo anterior, creo que la inclusión de la causal XVIII, de ninguna manera mejora el Régimen Jurídico Familiar, ya que su sola redacción al no especificar motivo de la separación de los cónyuges, ni observar la conducta culpable de alguno de éstos, contradice otros preceptos legales, como el artículo 278 del Código Civil que establece: "El Divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él".

El cuerpo legislativo en este caso, al crear la causal en estudio, pasó por alto los principios que toda norma debe alcanzar como fines inmediatos, como son: justicia, seguridad y bien jurídicamente protegidos, según lo afirma el maestro Eduardo García Maynez.

Atendiendo la idea del maestro Eduardo García, en relación a los elementos que el legislador debe tomar en consideración en el momento de la creación de la norma jurídica, cabe mencionar que en todo el proceso de formación de la causal en estudio, no existe una sola explicación que señale cuál es la idea de justicia que se persigue con la misma, e

insisto, toda norma debe lograr los fines de justicia, seguridad y bien común, como fines mediatos, pero además siempre tiene un fin inmediato.

Por ejemplo, el Código Civil contiene disposiciones encomendadas a regular actos privados de las personas, vigilando que éstos no causen daños ni perjuicios a los demás ni a la sociedad específicamente en materia de familia. Todo ordenamiento debe buscar que su fuente, la institución del matrimonio, sea sólida, estable y permanente, de tal manera que el seno familiar, sea el lugar idóneo para que se puedan desarrollar sus integrantes, así como lo establece el artículo 4o. de nuestra Carta Magna la cual dice en su primer párrafo "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia".

Este interés de proteger al matrimonio y a la familia es un interés social, ya que es indiscutible que la familia constituye el núcleo de la sociedad y lo que suceda a la familia, le pasa a la sociedad.

De tal forma que para que el matrimonio logre sus fines se requiere su estabilidad y su permanencia, por lo tanto, el ideal que se debe perseguir en materia familiar es tratar de mantener esa estabilidad y fortaleza, aunque dentro de la realidad en que vivimos, el divorcio es un "mal necesario", en base a ello, el legislador debe regularlo con mucho cuidado, vigilar que se conceda en aquellos casos que la convivencia conyugal sea imposible, por causas realmente graves e irreparables.

Cuando la disolución del matrimonio se basa en motivos que no son suficientes, para que éste se disuelva y a pesar de ello el Juez encuentra y acepta estos motivos, entonces el matrimonio se vuelve tan débil y frágil que muchas personas sólo se casan pensando en que si no logran comprenderse como pareja, saben de antemano que acuden al divorcio

considerándolo como una válvula de escape con la que cuentan para disolverlo en cualquier momento.

Es decir, a medida que se den mayores facilidades para la disolución del vínculo matrimonial, se darán más facilidades para la desestabilización de la familia, por lo que el legislador no debe crear normas en materia familiar que cedan a fuerzas sociales caprichosas, sino que debe tomar en cuenta siempre, el ideal que se persigue, para mantener el equilibrio social.

Considero que al crearse la causal que se estudia (XVIII), básicamente prevaleció en el criterio del legislador la necesidad de regularizar aquellos matrimonios que se encontraban separados por largo tiempo, este motivo es justificable, pero al efectuar el estudio de esta causal, se debió cuidar la redacción y sobre todo las consecuencias que podía traer la aplicación de la misma, pues al momento de invocarla como causal de divorcio, quedan completamente desprotegidos los intereses jurídicos de la familia, creándose una norma injusta y perjudicial para esta, y por supuesto, en nada se mejora el régimen jurídico familiar, sino al contrario lo deteriora.

La finalidad principal del matrimonio es preservar las relaciones familiares, por ello he considerado pertinente definir la palabra preservar, el Diccionario de la Lengua Española nos dice: "Preservar.- proviene del latín "preservare" que significa guardar, es decir, resguardar de un daño o un peligro", no es posible concebir que la redacción de la causal que se estudia, tenga como fin aparte de disolver el matrimonio, el de preservar las relaciones familiares, considerando todo lo contrario, ya que la redacción de dicha causal la hace ineficaz y peligrosa.

Abundando un poco más en cuanto a la redacción de la multicitada causal, se puede hacer un análisis del texto que compone ésta, para ello, es necesario transcribirla íntegramente y de esta forma proceder a estudiarla parte por parte:

"La separación de los cónyuges por mas de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos".

La primera parte nos dice: "La separación de los cónyuges por más de dos años... ", el diccionario de la Lengua Española señala que la palabra "Separación.- deriva del latín [separation f. acción y efecto de separarse, poner a una persona o cosa fuera del contacto o proximidad de otra].

Atendiendo la definición que antecede, se debe tomar en cuenta que la separación de los cónyuges se puede dar en dos aspectos que son:

a).- Separación física

b).- Separación moral.

La primera de las mencionadas se puede dar por varias razones que podrían consistir en actividades laborales, de estudio, de enfermedad e inclusive de reclusión, en ésta existe una separación física, es decir, la pareja no se encuentra unida físicamente, pero prevalece un sentimiento que une a ambas personas y ésto es por que existe amor, respeto, fidelidad y ayuda mútua.

Por otro lado se puede presentar la separación moral.- esta consiste en que la pareja puede permanecer unida físicamente, pero no sentimentalmente, es decir, por citar algún ejemplo, se da cuando la pareja cohabitan juntos, hacen vida en común e inclusive llegan

con cierta periodicidad a tener relaciones sexuales por necesidad, pero sentimentalmente, se encuentran separados, porque no existe el amor, la comprensión, el diálogo y cuando llegan a entablar una "plática" lo hacen con la finalidad de ofenderse, lastimarse y hasta humillarse; habiendo analizado estos dos tipos de separación y atendiendo literalmente el texto de la causal que se estudia, me pregunto, a cuál de ellas se refiere la causal ?.

En principio se me antoja pensar que puede ser la separación física de los cónyuges, ésto atendiendo a que una vez que se promueve la demanda correspondiente y en contra de alguno de los cónyuges y durante la secuela procedimental, es más factible comprobar la separación física que la moral.

Ahora bien, siguiendo el análisis gramatical de la primera parte del texto de la causal XVIII, (separación de los cónyuges), tomando en consideración que el legislador al referirse a "separación de los cónyuges", trató de referirse a la separación física de los mismos, atendiendo el párrafo que antecede, podemos cuestionar lo siguiente: qué sucedería si alguno de los cónyuges es recluido en un centro de rehabilitación social y es sentenciado a cubrir una pena de prisión de tres años, en este caso existe una separación de los cónyuges por más de dos años, posiblemente no exista la separación moral, sentimental o espiritual, por ello, es que el legislador debió tomar en cuenta la separación de las dos causas, es decir, la física y la moral y no concretarse únicamente a señalar que exista una "separación de los cónyuges", pues esta frase se considera ambigua.

La ambigüedad que se presenta en la redacción del texto de la multicitada causal XVIII, es materia de estudio para los Tribunales Colegiados de Distrito, ya que a través de su jurisprudencia, se puede definir la ambivalencia de ésta.

La segunda parte del texto de esta causal de divorcio que se estudia en el presente trabajo de tesis dice: "...independientemente del motivo que haya originado la separación...".

En el Capítulo I, del presente trabajo de tesis, se hizo una clasificación del divorcio, en la cual se dijo que existía el divorcio Necesario y el Voluntario, ambos se subdividen a su vez en remedio y sanción y el segundo en judicial y administrativo, luego entonces, el divorcio que se demande en base a la causal XVIII, no se puede considerar un divorcio voluntario, bien sea voluntario o administrativo; toda vez que, para que éste se de, es necesario un acuerdo de voluntades por parte de los cónyuges; ahora bien si atendemos esta causal como divorcio necesario remedio, no es aplicable, toda vez que éste, se presenta cuando surge una causa Independientemente de la voluntad de los cónyuges, en la que ninguno de los dos tiene culpa, pero si existe un motivo o una causa que podría ser en un momento determinado por enfermedad (SIDA, tuberculosis, idiotismo, impotencia etc.) que ha sufrido alguno de ellos y éste hace imposible la vida matrimonial.

Mientras tanto, en el divorcio sanción se contempla básicamente la conducta que ha llevado a cabo alguno de los cónyuges en el sentido de que haya demostrado un comportamiento negativo o haya dejado de dar cumplimiento a sus obligaciones inherentes al matrimonio, presentándose de esta forma el divorcio para él, como un castigo o sanción.

Si observamos cada una de las causales de divorcio que se contienen en el artículo 267 del Código Civil, se desprende claramente que existen en cada una de ellas, una actitud, una conducta o en su caso una enfermedad de alguno de los cónyuges, que provoca la disolución matrimonial. En la reciente causal de divorcio se excluye toda culpa, se omite hablar de cualquier acto inmoral o peligroso para la integridad de la familia se refiere exclusivamente a un hecho sin origen o causa y que es única y exclusivamente la separación.

Por último la tercera parte del texto de esta causal dice: "...la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellas".

La causal que se estudia es la única que da la facilidad de ejercitar la acción indistintamente, es decir, podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges, de tal forma que ello, rompe la técnica jurídica y contraviene lo ordenado por el artículo 278 del Código Civil, el cual a su letra dice:

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

La causal XVIII, no obedece el principio mencionado, al conceder que cualquiera de los cónyuges pueda demandar la disolución del vínculo matrimonial, lo que provoca, que en forma quizá premeditada e intencional se interrumpa el cumplimiento de las obligaciones matrimoniales y posteriormente el cónyuge que provocó la separación demande el divorcio, es decir, esto provoca una irregularidad jurídica, pues finalmente, la acción la va a tener el cónyuge que haya cometido el acto ilícito, de esta forma se crea un nuevo tipo de divorcio que no es ni divorcio remedio ni divorcio sanción, sino un divorcio por decisión unilateral.

En base a lo que ha quedado apuntado anteriormente, manifiesto que en ningún momento la causal que se estudia (XVIII), logra los objetivos que el legislador pretendió, toda vez que dicha causal en ningún momento mejoró el régimen jurídico familiar, sino al contrario lo debilitó, con la redacción vaga e imprecisa de la misma.

2.1.- LA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL DECRETO QUE ADICIONA EL ARTICULO 267 CON LA FRACCION XVIII DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

Con fecha veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, se publicó en el Diario Oficial de la Federación una adición al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y en materia federal para toda la República, de esta forma fue como las causales de divorcio se vieron incrementadas a dieciocho.

Es importante hacer notar que en la iniciativa que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión no se mencionaba. Esta causal fue propuesta por las Comisiones Unidas de Justicia del Distrito Federal de la Cámara de Diputados, esto fue con fundamento en los artículos 50, 51, 52, 53 y 54 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

La propuesta y estudio de dicha causal fue de la siguiente manera:

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

"En esta causal se recoge la experiencia del foro nacional, pues es frecuente observar la separación de los cónyuges, por largo tiempo sin que exista formalmente una causa suficiente para demandar el divorcio necesario y sin que convengan en solicitar la disolución del vínculo matrimonial mediante un juicio de divorcio voluntario.

En tal caso, cualquiera que sea la causa que hubiese originado la separación -si persiste por más de dos años - permite concluir que el matrimonio ya no es tal y no representa la base armónica para la convivencia familiar".

En el Diario de Debates del 29 de noviembre de 1983, se llevó a cabo la discusión sobre el dictamen propuesto para crear la causal XVIII y agregarla al Código Civil en su artículo 267.

En esta etapa del proceso legislativo las Cámaras deliberan acerca de las iniciativas presentadas, con el fin de determinar si deben o no ser aprobadas, dentro de ese proceso, los Diputados dan su opinión en favor o en contra de los proyectos, en el caso que nos ocupa, uno de los Diputados que propuso el dictamen y que subió a la tribuna para defenderlo, fue el C. Diputado Ignacio Olvera Quintero (PRI), quien manifestó:

"Señor Presidente; compañeras y compañeros Diputados: consideramos un gran honor subir a la tribuna a proponer un dictamen que ofrece la creación de leyes no solo justas, sino equitativas, que es mejor y a lo que aspira el derecho.

"Hay una probada preocupación social por la familia, la iniciativa que recoge el dictamen, plantea cuatro grandes objetivos que son: el mejoramiento del régimen jurídico familiar; asegurar la igualdad real entre los cónyuges; propiciar una mejor protección a los hijos; preservar las relaciones familiares.

"Este es el esquema del bien jurídicamente protegido, por las disposiciones que estamos tratando de crear.

"En cuanto al divorcio, la separación de los cónyuges es al divorcio, lo que el concubinato al matrimonio y es una situación de hecho; un divorcio real que opera, casi con toda plenitud, pero que carece de existencia jurídica legal.

Considerar la separación de los cónyuges por más de dos años, causal de divorcio, era una necesidad inaplazable que justifica y explica su inmediata incorporación al texto de la ley"

EL C. DAVID OROZCO ROMO (PDM): vota en contra del dictamen y afirma, "La fracción XVIII, que es la que más se ha encomendado y que es una labor de la Comisión, no de la iniciativa presidencial, en que se establece la separación como causal de divorcio por más de dos años, cualquiera que sea el motivo y que pueden invocar los dos cónyuges. O sea, aquí, si el motivo es justificado, no vale, no es procedente frente a alguien que declare que demande la separación. Y se pueden multiplicar los ejemplos de que las separaciones de dos años pueden ser justificadas, inclusive con el acuerdo del cónyuge; pueden ser muchos, aquí tengo uno: alguien va a estudiar un doctorado en Alemania, no puede trasladar a la esposa, le dice: "Nos vamos a separar, pero esto va a implicar mejores ingresos". La esposa está de acuerdo con ello; se va esta persona a Alemania, le escribe, le manda cheques con la beca que le dio el CONACYT, aunque ahora sean más pequeñas, con los trabajos que consiguió, no se configura lo que es el abandono y, sin embargo, cualquiera de los dos cónyuges pasado el término de separación, que ése es más simple que el del abandono, porque para el abandono debe haber el descuido de la familia, el no administrar alimentos, etcétera, nada más la separación, cualquiera de los dos puede pedir el divorcio, aunque hayan estado de acuerdo.

"En el artículo 268, se amplían también las causas de divorcio, ya no sólo obtener la sentencia sino demandar y sin poderse desistir de la demanda de la acción, sin la autorización de la otra persona. En el dictamen se dice: "es otra causal de divorcio".

"Ahora en cuanto a la fracción XVIII de la separación; otra reflexión que se podría hacer es que en esta causal no está relacionada ninguna causa moral, ninguna falta a la moral social, laica. No estoy hablando de moral social religiosa sino del conjunto de

principios que la sociedad considera como válidos, y en todas las causas, exceptuando la fracción VI y VII que es de enfermedades, por el daño que le pueda causar a la familia, hay una causa moral: el abandono, el dejar de ministrar alimentos, el adulterio, los golpes, etcétera. Aquí no simplemente la separación haya sido justificada o no.

"Entonces, se amplía el divorcio en toda esta iniciativa, se aumentan las causas y se analiza el vínculo matrimonial. Así como en las ventas, si se dan facilidades en el turismo hay más ventas, hay más hospedajes; también, si para el divorcio se dan más facilidades, habrá más divorcios.

"Ahora, junto con eso, en esta tendencia legislativa, se está tratando de crear la figura jurídica de un matrimonio de segunda, subdesarrollada, que es el concubinato, de la herencia y de los alimentos, por cierto mal logrado técnicamente y creando, pues, el matrimonio de alguna manera, el matrimonio a prueba.

"El artículo 283 es muy grave en cuanto a los hijos y al destino de los padres. Nos dice: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, alimentación según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo tener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

"En el artículo vigente, cuando el cónyuge culpable -en los casos graves- pierde la patria potestad, cuando los dos incurrn en graves fallas, se llama a los ascendientes que puedan ejercer la patria potestad, en otros no se pierde -en los casos de menor gravedad-;

pero en fin, están señalados en el Derecho los casos en que se pierde o se conserva la patria potestad y los derechos sobre los hijos.

"Aquí no, el juez goza de las más amplias facultades para determinar en qué caso sí y en qué caso no, y luego -porque se me va a replicar-: "debiendo tener los elementos de juicio necesarios para ello". Cuáles son los elementos necesarios para ello? El juez considera lo que se le aporta a través del proceso en la prueba de la causal del divorcio invocada. Es lo que conoce. Hay el aforismo de que lo que no esté en autos no está en el mundo.

"Procesalmente no se configura una averiguación sobre la situación familiar y menos presupuestalmente, cuando entren a regir éstos que será un cuerpo amplio de trabajadores sociales, para averiguar la situación familiar. Entonces, con esos elementos que están en los autos, va a juzgar y va a decidir: tú te quedas con éste, tú te quedas con este otro. Por qué criterios, en cuáles, etcétera?

"Y esto sí es un retroceso en el Derecho. Esta manera discrecional era la manera que hacía justicia el rey Salomón en una sociedad pastoril, en que los jueces estaban inmersos en la sociedad en que juzgaban y participaban de sus mismos valores. El progreso del derecho es precisamente sujetar a los jueces a normas y características que los ligen en su sentencia, aunque en algunos casos se conserve discrecionalidad...."

EL C. FRANCISCO JAVIER GONZALEZ GARZA (PAN): "En el artículo 267 se menciona, se aumenta, más bien una causal de divorcio, está en la fracción XVIII. Dice: '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' pues nosotros aquí nos encontramos ante, también, una amplitud de criterio que abre el marco de, a nuestro modo de ver, la posibilidad de que el divorcio se dé con mayor abundancia, porque

pero en fin, están señalados en el Derecho los casos en que se pierde o se conserva la patria potestad y los derechos sobre los hijos.

"Aquí no, el juez goza de las más amplias facultades para determinar en qué caso sí y en qué caso no, y luego -porque se me va a replicar-: "debiendo tener los elementos de juicio necesarios para ello". Cuáles son los elementos necesarios para ello? El juez considera lo que se le aporta a través del proceso en la prueba de la causal del divorcio invocada. Es lo que conoce. Hay el aforismo de que lo que no esté en autos no está en el mundo.

"Procesalmente no se configura una averiguación sobre la situación familiar y menos presupuestalmente, cuando entren a regir éstos que será un cuerpo amplio de trabajadores sociales, para averiguar la situación familiar. Entonces, con esos elementos que están en los autos, va a juzgar y va a decidir: tú te quedas con éste, tú te quedas con este otro. Por qué criterios, en cuáles, etcétera?

"Y esto sí es un retroceso en el Derecho. Esta manera discrecional era la manera que hacía justicia el rey Salomón en una sociedad pastoril, en que los jueces estaban inmersos en la sociedad en que juzgaban y participaban de sus mismos valores. El progreso del derecho es precisamente sujetar a los jueces a normas y características que los ligen en su sentencia, aunque en algunos casos se conserve discrecionalidad...."

EL C. FRANCISCO JAVIER GONZALEZ GARZA (PAN): "En el artículo 267 se menciona, se aumenta, más bien una causal de divorcio, está en la fracción XVIII. Dice: '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' pues nosotros aquí nos encontramos ante, también, una amplitud de criterio que abre el marco de, a nuestro modo de ver, la posibilidad de que el divorcio se dé con mayor abundancia, porque

esta definición de decir: "Independientemente del motivo que la haya originado", pues muchos de los diputados aquí presentes que no van a su distrito, que no regresan a su hogar cuando vayan a regresar se pueden encontrar con la sorpresa de que tienen una causal de divorcio una sorpresa grata para el señor diputado, buena de tal manera que nos parece indefinido y también como está indefinido, se presta a abuso precisamente en esta causal; esto nos parece que entonces engloba el espíritu no de integración familiar, como aquí se vino a precisar, no de protección del vínculo familiar, sino más bien de disolución familiar; estamos en contra de este artículo.

EL C. DANIEL ANGEL SANCHEZ PEREZ.. (PSUM): "Por lo que respecta a la fracción XVIII del mismo artículo 267, consideramos que aquí se sigue poniendo albarda sobre aparejo; hablan de que la separación de los cónyuges formal de dos años, sea una causal nueva. Hablaban, en principio, de preservar a la familia, de defender la institución familiar, y aquí aumentan causales para que se pueda romper la familia, para que pueda disgregarse la institución familiar. Yo creo que no tienen necesidad. Las causales a que se refiere aquí la separación por más de dos años, hecho que se da muy comunmente, ya están invocadas en otras fracciones. El abandono de hogar que se considera por más de seis meses o la fracción IX, que es la separación por más de un año, aunque tuviera una causa para alegar el divorcio o la separación misma, nada más que debe, si no se alegó en ese año y dura más del año separado ese cónyuge, el cónyuge que resultaría afectado con esa causal, puede pedir el divorcio.

"Si hay causales que se refieren a la separación, de hecho, qué caso, tiene salir con que es muy novedoso, de que si tienen más de dos años separados ya es una causal de divorcio? Ya están contempladas. De todas maneras se trata de ser incongruente con la iniciativa, darle más causales a la pareja, a causales como esas que son Intranscendentes o que ya existen, es disolver a la familia. No tiene caso..."

EL C. JOSE LUIS CABALLERO CARDENAS (PRI): "Por lo que toca a la fracción XVIII del artículo 267, en cuestión, me parece que en lo esencial, tanto el señor diputado Sánchez Pérez, como el señor diputado González Garza, coincidieron en el fondo en el sentido de su impugnación. Y parece ser que en esencia, afirman que la Iniciativa amplía las posibilidades para la disolución del vínculo matrimonial por una parte y por otra introduce novedades que en realidad no lo son, pues por una parte, afirma el diputado Sánchez Pérez, que el abandono de hogar por más de seis meses podría quedar comprendido dentro de este agregado que es resultado del análisis, que de la iniciativa hicieron las comisiones conjuntas o bien, que puede darse o puede quedar comprendida esta supuesta novedad, en el caso general de cuando existiendo una causa que justifique la instauración del juicio de divorcio necesario, quien la tenga a su favor, se separa y no la ejerce por más de un año, en cuyo caso es la parte aparentemente culpable en ese supuesto, quien a su vez tendría acción para demandar a quien no haya ejercitado oportunamente el derecho a disolver con justa causa el vínculo matrimonial.

"Yo no creo que este agregado del dictamen -insisto-, no esté contenido en la Iniciativa del Ejecutivo Federal sino que fue propuesto en el seno de las Comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal; yo no creo -repito-, que este agregado bajo ninguna circunstancia amplíe irresponsablemente las posibilidades para que el divorcio en el seno de la sociedad mexicana se dé como una especie de gracioso deporte. Niego rotundamente que ese sea el espíritu que movió a los miembros de la Comisión para proponer a ésta soberanía la adición de la fracción XVIII en cuestión, muy por el contrario, considero que la adición de que se trata obedece a lo que la experiencia nacional muestra en múltiples casos, sobre todo entre personas de escasa preparación, de cultura mediana y de poca información en cuestiones de orden legal.

"En efecto, en casos reiterados que estoy seguro que los señores diputados aquí presentes habrán conocido entre amigos, entre parientes, entre sirvientes, entre personas

del pueblo en general, en casos verdaderamente numerosos, quienes han contado matrimonio, se separen por la razón que sea, y después de años creen, de buena fe, que el matrimonio se extinguió por una especie de prescripción negativa, según quien así lo considerara. Es decir, que el vínculo matrimonial quedó disuelto de buena fe que el matrimonio se disuelve a través de una separación prolongada, sino que con base en esa reflexión, con base en esa convicción y en esa creencia, proceden a contraer un segundo matrimonio o viven en unión libre con otra persona. Muchísimas veces esto les acarrea problemas legales de verdadera importancia y esto obedece, pues, a que muy, muy en contra de su ingenua creencia, que es producto directo de la ignorancia del derecho, el hecho mismo de la separación de ninguna manera puede tener la virtud legal de disolver un matrimonio legítimamente contraído, legítimamente celebrado. La única forma de terminar ese matrimonio o es la muerte o es el divorcio, la disolución legal del vínculo conyugal ante las autoridades competentes y siguiendo los procedimientos que la ley de la materia establece.

"Entonces, para evitar que esa creencia siga proliferando en las personas, que yo llamaría de buena fe, es preferible mil veces, establecer -como lo proponen las comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal, una nueva causal de divorcio para que quienes estando separados por más de dos años, sea cual fuere la causa que haya motivado esa separación, estén en aptitud de acudir ante la autoridad competente pidiendo el divorcio necesario por ese motivo.

Y estimo que es mil veces preferible esta nueva posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, que mantener en la incertidumbre relaciones conyugales o relaciones matrimoniales, que por la flojedad de los vínculos pudieran ya no tener ninguna significación para marido y mujer".

del pueblo en general, en casos verdaderamente numerosos, quienes han contado matrimonio, se separen por la razón que sea, y después de años creen, de buena fe, que el matrimonio se extinguió por una especie de prescripción negativa, según quien así lo considerara. Es decir, que el vínculo matrimonial quedó disuelto de buena fe que el matrimonio se disuelve a través de una separación prolongada, sino que con base en esa reflexión, con base en esa convicción y en esa creencia, proceden a contraer un segundo matrimonio o viven en unión libre con otra persona. Muchísimas veces esto les acarrea problemas legales de verdadera importancia y esto obedece, pues, a que muy, muy en contra de su ingenua creencia, que es producto directo de la ignorancia del derecho, el hecho mismo de la separación de ninguna manera puede tener la virtud legal de disolver un matrimonio legítimamente contraído, legítimamente celebrado. La única forma de terminar ese matrimonio o es la muerte o es el divorcio, la disolución legal del vínculo conyugal ante las autoridades competentes y siguiendo los procedimientos que la ley de la materia establece.

"Entonces, para evitar que esa creencia siga proliferando en las personas, que yo llamaría de buena fe, es preferible mil veces, establecer -como lo proponen las comisiones Unidas de Justicia y del Distrito Federal, una nueva causal de divorcio para que quienes estando separados por más de dos años, sea cual fuere la causa que haya motivado esa separación, estén en aptitud de acudir ante la autoridad competente pidiendo el divorcio necesario por ese motivo.

Y estimo que es mil veces preferible esta nueva posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, que mantener en la incertidumbre relaciones conyugales o relaciones matrimoniales, que por la flojedad de los vínculos pudieran ya no tener ninguna significación para marido y mujer".

EL C. FRANCISCO GONZALEZ GARZA (PAN): "Usted no nos aclara, y quiero repetir un poco más sus palabras -dice usted- no cree y niega rotundamente que en el artículo 267, en la fracción XVIII, ésta sea disolvente del vínculo matrimonial. Nosotros, bueno, a mí, en vez de que me dijera usted que no cree, me gustaría ver un poco la estadística, porque así de creencias, pues estamos muy lejanos de que sea argumento.

"Nosotros sostenemos que esta fracción disuelve el matrimonio. Usted piensa en los mexicanos que son responsables, nos dan argumentos de lo que usted cree, pero nosotros estamos pensando también en la realidad del otro mexicano, que a lo mejor no está presente en esta Cámara, que es el que todo lo toma por la vía ligera, aquel mexicano que dice: "hoy ya tengo otra salida, me voy dos años y ya se acabó el problema, se acabó el problema y tengo otra familia". Es bastante disolvente, sobre todo -volvemos a insistir-, porque esta causal no marca causas, simplemente por eso, es una causal más, pero que no marca ninguna causa porque dice: "Independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos". De tal manera que quedamos otra vez en un marco disolvente de la familia, alejado de cualquier referencia objetiva, con la cual nosotros podemos considerar que este artículo, en vez de ser disolvente del matrimonio, sea algo que resuelva una problemática que se está presentando. Este artículo, a nuestro modo de ver, debe de ser rechazado, y aquí usted nos aclara una cosa: Fue lo que metieron las comisiones, no fue la iniciativa del Ejecutivo., Bueno, ahora yo invoco a que se regrese a la del Ejecutivo y que quitemos la de la Comisión, que quitemos esta nueva causal para que no se siga desintegrando la familia en México.

Yo no encontré, sinceramente, ningún argumento para que esta causal sea puesta en el artículo 267, al contrario. De tal manera que nosotros seguimos sosteniendo nuestra tesis con respecto a la familia, que todo lo que se haga en favor de fortalecer el vínculo familiar va a ser en bien para la Nación, no en exclusividad para una clase social, sino en

general para todo el pueblo mexicano. Por esto mismo nos seguimos oponiendo hasta no encontrar un argumento mejor de su parte. Gracias señor diputado".

EL C. JOSE LUIS CABALLERO CARDENAS (PRI): "señor Presidente; honorable Asamblea: Bueno, el señor diputado González Garza pide que haya más claridad en las razones que, de una o de otra manera, pudieran justificar la adición de la fracción XVIII como una nueva causal para la disolución del vínculo matrimonial, lo que en el foro se conoce como divorcio necesario. Yo creo que esta causal no está dirigida única y exclusivamente a las clases debidamente preparadas o con una posición económica solvente, y que tienen una información más que aceptable acerca de las consecuencias jurídicas de todos y cada uno de sus actos, sino que -como él lo pide y así debe ser, y así lo entendemos nosotros-, la adición debe estar dirigida a la generalidad de los miembros de la sociedad mexicana. Esto es así porque, pues, una de las características esenciales de cualquier ley es precisamente que no se refiera de manera particular a un grupo determinado, sino que llene el requisito de generalidad que con toda propiedad ha invocado el señor diputado González Garza.

"Ahora bien cuando los cónyuges se separan teniendo una causa justa para demandar el divorcio necesario y no lo hacen, provocan inseguridad, incertidumbre e indefinición de la situación marital no sólo en el otro cónyuge, sino en los hijos, que merecen contar con toda la seguridad propia para su atención, las de sus necesidades de educación, de crecimiento, de salud, de vestido, de distracciones, de escuela y de futuro.

"Pienso que, quien tiene una justa causa para demandar y se separa del hogar sin hacer valer la causa de divorcio necesario, que en su opinión concorra y de una o de otra manera incurre en un abandono superior a los seis meses, puede, evidentemente, demandar al cónyuge en este caso abandonado, o separado, el divorcio necesario con la modalidad que se propone por las comisiones, para ~~paralisa~~ y ~~llamamente~~ definir de una vez por

todas esta situación incierta. Y es evidente que ante una situación de este género, no definida por una sentencia donde se establezca la verdad legal y a donde se defina y se decida en forma precisa cuál es la situación conyugal de los interesados, sufre la persona separada, sufren los hijos y con ellos el deterioro repercute necesariamente en el resto del cuerpo social.

"Por ese motivo, consideramos que la modificación que sugieren en este dictamen las comisiones unidas, no tiene como propósito ampliar las posibilidades para obtener el divorcio necesario, sino simplemente establece una posibilidad para que, sea cual fuere esa razón de la separación, si el abandono se prolonga por más de seis meses, o si va más allá de dos años, la separación de quien haya tenido causa justa para demandar el divorcio necesario y no lo hace, pueda hacerlo él mismo; él mismo si así lo desea, y poner un hasta aquí a una relación totalmente carente de significado efectivo, carente de significado conyugal, que perjudica a los cónyuges separados, que deteriora la situación de los hijos, que pone en entredicho gravemente su derecho a los alimentos, en todo lo que estos alimentos significan y que perjudica necesariamente a la sociedad.

Alguien antes, en esta tribuna, sostuvo que al final de cuentas la sociedad no es más que el reflejo de lo que es cada uno de los matrimonios que la integran. En esas condiciones, pienso que la sugerencia de las comisiones unidas, no agrava ni abre la puerta en forma innecesaria a nuevos pretextos para disolver el vínculo matrimonial. Nosotros coincidimos absolutamente con las inquietudes expresadas por el señor diputado González Garza, en cuanto a que estamos obligados por todos los medios, prudentes, normales, racionales, jurídicos, legales, económicos, políticos, de toda especie a mantener hasta donde sea posible la subsistencia del vínculo matrimonial, pero cuando esto no es posible por razones de diversa índole, puede esta causa novedosa contenida en el artículo 267, fracción XVIII, abrir o prestar a los cónyuges que se encuentren en esta situación de desavenencia, una posibilidad plenamente decorosa para poner fin a su situación incierta".

LA C. SECRETARIA XOCHILT ELENA LLARENA DE GUILLEN: Por instrucciones de la Presidencia, se consulta si el artículo 267 se encuentra suficientemente discutido.

"Los CC. diputados que estén por la afirmativa, sirvanse manifestarlo... Suficientemente discutido, señor Presidente.

"Se va a proceder a recoger la votación nominal del artículo 267, en sus términos.

"Se ruega a la Oficialía Mayor haga los avisos a que se refiere el artículo 161 del Reglamento Interior.

"LA C. SECRETARIA XOCHITL ELENA LLARENA DE GUILLEN: Señor Presidente, se emitieron 258 votos en pro y 52 en contra.

"EL C. PRESIDENTE: Aprobado el artículo 267 por 258 votos, en sus términos.

"Consulte la Secretaría a la Asamblea si el artículo 311 se encuentra suficientemente discutido.

La Colegisladora adicionó una fracción, la XVIII, al artículo 267 del Código Civil, a efecto de incluir como causal de divorcio "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".

Esta adición que se expresa en el dictamen de la Honorable Cámara de Diputados recoge las demandas expuestas en la consulta popular, en virtud de que es frecuente la separación de los cónyuges por largo tiempo, sin que exista una causa formal suficiente

para demandar el divorcio necesario, ni las bases de un acuerdo para disolver el vínculo matrimonial mediante un juicio de divorcio voluntario. El reconocimiento en la norma jurídica, de un hecho de esta naturaleza, constituye una fórmula eficaz para aliviar tensiones dañinas al grupo familiar.

El decreto que adicionó la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y en materia federal para toda la República, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de diciembre de 1983 y en su artículo primero, transitorio, se ordenó, que entraría en vigor 90 días después de su publicación.

2.2.- OPINIONES DOCTRINALES RELATIVAS A LA TELEOLOGIA DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

Los doctrinarios que abordan el tema de la causal que se estudia (XVIII), lo hacen contemplado el problema de los alimentos y la conservación del núcleo familiar, para ello me referiré en principio al criterio que aporta la Dra. Sara Montero Duhalt, la cual califica a la fracción XVIII de "sumamente peligrosa", en cuanto a los efectos que produce la sentencia de divorcio, es decir, "en los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Y en caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio derecho que disfrutara si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga matrimonio o se una en concubinato. Mismo derecho que tendrá el cónyuge varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, en las mismas circunstancias que la cónyuge"; ⁽¹⁸⁾

(18) Montero Duhalt, Sara. Op. Cit. Pág. 237.

El estudio que realiza la Dra. Montero lo hace en torno a la obligación alimentaria, como ya quedo apuntado anteriormente, esta obligación nos invita a pensar en un concepto amplio de dicha obligación, así, el tratadista Marcel Planiol, nos dice: " Se llama obligación alimentaria el deber impuesto a una persona, de proporcionar alimentos a otra, es decir, las sumas necesarias para que viva. Esta obligación supone necesariamente que una de las personas (el acreedor alimentario) está necesitada y que la otra (el deudor), se halla en poder de socorrerla. Ordinariamente este deber es recíproco." ⁽¹⁹⁾

Del criterio que aporta la Dra. Montero y de la definición que antecede se puede apreciar una de las características de los alimentos y esta es, que los alimentos se consideran RECÍPROCOS, en base a lo siguiente:

El Juez en la sentencia de divorcio fijará una pensión alimenticia a favor de uno de los cónyuges; si hablamos de un divorcio necesario, es importante que en el mismo exista un cónyuge culpable y un inocente, de esta forma, el Juez podrá sentenciar al culpable al pago de una pensión alimenticia, pero lamentablemente en la causal que se estudia, no existe culpabilidad ni inocencia, esto provoca que alguno de los cónyuges que pueda tener esa obligación se sustraiga de la misma, es importante hacer notar, que se habla de cónyuge inocente y cónyuge culpable, entendiéndose por ello, que dicho carácter lo puede tener tanto la mujer como el varón, de ahí la característica de los alimentos en cuanto a que los mismos se consideran RECÍPROCOS, fundando dicha característica en lo ordenado por el artículo 301 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a su letra dice:

"La obligación de dar alimentos es recíproca, es que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos"

⁽¹⁹⁾ Planiol, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Editorial José Ma. Cajica Jr. 12a. Edición. 1948. Pág. 313.

Ahora bien, si se habla de un divorcio voluntario, en cierta forma la sentencia de divorcio también determinará los alimentos, se dice en cierta forma, en el sentido de que al momento de que los cónyuges acuerdan llevar su divorcio en forma voluntaria, dicha solicitud deberá ir acompañada de un convenio (artículo 273 fracc. IV del Código Civil), el cual deberá contener entre otras cosas "la cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que deba otorgarse para asegurarlo"; el Juez aprobará dicho convenio siempre y cuando no contenga cláusulas contrarias a la moral, ni al derecho, ni contravenir disposiciones de orden público, sin embargo, si la autoridad considera que la pensión alimenticia que los cónyuges han acordado en su convenio respectivo, es injusta, dicha autoridad tiene la facultad de solicitar un incremento a la pensión, esto lo hará por conducto del Agente del Ministerio Público adscrito a su juzgado.

Otra de las circunstancias que se pueden dar dentro de este tipo de divorcio voluntario, es cuando los cónyuges, no acuerdan dentro de sus convenio referido ninguna cantidad a título de alimentos por "x" causa, en estos casos, el Juez en base a lo ordenado por el artículo 268 segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal acordará una pensión alimenticia a favor del cónyuge que la necesite, dicha pensión será por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará el cónyuge acreedor mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

La inquietud que provoca la causal que se estudia tanto a la Dra. Sara Montero Duhalt como al maestro Manuel Chávez Asencio, es justificable, pues el último de los mencionados coincide en cierta forma con el criterio de la Dra. manifestando al respecto que la causal XVIII, contenida en el artículo 267 del Código Civil, no regula la situación jurídica y moral del matrimonio, en base a que deja completamente desprotegidos los derechos que puede tener el cónyuge inocente, por otro lado, dice el maestro Chávez Asencio que dicha causal no procura evitar la destrucción y desestabilización del matrimonio.

Atendiendo el orden de criterios e ideas que he señalado en el párrafo que antecede, se puede decir que el maestro Chávez Asencio, al igual que la Dra. Montero, están de acuerdo en que, en la causal que se estudia no existe cónyuge culpable ni inocente, lo cual trae como consecuencia que el juez no pueda determinar un derecho y una obligación para los cónyuges respectivamente, pues como quedo apuntado en líneas anteriores, tanto en el divorcio necesario (causales de la I a la XVI) como en el voluntario (causal XVII), se protegen los derechos alimentarios de los integrantes de la familia, pero no así en la causal XVIII, pues ésta, no ordena que se señale, a la hora de invocarla, la causa que originó el distanciamiento, ni habla de hogar conyugal y por sí fuera poco concluye el texto de dicha causal diciendo, "la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos", por ello el maestro Chávez Asencio dice: "En nuestro derecho con esta causal se establece el divorcio unilateral al permitir que cualquiera de los cónyuges, independientemente del motivo, demande el divorcio al haber transcurrido más de dos años de la separación, no obstante que el otro consorte no desee el divorcio. Prácticamente se legaliza el repudio con grave peligro para la integración conyugal y familiar. Fácilmente, solo por el transcurso del tiempo, puede unilateralmente terminarse el matrimonio. Son imprescindibles las graves consecuencias que pueden acarrear.".

Así mismo señala el maestro Chávez Asencio que con la causal que se estudia se "rompe el principio general que dice que la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (Art. 1797 del Código Civil), que traducido al matrimonio, significa que ninguno de los consortes unilateralmente pueda disolver el matrimonio".

Por otro lado, dicho doctrinario señala que, "la causal en estudio viola el principio consagrado en la Constitución de promoción y protección a la familia y al matrimonio. El artículo 4 después de hablar de la igualdad ante la ley del varón y la mujer, señala que 'ésta

(la ley) protegerá la organización y el desarrollo de la familia'. Aquí se encuentra una nota característica de la legislación familiar. Además de ser regulada de las relaciones conyugales y familiares, corresponde al Estado y a la ley proteger y desarrollar la familia y, consecuentemente al matrimonio, lo que implica la existencia de normas protectoras y promotoras dentro del Derecho de familia.

Este divorcio unilateral o repudio, es desintegrador de la familia y del matrimonio. abre la puerta al egoísmo y al hedonismo en perjuicio de la familia y cónyuges. Como consecuencia propicia el debilitamiento del país, al facilitar la desintegración conyugal y familiar'.⁽²⁰⁾

De las opiniones doctrinales que han quedado señaladas en líneas anteriores se puede concluir diciendo, que tanto la Dra. Sara Montero Duhait como el maestro Manuel Chávez Asencio, consideran esta causal como nociva para el matrimonio, pues lo único que provoca es facilitar el camino para obtener un divorcio sin responsabilidades, y los fines que pretendió darle el legislador a dicha causal fueron completamente diferentes, pues éste señala que con la creación de dicha causal se podrá regular aquellos matrimonios que se encuentran separados por más de dos años y de esta forma se regularizaría la situación jurídica de los consortes; pero lo que nunca contempló el legislador fueron las consecuencias que traen aparejadas dicha causal, tales como la falta de alimentos, la situación de los hijos (patria potestad) y sobre todo la desintegración conyugal y familiar.

2.3.- LOS FINES DEL DERECHO FAMILIAR Y LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

⁽²⁰⁾ Chávez Asencio, Manuel F. Op Cit. Págs. 525 y 526..

Para abordar el presente apartado, es necesario que se determine en principio cuales son los fines del derecho familiar, para ello, me remitiré a diferentes conceptos que aportan algunos doctrinarios como son:

Dr. IGNACIO GALINDO GARFIAS el cual nos dice:

"La familia es el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural) y en casos excepcionales la adopción (filiación civil)" (21)

El maestro **CLEMENTE DE DIEGO** dice:

"El derecho de familia puede entenderse en sentido objetivo y en sentido subjetivo, en sentido subjetivo es el derecho que a la familia toca desenvolver en la vida; en sentido objetivo es el conjunto de reglas que presiden la constitución, existencia y disolución de la familia". (22)

El maestro **SANCHEZ ROMAN** escribe:

"Es expresión de un estado social, que debe de calificarse de familiar, y aún se dice doméstico, dentro del cual se desenvuelven diversas relaciones que lo integran, relaciones patrimoniales entre padres e hijos; y, en sentido lato relaciones parentesco entre las personas que proceden de un origen familiar común, más o menos remoto" (23)

(21) Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil" Editorial Porrúa. 2a. Edición, México 1976. pág. 413.

(22) Citado por De Pina, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Editorial Porrúa 12a. Edición. México 1982, pág. 300.

(23) Citado por De Pina, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Editorial Porrúa. 12a. Edición. México 1982. pág. 300.

El maestro RUGGIERO dice:

"Como organismo social que es fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, no se haya regulado exclusivamente por el derecho, pues en ningún otro campo añade influyen con éste la religión, la costumbre, la moral." (24)

En base a los conceptos que anteceden, se puede decir que los fines de la familia son regular la conducta subjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones, de esta forma el maestro Rafael Rojina Villegas dice " ...dentro del derecho de familia encontramos a sus vez las distintas formas de conducta que se caracterizan como objetos directos de la regulación jurídica. De esta suerte tenemos derechos subjetivos familiares, que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes, en las relaciones del parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en la relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural, también encontramos derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma" (25)

Aplicando los conceptos que han quedado señalados anteriormente en forma práctica, se puede decir lo siguiente:

Todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos, como seres vivos o bisexuales, cumplen con

(24) Citado por De Pina, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Editorial Porrúa. 12a. Edición. México 1982. pág. 302

(25) Rojina Villegas, Rafael, Op. Cit. pág. 230

el instinto de reproducción y crean con ello a la familia, la célula social. De la unión sexual del hombre y la mujer crean a los hijos.

Luego entonces se puede definir a la familia de una manera extensa como la institución social que reúne a individuos que llenan funciones diferentes y que tiene jerarquía distinta, encontrándose unidos entre sí por una vinculación sentimental más o menos permanente y por vínculos de parentesco consanguíneo, de afinidad o legal.

Se ha dicho que el derecho estructura y organiza a la familia para lograr su estabilidad y su unidad institucional por medio del matrimonio, creando un conjunto de normas alrededor de los cónyuges; estableciendo un complejo de relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos que disciplinan la filiación y han dado unidad de dirección al grupo familiar por medio del ejercicio de la patria potestad para permitir a los padres el cumplimiento del deber de proteger y educar a sus hijos.

Es necesario también poder identificar cuales son las causas que pueden dar origen a la disgregación de la familia, para poder emitir una opinión es necesario partir del ámbito social, por ello, se puede decir que a medida que la familia pasa progresivamente por cada fase de su ciclo de vida, esto es, el noviazgo, los primeros años del matrimonio, los primeros años de la paternidad, luego a fases más avanzadas de paternidad con un número creciente de hijos, y por último a la madurez y la ancianidad, la configuración de las relaciones familiares progresivamente se va modificando. Es el desarrollo evolutivo de estos procesos complejos y entrelazados que definen el crecimiento y el carácter de una familia.

Cuando las personas que forman un hogar no logran tener un ajuste adecuado en sus relaciones interpersonales dentro de sus diferentes etapas y que he señalado anteriormente, debido a que en muchas ocasiones algunos requisitos previos para el matrimonio no se dan, o que no pudieron superar situaciones que les están impidiendo la

satisfacción de sus necesidades básicas, se originan conflictos que van a dañar muy sensiblemente a los padres y a los hijos, y que pueden llevar a la pareja a la separación o al divorcio. Con la finalidad de poder determinar en forma práctica cuáles son las causas que llevan a la pareja a la disolución de su matrimonio, me permití elaborar una encuesta a personas que se encontraban promoviendo su divorcio, o ya habían obtenido éste, para ello se les preguntó cuál había sido el motivo que había originado la separación o el divorcio, las respuestas básicamente fueron en base a los siguientes acontecimientos:

- a).- Problemas de personalidad;
- b).- Diferencias en el temperamento;
- c).- Disputas por problemas económicos;
- d).- Un ajuste sexual deficiente; y
- e).- Diferencias culturales

Es importante mencionar que los problemas del divorcio no son exclusivos de una pareja y de sus hijos; las consecuencias que puede tener un hogar destruido para un individuo, no sólo se van a reflejar en él y en sus padres, sino que inclusive pueden tener consecuencias funestas para la sociedad.

La maternidad y la paternidad implican una gran responsabilidad para los padres. Los problemas que la desintegración del hogar trae al hijo, son en tal grado alterantes de su conducta; los estudios que se han hecho al respecto indican deficiencias en el aprendizaje, bajo nivel intelectual, dificultad para ajustarse a los diferentes grupos en los que el niño tiene que manejarse, etc. Los padres tienen que ser muy conscientes, en muchas ocasiones con honestidad y con valor, de la necesidad de reestructurar la situación familiar y buscar una serie de ajustes que les permitan a ellos una vida más plena, pero sobre todo proteger a los hijos que, en última instancia, no pidieron venir a un mundo donde han encontrado rechazo, agresiones e indiferencia.

Por otro lado, tenemos que aceptar la realidad de que los padres, como seres humanos, tienen una serie de necesidades y limitaciones reflejadas en un momento dado en la incapacidad de resolver el problema de la integración de su familia. En estos casos extremos, es preferible la separación a mantener un hogar donde se ve la violencia física o moral, en el que no hay una respuesta a las necesidades afectivas de padres e hijos. Es conveniente enseñarles que la vida depara experiencias amargas a las cuales se tiene que enfrentar con valor y con decisión y no tratar de disimular un problema que estará haciendo un daño permanente y que, a pesar de que es reconocido, no es resuelto. El divorcio sobre todo para los hijos, puede llegar a ser un mal necesario, el mal menor; debe ser utilizado en cierto momento como la amputación de un miembro a un enfermo de gangrena, quien será siempre un inválido, con limitaciones y desventajas en la vida, aunque haya sido el precio de su existencia. Hay que prevenir llegar a estos extremos, educar a los padres y a los futuros padres. Que los hijos al nacer encuentren un hogar que los espera con gusto, en el que los padres han buscado la paternidad como un acto consciente y responsable, fruto de su propia madurez.

En el presente apartado se han visto algunos conceptos de la familia, tomando en consideración estos, se ha tratado de definir el fin que tiene la familia e inclusive se ha tratado de ver algunas de las consecuencias que originan la disgregación de la misma, desde el punto de vista social; con el objeto de cumplimentar el presente apartado del trabajo de tesis que me ocupa, es importante la aplicación de lo que ha quedado señalado en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, haciéndolo de la siguiente forma:

La familia es el núcleo primordial de la sociedad, por ello la legislación protege a la misma en todos sus aspectos, siendo la excepción la causal XVIII, motivo del presente trabajo de tesis, ya que rompe con este principio, pues en lugar de proteger a la misma,

ocasiona su desintegración, toda vez que facilita a los cónyuges caer en la irresponsabilidad de cumplir con las obligaciones inherentes al matrimonio; la presente causal tiene como único requisito el que los cónyuges hayan estado separados por más de dos años, lo cual puede ser provocado por cualquiera de ellos, esto trae como consecuencia principalmente la desintegración familiar, la inestabilidad en su entorno social, la determinación que haga el Juez del conocimiento en cuanto a los hijos, alimentos y bienes de la sociedad, pues como ya se dijo repetidamente, si no existe un cónyuge culpable al momento de dictar sentencia, de qué forma se resolverán dichos puntos, dejando al juez la tarea de aplicar un criterio que en ciertas ocasiones es injusto e inhumano.

CAPITULO III

3.- PRECISIONES SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO DECLARADO CON FUNDAMENTO EN LA ACTUALIZACION DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

Dentro de las consecuencias que produce la causal XVIII, creada a la ligera, se puede decir que en lo que se refiere a las personas de los cónyuges, ninguno de los dos debe considerarse culpable, luego entonces, se trata de un divorcio necesario con la peculiaridad de que como no hay cónyuge culpable, ambos quedan en aptitud inmediata de contraer nuevo matrimonio.

Por lo que se refiere a los alimentos, el artículo 288 del Código Civil, en relación con el mutuo auxilio, establece que al cónyuge que resulta culpable se le condena al pago de los alimentos, pero en esta causal ninguno de los cónyuges resulta culpable, por lo que no debe haber condena a proporcionar alimentos.

Cuando la culpa no sea la base para la obtención del divorcio, se generan conflictos serios, como es el caso de los alimentos, y no se puede recurrir al Tribunal alegando culpa del deudor alimentario, pero tampoco se puede solucionar el problema, diciendo que es incumbencia de cada cónyuge después del divorcio a proveer su manutención, aunque se inserten disposiciones particulares en cuanto al mantenimiento de los hijos, es de considerarse el problema de que en nuestro medio social, tradicionalmente la mujer cuando nace su primer hijo, en algunas ocasiones se ve obligada a dejar su carrera o a limitarla, si la tiene, pero cuando no la tiene, en general depende de las percepciones del esposo, y en caso de divorcio, la mujer tendrá que comenzar de nuevo, quizá ya en edad avanzada y con problemas en contra para reincorporarse a la vida económica activa.

Actualmente el artículo 283 del Código Civil, deja en absoluta libertad al juez, para determinar lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, en este caso específico al no existir cónyuge culpable debido a esa causal, al juzgador no se le proporcionan elementos para determinar si suspende o limita este ejercicio, por lo que ambos padres conservan el derecho al ejercicio de la patria potestad.

Por lo anterior, creo que la inclusión de la causal XVIII, de ninguna manera mejora el régimen jurídico familiar, ya que su sola redacción al no especificar motivo de la separación de los cónyuges, ni observar la conducta culpable de alguno de estos, contradice otros preceptos legales, como el artículo 278 del Código Civil que establece: "El Divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él".

Abundando más sobre este tema y con el objeto de precisar las consecuencias jurídicas a que se refiere el rubro de este capítulo, que se observan en la práctica tanto en el aspecto jurídico como en el aspecto social, y aunque ambas se relacionan íntimamente trataré de marcar cada una en forma separada:

En primer término anotaré, que esta causal trae aparejada ciertas consecuencias jurídicas, que al no ser previstas por el legislador deben ser resueltas por el Juez de lo Familiar o por los tribunales de alzada en las sentencias respectivas.

El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, nos dice: "la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello. El Juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la Patria Potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor".

De igual modo la sentencia de divorcio respectiva, deberá fijar como consecuencia una pensión alimenticia a favor del cónyuge inocente, la indemnización por daños y perjuicios y en su caso la devolución de las donaciones, y si existiera el régimen de sociedad conyugal, se llevará a cabo la liquidación de ésta y se fijará o se condenará al cónyuge culpable a no contraer matrimonio durante determinado tiempo, como lo ordena el artículo 289 del Código Civil el cual a la letra dice:

"En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

"El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volverse a casar sino después de dos años a contar desde que se decretó el divorcio.

Para que los cónyuges, que se divorcien voluntariamente puedan volver a contraer matrimonio es indispensable que hayan transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio".

El Código Civil fija las reglas para estas consecuencias, sin embargo, en todas las disposiciones relativas el elemento que determina el sentido de las mismas es la culpabilidad por inocencia de alguno de los cónyuges.

Ahora bien, si seguimos una adecuada técnica jurídica en materia de divorcio, se puede decir que, es cónyuge culpable aquél que dio lugar a la causal de divorcio, es decir, el que cometió los actos o llevó a cabo las conductas escritas, por supuesto a excepción de los casos de enfermedad, en los que estos casos, son ajenos a la voluntad de los cónyuges, concretamente al del enfermo.

Las conductas descritas a las que me he venido refiriendo, son aquellas que durante el matrimonio se realizan en forma intencional y consciente por alguno de los cónyuges, en tal virtud, el cónyuge culpable, es aquél que se le comprueba que incumplió con las obligaciones matrimoniales en las formas señaladas por la ley, por lo tanto, si se declara procedente la acción de divorcio, significa que la conducta o hipótesis prevista se presentó, y por ello, fuera de los casos de enfermedad, al cónyuge demandado, que se le comprueba su conducta contraria, es culpable.

En la causal XVIII, no se describe una conducta que por fuerza implique incumplimiento de obligaciones ya que no siempre una separación se traduce en incumplimiento, sino que para determinarlo se tendría que analizar la razón y el motivo de la misma, sin embargo, la causal expresamente excluye el análisis del motivo de la separación, la cual impide al Juez determinar que hubo incumplimiento, consecuentemente hubo culpabilidad, dejándolo como simple cronometrista para resolver el divorcio.

En los casos en que se declare procedente la acción de divorcio, en la sentencia correspondiente, no se puede considerar culpable al demandado por el solo hecho de serlo, sino por su conducta, y en el supuesto de la causal XVIII, no se puede determinar cual de los dos cónyuges es el que realizó la separación, ni por que motivo, ya que no es materia de la litis y procesalmente no se admiten pruebas que no tengan relación con esta, en conclusión en esta causal no existe posibilidad de determinar la existencia de la culpabilidad de los cónyuges y en la resolución correspondiente, el Juez debe declarar inocentes a ambos consortes.

Por otro lado, si en la demanda de divorcio respectiva se reclama el pago de la pensión alimenticia, las reglas para determinar ésta, siempre se hace referencia al cónyuge culpable de conformidad con el artículo 288 del Código Civil, el cual en su primer párrafo dice:

"En los casos de divorcio necesario, el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente".

De acuerdo a lo anterior, no existe cónyuge culpable, sino ambos son inocentes, el juzgador se encuentra con una ley deficiente, de tal forma, el Juez deberá aplicar la analogía, la cual se basa en la idea de que en aquellos casos en que exista la misma razón jurídica y ante la ausencia de culpabilidad de los cónyuges, se aplicarán las disposiciones relativas a la resolución en cuestión de esta índole, en las que la culpabilidad o inocencia de los cónyuges no influya en su contenido.

En este caso específico, considero que el Juez al declarar el divorcio necesario en base a la causal XVIII, podría resolver cuestiones relativas a la pensión alimenticia de conformidad con el artículo 288 del Código Civil, en sus párrafos segundo y tercero, pero es importante hacer notar que ante la laguna que deja la causal que se estudia para los conceptos analizados, el Juez se ve obligado a resolver dichas cuestiones por analogía por los preceptos que considere aplicables, lo cual resulta peligroso porque se deja a criterio del juzgador y en un momento determinado podría resultar injusto para alguna de las partes, debiéndose recordar que el bien jurídico que se protege es de interés social y debe estar contemplado en la ley y no dejarse al arbitrio de un individuo vulnerable.

Pasando a analizar otro de los problemas que como consecuencia de tipo jurídico se presentan con la aplicación de la causal XVIII, es la posibilidad de que en el juicio de divorcio necesario en el que se invoque ésta, por su parte, el demandado reconvenga en base a cualquier otra causal el divorcio de las contempladas en el artículo 267 del Código Civil, pero me referiré en concreto a la que trata de la separación injustificada por más de seis meses del hogar conyugal.

Esta reconvencción que tendría que hacer la parte demandada precisamente al momento de dar contestación a la demanda, sería válida, puesto que siendo las partes materiales del juicio identificadas, las causas de las acciones es la misma de conformidad con el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles el cual dice:

"Las excepciones y reconvencción se discutirán al propio tiempo y se decidirá en la misma sentencia".

Si en la sentencia respectiva se determinara que las acciones intentadas resultaran improcedentes, se absolverá a ambas partes y no habrá divorcio y si una sola de las acciones fuere procedente, se decretaría el divorcio por la que fue, y las consecuencias jurídicas derivadas de la disolución del matrimonio, se fijarían tomando en cuenta la culpabilidad o inocencia de los cónyuges o en su caso, considerando inocente a ambos, conforme al razonamiento expresado en párrafos anteriores, si las dos acciones resultaran procedentes, el Juez deberá resolver la disolución del vínculo conyugal, a efecto de establecer las consecuencias jurídicas, debiendo condenar al cónyuge culpable o al que parezca serlo, de conformidad con la causal de divorcio diversa, y respecto a la causal XVIII deberá considerar inocente a ambos cónyuges.

Así mismo se encuentra el problema de la flagrante violación al artículo 278 del Código Civil, el cual determina que sólo puede demandar el divorcio el cónyuge que no haya dado causa a ello, y la causal en estudio permite lo contrario, es decir, faculta a cualquiera de los cónyuges a promover el divorcio necesario, sin tomar en cuenta quien es el cónyuge culpable, simplemente dice la fracción XVIII "...la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos"

Por último es importante contemplar que la causal XVIII, trae como consecuencia, la presentación cada vez más frecuente de los llamados actos simulados, estos consisten en evadir artificiosamente la imperatividad de la norma, es decir, colocándose los sujetos interesados en el supuesto de una norma distinta, para atraer las consecuencias de la misma y así evitar los resultados de la norma que realmente les corresponden.

En la práctica es frecuente observar la antijurídica costumbre de simular divorcios necesarios, cuando en realidad existe el acuerdo de voluntades de los cónyuges para divorciarse, de tal manera que uno de los consortes demanda el divorcio por cualquiera de las causales existentes y el otro se allana a la demanda, evitando de esta manera la comparecencia personal al juzgado en dos ocasiones, y la escrupulosa vigilancia del Juez y del Agente del Ministerio Público respecto al contenido del convenio exigido por el artículo 273 del Código Civil, características fundamentales del divorcio voluntario.

No obstante lo anterior, existía un freno a este tipo de actos, porque forzosamente alguno de los cónyuges tenía que aparecer como culpable de la conducta encuadrada en la causal de divorcio invocada, lo que en un momento determinado podría considerarse hasta cierto punto riesgoso y aún más vergonzoso.

Ahora bien, con la causal XVIII, en la que no se atiende a la conducta de ninguno de los cónyuges, la propia ley salva el obstáculo y se propicia aún más este tipo de fraude a la misma y en consecuencia resulta más perjudicial para la sociedad, porque hay que anotar que en el divorcio necesario se desprotegen los intereses de los menores hijos del matrimonio, y al cónyuge que no cuente con recursos propios suficientes para satisfacer sus necesidades, quedando éstos sin ninguna garantía que proteja sus derechos, y si en el supuesto de que el juzgador al resolver al respecto lo hiciera con equidad, no se debe olvidar que al existir de origen alguna laguna, se provocan recursos que pueden hacer valer

para dejarlas sin efecto, todo ello frena desde luego el desarrollo, protección y bienestar de la familia.

3.1.- LA APLICACION DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 207 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE Y LA NECESIDAD DE LOS ALIMENTOS.

Nuestra legislación no define a los alimentos, no obstante de ello, es necesario tener un concepto de los mismos, para que posteriormente se especifique en que consisten estos; el Diccionario Jurídico Mexicano en su tomo I "A-B" nos dice:

Alimentos.- (del Latín *alimentum*, comida, sustento, dicese también de la asistencia que se da para el sustento).

El maestro Rafael Rojina Villegas nos dice:

"Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y comprenden de acuerdo con el artículo 308 la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales". (26)

Así mismo, la obligación alimentaria también existe entre los cónyuges, el artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal al respecto nos dice:

Artículo 302.- "Los cónyuges deben darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale.

(26) Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano" Editorial Porrúa, S.A. 5a. Edición, México, 1980. Pág. 163

Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1,635"

De igual forma se puede decir que la obligación alimentaria en nuestro derecho se encuentra regulada por dos condiciones fundamentales, la necesidad del que debe recibirlos y respectivamente la posibilidad de quien ha de proporcionarlos, a sus vez existen dos formas de satisfacer estos, la primera es:

a).- Mediante el pago de una pensión alimenticia; y

b).-Incorporando el deudor en su casa al acreedor, para proporcionarle los elementos necesarios en cuanto a comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad.

Así lo ordena el artículo 309 del Código Civil para el Distrito Federal y el cual a sus letra dice:

Artículo 309.- "El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario, o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone a ser incorporado, compete al juez, según las circunstancias, fijar la manera de administrar los alimentos".

La ley determina quienes están obligados a dar alimentos; ellos son en primer lugar ambos cónyuges, toda vez que nuestra legislación establece que el marido tiene acción para exigir de sus esposa alimentos; cuando se encuentre imposibilitado y enfermo; en segundo lugar tienen la obligación de dar alimentos los padres a sus hijos, y a falta de esto o por imposibilidad de los mismos, tiene la obligación los demás ascendientes por ambas líneas, esta obligación es reciproca, es decir, los hijos también tienen la obligación de dar alimentos a sus padres; en caso de imposibilidad de los ascendientes o descendientes la

obligación recae en los hermanos de padre y madre y faltando estos, tienen la obligación los colaterales dentro del cuarto grado; el cumplimiento de estas obligaciones a favor de los menores de edad y de los incapacitados, respecto de los menores esta obligación subsistirá hasta que éste último llegue a la mayoría de edad, (18 años).

En nuestra legislación los elementos tienen las siguientes características, las cuales son citadas por el tratadista Ignacio Galindo Garfias, el cual nos dice:

a).- "La obligación alimentaria es *recíproca*, esto significa que el obligado a prestar alimentos a su vez tiene el derecho de pedirlos, cuando se reúnan los elementos de necesidad en el acreedor y la capacidad económica en el deudor.

b).- "La naturaleza *personalísima* es intransferible, esto quiere decir, que solo tiene derecho a exigir su cumplimiento aquella persona que se encuentra en la situación jurídica de pariente dentro del cuarto grado colateral y del ascendiente o descendiente del deudor alimentista.

c).- "El derecho de recibir alimentos es *irrenunciable* y tampoco es objeto de transacción.

d).- "Obligación *imprescriptible*, es decir no desaparece la obligación de prestar alimentos, por el transcurso del tiempo.

e).- "Es una deuda *divisible* en cuanto puede ser satisfecho por varios parientes a la vez, en proporción a sus haberes, si todos ellos están obligados a dar alimentos al acreedor.

f).- "Se dice que es una obligación *preferente* porque debe ser cumplida con antelación a otras deudas.

g).- La deuda por alimentos no es *compensable* esto quiere decir que el deudor de alimentos, no puede negarse a prestarlos si el acreedor que tiene derecho a ellos, es a su vez deudor del primero por otras causas." (27)

Existen diversas formas de asegurar la pensión alimenticia, tomando en consideración la vía y forma propuesta, en principio me referiré al Divorcio Voluntario Administrativo, en esta forma de divorcio, dadas sus peculiares características, los divorciantes no tienen derecho a pensión alimenticia ni a indemnización alguna por posibles daños y perjuicios que hubiere originado el procedimiento de disolución de matrimonio. Así mismo, por sus especial procedimentalismo en sus realización y ejecución que lo caracteriza como un acto puramente administrativo, se desprende que este tipo de divorcio es un acto autónomo de la voluntad de los cónyuges tendientes a disolver todo vínculo legal que pudiera seguirles uniendo, tomando en cuenta que no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

La ley no establece otorgamiento de pensión alimenticia a ninguno de los cónyuges en virtud de que nuestro derecho familiar se basa en la culpabilidad de las personas y en esta clase de divorcio no existe culpable, en todo caso lo son ambos divorciantes. Por lo tanto, la ley no instituye cargas económicas.

Ahora me referiré al Divorcio Voluntario Judicial, en esta clase de divorcio, los cónyuges si tienen derecho a alimentos, esto en base a lo ordenado por el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal y el cual a continuación se transcribe:

(27) Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil" Editorial Porrúa, 2a. Edición, México, 1976. Págs. 450 y 451

Art. 288.- ".....En los casos por mutuo consentimiento la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración de matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato....".

Ahora bien, la obligación alimentaria derivada de este tipo de divorcio se regirá por las cláusulas del convenio que se acompañe a la solicitud, en los términos de lo preceptuado en el artículo 1858 del Código Civil, el cual a su letra dice:

Art. 1858.- "Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento".

En efecto los alimentos acordados por convenio entre los cónyuges en el divorcio voluntario, no se rigen por las disposiciones relacionadas con los alimentos legales, sujetos a principio de interés social, pues deben considerarse como una liberalidad derivada de la sola voluntad de las partes y quedan sujetos a sus interpretación y cumplimiento en los términos de la parte final del artículo anteriormente invocado.

En cuanto a los hijos, en el divorcio voluntario, si se hace exigible por la ley, la obligación alimentaria a los padres con fundamento en el artículo 303 del Código Civil. Además cuando los divorciantes concurren ante el Juez a solicitar el divorcio voluntario, están obligados en los términos del artículo 273 de la legislación anteriormente citada, a presentar un convenio en el cual entre otras cosas, deberán especificar el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de

ejecutivo el divorcio; así mismo se deberá señalar la forma en la que se van a garantizar dichos alimentos, para ello es necesario atender lo ordenado por el artículo 317 del multicitado ordenamiento, el cual nos dice que: "El aseguramiento puede consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualquier otra forma de garantía suficiente a juicio del juez".

De las formas de garantía que han quedado señaladas en líneas anteriores se puede comentar lo siguiente:

La hipoteca como medio para garantizar la pensión alimenticia, es una garantía real, constituida sobre bienes que pertenecen al deudor, pero que no se entregan al acreedor, y que dan derecho a éste en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, así la contempla el artículo 2893 del Código Civil, por lo tanto cuando el deudor no tiene bienes, jurídicamente es imposible constituir una hipoteca y en caso de que los tuviera, entonces el gravamen tendrá que ser preferente a fin de garantizar eficazmente la obligación alimentaria.

La prenda, esta regulada por el artículo 2856 del Código Civil para el Distrito Federal: el cual a sus letra nos dice:

"La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Este tipo de garantía es un tanto más confiable, ya que en principio es necesario que el bien sea entregado al acreedor alimentario, en este caso, esto representa mayor seguridad, pues en el momento de que el deudor alimentario deje de cumplir con su obligación, es posible que dicho bien que quedó en garantía se pueda enajenar y de lo que se obtenga se cubran las mensualidades atrasadas si así se convino.

El inconveniente que puede darse en este tipo de garantía es la devaluación de dicho mueble o la destrucción del mismo, por caso fortuito, teniendo como consecuencia finalmente que la obligación de proporcionar alimentos quede sin ser garantizada.

La fianza, es otra de las modalidades que contempla el artículo 317 del Código Civil, para garantizar la pensión alimenticia y dadas sus características especiales resulta igualmente poco eficaz, para tales fines, el artículo 2792 del ordenamiento anteriormente invocado, nos dice:

"La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si él no lo hace".

De esa conceptualización de la fianza podemos inferir, que dicho negocio jurídico se perfecciona por el consentimiento del acreedor y del fiador, siendo irrelevante la voluntad del deudor, ya que puede otorgar la fianza con la anuencia del deudor, sin ella o aún contra su voluntad; de lo anterior se desprende que para garantizar por este medio la pensión alimenticia, es necesario recurrir a las compañías afianzadoras, las cuales en el momento que así se solicite podrían fielmente solventar las obligaciones contraídas, dada su capacidad económica y la constitución legal que poseen.

Este tipo de garantía representa un grave problema para el acreedor alimentista, pues normalmente el C. Agente del Ministerio Público, adscrito al Juzgado en el cual se está conociendo del divorcio voluntario correspondiente, al momento de solicitar la garantía de alimentos, únicamente ordena que ésta sea por una año, es decir, que la vigencia de la fianza en este caso será por dicho plazo, pero, ¿qué sucede después de ese año?, otro de los problemas que suelen presentarse en este tipo de garantía, es que las compañías de fianza al momento de entregar la póliza de fianza solicitan al acreedor alimentista firme una

carta, en la cual, se dice que se dan por recibidos de las doce mensualidades que ampara la póliza y si el deudor alimentista, con ello decide no responder a dicha obligación, finalmente resulta en vano el haber tramitado dicha garantía; algunos Jueces y Agentes del Ministerio Público se han percatado de dicha situación y para evitar ello ordenan que la garantía sea renovable automáticamente, lo que de igual forma resulta ineficaz, pues, normalmente las compañías afianzadoras expiden sus pólizas precisamente por un año.

Por último tenemos el *deposito*, el cual no debe ser confundido con el que esta regulado por el artículo 2516 del Código Civil; el *deposito* al que se refiere el artículo 317 del mismo ordenamiento es completamente diferente, pues este consiste en una cantidad determinada de dinero a favor del acreedor alimentista, dicha cantidad podrá ser entregada mediante un billete de *deposito* o abrir una cuenta bancaria, prácticamente este tipo de *garantía* no es otra cosa más que dar por adelantado las parcialidades que a título de *alimento* proporcionará el deudor al acreedor, ambos alimentarios.

El *divorcio necesario* o *contencioso*: precisamente dentro de esta clasificación de *divorcios* entra la causal XVIII, que se estudia en el presente trabajo de tesis; se ha venido diciendo que dicha causal, en lugar de proteger y preservar a la familia, ésta la disuelve, debido a la mala, o más bien a su pésima redacción, pues ésta no dice:

"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"

El problema que radica básicamente en esta causal, es su redacción, como ya lo dije, toda vez que el juez al momento de dictar la sentencia de *divorcio*, debe de determinar la culpabilidad de alguno de los cónyuges, para que de ahí pueda condenar al culpable al pago de la pensión alimenticia, si a ésta irregularidad agregamos la omisión que contiene el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual nos dice que:

"En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente..."

En el artículo que ha sido transcrito anteriormente, se puede apreciar claramente que el legislador en ningún momento menciona a los hijos, es decir, únicamente determina la situación de los cónyuges, sin precisar la situación de los hijos, tal parece que en el numeral mencionado, el legislador se olvidó del derecho de los hijos, aún cuando el artículo 282 del mismo ordenamiento diga:

"Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio.....III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos...."

Es decir, se refiere única y exclusivamente a medidas provisionales sólo mientras dure el juicio, y el párrafo primero del artículo 288 de dicho ordenamiento, dice que al terminar el juicio "sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente", omitiendo a los hijos.

Si a todo ello agregamos el texto de la causal XVIII del artículo 267 del Código Civil, realmente los únicos que salen perjudicados con la causal en estudio, son los hijos, ya que por un lado el artículo 288 no determina la situación de los hijos en cuanto a los alimentos y por otro el artículo 282, únicamente determina los alimentos en forma provisional, tratándose de ajustarnos a lo que ordena el artículo 288 se puede decir que la sentencia de divorcio también determinara la situación de los hijos en cuanto a los alimentos, dicho de otra forma el legislador deja a criterio del juez dicha situación, y esto provoca un grave peligro para los menores.

En principio, considero que debe de existir una reforma sobre el artículo 288, el cual debe contemplar la situación de los hijos en torno a los alimentos, y no dejar el texto de dicho artículo a la interpretación del juez.

Ahora bien, por lo que corresponde a la causal XVIII, se ha visto que en ésta no existe cónyuge culpable, por lo que no se puede determinar con claridad y precisión los alimentos, para los menores y entre los mismos cónyuges; si tomamos en cuenta que existen algunos principios en cuanto a los alimentos, es base a ellos, se podría determinar a quien corresponde dar los alimentos, pero considero que nos es el camino adecuado, pues afortunadamente existen algunos padres que para ellos el dar alimentos es un privilegio, en base al gran amor que sienten por sus hijos, pero lamentablemente hay padres que les irita tanto el dar alimentos, que hacen lo posible e imposible para liberarse de ellos, por ello considero que debe de existir artículo expreso que determine la situación de los hijos, cuando se invoque la causal en estudio.

3.2.- LA APLICACION DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE Y LA PATRIA POTESTAD.

"La patria potestad, según la definen ciertos juristas y filósofos, es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre o a la madre, por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de la persona, la administración y goce de los bienes de sus hijos" (26)

El tratadista Rafael De Pina nos da el siguiente concepto de Patria Potestad:

(26) "Enciclopedia Jurídica Omega" tomo XXI,
Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. S.E. 1964, Pág. 825

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

"La patria potestad se define como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria" ⁽²⁹⁾

Nuestra legislación no define lo que es patria potestad, pero de lo que ha quedado señalado en líneas anteriores y de lo preceptuado en el Título Octavo, Capítulo I del Código Civil para el Distrito Federal, se puede decir lo siguiente:

Patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con relación a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad. Admitiéndose que ésta facultad tiene como función primordial la educación de los hijos.

El nombre de patria potestad utilizado en la mayor parte de las legislaciones vigentes, responde más a la fuerza de la tradición que al espíritu de esta institución, toda vez que ya no es patria ni potestad. Esto significó el poder del padre y los datos históricos confirman la correspondencia de esa terminología con lo sucedido en épocas pasadas en las que efectivamente, la organización familiar se sustentaba sobre el poder del padre, que era ejercitado no solo sobre sus descendientes, sino sobre todo el grupo, que componía en otros tiempos el núcleo familiar.

En la actualidad la patria potestad dejó de ser "patria", pues ya no es exclusiva del padre, sino compartida por igual con la madre, y en algunas ocasiones ejercida únicamente por ella, o ejercitada por los abuelos. Tampoco es "potestad", que significa poder, en virtud de que esta institución no otorga poder, sino se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los ascendientes.

⁽²⁹⁾ De Pina, Rafael. Op. Cit. Pág. 373

Hoy en día, la patria potestad la encontramos regulada en los artículos 411 al 448 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ahora bien, la facultad de proteger, educar y velar por el interés y bienestar de los hijos es en gran parte derivada de la naturaleza misma. La mayoría de los padres, pero sobre todo de las madres, asume su responsabilidad respecto de los hijos en forma no solo espontánea sino amorosa, en virtud de que la patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre los padres e hijos, toda vez que los deberes y derechos que configuran esta institución se consideran de interés público, al establecerla la ley como un cargo irrenunciable.

El artículo 448 del Código Civil expresamente determina que "La patria potestad no es renunciable ..". En efecto, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6 del ordenamiento anteriormente citado, el cual a su letra dice:

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Solo puede renunciarse a los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros".

Casi todas las relaciones de tipo familiar son de carácter personalísimo, por eso no puede transferirse ni en forma onerosa ni gratuitamente. La patria potestad únicamente permite la transmisión derivada de la adopción; fuera de este acto jurídico que tiene que llenar todas las formalidades exigidas por la ley, no existe otra forma de transmitir la patria potestad y en el supuesto de quien la ejerce muera o quede imposibilitado para cumplirla, la ley señala expresamente los sujetos que deben asumirla.

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción y el cargo se ejerce sobre los menores de edad no emancipados. El que este obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ese hecho la obligación, ni el derecho para entrar en su ejercicio, este

cargo no se adquiere por el transcurso del tiempo, y esta facultad solo corresponde a quien la ley señala, es decir, en principio la ejercerán los padres, o uno de los dos por imposibilidad del otro, después los abuelos en el orden que determina la ley.

De esta forma el artículo 448 del Código Civil no dice en que caso se puede excusar quien ejerce este cargo:

"... aquellos a quien corresponda ejercerla pueden excusarse:

I.- Cuando tenga sesenta años cumplidos;

II.- Cuando por más estado habitual de salud no puede atender debidamente a su desempeño.

Cuando quien ejerce o deba ejercerla se encuentra en alguna de la hipótesis señaladas anteriormente, puede excusarse, acudiendo ante el juez de lo familiar, quien propondrá quien deba ejercitar el cargo en caso de que exista algunas de las personas que la ley señala como obligadas, al respecto, si esto no es posible se le nombrará un tutor, Se afirma que la excusa es una facultad que se desprende de la ley, pero no es un deber, esto significa que los padres o abuelos, aunque se encuentren en algunos de los casos señalados en el artículo 448 del Código Civil, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si sus desempeño es benéfico para los menores.

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse definitivamente por causas naturales o por sentencia ejecutoriada que declare la pérdida de ese derecho, en esta última hipótesis se extingue totalmente para el que la ejerce, pero en caso de existir otras personas de las mencionadas en la ley que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona.

Así mismo el ejercicio de la patria potestad puede suspenderse temporalmente por incapacidad declarada judicialmente, el que la ejerce tiene que ser una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de la otra. También, por la ausencia declarada en forma, toda vez que si el que debe custodiar o representar se le declare ausente, entonces no podrá ejercer ninguno de sus derechos. De igual forma, por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión de la patria potestad; en efecto, puede ser que la conducta del que ejerce la patria potestad sea considerada por autoridad judicial contraria a los intereses del menor y como sanción temporal se le condene a la suspensión de ese derecho.

Por otra parte el artículo 444 del Código Civil señala cuándo se pierde la patria potestad:

I.- "Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III.- Cuando las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudieran comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

IV.- por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijo, o porque los dejen abandonados por más de seis meses".

En líneas anteriores se han dado antecedentes, conceptos y comentarios sobre la patria potestad, esto con la finalidad de poder ofrecer o dar una idea general de lo que significa esta figura jurídica, pues bien, habiendo hecho ello, procederé a abordar el tema a que se refiere el presente apartado y el cual lleva el nombre de LA APLICACION DE LA

FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE Y LA PATRIA POTESTAD, asíéndolo de la siguiente forma:

La fracción IV del artículo 444 del Código Civil, nos dice que por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijo, o porque los dejen abandonados por más de seis meses".

La causal que se estudia, en su texto nos dice que, para que proceda ésta, es necesario la separación de los cónyuges por más de dos años; al momento en que el legislador se preocupó por regularizar aquellos matrimonios que se encontraban separados por un periodo largo, la causal señala dos años, debió estudiar a fondo, en principio, las consecuencias que la simple separación ocasionaría, en este caso, en cuanto a la patria potestad, pues si la misma ley determina que para que se consideren expósitos los hijos debe darse un periodo de abandono de seis meses, en que estaba pensando el legislador al admitir la separación de dos años y toda vía como premio les concede el divorcio, no es posible se legisle de esa manera, los hijos son siempre los grandes perdedores en todo juicio de divorcio, cualquiera que sea la causa de éste y cualquiera que sea la edad de aquéllos. En nuestro tiempo, que tanto se habla de la protección a la infancia, de derechos de los menores y de protección a los hijos, la legislación permite que esos derechos sean negados y seriamente afectados por sus padres divorciantes, pensando en proteger a la misma infancia en tratar de llenar solamente sus necesidades materiales.

Si el matrimonio tiene por finalidad natural educar a los hijos, los esposos adquieren desde el momento mismo del matrimonio la obligación de educar a los que puedan tener, y el hijo, desde el momento de ser concebido, tiene derecho a ser educado por sus padres, de la mejor forma que estos puedan hacerlo. El hijo tiene derecho no sólo a ser alimentado por sus padres y satisfacer así sus necesidades materiales, sino a ser educado, lo cual incluye la cultura y todo el ambiente necesario para desarrollar las potencias que el hombre lleva al

nacer. El divorcio, por tanto, en el campo jurídico, es siempre violatorio de los derechos de los hijos.

En cuantas ocasiones el juzgador se percata del poco interés que algunos de los cónyuges tiene hacia los hijos, y aún así, otorga sin tomar ninguna medida establecida, la patria potestad a ambos, lo que posteriormente trae como consecuencia el abandono e incumplimiento de los deberes, derechos y obligaciones, que comúnmente surgen al contraer nuevo matrimonio.

Se establece que existe una gran diferencia entre el divorcio necesario y el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, el primero puede recaer en cualquiera de las XVII Fracciones del Artículo 267 del Código Civil (a excepción de la Fracción XXVII), se trata de probar quien dio causa al divorcio, y de esta forma definir a favor de quien quedará el cumplimiento de la patria potestad, si en ambos o únicamente en alguno de los cónyuges; el divorcio voluntario (Fracción XVII del Artículo antes citado), en cambio fue instituido por el legislador, entre otros motivos, para proporcionar a los cónyuges un procedimiento en el que puedan ocultar causas graves de divorcio, que en la mayor parte de los casos constituyen un aprobio para los hijos, pero que no dejan de ser graves e importantes causas para incluir a uno de los cónyuges o a ambos a la pérdida del ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando recaiga en cualquiera de las hipótesis a que se refieren las cuatro Fracciones del Artículo 444 del; Código Civil.

La Ley determina que la situación de los hijos no puede regirse en los casos de divorcio voluntario, por las disposiciones legales que se refieren al divorcio necesario, puesto que la misma Ley fija un procedimiento especial, para que de antemano se fije, por acuerdo de los cónyuges, la situación de los hijos, pudiendo el juez que conozca del divorcio, hacer las modificaciones que crea oportunas al convenio, previa audiencia del Ministerio Público, y cuidando que no se violen los derechos de los hijos, pero, todas estas situaciones se

establecen dentro del procedimiento, valorando únicamente un convenio, que puede reunir los requisitos establecidos por la Ley y disfrazando la verdadera actitud de los cónyuges hacia sus hijos.

Es necesario que el hecho que implica la pérdida de la patria potestad no equivale a exonerarlo de sus obligaciones para con el menor, es decir, ésta pierde los derechos inherentes a la misma (guarda y custodia, facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la Ley de administrar sus bienes subsistentes), pero deberá continuar otorgando únicamente las obligaciones económicas; que le incumban en relación al requerimiento y necesidad del menor, para su desarrollo tanto intelectual como físico.

La pérdida de la patria potestad, por referirse a la persona que la ejerce, es una forma de extinción relativa, pues la Institución no desaparece y si la pierde quien la ejerce es a manera de sanción o como resultado de haber sido condenado, por alguno de los casos marcados específicamente por la Ley.

Cuando estamos ante casos de pérdida del ejercicio de la patria potestad, los derechos que son afectados no desaparecen, son sustituidos bajo distintas formas según el caso concreto y de acuerdo a lo previsto por la legislación, por lo que se tomarán en base a lo anterior las medidas correspondientes; como la apertura de la tutela, ejercicio de la patria potestad por los demás ascendientes que sean llamados a ejercerla .

Es triste pensar en que el legislador haya creado una causal en la cual se contradiga con la técnica jurídica y me refiero al artículo 444 fracción IV y aún más que deje en completo estado de indefensión a los menores, pues como ya se ha dicho repetidamente en este trabajo de tesis, en la causal que se estudia, no existe cónyuge culpable ni inocente, me pregunto, ¿de que forma aplicara su criterio el juez para determinar la situación de los

hijos?, si pensamos simplemente en un caso en el cual el padre abandono a la familia por dos años y después de ese tiempo tranquilamente regresa a pedir el divorcio, cuando ya se dio la hipótesis del artículo 444 fracc. IV, de qué forma el juez aplicará lo ordenado por el artículo 283 del Código Civil.

Es necesario que se abroge el texto de dicha causal, principalmente que se determine la culpabilidad para alguno de los cónyuges, si realmente el legislador pretendía resolver el problema de los matrimonios que se encontraban en una inestabilidad jurídica por el paso del tiempo, que bueno que haya pensado en ello, pero debió proteger básicamente a los hijos de esos matrimonios y no dejarlos en estado de indefensión y desamparo.

3.3.- LA APLICACION DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE Y EL PATRIMONIO FAMILIAR.

En principio se ha definido al patrimonio familiar como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituye una universalidad de derecho. Según lo expuesto, el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, derechos y además por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que pueda ser objeto de una valoración pecuniaria.

El tratadista Antonio Ibarrola nos dice al respecto que "Patrimonio proviene del latín 'patrimonium', que significa bienes que el hijo tiene heredados del padre y abuelos. Y lo define como el conjunto de derechos y obligaciones (compromisos) de una persona apreciable en dinero.

Enclerra al patrimonio un activo y un pasivo. en el activo se comprenderán toda clase de bienes, en el pasivo todas la obligaciones".⁽³⁰⁾

El maestro Rafael de Pina nos dice: "Generalmente se le atribuye al patrimonio un doble aspecto, económico y jurídico, definiéndose en el primero de estos sentidos, como el conjunto de obligaciones y derechos en sus apreciación económica, y en el segundo, como el conjunto de relaciones jurídicas y pasivas pertenecientes a un sujeto, que sea susceptible de estimación de naturaleza pecuniaria " ⁽³¹⁾

El tratadista Juan Carlos Ribora al tratar este tema opina: "siendo el hogar un elemento objetivo de la vida de la familia, mucho depende precisamente por ser objeto, de la presencia de un elemento físico, y, siendo así, sus posibilidades estarán destinadas a guardar con ésta estrecha relación, a mejorar cuando cuenten regulamente con dicho elemento físico y a robustecerse cuando el concurso se haga permanente.

"Es así como la legislación contemporánea organiza el llamado 'Bien de la Familia' propendido a imprimir en un inmueble determinado el carácter protector que nos interesa encarecer; han organizado, pues, esta manifestación de la extinguida propiedad familiar y se han apoyado en dos premisas a saber: una de carácter principalmente económico, como es la de proteger a la pequeña propiedad contra la acción de los acreedores; y la otra de carácter económico-moral, consistente en promover estos que se resuelvan en la afectación de inmueble destinados a la vida de la familia.

⁽³⁰⁾ Ibarola, Antonio De. "Cosa y Sucesiones" Editorial Porrúa, S.A. 2a. Edición, México, 1964, Pág. 30.

⁽³¹⁾ Pina, Rafael De. "Elementos de Derecho Civil Mexicano" , Vol I, Editorial Porrúa, S.A. 6a. Edición, México, 1972, Pág. 215

Lo primero, supone preservar de embargos a la propiedad que nos ocupa; lo segundo corresponde a importantes finalidades individuales y sociales, por ejemplo, las de fomentar la adquisición de pequeñas propiedades rurales que sirvan la causa del establecimiento sedentario de las familias del campo y resistan la migración hacia las ciudades; resultando que un elemento material, granja, huerta o simplemente una casa habitación se insinúen como base física de la vida familiar y como fuerza coercitiva respecto del hogar.⁽³²⁾

El maestro Galindo Garfias nos da el siguiente concepto: "Los bienes que constituyen el patrimonio de familia, el derecho a percibir alimentos y los regímenes a que se sujetan los bienes de los cónyuges, forman la base de sustentación de la organización jurídica de la familia.

"La obligación alimenticia tiene como fin proveer a los miembros de la familia, de lo necesario para subsistir. Los regímenes matrimoniales organizan el sistema de propiedad y administración de los bienes de los esposos y los bienes que constituyen el patrimonio familiar consolidan económicamente a la familia, en dos maneras concurrentes: a) mediante la afectación de los bienes que lo constituyen a la satisfacción de las necesidades de la familia, y b) sustrayéndolos de la acción de los acreedores, para que puedan cumplir su destino de servir al sustento de los miembros de la familia.

En efecto, los bienes que constituyen el patrimonio de familia, no pueden ser enajenados o gravados, ni pueden ser embargados por los acreedores de los miembros de la familia para hacerse pago de sus créditos."⁽³³⁾

(32) Reborá, Juan Carlos. "Instituciones de la Familia" Editorial Guillermo Kraft, LTDA 2a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1946, Págs. 465 y 466.

(33) Galindo Garfias. Ignacio. Op. Cit. Pág 702

De esta forma el artículo 2964 del Código Civil para el Distrito Federal ordena:

"El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquéllos que conforme a la ley son inalienables o no embargables"

El artículo que ha quedado transcrito en líneas anteriores, enuncia el principio que establece que el patrimonio de una persona es la garantía general de sus acreedores. En otras palabras, la obligación impone al deudor no solo el deber de cumplir sino de comprometer su responsabilidad patrimonial en el caso de que no ejecute espontáneamente la prestación. Aparece aquí la distinción entre la deuda y la ejecución forzada o coercibilidad de la obligación.

Los casos de excepción son aquellos en los que por la naturaleza de la obligación o por disposición de la ley no puede el acreedor hacerse pago con los bienes del deudor, de esta forma el artículo 544 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala cuales son los bienes susceptibles de embargo y por lo tanto no forman parte de la garantía con que cuentan los acreedores. La fracción I de dicho numeral dice:

Art. 544 Fracc. I .- "Los Bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil..."

De tal forma que el acreedor que establece este artículo, al quedar constituido el patrimonio de familia los bienes que lo forman se convierten en inembargables e inalienables porque quedan destinados por la ley, a cubrir las necesidades de habitación y subsistencia de los miembros del grupo familiar.

Ahora bien, analizando las opiniones de cada uno de los citados autores que se han mencionado, podemos ver que en la mayoría de estas, se esgrimen como características

principales del patrimonio de familia, indispensable para el desarrollo normal de la familia, la calidad de Inembargabilidad e inalienabilidad para los bienes afectos al patrimonio familiar.

Esto es por demás explicable, ya que si tomamos en cuenta que uno de los fines trascendentales del Poder Público es precisamente proteger a la célula primaria de la sociedad y siendo el patrimonio de familia una institución creada al efecto de convertirse en un factor eminente de seguridad y estabilidad de la misma, éste debe traducirse, como es natural, en una verdadera barrera jurídica de contención contra los efectos económicos desastroso que implicarían una mala administración o bien la respectiva dilapidación de los bienes que en un momento dado hubieren en el patrimonio de quien tiene la obligación de dar los alimentos a la familia, brindando ante esta circunstancia una verdadera protección económica a los miembros de la base de toda sociedad huamana existente; y así lo especifica el artículo 734 del Código Civil para el Distrito Federal, al disponer textualmente que:

“Las personas que tienen derecho a disfrutar el patrimonio familiar señaladas en el artículo 725, así como el tutor de acreedores alimentarios incapaces, familiares del deudor o el Ministerio Público, puede exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de la familia hasta por los valores fijados en el artículo 730, sin necesidad de invocar causa alguna. En la constitución de este patrimonio se observará en lo conducente lo dispuesto en los artículos 731 y 732.”

La fuente legislativa del patrimonio familiar la encontramos en nuestra Carta Magna, en sus artículos 27 fracción XVII, inciso g) y 123 fracción XXVIII, los cuales a su letra dicen:

Artículo 27 Frcc. XVII, inciso g).-...“Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deban constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni a gravamen ninguno; ...”

Artículo 123 Fracción XXVIII.- "...Las leyes determinan los bienes que constituyen el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios"

El Código Civil en sus artículos 723 y 730, nos señala cuales son los objetos y el valor máximo de los bienes que pueden ser afectados al patrimonio familiar; en principio los objetos que pueden ser, son los que a continuación se indican: la casa habitación y en algunos casos las parcelas cultivables y su valor máximo de éste, será el que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio.

De lo que ha quedado señalado en líneas anteriores, se puede decir que el patrimonio familiar se puede constituir de tres formas, la primera de ellas es en forma voluntaria, es decir, el padre puede señalar algún bien inmueble de sus propiedades, para proporcionar a quienes dependen de él, un hogar seguro; en segundo término se puede constituir el patrimonio de la familia en forma forzosa, esto es, cuando existe el peligro de que el que debe proporcionar alimentos, por su mala administración o despilfarro pueda perderlos y en este caso las personas que tienen derechos a alimentos o el propio Agente del Ministerio Público, pueden solicitar que se constituya dicho patrimonio; por último mediante la expropiación, es decir el Estado puede realizar terrenos para venderlos a familias de escasos recursos.

Así mismo se puede señalar que las formas mediante las cuales se extingue el patrimonio familiar son las que a continuación se indican, esto en base a lo ordenado por el artículo 741 del Código Civil el cual a sus letras nos dice:

I.- "Cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho a percibir alimentos;

II.- Cuando sin causa justificada la familia deje de habitar por una año la casa que debe servir de morada, o de cultivar por su cuenta o por dos años consecutivos la parcela que le esté anexa;....."

Pues bien, la causal que es motivo del presente trabajo de tesis, también tiene relación con el patrimonio de la familia, pues como se ha venido diciendo, el texto de la causal ha ocasionado una verdadera polémica, y aun más, ha ocasionado contradicciones en la propia legislación civil, pues su simple redacción rompe con la técnica jurídica establecida, todo ello trae como consecuencia la falta de protección a la propia familia, sus integrantes, los derechos de estos y sus bienes.

CAPITULO IV

4).- PROPOSICIONES DEL SUSTENTANTE PARA LA CONSECUENCIA QUE SE ORIGINA EN LA APLICACION DE LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL.

El motivo que tuvo el legislador para la creación de la causal XVIII contenida en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, fue debido a que en la actualidad existen un gran número de matrimonios que se separan por largo tiempo, al cabo del cual creen que están formalmente divorciados y proceden algunos de ellos a contraer un nuevo matrimonio, incumpliendo así en una situación ilegal y con ello faltando al cumplimiento de las obligaciones inherentes al matrimonio, tales como los alimentos y el ejercicio de la patria potestad entre otros; esta propuesta fue hecha por las Comisiones Unidas de Justicia del Distrito Federal de la Cámara de Diputados y discutida por el Congreso de la Unión, las cuales establecieron que con la creación de dicha causal era importante preservar el núcleo familiar, así mismo se pretendía la igualdad entre los cónyuges, la protección a los hijos y a las relaciones familiares.

La intención que tuvo el legislador al tratar de solucionar el problema por el que cruzaban los matrimonios a los que me he referido anteriormente, fueron buenas, pero desafortunadamente no lo supo encauzar, pues se concretó únicamente a ver el problema, pero no estudio las consecuencias que se podían presentar al momento de aplicarla; posiblemente el legislador tomo como modelo para la creación de la causal XVIII, las legislaciones de los Estados de Sonora y Zacatecas, ya que éstas regulan la misma situación, sin embargo, el legislador, trato de dar más facilidades para que esta causal fuera invocada directamente por los cónyuges que se encontraran en dicho supuesto, es decir, que estuvieran separados por mas de dos años; si a todo ello agregamos la inadecuada redacción que le dieron a la causal, en lugar de lograr los objetivos que han quedado señalados en líneas anteriores, considero que esta causal, no salvaguarda los intereses

familiares, ni protege los intereses de ésta y de sus integrantes, ni mucho menos fomenta la igualdad entre los cónyuges.

El estudio que he realizado para la elaboración de este trabajo de tesis, me ha permitido tener una idea más amplia para proponer algunas alternativas respecto a la causal que se estudia, pues bien, en términos generales y desde mi punto de vista existen dos alternativas, la primera es:

La DEROGACION de la causal XVIII, pues como se ha venido comentando, la aplicación de dicha causal rompe con la técnica jurídica establecida en la legislación civil vigente, independientemente de ello, no cumple con el objetivo que el legislador trato de dar a la misma, pues en lugar de regularizar la vida de los cónyuges que se encontraban separados por más de dos años, con la adición de dicha causal se han fomentado más divorcios, teniendo como consecuencia la falta de cumplimiento por alguno de los cónyuges en las obligaciones inherentes al matrimonio, por ello considero que la causal en estudio debe de ser DEROGADA.

Si se apoya la intención que tuvo el legislador para crear esta causal, se pueden dar algunas alternativas, para que la causal XVIII realmente cumpla con el objetivo deseado, para ello, es importante en principio, determinar claramente los elementos objetivos y subjetivos que debe contener la misma, los cuales paso a señalar:

I.- Elementos objetivos:

- a).- Preservar el núcleo familiar;**

b).- La igualdad entre los cónyuges;

c).- La protección a los hijos y a las relaciones familiares.

II.- Elementos subjetivos:

a).- La existencia de un cónyuge culpable;

Habiendo determinado los elementos que debe contener esta causal, aparte de los ya existentes, procederé a proponer un texto para la causal en estudio, el cual es el siguiente:

La falta de convivencia conyugal por dos años ininterrumpidos, con excepción de las causas que sean ajenas a la voluntad de los cónyuges, la cual podrá ser invocada por el cónyuge que no haya dado motivo alguno a la separación o por ambos cónyuges conjuntamente si existe convenio celebrado en los términos del artículo 273 de este mismo ordenamiento.

Es importante que del texto que ha sido propuesto por el sustentante, sea analizado desde su aspecto gramatical, para determinar los alcances que este tiene, lo cual se hará en partes y como sigue:

Primera parte: "La falta de convivencia conyugal por dos años ininterrumpidos".

El diccionario de la Lengua Española nos dice en cuanto a la palabra convivencia: f:
Acción de convivir.

Convivir: (Del latín convivere) intr. vivir en compañía de otro u otros, cohabitar.

El maestro Manuel F. Chávez Asencio nos dice en relación a la convivencia que "El objeto del matrimonio es la plena convivencia de los cónyuges. Por eso el orden jurídico no se limita a imponer a los cónyuges el deber de convivencia sino que reconoce, sin más, que los cónyuges uno con el otro, es decir, se previene como exigencia la unidad conyugal". (34)

Así mismo, se pueden conjugar dentro de la convivencia ciertos valores como son la fidelidad, el diálogo, el respeto, la vida en común, el socorro mutuo e inclusive la autoridad.

Segunda parte: "...con excepción de las causas que sean ajenas a la voluntad de los cónyuges..."

El presente renglón habla de excepción de las causas ajenas a la voluntad, esto quiere decir que no se den supuestos justificativos ajenos a la voluntad de la separación, por ejemplo, el caso de que algunos de los cónyuges, pudiera encontrarse recluido en un centro de readaptación social, por un período mayor a los dos años o por declaración de ausencia, misma que se tramitará en base a los lineamientos legales ya existentes.

Tercera parte: "...la cual podrá ser invocada por el cónyuge que no haya dado motivo alguno a la separación..."

Dentro del texto propuesto se delimitó la culpabilidad de alguno de los cónyuges, para los efectos de poder determinar a quién corresponde la carga de las obligaciones inherentes al matrimonio al momento de dictar sentencia definitiva.

Cuarta parte: "...o por ambos cónyuges conjuntamente si existe convenio celebrado en los términos del artículo 273 de este mismo ordenamiento".

(34) Chávez Asencio, Manuel F. "Convenios Conyugales y Familiares". Editorial Porrúa, S.A. 1a. Edición, México, 1993. Pag. 18

Al texto propuesto le he adicionado esta parte, la cual he considerado de gran importancia, pues con ella, se deja la posibilidad de que la causal podrá ser invocada por ambos cónyuges, siempre y cuando se acompañe al presente el convenio a que se refiere el artículo 273 del Código Civil, pues con ello se trata de proteger a los hijos y al propio patrimonio de la familia, pues el divorcio no debe ser en beneficio exclusivo de los padres, sino también de los hijos.

4.1.- LAGUNAS LEGALES EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE RESPECTO A LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

En el desarrollo de los capítulos anteriores, comenté las consecuencias que presenta la causal, que es motivo de estudio y dentro de las mismas señalé principalmente sus efectos que tiene ésta frente a diferentes figuras jurídicas, tales como:

- a).- El propio matrimonio
- b).- Los alimentos,
- c).- La patria potestad y;
- d).- El patrimonio de la familia;

Es triste observar que los legisladores al momento de entrar en debate para la aprobación de la causal en estudio, nunca trataron a fondo las consecuencias que podía tener la adición de la fracción XVIII, fue la minoría la que votó en contra de dicha causal, esta minoría fundó sus objeciones, pero lamentablemente no se tomaron en cuenta, y la mayoría única y exclusivamente se concreto a decir que dicha causal era benéfica para la familia, pero no precisaron porqué lo era o de qué forma.

La adición de la causal XVIII al artículo 267 del Código Civil, como se ha dicho trajo una serie de conflictos de interpretación y aplicación, pues su redacción ocasiona lagunas legales y contradicciones en la propia legislación civil vigente, e inclusive en nuestra ley suprema, esto en base a lo siguiente:

En principio citaré el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a su letra dice:

"El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia..."

La familia es el núcleo de la sociedad, por ello el Estado y la ley deben de proteger y desarrollar a la familia y consecuentemente al matrimonio, lo que implica la existencia de normas protectoras dentro del derecho de familia; la causal en estudio no cumple con lo ordenado por dicho precepto, es decir, no protege la organización y el desarrollo de la familia, todo lo contrario lo inestabiliza y lo deteriora y lo que es más grave lo disuelve, sin protección para los integrantes de la familia.

Artículo 278 "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él , y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a su noticia los hechos en que se funde su demanda"

El tratadista Magallón Ibarra al respecto nos dice "Esta restricción es congruente con la naturaleza de las relaciones conyugales, y comprende un plazo de seis meses para intentar el ejercicio de la acción . En caso contrario, operará la caducidad de dicha causal; pudiendo entenderse que quien deja transcurrir un periodo mayor de tiempo, o ha perdido interés en la reclamación, o de hecho ha perdonado tácitamente a su culpable consorte.

Debe de deslindarse la circunstancia que exponemos de aquellas causales en las que por tratarse de una conducta continuada o de tracto sucesivo, no puede sobrevenir la caducidad, o el implícito perdón,, como al separarse de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada o las otras dos separaciones previstas por las fracciones IX y X del artículo 267 del Código Civil; incluyéndose en este aspecto, la negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones alimentarias o la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación"⁽³⁶⁾

La frase "...independientemente del motivo que haya originado la separación..." es precisamente ésta la que provoca una laguna con el artículo que se comenta, pues éste ordena "El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él...", en la fracción XVIII, **no importa el motivo** que haya originado la separación, simplemente es necesario que exista la separación y no importa la forma en que se da. Esta situación invita a que el cónyuge que desee provocar el divorcio únicamente tiene que separarse de su pareja y al cabo de dos años regresa con demanda en mano, la cual es fundada precisamente en la causal en estudio, ¿pero qué sucedió durante el tiempo que se separo de su cónyuge?, ¿ realmente cumplió con las obligaciones inherentes al matrimonio, lamentablemente no existe disposición que prevenga esta irregularidad que ha traído la causal XVIII.

Artículo 281.- "El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo....."

⁽³⁶⁾ Jorge Mario, Magallon Ibarra. "Instituciones de Derecho Civil" Tomo III, Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México, 1988. Pag. 415

La culpabilidad de uno de los cónyuges, es lo que va a determinar la aplicación de este artículo, pues en la misma no se determina quien es cónyuge culpable o inocente, simplemente se dejará al criterio del juez la aplicación del artículo en comento.

Artículo 283 en concordancia con el 444 fracción II.-

283.- "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos ..."

444 fracc.II.- ..."se pierde la patria potestad..."

Fracc..."II.- En los casos de divorcio..."

Al momento de dictarse la sentencia definitiva de divorcio, el juez gozará de las más amplias facultades para determinar la situación de los hijos, me pregunto ¿en qué se basará el juez para determinar esta situación?, si en la presente causal no existe cónyuge culpable o inocente, a simple vista, la respuesta es que ninguno de los dos (padre y madre) pierdan la patria potestad, pero ¿que sucede, si el que provocó la separación es el padre y durante el tiempo que abandonó a la familia dejó de proporcionar cantidad alguna para alimentos?, ¿aún así el juez concederá la patria potestad a ambos padres?

Artículo 288 "En los casos de divorcio necesario, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará a la culpable al pago de alimentos en favor del inocente..."

Nuevamente el texto de la causal en estudio, deja en aptitud del juez, para que este determine a favor de quien se otorgará alimentos, la redacción del artículo 288 hace aún más difícil la situación en cuanto a los alimentos, pues el mismo únicamente hable de alimentos entre los cónyuges, y ¿qué sucede con los hijos?. en este caso.

Es importante que en la causal que se estudia se determine la culpabilidad de algunos de los cónyuges, pues a falta de esta se originan demasiadas lagunas legales

dentro de la legislación civil, ya que en la mayoría de los casos no existe precepto que se pueda invocar para regularizar o proteger a la familia, al matrimonio, a los hijos y los bienes del matrimonio.

Artículo 444 fracción IV.- "La patria potestad se pierde..."

Fracción IV.- "Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses".

Nuevamente nos encontramos ante otro problema, que es originado por la redacción de la causal en estudio, pues esta dice: "...la separación de los cónyuges por más de dos años...", el legislador únicamente se concretó a señalar un término de dos años, sin pensar en las consecuencias que esto provocaría, pues la separación de los cónyuges se puede dar de diferentes formas, es decir, no solo se da la separación, sino que atrás de ella se da una serie de falta de cumplimiento a las obligaciones que nacen del matrimonio. hay padres que no se conforman con dejar de proporcionar alimentos, sino que aparte dejan a sus hijos en completo estado de abandono, el artículo que se comenta ordena que la patria potestad se pierde por la exposición de los hijos, señalando un término para que este supuesto se dé, el cual es por seis meses, ¿qué sucede con el padre que se separa de su cónyuge por más de dos años? (tiempo que pide la ley para que opere la causal XVIII) y al cabo de dicho tiempo y habiendo logrado su fin que fue la separación por más de dos años regresa con el objetivo de conseguir el divorcio y por si fuera poco el juez lo premia concediéndole la disolución del vínculo matrimonial, no es posible que se hagan leyes a la ligera y sobre todo en cuestión de familia, es importante que el legislador al crear nuevas leyes o disposiciones lo haga con el debido cuidado y estudio apoyando todo ello realmente en las experiencias de la vida diaria.

4.2.- IMPRECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

dentro de la legislación civil, ya que en la mayoría de los casos no existe precepto que se pueda invocar para regularizar o proteger a la familia, al matrimonio, a los hijos y los bienes del matrimonio.

Artículo 444 fracción IV.- "La patria potestad se pierde..."

Fracción IV.- "Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses".

Nuevamente nos encontramos ante otro problema, que es originado por la redacción de la causal en estudio, pues esta dice: "...la separación de los cónyuges por más de dos años...", el legislador únicamente se concretó a señalar un término de dos años, sin pensar en las consecuencias que esto provocaría, pues la separación de los cónyuges se puede dar de diferentes formas, es decir, no solo se da la separación, sino que atrás de ella se da una serie de falta de cumplimiento a las obligaciones que nacen del matrimonio. Hay padres que no se conforman con dejar de proporcionar alimentos, sino que aparte dejan a sus hijos en completo estado de abandono, el artículo que se comenta ordena que la patria potestad se pierde por la exposición de los hijos, señalando un término para que este supuesto se dé, el cual es por seis meses, ¿qué sucede con el padre que se separa de su cónyuge por más de dos años? (tiempo que pide la ley para que opere la causal XVIII) y al cabo de dicho tiempo y habiendo logrado su fin que fue la separación por más de dos años regresa con el objetivo de conseguir el divorcio y por si fuera poco el juez lo premia concediéndole la disolución del vínculo matrimonial, no es posible que se hagan leyes a la ligera y sobre todo en cuestión de familia, es importante que el legislador al crear nuevas leyes o disposiciones lo haga con el debido cuidado y estudio apoyando todo ello realmente en las experiencias de la vida diaria.

4.2.- IMPRECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

La Suprema Corte de Justicia ha establecido jurisprudencias firmes de la causal XVIII, dentro de las cuales se observan ciertas imprecisiones, mismas que se harán notar en el desarrollo del presente apartado, haciéndolo de la siguiente manera:

"DIVORCIO. ELEMENTOS DE LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS.- La fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal establece como causal de divorcio necesario '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 (sic) de ellos'. Después de haberse hecho un estudio profundo del contenido de esta norma, en el que se tomaron en cuenta una fuente inmediata, las causas reales que la originaron y los fines perseguidos, este Tribunal considera que, la causal de divorcio que contempla, surgió para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casadas sólo mantiene el vínculo jurídico formal, el que en realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio, por lo que es aplicable sólo a quienes se encuentran en esta situación, de modo que para que proceda el divorcio con apoyo en esta causal, deben reunirse los dos siguientes elementos; **a) que la separación se dé en el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial y de dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como puede ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de hijos, la perpetuidad de la especie; etcétera, ánimo que puede manifestarse en forma expresa o tácita mediante actos, omisiones o manifestaciones de cualquier índole que así lo revelan; b) que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar esa situación dentro del lapso de la separación, ya sea el ejercicio de la acción de divorcio necesario por alguna de las otras causales, la tramitación en forma voluntaria**

por vía correspondiente o actos encaminados a la reanudación de la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio".

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

AMPARO DIRECTO 2109/90.- Gespar Gómez Ruiz.- 31 de mayo de 1990.-
Unanimidad de votos.- Ponente: Leonel Castillo González.- Secretario: J. Jesús Contreras Corie.

PRECEDENTE Séptima Epoca, Volúmenes 205 216, Sexta Parte, Pág. 194.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 8a. EPOCA, TRIBUNALES
COLEGIADOS DE CIRCUITO, ENERO-JUNIO DE 1990, 2a. PARTE 1, TOMO V.

La jurisprudencia que ha quedado transcrita en líneas anteriores señala que la causal en estudio surgió "para ajustar la legislación a la realidad social, a fin de regularizar la situación jurídica y fáctica de una gran cantidad de parejas en esta capital, que estando casadas sólo mantiene el vínculo jurídico formal, el que en realidad ha quedado destruido irreversiblemente, habiéndose formado en muchos casos nuevos núcleos familiares debidamente integrados, inclusive, y que por diversos motivos no han promovido o conseguido el divorcio"; el tribunal que le correspondió hacer el presente estudio señala que para que esta causal se dé, es necesario de la presencia de algunos elementos como son:

a).-Que la separación se dé en el ánimo o propósito de extinguir o dar por concluido el vínculo matrimonial.

b).- Dejar de cumplir con los fines del matrimonio y con las obligaciones que de éste se derivan, como puede ser la ayuda mutua entre los cónyuges, el acuerdo para la educación y formación de hijos, la perpetuidad de la especie;

c).- Que ninguno de los cónyuges realice actos tendientes a regularizar la vida en común y al cumplimiento de los fines del matrimonio".

El primer elemento puede ser justificable, no obstante de ello es necesario dejar constancia de dicha voluntad, lo cual se puede hacer mediante los procedimientos ya existentes en nuestra legislación civil, pues en la práctica muchos de esos matrimonios invocan esa causal, sin que realmente se haya dado el término que ordena la ley, es decir, los cónyuges manifiestan supuestamente haber cumplido dos años de separación, cuando en realidad la separación es por menor tiempo.

Así mismo es importante que se deje constancia de la separación, pues al solicitar esta ante el juez competente, lógicamente dicha petición se efectuaría por ambos cónyuges, lo que evitaría que la decisión para separarse fuera tomada únicamente por uno de los cónyuges.

El segundo elemento.- Para invocar alguna de las causales de divorcio contenidas en el artículo 267 del Código Civil vigente, es necesario que alguno de los cónyuges caiga en alguno de los supuestos marcados en dicho numeral y la causal en estudio no es la excepción, por ello, que el juzgador en esta ocasión ha considerado que para que prospere dicha causal se den los elementos que se comentan, y son precisamente estos los que afectan al propio matrimonio y dañan la seguridad de la familia, toda vez que la causal XVIII ordena que esta puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges y por si fuera poco agrega, "independientemente del motivo que haya originado la separación", con esta redacción prácticamente se dan todas las facilidades para disolver el vínculo matrimonial, sin que de alguna forma quede protegido el bienestar familiar, específicamente en cuanto a los alimentos y a la patria potestad, todo ello resulta tan simple que el cónyuge que desee divorciarse únicamente debe de separarse de su cónyuge y dejar de cumplir con sus

obligaciones inherentes al matrimonio y una vez que se cumpla el término exigido, en lugar de ser castigado por el desamparo de la familia, la ley lo premia otorgándole el divorcio.

Tercer elemento.- Este elemento que el juzgador considera que debe darse, apoya la irresponsabilidad de alguno de los cónyuges, y en especial la del cónyuge que se separó, pues si la finalidad de éste es conseguir el divorcio y librarse de sus obligaciones como padre, madre o como cónyuges, es muy sencillo dejar de hacer las cosas que para este tipo de personas representa una molestia y si el dejar de hacerlas no les ocasiona ningún perjuicio en lo personal, pues no tienen por que dudar en hacerlo.

"DIVORCIO. SEPARACION POR MAS DE DOS AÑOS COMO CAUSAL DE. DEBE SER CONTINUA.- El lapso de separación por más de dos años que se establece en la fracción XVIII del artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, para que opere la causal de divorcio, debe ser continuo, y si el mismo es interrumpido no opera tal causal ya que de ninguna forma puede aceptarse que dos cónyuges estén separados y salgan juntos a pasear, así como que convivan, por más que alguno de ellos argumente que lo hizo para acompañar a sus hijas, por lo que se debe determinar que esos hechos son una manifestación de que un matrimonio convive en forma normal, y en todo caso para establecer lo contrario, debió acreditarse plenamente que existió la separación continua por más de dos años de los cónyuges".

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3543/88.- María Esther Lozano Dávila.- 24 de noviembre de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Becerra Santiago.- Secretario: Miguel Vélez Martínez.

PRECEDENTE: Octava Epoca, Tomo II, Segunda Parte-1, página 233,

SEMENARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, 8a. EPOCA, TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, JULIO-DICIEMBRE 1990, 2A. PARTE 1, TOMO VI.

La jurisprudencia que ha quedado anotada en líneas anteriores señala que la separación debe ser continua, lo cual estoy de acuerdo con ello; pero el juzgador pretende tomar ésta separación en forma literal, pues dice que si por alguna causa los cónyuges conviven durante la separación esta se vería interrumpida y no procedería la causal, es muy importante tomar en cuenta que cuando dicha convivencia no es con el fin de establecer las relaciones cónyugales y dicha convivencia tiene como finalidad únicamente cumplir con las obligaciones para con los hijos, tales como la suministración de alimentos, la educación y socorro, en este caso la separación debe de considerarse ininterrumpida, pues el texto de la causal ordena la separación de los cónyuges, más no la separación de los padres hacia los hijos.

4.3. MULTITUD DE CONSECUENCIAS JURIDICAS, FAMILIARES, SOCIALES Y ECONOMICAS RESPECTO A LA FRACCION XVIII DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL.

En el presente apartado del último capítulo de este trabajo de tesis he de referirme a las consecuencias que se han presentado durante la vigencia de la causal XVIII que fué adicionada al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, para ello en principio me referiré a las **Consecuencias jurídicas:**

Para demandar el divorcio bajo el fundamento de la causal XVIII, se deberá hacer mediante un juicio necesario, sin poder determinar si este es sanción o remedio, pues para ser divorcio sanción debe existir un cónyuge culpable y en la presente causal no existe y para ser remedio debe haber un cónyuge enfermo, el cual tampoco existe, en principio esto es lo que provoca ciertas consecuencias y contradicciones dentro de la misma legislación civil, siguiendo un orden de ideas debo señalar que en todo divorcio necesario debe de existir un cónyuge culpable, entendiéndose por este que es aquél que dió lugar a la causal

de divorcio, es decir, el que cometió los actos o llevó a cabo las conductas escritas, a excepción de los casos de enfermedad los cuales son ajenos a la voluntad de los CONYUGES concretamente al enfermo.

Las consecuencias que se presenten principalmente, son en relación a los alimentos y a la patria potestad, como se ha venido señalando en los capítulos precedentes, pues si dentro de esta causal no existe un cónyuge culpable, el juez sin que exista artículo expreso deberá determinar la situación tanto de los hijos como de los cónyuges y sobre todo la de los alimentos, empleando para ello únicamente su criterio jurídico y de justicia, lo cual considero que no es correcto que este tipo de resoluciones de orden familiar se dejen al arbitrio de una sola persona, pues aún cuando éste tenga toda la experiencia necesaria, lo correcto es que exista legislación expresa para estos casos.

La adición de la causal en estudio debió haber sido estudiada detalladamente, para detectar las consecuencias que podía tener a largo plazo; el texto de dicha causal exige una modificación a diferentes artículos del Código Civil, teniendo finalmente como resultado un cambio bastante considerado en la legislación civil, lo recomendable es derogar la causal en estudio o modificar su texto de la misma.

Consecuencias familiares:

La disolución del vínculo matrimonial trae como consecuencia la desintegración familiar y más que nada esta desintegración se ve afectada en lo hijos habidos en el matrimonio ya que al hijo siempre le faltará el calor de un verdadero hogar. Y aunque el niño se pueda ver rodeado de comodidades y lujos, el menor se seguirá sintiendo solo e

inseguro, y con el peligro de encontrarse con un fenómeno extraordinariamente peligroso dentro de la sociedad.

Existen ciertas consecuencias que se pueden presentar en un menor debido al divorcio de sus padres, el licenciado Antonio de Ibarrola, señala algunas de ellas:

a).- "El malestar tan hondamente resentido por el niño, engendra en el perturbaciones física, pérdida de sueño, del apetito, perturbaciones nerviosas y también perturbaciones psicológicas: Clara tendencia al robo a la mentira, a la fuga, un sentimiento de agresividad contra todo cuanto lo rodea, inclusive contra la intervención de un aparato judicial.

b).- "En una familia en la que hay un ausente este sigue presente por su ausencia misma, por la falta que crea, el niño tiende a idealizar al ausente y se refugia en el recuerdo para olvidar al presente.

c).- "Y el adolescente se convierte en un aséptico ante la realidad del amor, había creído él que sus padres se amarían para siempre y entonces dónde buscará el amor de él ?

d).- Claro está que los efectos del divorcio sobre el comportamiento del joven variara la naturaleza y la intensidad con el carácter del niño y del adolescente el número de hermanos y hermanas, la edad en el momento de la separación. Pero no olvidemos que nuestra sociedad occidental se basa sobre la pareja y no sobre la persona. Si uno de los cónyuges aún siendo inocente abriga un sentido de culpabilidad ello puede ser altamente nocivo ante la sociedad, hay casos en que solo la separación puede permitir a los niños

crecer en un hogar sano y no en el clima de tensión de mentiras y de disputas que habría sufrido si el padre o la madre hubiera rehusado tal separación" (36)

Consecuencias sociales:

Por cuanto hemos observado en este trabajo, el divorcio en nuestro país se encuentra debidamente legislado y cuya legislación avanza en la medida en que las necesidades lo requieran. Así, pues, debe verse el divorcio no como una causa sino como un efecto y así no atribuirle el cargo de que a él se debe la destrucción familiar, ya que dicha desintegración familiar ha venido operando en la familia desde tiempos muy remotos y por causa muy complejas; no es de atacarse el divorcio en sí, sino los males a los que verdaderamente deban atribuirse la desintegración familiar; no puede considerarse que el divorcio por sí mismo sea el remedio para diversas situaciones conyugales que son incompatibles con la propia naturaleza del matrimonio, también lo es que no pueden dejarse de reconocer que cuando únicamente se tramita por un capricho comodidad o por falta de madurez en uno o en ambos cónyuges, ya sea por aburrimiento de uno al otro y lo más grave aún por el simple hecho de contraer nuevo matrimonio, sin tener motivo suficiente y real para invocar alguna causal y tratar de desbaratar el suyo; son motivos que siendo el producto de una falta de moralidad y a la vez vergonzosa, no son suficientes por sí mismas para tratar de refugiarse dentro de los fines de la Institución de los hijos y aún de los propios consortes a sus persona, y con todo ello se pone en peligro la estabilidad de la familia, misma que se ha considerado como la base de nuestra sociedad contemplando desde ese punto de vista cuenta que también se encuentre en peligro la sociedad y por lo mismo el Estado .

(36) De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. pag. 246

Independientemente de lo expuesto en líneas anteriores, es necesario tener un punto de vista más amplio en cuanto a los divorcios que se tramitan a nivel nacional, los siguientes datos se obtuvieron del Instituto Nacional de Estadística General e Informática (INEGI)

DIVORCIOS, MATRIMONIOS Y RELACION DIVORCIOS: MATRIMONIOS POR ENTIDAD FEDERATIVA DE REGISTRO. 1983.

ENTIDAD FEDERATIVA DE REGISTRO	DIVORCIOS	MATRIMONIOS	DIVORCIOS POR CADA 100 MATRIMONIOS
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	38,352	679,912	5.6
Aguascalientes	383	6,819	5.6
Baja California	2,116	16,132	13.1
Baja California Sur	385	2,650	14.5
Campeche	326	5,518	5.9
Coahuila	1,074	20,832	5.2
Colima	279	3,598	7.8
Chiapas	1,408	18,945	7.4
Chihuahua	3,677	20,325	18.1
Distrito Federal	5,537	65,100	8.5
Durango	1,052	11,414	9.2
Guanajuato	692	36,441	1.9
Guerrero	576	24,357	2.4
Hidalgo	702	13,755	5.1
Jalisco	2,138	49,905	4.3
México	2,043	80,725	2.5
Michoacán	1,553	34,987	4.4
Morelos	411	10,172	4.0
Nayarit	410	6,401	6.4
Nuevo León	1,181	34,495	3.4
Oaxaca	493	19,855	2.5
Puebla	1,666	26,421	6.3
Querétaro	539	8,334	6.5
Quintana Roo	523	5,509	9.5
San Luis Potosí	471	17,584	2.7
Sinaloa	2,155	15,769	13.7
Sonora	1,108	13,606	8.1
Tabasco	1,217	12,493	9.7
Tamaulipas	1,007	21,026	4.8
Tlaxcala	125	7,654	1.6
Veracruz	1,695	41,497	4.1
Yucatán	1,013	14,134	7.2
Zacatecas	399	13,459	3.0

Fuente: INEGI Dirección General de Estadística. Dirección de Estadísticas Demográficas y Sociales.

**DIVORCIOS POR ENTIDAD FEDERATIVA DE REGISTRO, SEGUN DURACION DEL MATRIMONIO.
1992.**

ENTIDAD FED. DE REGISTRO	TOTAL	DURACION DEL MATRIMONIO.				
		MENOS DE 1 AÑO	DE 1 A 5 AÑOS	DE 6 A 9 AÑOS	10 AÑOS Y MAS	NO ESPECIFICADO.
Estados Unidos	51,953	1,410	18,877	10,191	20,356	1,119
Mexicanos						
Aguascalientes	367	10	126	69	158	6
Baja California	2,031	139	729	373	766	24
Baja California Sur	266	13	89	45	78	41
Campeche	289	3	124	70	92	-0-
Coahuila	2,216	29	883	379	818	107
Colima	603	15	187	122	276	3
Chiapas	1,497	94	562	312	519	10
Chihuahua	4,562	200	1,714	848	1,647	153
Distrito Federal	6,375	48	2,353	1,225	2,734	15
Durango	748	15	288	139	274	32
Guanajuato	2,163	75	877	403	759	48
Guerrero	1,003	39	304	170	398	92
Hidalgo	566	26	193	111	224	12
Jalisco	3,517	115	1,207	691	1,426	78
Estado de México	4,402	104	1,520	913	1,757	108
Michoacán	1,722	69	645	339	639	30
Morelos	928	17	310	172	407	22
Nayarit	452	5	167	102	172	6
Nuevo León	1,916	37	777	395	702	5
Oaxaca	639	11	203	147	275	3
Puebla	1,874	57	624	366	797	30
Querétaro	506	32	155	104	159	56
Quintana Roo	495	13	220	100	156	6
San Luis Potosí	862	30	270	198	354	10
Sinaloa	1,821	32	640	353	696	100
Sonora	1,127	16	425	222	449	15
Tabasco	1,230	14	419	253	532	12
Tamaulipas	1,301	65	489	267	479	1
Tlaxcala	319	9	118	62	121	9
Veracruz	3,315	38	1,143	688	1,391	55
Yucatán	1,817	19	709	362	726	1
Zacatecas	1,024	21	407	191	377	28

Fuente: INEGI. Dirección General de Estadística. Dirección de Estadísticas Demográficas y Sociales.

DIVORCIOS POR ENTIDAD FEDERATIVA DE REGISTRO, SEGUN TIPO Y PRINCIPALES CAUSAS.

1992 ENTIDAD FED. DE REG.	T D I V O R C I O	T I P O	D E	D I V O R C I O	S E P A R A C I O N	A L I M E N T O S	O T R A S
FED. DE REG.	DIV. ADMN.	VOLUNTARI	ABANDON DEL HOGAR	INCOMPATIBI LIDAD DE CARACTER	DEL HOGAR CONYUGAL		CAUSAS
Aguascalientes	39	217	19	0	0	1	2
Baja California	217	1,480	39	31	0	1	8
Baja California Sur	49	154	8	8	0	0	0
Campeche	69	180	28	1	0	1	1
Coahuila	0	1,540	94	19	7	43	10
Colima	42	269	107	31	12	2	10
Chiapas	352	842	30	65	0	0	1
Chihuahua	701	1,600	133	1,466	209	9	16
D.F.	1,545	2,125	431	0	1,431	382	51
Durango	9	365	203	7	2	5	9
Guanajuato	18	1,153	360	2	5	15	9
Guerrero	68	256	301	173	1	13	4
Hidalgo	37	210	56	31	0	7	0
Jalisco	719	2,064	78	66	0	2	8
Edo. Mex.	457	2,457	322	27	37	14	20
Michoacán	323	477	541	50	0	3	9
Morelos	25	598	2	50	14	3	0
Nayarit	4125	201	2	0	0	0	1
Nuevo León	560	1,103	146	0	0	2	3
Oaxaca	9	441	41	11	0	1	1
Puebla	152	1,055	279	4	0	3	6
Querétaro	112	194	29	1	1	1	1
Quintana Roo	82	297	44	60	0	0	3
San Luis Potosí	15	199	247	1	0	3	3
Sinaloa	138	920	192	195	0	0	6
Sonora	46	821	12	47	0	0	1
Tabasco	198	844	34	37	0	0	1
Tamaulipas	1	992	92	8	101	9	4
Tlaxcala	10	152	43	41	0	4	4
Veracruz	943	2090	15	0	2	1	1
Yucatán	558	1,043	25	166	0	1	8

Zacatecas	138	428	189	64	20	8	2
-----------	-----	-----	-----	----	----	---	---

Fuente: INEGI. Dirección General de Estadística. Dirección de Estadísticas Demográficas y Sociales.

Como puede observarse, la causal en estudio no se encuentra registrada específicamente en las estadísticas que han quedado señaladas en líneas anteriores, debido a que dicha dependencia aun no la clasifica como tal.

Consecuencias Económicas:

En los capítulos precedentes se habló de las consecuencias que tiene la causal en estudio y son precisamente los alimentos, es decir, al no existir un cónyuge culpable, de qué forma se van a determinar el pago de los alimentos, en principio y siguiendo la técnica jurídica estos deben ser cubiertos por el cónyuge que dio motivo a la causal, y si en la presente causal no hay cónyuge culpable, el juez tiene las facultades suficientes para determinar a quien corresponde pagar éstos, considero que este tipo de decisiones no deben de dejarse al arbitrio de una sola persona, siendo los alimentos una figura jurídica en materia familiar tan importante, debe existir artículos expreso en el cual se determine de que forma se pagará la pensión y a cargo de quien estará, pues como lo he manifestado el divorcio no debe ser benéfico únicamente para los cónyuges sino también par los hijos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Siendo el matrimonio la base de la familia, de la sociedad y del Estado, debe celebrarse con el propósito de que se convierta en permanente, sin que esto quiera decir que sea indisoluble. El matrimonio es la base de la familia y ésta a su vez, de la sociedad humana.

SEGUNDA.- Dadas las graves consecuencias que engendra el divorcio, sólo debe decretarse cuando medie alguna circunstancia que verdaderamente lo amente. Hasta ahora únicamente se consideraba justificada su procedencia en caso de que se diera una conducta culpable por parte de uno de los cónyuges o de que alguno de ellos sufriera una enfermedad de tal naturaleza que hiciera imposible la convivencia. La causal XVIII del artículo 267 del Código Civil, constituye una excepción a la regla que se venía observando, pues plantea una hipótesis de divorcio necesario, sin que se de ninguna de las dos circunstancias señaladas.

TERCERA.- La causal XVIII en estudio, es de tipo objetivo al excluir el análisis de la conducta o estado de salud de alguno de los cónyuges, por lo que el juzgador se concreta a decretar el divorcio constatando la simple separación y el transcurso del tiempo.

CUARTA.- La causal XVIII destruye principios jurídicos reconocidos, como aquél que establece nuestro Código Civil vigente en el artículo 278.

QUINTA.- Con la adición de la causal XVIII, se provocó el abuso de la acción de divorcio necesario, porque se le utiliza sin medida alguna, haciendo del matrimonio una institución inestable y vulnerable.

SEXTA.- La multicitada causal XVIII, impone al juez la carga absoluta de prever que las consecuencias del divorcio no afecten ni desamparen a los menores hijos del matrimonio, ni al cónyuge que no cuente con recursos propios para satisfacer sus necesidades.

SEPTIMA.- La causal motivo del presente trabajo de tesis, se presta para cometer fraude a la ley, porque los divorciantes se colocan intencionalmente en el supuesto legal que la misma regula y obtienen el divorcio con mayor premura y facilidad, inclusive, que en un procedimiento de divorcio voluntario.

BIBLIOGRAFIA.

- Aftalion, Enrique, "Introducción al Derecho".
Editorial Porrúa., México. 1960.
- Casso y Romero, Eduardo, "Diccionario de Derecho Privado".
Editorial Labor., Barcelona, España. 1970,
- Chávez Ascencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho".
Editorial Porrúa., México. 1990.
- Chávez Ascencio, Manuel F. "Convenios Conyugales y Familiares".
Editorial Porrúa., México. 1993.
- De Ibarrola, Antonio, "Derecho de Familia".
Editorial Porrúa., México. 1984.
- De Ibarrola, Antonio, "Cosas y Sucesiones".
Editorial Porrúa., México. 1984.
- De Pina, Rafael, "Derecho Civil Mexicano".
Editorial Porrúa., México. 1982.
- Enciclopedia Jurídica Omeba.
Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Argentina 1966.
- Galindo Garfias, Ignacio "Derecho Civil".
Editorial Porrúa., México. 1976.
- García Maynez, Eduardo "Introducción al Estudio del Derecho".
Editorial Porrúa., México. 1949.
- Magallon Ibarra, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil" Tomo III
Editorial Porrúa., México. 1988.
- Montero Duhalt, Sara "Derecho de Familia"
Editorial Porrúa., México. 1984.
- Pallares, Eduardo "Derecho Procesal Civil".
Editorial Porrúa., México. 1986.
- Petit Eugene "Tratado Elemental de Derecho Romano".
Editorial Porrúa., México. 1991.
- Pulg Batrau, José "Compendio de Derecho Civil".
Editorial Bosch, México. 1980.
- Planioi, Marcel "Tratado Elemental de Derecho Civil".
Editorial José Ma. Cajica., 1946.
- Recasens Sichaz, Luis "Sociología".
Editorial Porrúa., México. 1966.

Rebora, Juan Carlos. "Instituciones de la Familia"
Editorial Guillermo Kraft, LTDA. Buenos Aires, Argentina. 1946.

Rojina Villegas, Rafael "Compendio de Derecho Civil".
Tomo I. Editorial Porrúa. México, 1989.

Rojina Villegas, Rafael "Derecho Civil Mexicano".
Editorial Porrúa. México, 1980.

Ortiz Urquidi, Raúl "Matrimonio por Comportamiento"
México, 1955.

Sánchez Meda, Ramón "Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia de México".
Editorial Porrúa. México, 1979.

Soto Alvarez, Clemente "Introducción al Estudio del Derecho".
Editorial Limusa., México., 1974.

Valverde y Valverde, Calixto. "Tratado de Derecho Civil"
Talleres Tipográficos "Cuesta" Valladolid 1925.

Legislación Consultada.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Colección Porrúa. 1994

Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos
Edición del Senado de la República.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales.
Colección Porrúa 1994

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
Colección Porrúa 1995.

Código Civil del Estado de Zacatecas

Oficinas Publicas visitadas.

Senado de la República

Cámara de Diputados

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Dirección Jurídica del Departamento del Distrito Federal

Instituto Nacional de Estadística General e Informática.